

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

9

(1980)

Su Federico Carlo di Savigny



giuffrè editore milano

TUTTI I DIRITTI SONO RISERVATI

(1981) Tipografia MORI & C. S.p.A. - 21100 VARESE - VIA F. GUICCIARDINI 66

PAOLO GROSSI

PAGINA INTRODUTTIVA

Nei giorni 27 e 28 ottobre 1980 si è tenuto a Firenze, per cura e sotto gli auspici del 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno', un seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny.

Per due intere giornate, presso il Palazzo dei Congressi di Firenze, i più qualificati studiosi dell'opera savignyana hanno dibattuto fruttuosamente in civilissimo e vivace colloquio, consentendo all'osservatore distaccato di trarre, alla fine, un bilancio decisamente positivo: molte sfocature avevano trovato una puntualizzazione più precisa; molte ambiguità avevano acquistato una riduzione o un chiarimento convincenti; la trama della complessa personalità di Savigny appariva storicamente più decantata, senz'altro più limpidamente espressa.

Per questo la Redazione dei 'Quaderni' ha voluto dedicare il volume nono ad accogliere gli 'Atti' del seminario; per questo, quasi a sottolineare la rilevanza culturale di questi 'Atti', ha soppresso le tradizionali rubriche del nostro foglio destinando l'intero volume ad ospitare il ricco materiale congressuale.

Il 'Quaderno' rispecchia fedelmente nella sua organizzazione l'itinerario delle due giornate di studio così come si sono effettivamente svolte: relazioni, comunicazioni, interventi e repliche nel dibattito sono presentati al lettore nella consecuzione che essi ebbero nel comune lavoro del seminario (1). V'è soltanto qualcosa di più: in una 'Appendice' sono stati ospitati e sistemati

(1) Unicamente nel testo definitivo della relazione di Riccardo Orestano l'Autore ha inserito motivi presenti nella sua replica fondendola con la relazione stessa.

quei contributi che, per la mancata partecipazione degli Autori, non poterono inserirsi nell'ambito del seminario e che sono stati fatti pervenire successivamente.

Aderendo infine, con entusiasmo, a un invito di Riccardo Orestano, è stata inserita nel volume, a chiusura, una presenza singolare: alcune pagine scritte più di venticinque anni fa da un amico non dimenticato e non dimenticabile, Luigi Raggi; pagine cui l'usura di cinque lustri non ha tolto il profondo significato culturale che rivestirono nel 1955.

Grande è la soddisfazione del Redattore nello scrivere la breve pagina introduttiva a questo 'Quaderno', giacché precisa è la sua consapevolezza che la conoscenza storica della scienza giuridica europea della prima metà del secolo XIX e di Savigny in particolare si sia, con le pagine che seguono, incredibilmente arricchita.

SEMINARIO INTERNAZIONALE
SU
FEDERICO CARLO DI SAVIGNY

Firenze, Palazzo dei Congressi, 27-28 ottobre 1980

A T T I

PROGRAMMA DEL SEMINARIO

(così come fu diffuso agli interessati e effettivamente si svolse, nella Sala dell'Onice del Palazzo dei Congressi di Firenze, nei giorni 27 e 28 ottobre 1980)

LUNEDÌ, 27 OTTOBRE 1980

- Ore 9,30 – Apertura del Seminario
- Ore 10 – Riccardo ORESTANO (Università di Roma)
Sullo storicismo di Savigny: tre motivi di riflessione
- Ore 10,30 – Pio CARONI (Università di Berna)
Teoria e prassi della codificazione nell'ottica savignyana
- Ore 11 – Giuliano MARINI (Università di Pisa)
Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente
- Ore 11,30 – Aldo SCHIAVONE (Università di Bari)
Savigny e Hegel. Critica della Scuola Storica e critica del Diritto Romano nei 'Lineamenti di filosofia del diritto'
- Ore 12,30 – Colazione di lavoro
- Ore 15,30 – Discussione
- Ore 19,30 – Ricevimento del Sindaco di Firenze in Palazzo Vecchio

MARTEDÌ, 28 OTTOBRE 1980

- Ore 10 – Mario BREZONE (Università di Bari)
Il 'Beruf' e la ricerca del "tempo classico"
- Ore 10,30 – Aldo MAZZACANE (Università di Napoli)
Il problema della scienza giuridica negli scritti inediti di metodologia
- Ore 11 – Franca DE MARINI (Università di Genova)
La filologia romanistica di Savigny

Ore 11,30 – Massimo BRUTTI (Università di Roma)

La 'sovranità' del volere in Savigny: una interpretazione delle fonti romane

Ore 12,30 – Colazione di lavoro

Ore 15,30 – Discussione

Ore 19,30 – Visita al Museo di Palazzo Davanzati - Cena di chiusura a Palazzo Davanzati

La Presidenza dei lavori è stata tenuta durante il giorno 27, al mattino, dal Prof. Giorgio Gaja, Preside della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze, al pomeriggio, dal Prof. Giuseppe Giarrizzo, Preside della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Catania; il giorno 28, sia al mattino che al pomeriggio, dal Prof. Franz Wieacker, Professore emerito di Diritto romano nella Università di Göttingen.

I partecipanti al « Seminario »

Raffaele AJELLO

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Napoli

Mario AMELOTTI

Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Genova

Gianguialberto ARCHI

Prof. Ordinario f. r. di Diritto romano - Università di Firenze

Maria Pia BACCARI

Ricercatrice di Diritto romano - Università di Roma

Pasquale BENEDEUCE

Laureato in Giurisprudenza - Napoli

Luigi BERLINGUER

Prof. Ordinario di Storia delle codificazioni moderne - Università di Siena

Maria Grazia BIANCHINI

Prof. Straordinaria di Istituzioni di diritto romano - Università di Parma

Franco BIANCO

Prof. Ordinario di Storia della filosofia moderna e contemporanea - Università di Roma

Wilhelm BRAUNEDER

Ord. Professor für Österreichische und Deutsche Rechtsgeschichte - Universität Wien

Mario BRETONE

Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Bari

Giovanna BRUTTI CAVALLARI

Prof. Incaricata di Scienza della Politica - Università di Camerino

Massimo BRUTTI

Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Roma

Antonello CALORE

Ass. Incaricato di Diritto romano - Università di Macerata

Maria CAMPOLUNGHY CIOCCIA

Ass. Ordinaria di Diritto romano - Università di Roma

Carlo Augusto CANNATA

Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto romano - Università di Torino

Paolo CAPPELLINI

Laureato in Giurisprudenza - Firenze

Pio CARONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto e Diritto privato svizzero - Università di Berna

Anna CASELLA

Ricercatrice di Storia del diritto italiano - Università di Napoli

Mario A. CATTANEO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Ferrara

Claudio CESA

Prof. Ordinario di Filosofia morale - Università di Firenze

Guido CLEMENTE

Prof. Ordinario di Storia romana - Università di Firenze

Vincenzo COLLI

Laureato in Giurisprudenza - Firenze

Paolo COMANDUCCI

Ass. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Genova

Giulio CONTICELLI

Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Pietro COSTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Franco DE BERNARDINIS

Ricercatore di Diritto romano - Università di Roma

Franca DE MARINI

Prof. Ordinaria di Storia del diritto romano - Università di Genova

Achille DE NITTO

Laureato in Giurisprudenza - Roma

Carla DE PASCALE

Ricercatrice di Filosofia morale - Università di Firenze

Ugo DE SIERVO

Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università di Firenze

Alfred DUFOUR

Professeur d'Histoire du droit - Université de Genève

Vincenzo DURANTE

Ass. Ordinario di Diritto romano - Università di Firenze

Lucia FANIZZA

Ricercatrice di Diritto romano - Università di Bari

Alberto FEBBRAJO

Prof. Straordinario di Sociologia del diritto - Università di Macerata

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Modena

Piero FIORELLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Maria FUBINI LEUZZI

Prof. Ordinaria nei Licei - Firenze

Giorgio GAJA

Prof. Ordinario di Diritto internazionale - Università di Firenze

Letizia GIANFORMAGGIO

Prof. Incaricata di Filosofia del diritto - Università di Siena

Andrea GIARDINA

Prof. Straordinario di Storia romana - Università di Palermo

Giuseppe GIARRIZZO

Prof. Ordinario di Storia moderna - Università di Catania

Gabriella GIRARDI

Laureata in Giurisprudenza - Roma

Alessandro GIULIANI

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Perugia

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Riccardo GUASTINI

Prof. Ordinario di Teoria generale del diritto - Università di Genova

Gunter GUDIAN

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte - Universität Mainz

Herbert KADEL

Bibliotheksrat - Universitätsbibliothek-Marburg

Giuliana LANATA

Prof. Incaricata di Egesi delle fonti del diritto romano - Università di Genova

Gianfranco LIBERATI

Prof. Incaricato di Storia delle codificazioni degli Stati europei - Università di Bari

Filippo LIOTTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Siena

Luigi LOMBARDI VALLAURI

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Firenze

Klaus LUIG

Ord. Professor für Bürgerliches Recht und Römisches Recht - Universität Passau

Domenico MAFFEI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Roma

Paolo MANGANARO

Prof. Incaricato di Filosofia morale - Università di Catania

Giuliano MARINI

Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Pisa

Pasquale MAROTTOLI

Prof. Incaricato di Diritto romano - Università di Macerata

Aldo MAZZACANE

Prof. Straordinario di Diritto comune - Università di Napoli

Cosimo Marco MAZZONI

Prof. Straordinario di Istituzioni di diritto privato - Università di Siena

Massimo G. MESSINA

Ricercatore di Storia del diritto romano - Università di Pisa

Livia MIGLIARDI ZINGALE

Ass. Ordinaria di Diritto romano - Università di Genova

Heinz MOHNHAUPT

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt am Main

Olivier MOTTE

Chercheur à l'Institut de recherches juridiques comparatives - Paris

Maria Teresa NAPOLI

Ass. Ordinaria di Storia del diritto italiano - Università di Roma

Adele NICOLETTI

Prof. Incaricata di Egesi delle fonti del diritto romano - Università di Bari

Ugo NICOLINI

Prof. Ordinario f. r. di Storia del diritto italiano - Università Cattolica di Milano

Mario NIGRO

Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Roma

Maurizio OLIVA

Laureato in Giurisprudenza - Roma

Riccardo ORESTANO

Prof. Ordinario f. r. di Diritto romano - Università di Roma

Antonio PADOA SCHIOPPA

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Milano

Francesco PALAZZO

Prof. Incaricato di Diritto penale - Università di Modena

Nicola PALAZZOLO

Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Catania

Lamberto PANSOLLI

Prof. Incaricato di Storia del diritto italiano - Università di Urbino

Gabriella PAPI

Studentessa in Giurisprudenza - Roma

Bruno PARADISI

Prof. Ordinario f. r. di Storia del diritto italiano - Università di Roma

Giansavino PENE VIDARI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Torino

Leo PEPPE

Ass. Ordinario di Diritto romano - Università di Roma

Ugo PETRONIO

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

Vincenzo PIANO MORTARI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Roma

Vito PIERGIOVANNI

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Genova

Andrea PROTO PISANI

Prof. Ordinario di Diritto processuale civile - Università di Firenze

Filippo RANIERI

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt am Main

Giorgio REBUFFA

Prof. Straordinario di Sociologia del diritto - Università della Calabria

Joachim RÜCKERT

Assistent am Leopold Wenger-Institut für Rechtsgeschichte - Universität München

Bernardo SANTALUCIA

Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto romano - Università di Firenze

Umberto SANTARELLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Pisa

Mario SBRICCOLI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Macerata

Vincenzo SCARANO USSANI

Ass. Ordinario di Istituzioni di diritto romano - Università di Napoli

Aldo SCHIAVONE

Prof. Straordinario di Istituzioni di diritto romano - Università di Bari

Hans SCHLOSSER

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Bürgerliches Recht - Universität Augsburg

Jan SCHRÖDER

Privatdozent für Bürgerliches Recht und Deutsche Rechtsgeschichte - Universität Bonn

Paolo SILLI

Ass. Ordinario di Diritto romano - Università di Firenze

Domenico SORACE

Prof. Ordinario di Diritto amministrativo - Università di Firenze

Enrico SPAGNESI

Prof. Incaricato di Storia degli ordinamenti degli Stati preunitari italiani - Università di Trieste

Tullio SPAGNUOLO VIGORITA

Prof. Incaricato di Istituzioni di diritto romano - Università di Salerno

Michael STOLLEIS

Ord. Professor für Öffentliches Recht, Rechtsgeschichte und Kirchenrecht - Universität Frankfurt am Main

Hans-Ulrich STÜHLER

Rechtsassessor - Reutlingen

Giovanni TARELLO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Genova

Franco TODESCAN

Prof. Straordinario di Filosofia del diritto - Università di Trieste

Salvatore TONDO

Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Firenze

Ferdinando TREGGIARI

Laureato in Giurisprudenza - Perugia

Angela TROMBETTA PARDOLESI

Ricercatrice di Storia del diritto romano - Università di Bari

Giancarlo VALLONE

Ricercatore di Storia del diritto italiano - Università di Roma

Vincenzo VARANO

Prof. Straordinario di Diritto privato comparato - Università di Siena

Cesare VASOLI

Prof. Ordinario di Storia della filosofia - Università di Firenze

Carlo VENTURINI

Prof. Incaricato di Storia del diritto romano - Università di Pisa

Franz WIEACKER

Emerit. Professor für Römisches Recht - Universität Göttingen

Antonio ZANFARINO

Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Firenze

Danilo ZOLO

Ass. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Firenze

PAOLO GROSSI

INTRODUZIONE AI LAVORI

Esattamente otto anni fa, nell'ottobre del 1972, si tenevano in questa sala di questo Palazzo le sedute dell'Incontro di studio su « La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno », un incontro che costituiva la prima manifestazione pubblica dell'allora nascente ' Gruppo di ricerca per la storia del pensiero giuridico moderno '. Quel ' Gruppo ', formazione spontanea di alcuni docenti della Università fiorentina, grazie ad una attività varia e costante, ha attratto su di sé in questi anni una crescente attenzione e può oggi presentarsi agli studiosi in una veste più complessa e rinnovata. È infatti del 3 giugno scorso il Decreto del Presidente della Repubblica Italiana che, accogliendo le proposte della Facoltà di Giurisprudenza e dei supremi organi di Governo della Università di Firenze, ha istituito presso il nostro Ateneo un ' Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ' quale ente che raccogliesse, con strutture più solide e formalmente riconosciute, la non passiva eredità del vecchio ' Gruppo di ricerca ' (*).

Come già otto anni fa il ' Gruppo ', oggi il ' Centro ' è lieto di avviare la propria vita pubblica organizzando un incontro internazionale di studio, questo seminario appunto che ora si inaugura intorno a Federico Carlo di Savigny.

Nessuna obiezione potrebbe — io credo — essere rivolta all'idea felice di raccogliere a Firenze una parte dei nostri numerosi amici, ma una perplessità potrebbe concernere il tema che abbiamo proposto. Perché ancora Savigny? È questa una cerimonia cele-

(*) Una breve notizia sul ' Centro ', nonchè il testo del suo regolamento, si pubblicano in calce a questo volume.

brativa del bicentenario della nascita? Una delle tante? Se indirizzata verso una simile finalità, la nostra giungerebbe ben ultima dopo che, variamente, in Germania e altrove, si è già solennizzato la data con ampiezza di partecipazione e senza risparmio di sforzi, come recentissime pubblicazioni ci danno lodevole testimonianza.

Vorremmo invece ribadire qui con chiarezza quanto decisamente si affermava nel programma-invito divulgato agli studiosi il primo febbraio 1980: il nostro incontro, che pur trae spunto dalla ricorrenza bisecolare, intende avere un particolare carattere; non un congresso magniloquente, non una celebrazione apologetica, non un discorso generale, bensì un raccolto seminario articolato in relazioni su oggetti specifici tenute da studiosi specificamente competenti. Un tentativo insomma di contribuire a delineare con maggior precisione il volto di uno tra i più incisivi giuristi dell'età moderna, la cui eredità avvertiamo in qualche modo pesare ancora sulle nostre spalle; un'occasione per rendere possibile un dibattito su aspetti centrali ma tuttora bisognosi di approfondimenti e problematizzazioni ulteriori del pensiero di Savigny.

Se guardiamo infatti dietro di noi, sia a un passato più risalente, sia all'immediato ieri, non si può non rilevare una fioritura ricchissima, forse anche sovrabbondante, di analisi storiografiche su Savigny. È una letteratura che ha dei grandissimi meriti, ma dal cui esame consegue facile la constatazione che la personalità e l'opera del Maestro di Francoforte costituiscono un terreno non ancora compiutamente esplorato nella sua specificità storica, e che è pertanto attuale e stringente l'esigenza di riproporsi il problema della comprensione globale del personaggio.

Oggi più di ieri, alla luce delle molte ed acute interpretazioni, nel risalto delle diverse chiavi di lettura che si sono andate soprattutto negli ultimi anni sovrapponendo, con un materiale storiografico arricchitosi recentissimamente di cospicui fondi inediti, sono ancora legittime alcune domande essenziali su una personalità e su un'opera che a ogni lettore sembrano, a un primo approccio, mostrare contraddizioni, ambiguità, aporie: complessità d'un itinerario di studio o tormentosa ricerca di una propria

identità? Sensibilità estrema ai segni dei tempi che mutano o coerente compimento di un organico progetto intellettuale?

Sono domande cui si tenterà di rispondere nel corso delle due giornate di studio che abbiamo davanti, presupponendo e utilizzando il lavoro storiografico sin qui svolto, ascoltando le relazioni, dibattendo su di esse. Due sono infatti i momenti essenziali del nostro seminario: certamente le relazioni, affidate agli studiosi dell'area culturale italiana che hanno fatto di Savigny l'oggetto immediato delle proprie ricerche; ma certamente anche il dibattito, ed è per questo che salutiamo con soddisfazione e gratitudine i Colleghi e gli Amici, particolarmente quelli di oltralpe, che, rispondendo con generosità al nostro invito, recano al seminario il contributo d'una insostituibile esperienza indagatrice su Savigny e sul clima culturale in cui visse e operò.

Niente altro il nostro incontro vuol essere che un dibattito, un concreto dibattito fra esperti. Se un tal risultato sarà raggiunto, se per due pomeriggi riusciremo a impostare fra di noi un colloquio vivo e vivace, il nostro lavoro sarà sicuramente un passo innanzi nella miglior conoscenza dell'universo savignyano.

Non posso chiudere queste brevi parole senza esprimere una nota di sincero rammarico. Hans Kiefner, l'insigne Collega dell'Università di Münster, notissimo a tutti noi anche e soprattutto per le sue significative ricerche su Savigny, malgrado il suo vivo desiderio e la promessa fattami di partecipare al nostro incontro, non è oggi in mezzo a noi. Una improvvisa infermità gli ha impedito di lasciare la Germania Federale per intraprendere un viaggio lungo e faticoso; senza dubbio i nostri lavori si vedono privati di un sicuro protagonista. Spero di essere da tutti voi autorizzato a inviare al Collega Kiefner un caldo augurio per un pronto ristabilimento.

Né posso esimermi da una nota di mestizia: il 7 ottobre è deceduto in Roma Guido Astuti, giudice della Corte Costituzionale della Repubblica italiana e Ordinario f.r. di Storia del diritto italiano all'Università di Roma. Col nome di Astuti, illustre e carissimo amico del nostro 'Centro', si apriva la lista — diffusa questa estate — degli studiosi che avevano assicurato adesione e partecipazione. So che, riguardando vecchie carte e fa-

cendo nuove letture, egli si preparava a venire a Firenze e a portarvi un proprio contributo personale. La morte ha troncato questo proposito, e ci resta solo l'amarezza del vuoto doloroso e il rimpianto per lo studioso dall'ingegno robusto ed aguzzo.

Prima di dare inizio al seminario ringrazio, a nome del Centro, i relatori, gli autori di interventi, i partecipanti tutti. Un ringraziamento caloroso al Magnifico Rettore dell'Università di Firenze e all'Assessore alla cultura della Regione Toscana, che hanno sostenuto in modo significativo il programma del Centro; al Preside della Facoltà giuridica fiorentina, che è qui in mezzo a noi e che ci reca l'adesione sincera della sua, della nostra Facoltà.

Relazioni

RICCARDO ORESTANO

EDIFICAZIONE E CONOSCENZA DEL 'GIURIDICO'
IN SAVIGNY

TRE MOTIVI DI RIFLESSIONE

'Fannogli onore e di ciò fanno bene'. Il verso — così pacato e così solenne — mi tornava alla mente, adattato e associato a Savigny, il luminoso mattino d'ottobre che vedeva inaugurare il convegno su quel Grande nella città del Poeta. Il proposito era di chiudere con esso quanto mi accingevo a dire, in quell'occasione. Poteva suonare retorica e ne tacqui. Oggi, di fronte alla pagina scritta, forse non più e anzi mi pare opportuno cominciare da quel verso, quasi a simbolo del mio personale rapporto con un autore che ho tanto amato e che sempre più ammiro, anche se per molti aspetti sempre più criticamente.

Nell'esordio di allora mi dichiarai sinceramente confuso di parlare a braccio a un'assise di studiosi savigniani certo più competenti di me, da ognuno dei quali avrei avuto da imparare qualcosa a meglio comprendere il 'mio' Savigny: 'mio' nel senso che di quella gigantesca figura, come di ogni grande, ciascuno aspira ad appropriarsi di un pezzetto, a farlo « suo » e in un modo che sia « suo ».

Nonostante l'amico Grossi mi avesse preavvisato per tempo, non mi ero sentito di preparare un elaborato scritto, avendo ben poco da aggiungere a quel che in varie circostanze ero riuscito a dire, in modo del tutto artigianale, sull'argomento. Di questo mi scusai, precisando che mi proponevo non una vera e propria relazione, ma di sottoporre ai presenti — come adesso ai lettori — solo tre 'motivi di riflessione': o meglio, due 'motivi' e un interrogativo.

Non ritengo vi sia ragione per cambiare quell'impostazione, salvo incorporarvi in ordine sparso alcune precisazioni che mi

furono suggerite dalla bella relazione di Fioravanti e dalla discussione che ne seguì, nella quale intervenni per chiarire alcuni punti di quanto avevo detto.

I due motivi di riflessione sono su alcuni passi del 'Sistema' di Savigny, l'interrogativo su quel che conosco della sua opera di studioso.

È per me straordinario, e fonte di continua meraviglia, il fatto che ogni volta che mi avvicino al complesso dell'opera o al 'Sistema' o soltanto alla sua prefazione, letta e riletta tante volte, vi abbia a scoprire qualcosa di nuovo. E non perché ne sia stato lettore distratto.

Mi viene da paragonare, l'opera di Savigny, a una di quelle imponenti montagne di cui il girarci intorno e il variare della luce nel corso della giornata mettono in evidenza ora un profilo ora un altro, ora una cresta ora una valle, ora le rocce ora le nevi. Forse le diverse angolazioni e le variazioni d'illuminazione sono connesse anche a mutamenti che intervengono nel lettore, onde egli ne coglie lineamenti e caratteri differenti, sino allora per lui rimasti preclusi o in ombra. L'immensa mole è sempre la stessa, ma ad ogni lettura gli si svelano volti e contenuti nuovi, che la fanno apparire a lui diversa da come riteneva di conoscerla qualche ora o qualche anno prima. Come di una grande cattedrale nel ciclo solare dei quadri di Monet.

Non c'è dubbio che aspetto fra i più importanti della Scuola storica tedesca è la produzione dei modelli concettuali e storiografici che essa ha proposto all'esperienza dell'Ottocento, molti dei quali ancora operanti nel nostro secolo. Ma di essa si è fatto, a sua volta, una sorta di modello storiografico, quasi uno stereotipo breviloquente, aggiunto e inserito fra i tanti che vengono impiegati nelle indagini e nelle rappresentazioni sulla storia del pensiero giuridico della nostra tradizione.

Ma come è di ogni modello, esso può venire 'costruito' in tante fogge, a tratti successivi e sovente l'uno muovendo dall'altro.

Occorre quindi distinguere anzitutto i modelli concettuali e storiografici costruiti dalla Scuola storica tedesca e quelli costruiti sulla Scuola storica, secondo una molteplicità di in-

terpretazioni — positive e negative — che di essa, implicando nuove concezioni, nuove idealità, nuove ideologie, è venuto fornendo il pensiero successivo sino a noi, i più recenti reagendo e interagendo con i primi, a piani sovrapposti ⁽¹⁾.

È pure da notare che i modelli concettuali e storiografici aventi ad oggetto la Scuola storica sono stati costruiti attraverso generalizzazioni eccessive. Esse hanno chiamato a contributo, in una con elementi propri del pensiero di Savigny, molti elementi che appartengono piuttosto a discepoli ed epigoni. Il risultato è che per molti aspetti la pienezza della originalità di Savigny è passata in secondo piano o addirittura è rimasta coperta dagli atteggiamenti dei 'savigniani'.

A illuminare questa originalità possono servire i due 'motivi di riflessione' che qui si propongono.

Ed ecco il primo 'motivo'.

A un certo punto della prefazione al 'Sistema' vi sono alcune frasi che considero di eccezionale pregnanza. Esse mi hanno colpito negli ultimi anni d'insegnamento, offrendomi più volte argomento di discussione con gli studenti dei Gruppi di studio, i cui programmi avevano in Savigny una tappa d'obbligo. E ho visto con piacere, nel preannunzio della relazione di Bretone, che esse hanno richiamato anche l'attenzione di questo più giovane compagno di studi e di interessi, con il quale le convergenze e gli incontri sono di gran lunga maggiori delle divergenze.

Le frasi sono a p. XXI ss. dell'originale, cui corrispondono le p. 10 ss. della traduzione Scialoja, dalla quale leggo ⁽²⁾. Poche righe prima, Savigny aveva messo in evidenza che l'attività intellettuale relativa al diritto, cioè la scienza giuridica, può seguire due diversi indirizzi, il teorico nella dottrina, nell'insegnamento, nella esposizione, e il pratico nell'applicazione delle regole ai casi della

(1) Do per presupposta l'immensa e crescente letteratura su Savigny, sul suo tempo, sulle laudi, sulle opposizioni, sulle critiche, sulle condanne di cui il suo pensiero e la sua scuola sono stati oggetto già lui vivente. Molti gli studi eccellenti, ma indicarne solo alcuni sarebbe far torto ad altri. I richiami saranno quindi pochi e per motivi particolari.

(2) Di regola mi atterrò ad essa, salvo la libertà che mi sono preso — lo avverto una volta per tutte — di rendere più costante l'impiego di talune parole, scegliendo quelle che mi sembrano più aderenti al tedesco.

vita reale. Due indirizzi — egli scrive — che possono generare una « funesta unilateralità », portando la teoria a degenerare « in un giuoco vano », la pratica « in un mestiere manuale ». È inutile dire quanta polemica ci fosse, in questi enunciati di Savigny, rispetto alla cultura giuridica del suo tempo. Per altro, egli affermava, i due « elementi del diritto », il teorico e il pratico, si fondano « sulla generale natura del diritto stesso », e tuttavia bisogna che ognuno nella sua specifica attività « tenga ben fissa innanzi agli occhi l'unità originaria ». È già un'idea molto chiara. Ma subito la visuale si allarga, sino a quella che con termini nostri potremmo dire una conoscenza globale e completa della storia. E non si dimentichi che per Savigny diritto e scienza del diritto sono storia. Lo aveva detto più volte.

Dopo avere ulteriormente precisato che parlando del senso e dello spirito pratico egli non intende riferirsi alla pratica degli affari (anche se il cimentarsi con qualche caso pratico presenti ai giuristi « un istituto sotto una luce assai più viva di quella ottenuta dallo studio dei libri e dalla propria riflessione »), così specifica il suo pensiero:

« Teorico perfetto sarebbe dunque colui, la cui teoria fosse vivificata dalla piena e completa conoscenza di tutta la pratica attività giuridica; tutti i rapporti morali, religiosi, politici, economici della vita reale dovrebbero essere presenti al suo sguardo ».

È l'enunciazione di una necessità concettuale, che mira al ristabilimento della naturale unità di teoria e pratica, nella cui sempre più marcata separazione egli vede « il vizio capitale » delle concezioni giuridiche a lui contemporanee. È l'affermazione di un postulato piuttosto che il convincimento di una concreta realizzabilità. Infatti soggiunge:

« Non occorre dire, che questo tipo (*di 'teorico perfetto'*) non viene messo innanzi per rimproverare chi non vi corrisponda pienamente; perché chiunque volesse applicare agli altri tale misura, deve considerare prima quanto male essa si adatti a lui stesso ».

E, seguitando, egli determina ancor più la problematica, con una visione doppiamente realistica: da un lato ribadendo l'unità del fenomeno giuridico, dall'altro mettendo in guardia, non senza

una punta di malizia, dall'illusione — la sua stessa illusione — di poter arrivare a una conoscenza compiuta dei diversi aspetti:

« Tuttavia è bene di tenere dinanzi agli occhi cotesto scopo dell'azione congiunta delle varie forze; prima per rimanere nel vero indirizzo, poi anche per difenderci contro le lusinghe dell'amor proprio, da cui nessuno è pienamente sicuro ».

È una visione in cui non si saprebbe se ammirare di più la profondità del pensiero o l'umiltà del vero studioso, alieno da ogni titanismo. E anche in ciò vi è forse una polemica.

Da dove viene questa sua visione della globalità della storia? Rispondere alla domanda significa porre il problema ben più ampio delle basi culturali di Savigny. È un problema arduo rispetto a chiunque, assai più rispetto ad un grande, quale indubbiamente fu il Nostro, anche se vedo ricercate con insistenza sempre maggiore le dipendenze, in adesione e in contrasto, dal pensiero kantiano, dal pensiero hegeliano o da altri filosofi del suo tempo. Non è qui il caso di entrare nel merito di questi alberi genealogici, che vorrebbero vedere sempre i filosofi in veste di progenitori, chè forse il problema del 'metabolismo' dei giuristi è ben più vasto e complesso ⁽³⁾.

⁽³⁾ Ometterò quindi anche ogni discussione e indicazione in merito alle 'fonti' del pensiero savigniano e alla vasta, spesso importante, letteratura che si è formata sull'argomento. I pochi richiami sono connessi al discorso che qui mi propongo. Mi vado sempre più convincendo che nello studio di un giurista, anche a volerlo collocare nel suo tempo (e non si potrebbe fare diversamente), l'importante è quello che dice e in quale funzione. Non che tali ricerche non siano — sotto altri profili — in sé e per sé interessanti e importanti. Ma al limite, anche si individuassero pedissequae ripetizioni, esse acquistano, introdotte nel discorso del giurista, una significanza nuova e particolare. Quanto conta, nella *scientia iuris*, è che certe idee, quelle e non altre — prodotte *ex novo* dal giurista o da lui attinte *aliunde* — vengano immesse nella circolazione del 'giuridico'. Il rispecchiare più o meno fedelmente un pensiero filosofico non può costituire titolo di merito o di demerito nella valutazione di un giurista, tanto più che può bastare un apprezzamento diverso di quelle 'origini' — vere o presunte che siano — per vedere il merito trasformato in demerito e viceversa.

Ometterò persino, di regola — e questo è più grave — ogni richiamo al pensiero stesso di Savigny, nell'arco della sua lunga, fruttuosa, cospicua produzione anteriore al 'Sistema', premendomi qui di cogliere la prospettazione finale che egli ritenne di dovercene dare.

Una equilibrata sintesi delle emergenze su cui si tende a costruire, da molti,

In questa sede vorrei limitarmi soltanto a reagire a un *cliché* che ci mostra un Savigny tridimensionale — il grande romanista, il grande medievalista e l'uomo formatosi a cavallo fra XVIII e XIX secolo — come se la sua cultura radicasse soltanto in questi tre terreni. Vi è pure una quarta dimensione savigniana, di cui a mio avviso non si tiene solitamente conto o non a sufficienza: il Savigny le cui radici si alimentano anche dell'Umanesimo giuridico, e anzi, per quel che qui rileva, direi soprattutto di esso.

So bene che da quanto egli ebbe a pubblicare sembra essersi occupato poco di Umanesimo giuridico e che in quanto abbiamo sotto gli occhi esso non ha emergenza di primo piano. Ma che le cose non stessero così è un'altra prefazione a dircelo. Mi riferisco alla premessa alla *Storia del diritto romano nel medioevo*, quel monumento tanto insigne da dare l'impressione avesse assorbito la totalità dei suoi interessi storiografici. Egli vi spiega le ragioni e il piano dell'opera, il cui disegno si è venuto precisando in modo da non consentirgli di estendere il lavoro sino ai suoi giorni. Fra i motivi, precipuo era il fondamentale mutamento della scienza del diritto del XVI secolo, « sia pel nuovo e prepotente influsso della filologia e della storia, sia pel distacco più riciso delle nazionalità ». Sicché, egli aggiunge, « queste considerazioni ci indussero a pigliare per argomento del nostro lavoro il solo medio evo, esclusa l'età moderna; riservandoci a pubblicare in altro tempo e sott'altra forma i materiali che teniamo in serbo

una coerente unità del pensiero del Nostro è nella bella e ricca introduzione a Savigny. *Antologia di scritti giuridici*, a cura di F. DE MARINI, Bologna, 1980. Ma è qui da accennare al dubbio sulla opportunità di 'ricuperare' inediti di chiunque, salvo l'autore sia stato impedito a provvedervi. La perplessità cresce in proporzione all'età giovanile dell'autore che giunto a maturità non abbia chiamato quegli 'inediti' (divulgandone magari più antichi) a comporre il volto che egli ha inteso dare di sé. Soprattutto quando l'autore è della statura di un Savigny, alla cui lunga vita non mancò mai la consapevolezza dell'importanza. Mi riferisco, è ovvio, alla *Methodenlehre* e al vespaio di dispute suscitato da un trentennio: e ancor più sarebbero da disputare gli autorevoli tentativi, per altro a mio avviso poco felici, di farne la chiave interpretativa dell'intera opera e di armonizzare con essa il pensiero nell'arco della sua vita. Analoghe considerazioni valgono per le lettere private, salvo per notizie di fatti significanti. Ben altro è da dire degli appunti.

sopra questo periodo moderno di storia letteraria ed in ispecie sopra l'istoria della scuola francese » (4).

Di tali materiali ci ha dato un saggio, in francese, con la *Lettre adressée aux rédacteurs de la Thémis sur l'histoire de Cujas par M. Berriat-Saint-Prix* (5), nella quale con incredibile dovizia di dati nuovi e precisa filologia rivede le bucce all'autore di quella *Histoire* e gli suggerisce una serie di spunti, dandoci uno *specimen* di quella che avrebbe potuto essere una sua 'storia del diritto romano nel XVI secolo'.

Che cosa sapeva Savigny del XVI secolo? Io credo che sapesse tutto, che lo avesse esplorato con la stessa puntigliosità e con la stessa profondità con cui aveva indagato le vicende del 'diritto romano', delle sue fonti, dei suoi studi e dei suoi studiosi in Occidente dal VI al XV secolo, al quale egli si ferma. Ma non è da pensare che si fossero fermate a quella data le sue ricerche e le sue informazioni. Forse non avevano raggiunto la finitezza di quelle sul medio evo, ma non erano certo di seconda o di terza mano. La serietà dello Studioso dà credito alle sue affermazioni; c'è solo da sperare che l'archivio di recente acquisito all'Università di Marburgo ci restituisca almeno in parte questi 'materiali': potrebbe essere una direttrice di esplorazione estremamente importante, specialmente per gli appunti sulla Scuola francese.

Non penso di dire una novità affermando che esistono collegamenti fra certe istanze e posizioni di giuristi culti del XVI secolo e Savigny. Non per nulla si è parlato e si parla di uno 'storicismo' che li accomuna sotto uno stesso segno. Anch'io ora andrei più cauto nell'usare questa parola e non perché non vi siano

(4) V. tr. it. di E. BOLLATI, v. I, Torino 1854, p. 2 (il corsivo è mio).

(5) La lettera fu occasionata dalla pubblicazione a Parigi nel 1821 della *Histoire du droit romain, suivie de l'Histoire de Cujas* del Berriat-Saint-Prix, che era 'Professeur de Procédure civile, et de Droit criminel, à la Faculté de Droit de Paris'. Essa apparve sulla *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, IV, Paris 1822, pp. 193-208 e fu compresa dal Savigny in *Vermischte Schriften*, Berlin 1850, IV, pp. 173-194.

Ma che non si fosse trattato di interesse occasionale è dimostrato da uno scritto del 1805, *Zur Lebensgeschichte des Cujas*, apparso nel *Civilistisches Magazin* di Hugo, III, di quell'anno, ripubblicato in *Vermischte Schriften*, cit., IV, pp. 169-172. Gli anni 1804-1805 sono quelli degli studi di Savigny a Parigi.

tratti comuni fra gli umanisti francesi e il giurista tedesco, ma perché di essa è stato fatto un impiego così vasto e in tanti significati diversi — persino spregiativi — da farle perdere ogni utilità individuante. Oggi preferisco riservarla per parlare di coloro che ne hanno fatto impiego, piuttosto che come referente generico. In ogni altro caso, quando mi è possibile, adesso uso un'espressione più complessa, ma più precisa: 'coscienza della storicità del diritto'. Anche per ciò ho dato a questa comunicazione un titolo diverso da quello inviato or è oltre un anno, in modo da tener conto di tale considerazione e di quanto effettivamente detto (in precedenza era 'Sullo storicismo di Savigny'), mentre è rimasta ferma la limitazione dei motivi di riflessione a tre.

Quel che contraddistingue la posizione degli Umanisti del XVI secolo e di Savigny è appunto una tale coscienza: conquista degli Umanisti e 'riconquista' da parte di Savigny, in polemica con i secoli in cui giusnaturalismo e giusrazionalismo avevano ricacciato indietro quella consapevolezza.

Coscienza della storicità del fenomeno giuridico, dunque, negli Umanisti, o in molti di essi, e in Savigny.

Ovviamente, il pensiero di Savigny è più maturo e avanzato. Ma i collegamenti sono tanti.

Il più notevole è senza dubbio nel parallelo fra diritto e linguaggio. L'ho detto e scritto tante volte: Savigny forse poteva ignorare la definizione di Hotman dello *ius civile* quale *ius vernaculum*, ma difficilmente si può ritenere ignorasse Doneau, un autore che egli ha studiato a fondo, e la sua affermazione, proprio nelle prime pagine del Commentario, esservi aspetti del diritto dettati dalla *natura ipsa rerum et cohaerentia* che nessun atto del Principe può mutare, allo stesso modo che questi non può mutare il valore e il significato delle parole, *quae usu populi constant, non cuiusquam arbitrio aut voluntate*. Dei paralleli fra diritto e linguaggio, è tra i primi e più cospicui che io conosca: ed è in questo ordine di idee che, in una a confluenze herderiane e hughiane, si muoverà Savigny, sino ad attribuire a tale parallelo la centralità a tutti nota.

Ma forse ci sono anche Alciato, per il quale la *historia* è la *sola certissima philosophia*, e Bauduin che alla *historia universa et eius cum iurisprudentia coniunctio* dedica uno scritto più volte

ripubblicato, ancora nel Settecento, e tanti altri, sui quali è qui superfluo insistere.

E c'è anche l'istanza 'enciclopedica', alla quale mi sembra si possa ricollegare il nostro primo 'motivo di riflessione'. Ne avevano parlato in tanti, a cominciare da Budé. Era una delle più significative reazioni umanistiche alla 'chiusura' del pensiero giuridico medievale e all'orgoglioso presupposto che *omnia in corpore iuris inveniuntur*. Non senza reminiscenze quintilianee e dell'*orbis doctrinae, quem Graeci encyclopaediam vocant*, egli aveva propugnato — a illustrazione della *divinarum humanarumque notitia* — che la *scientia iuris* si aprisse alla più ampia circolazione culturale, con ciò stesso dando luogo a nuove polemiche da parte dei seguaci del *mos italicus* ⁽⁶⁾. E diverrà proposito ricorrente in molti giuristi della Scuola Culta.

Naturalmente, di questo proposito — che Savigny torna a prospettare nella *Vorrede* al 'Sistema' — egli ci dà una formulazione molto più consapevole e in ordine ai contenuti e in ordine alle possibilità. Non si tratta di immagazzinare il maggior numero di informazioni, ma di assumere punti di vista che consentano di cogliere i nessi con gli altri aspetti di una realtà storica unitaria. E se a ciò è difficile arrivare, è per la pochezza delle forze individuali, non perché nessi e unità non esistano.

Savigny 'nostro contemporaneo', dunque, almeno nei propositi e anche se l'attuazione non sempre ha corrisposto ad essi, in lui come in chiunque altro, allora come oggi, e anche se i suoi fini non sempre ci sembrano oggi da condividere.

Passo al secondo 'motivo di riflessione'.

Anch'esso è dato dal 'Sistema' e riguarda — se così si potesse dire, e molti lo negano — 'Savigny pubblicista'.

⁽⁶⁾ Mi è caro ricordare qui l'opera di Guido ASTUTI, *Mos italicus e mos gallicus nei dialoghi « de iuris interpretibus » di Alberico Gentili*, Bologna 1937, dove alle pp. 48 ss. l'argomento è ampiamente trattato con grande ricchezza di dati. Ad esse faccio sicuro rinvio. È un'opera che ho visto nascere, negli anni comuni di Camerino, e che dieci anni dopo mi è stata di avviamento prezioso per le mie ricerche sull'Umanesimo giuridico, anche se di quel movimento di pensiero mi venne di dare un'interpretazione diametralmente opposta: unica dissonanza negli studi, ma non in un'amicizia fraterna e senza alcuna nube, di quasi mezzo secolo.

Tuttavia alcune frasi, di poche righe, ci mostrano un Savigny totalmente 'aperto' a quanto solitamente chiamiamo 'Diritto pubblico'. Poche frasi, e le indicherò subito, che mi si sono svelate — proprio in questi ultimissimi giorni — ancor più ricche di quanto mi fossero già apparse or è oltre un anno, quando Grossi e questo Convegno mi stimolarono a tornare su Savigny.

È da molto tempo che ho un conto aperto con questo Autore, una sorta di conto corrente sempre in rosso, che mi vede perpetuo debitore. È aperto almeno dal 1937, quando cominciai a studiare sulle costituzioni imperiali e sullo *ius singulare*, e da allora non si è mai chiuso. Ho continuato a prelevare nel 1940, quando mi dovetti occupare di dottrine matrimoniali e quindi della revisione che Savigny aveva fatto della nozione di contratto per conservare e meglio giustificare una teoria contrattuale del matrimonio. Ne avevo tratto — fra tanto d'altro — l'ammaestramento che è Autore di cui bisogna imparare a leggere la filigrana del pensiero in controluce, tanto sottili ne sono sovente le motivazioni e le implicazioni. Le ragioni di analisi si sono poi moltiplicate quando — a studiare problemi di storiografia, di azioni, di diritti soggettivi, di persone giuridiche, di dottrine ottocentesche — mi fu necessario cominciare da Savigny o passare attraverso di lui, per risalire indietro o scendere a noi, sempre fondamentale.

Se menziono tutto questo è per ricordare altresì che il mio incontro con Savigny è stato ben prima, mediato dalle fasciose pagine di apertura della *Storia del diritto romano* di Bonfante. Il suo entusiasmo per Savigny lo faceva apparire a lui e agli studenti 'inventore' e padre di ogni idea evoluzionista e positivista del XIX secolo. Ecco, non vorrei che sia l'entusiasmo bonfantiano ad avere messo in me radici così profonde da farmi vedere in Savigny anche quello che non c'è. Ma spero di no.

Che Savigny sia 'privatista', anzi per eccellenza 'privatista', non è da mettere in dubbio. Lo davo per scontato durante la mia esposizione nella prima mattinata, l'ho precisato nella discussione promossa dalla relazione Fioravanti, lo ribadisco adesso. Nella sua opera convergono secoli e millenni di tradizione giurisprudenziale eminentemente 'privatistica', una tradizione che giunge sino a noi e ai nostri codici, nell'impostazione degli insegnamenti, nella manualistica, nella scienza del diritto, almeno

— e per quanto io ne sappia — dell'Europa continentale, una tradizione che egli ha contribuito a rinverdire e alla quale ha dato i contributi che tutti conosciamo. Superfluo anche aggiungere che egli si è occupato in via prevalente di diritto privato, per l'età romana e per ogni altra età.

Se quindi ho parlato e parlo di un 'Savigny pubblicista' e grande 'pubblicista' è in un senso diverso dell'usuale, assumendo a base della qualifica non l'essere stato un cultore del diritto pubblico e di argomenti ad esso attinenti, ma la concezione che egli dimostra di avere del diritto.

È appunto su tale concezione che verte il secondo 'motivo di riflessione'. Ne sono oggetto il celeberrimo § 8 del 'Sistema', ove Savigny parla del *Volk*, e altre frasi del paragrafo precedente e dei due successivi, da cui il § 8 riceve luce o completamento. Se ne è ricavato tantissimo, ma la miniera è inesauribile.

Dopo avere tracciato i limiti della trattazione, restringendone la tematica al diritto privato, egli muove dalla nozione di rapporto giuridico, e di un subito — con altissima impennata, seppure in tutta semplicità — si porta alla quota dei massimi problemi:

« Fin qui la produzione del diritto (*Rechtserzeugung*) è stata da noi attribuita al popolo come soggetto attivo e personale. La natura di questo soggetto deve essere ora più esattamente determinata.

Se nel considerare il rapporto giuridico, noi facciamo astrazione da tutto il suo contenuto speciale, ci resta soltanto, come generale essenza di esso, la vita comune di più uomini regolata in un modo determinato ».

A questa intuizione della vita associata Savigny vuole sia mantenuta la maggior concretezza possibile, fuor d'ogni apriorismo e universalismo. Infatti, a non essere frainteso, mette in guardia proprio contro questo pericolo, proseguendo:

« Facilmente può accadere di fermarsi a questo concetto astratto di una pluralità ... Nel fatto però noi troviamo dappertutto, dove gli uomini vivono insieme, e per quanto ce ne dà notizia la storia, che essi stanno in una comunanza di rapporti intellettuali, che dall'uso di una lingua comune vengono attestati, rafforzati e sviluppati ».

Vedremo subito il seguito del passo, ma prima ricordiamo altre frasi di questo paragrafo e dei successivi, ove gli enunciati si precisano e si dispiegano ulteriormente:

« Questa nostra opinione, che riconosce in ciascun popolo (*individuelles Volk*) il produttore e il portatore (*Erzeuger und Träger*) del diritto positivo od effettivo, potrà forse sembrare troppo limitata a coloro i quali sian propensi ad attribuire quella produzione allo spirito comune della umanità piuttosto che allo spirito individuale di ciascun popolo ».

Qui giunto, Savigny vuole tentare un accostamento fra le due opinioni:

« ... a chi più dappresso le consideri, queste due opinioni si dimostrano non del tutto inconciliabili. Quel che opera in ciascun popolo non è altro che lo spirito universale dell'umanità ... »,

ma poi, quasi timoroso di aver concesso troppo alla universalità (del che di lì a poco sembra addirittura scusarsi, come vi fosse stato costretto) prosegue, tornando a ripetere:

« ... che in esso si manifesta (*cioè — si badi bene — in 'ciascun' popolo*) con caratteri individuali. Ma la produzione del diritto è un fatto, e un fatto collettivo. Essa dunque non è possibile se non tra coloro, tra i quali una comunanza di pensiero e d'azione non solo è possibile, ma anche effettiva ».

È lo storico e il giurista che torna a parlare (il 'grande storico' e perciò 'grande giurista', o il 'grande giurista' e perciò 'grande storico?'), con reiterate, insistite, esigenze di concretezza:

« Il popolo, al quale noi dovemmo assegnare limiti indeterminati, come ad un ente naturale invisibile, non esiste in nessun luogo e in nessun tempo sotto questa forma astratta. Che anzi esiste in esso una irresistibile tendenza ad estrinsecare l'invisibile unità in una forma visibile ed organica ».

L'unità visibile è lo Stato:

« Questa forma concreta della spirituale comunanza del popolo è lo Stato; con esso sono rigorosamente definiti i limiti di quell'unità ».

Come egli ha già detto poco prima per il diritto in generale

« ... ciò non vale soltanto per l'esistenza di uno Stato in genere, ma anche per la forma particolare che lo Stato assume presso ciascun popolo. Poiché anche la produzione dello Stato è una specie di produzione del diritto (*Rechtserzeugung*), anzi è il più alto grado della produzione del diritto ».

Concetti che Savigny riprende, esplicita e ribadisce nel § 10;

« ... dobbiamo dunque di nuovo affermare, che lo Stato originariamente e per la sua natura medesima sorge in un popolo, mediante il popolo e per il popolo ».

Arrivati a questo punto, possiamo tornare indietro, al § 8, dal quale abbiamo preso le mosse.

Dopo le già viste considerazioni sull'astrattezza di assumere il diritto e il rapporto giuridico come generati da una moltitudine indeterminata e dopo avere accennato alla possibilità che pure i limiti che separano i diversi popoli siano indeterminati, onde nel loro diritto è dato trovare « una certa affinità, se non una uguaglianza totale », egli passa a una più circostanziata analisi di ciò che avviene « anche quando l'unità del popolo è indubitata ». Infatti, dice Savigny:

« ... si trovano nello stesso suo seno alcune più ristrette aggregazioni, che sono unite ciascuna per un vincolo particolare, oltre quello generale del popolo, come sono le città e i villaggi, le comunità, le corporazioni di ogni specie, che tutte costituiscono popolari suddivisioni del tutto. Anche in esse può aversi una propria produzione del diritto, come *diritto particolare*, accanto al diritto comune del popolo, che viene così in più d'un modo completato e modificato » (7).

(7) Per l'importanza che assumono le singole parole è bene avere sott'occhio l'originale (p. 19 s.): *Allein auch da, wo die Einheit eines Volkes unzweifelhaft ist, finden sich innerhalb der Grenzen desselben oft engere Kreise, die durch einen besonderen Zusammenhang, noch neben dem allgemeinen des Volkes, vereinigt sind, wie Städte und Dörfer, Innungen, Corporationen aller Art, welche insgesamt volksmässige Abtheilungen des Ganzen bilden. Auch in diesen wiederum kann eine eigenthümliche Rechtserzeugung ihren Sitz haben als particuläres Recht, neben dem gemeinsamen Volksrecht, welches dadurch auf manchen Seiten ergänzt oder umgebildet wird.*

Dello stesso rapporto fra generale e particolare — delicatissimo nella siste-

Mi rendo conto che questo procedere per estrapolazione e ricomposizione di frasi staccate può essere per molti aspetti arbitrario e non esaustivo di un pensiero così complesso qual'è quello di Savigny, anche perché ometto deliberatamente alcuni passaggi che a me appaiono oscuri. Valga quindi soltanto come proposta di una 'chiave di lettura'.

Tuttavia applicare a Savigny un po' di esegesi non sia ritenuto irriverente, se il proposito e gli eventuali risultati vogliano tornare a suo vantaggio.

Un primo risultato potrebbe essere la necessità di rivedere un *cliché* divenuto tradizionale, almeno nella storiografia giuridica, che fa di Savigny l'uomo del *Volksgeist* ⁽⁸⁾. Né lui né il suo tempo erano stati gli inventori di questo *Urvater* del diritto e di altre cose, dalla lingua ai costumi. Era da oltre un secolo che ormai

mazione della assai complessa problematica del *Landrecht* — si servirà poi Savigny per dare ordine alle 'consuetudini particolari' nel § 18.

(8) Ma potrei anche dire di quella che si è accreditata come la storiografia più consapevole e autorevole, la quale non disdegna l'uso di quello stereotipo semplicistico e riduttivo. Mi limito a tre citazioni: FUETER, *Storia della storiografia moderna* (1914), tr. it., Napoli, 1944, II, p. 105 (parlando di Savigny: «... ha dogmatizzato più recisamente di qualsiasi altro le idee romantiche circa il sorgere del diritto dallo spirito del popolo»); DE RUGGIERO, *Storia del liberalismo europeo* (1925), ed. Milano, 1962, p. 218 (parlando di Savigny: «... la scuola storica contrappone l'idea di un diritto come produzione spontanea e organica dello spirito nazionale»); MEINECKE, *Le origini dello storicismo* (1936), tr. it., Firenze, 1954, p. 105 («... la posteriore dottrina di Savigny dello spirito popolare»).

Eppure sull'espressione *Volksgeist*, le sue ascendenze e la sua risalenza avevano già scritto in molti, compreso lo stesso MEINECKE, *Weltbürgertum und Nationalstaat* ², München, 1911, p. 214 n. 3 (poi più ampiamente sino alla 6ª ed., su cui è condotta la tr. it., *Cosmopolitismo e Stato nazionale*, qui cit. dalla ristampa, Firenze, 1975, I, p. 210 n. 1, con larga bibl.). Potenza degli stereotipi!

Per importanza di osservazioni e larghezza d'informazioni è ancora fondamentale SOLARI, *Storicismo e diritto privato*. Stampato nel 1915-16 e rimasto giacente presso l'autore, fu da lui poi divulgato con la sovratitolazione *Filosofia del diritto privato*, II, Torino, 1940. L'intero volume e in particolare le pp. 152-284 offrono ancor oggi una delle trattazioni più approfondite del pensiero e della posizione di Savigny nella cultura del suo tempo. A p. 162 n. 1 precise indicazioni sull'impiego del termine *Volksgeist* in Savigny.

Richiamo anche, e con piacere, l'importante e sostanzioso studio di MANTELO, 'Die Elemente der Staatskunst' di Adam Müller: una fonte per il 'Beruf' di Savigny?, in *Studi senesi*, 91 (1979), p. 401 ss.

tanti — forse non senza ‘pneumatiche’ rinovellazioni stoiche — venivano parlando con crescente frequenza e insistenza di *spiritus*, di *Genius*, di *Esprit*, di *Geist* ⁽⁹⁾. Lo facevano con coloriture e sfumature diverse, che avevano dato luogo a spunti di elaborazione o a vere e proprie dottrine, di cui non è qui il caso di rilevare le differenze, bensì una connotazione comune. Questa oscura nozione infatti, impiegata nei modi alquanto misteriosofici cui sembrava a bella posta preordinata e che per la sua indeterminazione ciascuno poteva intendere a proprio modo, mirava — ed è stato il suo grande merito storico — ad attirare e spostare l’attenzione, di là dall’individuo, sulle formazioni sociali nelle quali i singoli vivono ed operano e a mettere in luce, accanto o in contrasto al razionalismo individuale, l’esistenza di processi collettivi nel mondo storico. Nondimeno, spesso dimentichi del suo valore metaforico o analogico ⁽¹⁰⁾, questa nozione, oltre a incrementare una visione sempre più bio-organicista del sociale, venne usata — e in questo ne sono i limiti e i pericoli — come una sorta di *deus ex machina* di continuo evocato a spiegare, poco e malamente, ogni fenomeno e ogni problema.

(9) Potrebbe essere interessante approfondire una originale costruzione di Grozio, *de iure belli ac pacis* (1625), II, 9, 3 (ed. Traiecti ad Rh., 1773, I, p. 364 ss.), che muovendosi in maniera piuttosto disinvolta e allegra fra testi famosi di Seneca, di Pomponio e di Paolo, nonché di Alfeno e di altri, mentre annovera il *populus* fra i *corpōra ex distantibus*, cioè *uni nomini subiecta*, lo considera animato da *spiritus unus*, riproponendo in un diverso contesto l’idea seneciana dello *spiritus vitalis*. Una serie di forzature esegetiche o di ‘errori’ sul piano delle fonti, perpetrate volutamente (e a metà confessate con il gioco di molteplici ‘analogie’): un ‘panachage’ finalizzato ad esprimere in termini vecchi le idee nuove che Grozio persegue.

(10) Valore di cui si era mostrato ben conscio Grozio, nel luogo richiamato dalla nota precedente (ed. cit., p. 364 alla fine della nota b):

«... cum de populo ἔξιν aut spiritum dicimus, non sumere nos vocem in suo rigore... sed ἀναλογικῶς, comparatione quadam, quali utimur etiam cum populum corpus appellamus.

Sono parole tutte da ammirare e meditare, per la totale lucida consapevolezza degli strumenti concettuali impiegati e delle implicazioni dei semantemi attraverso i quali Grozio sa di esprimere il suo pensiero: una consapevolezza che ben presto i più, dopo di lui, sembrano aver smarrito e che solo il pensiero contemporaneo viene faticosamente riconquistando (e non in tutti).

Sarebbe dunque fare torto a Savigny, e un grave torto, considerarlo l'uomo del *Volksgeist*. Se vogliamo procedere per formule, dovremmo semmai dirlo l'uomo del *Volk*. Non nel senso che egli abbia inventato il 'popolo', ma per aver messo al centro della sua riflessione — di giurista, in quanto giurista e in una costruzione giuridica — questa nozione. Nelle sue pagine assume una rilevanza e un significato del tutto inusitati, almeno per la scienza giuridica tedesca del suo tempo. È luogo comune dire che è nozione romantica e che Savigny l'abbia attinta da Tizio o da Caio o dall'atmosfera in cui respirava. Non intendo affatto negarlo, anche se possono esservi confluente, a formare la 'sua' atmosfera, non poche, ovvie, reminiscenze romanistiche, perché questo — che Savigny fosse romanista — viene spesso dimenticato: seppure il ricordarlo sarebbe anch'esso un modo, secondo usa dire, di 'storizzarlo'. Ma ammettiamo che egli fosse stato indulgente a un filone culturale o ad una moda. Ciò nulla detrae al fatto — ripeto — che Savigny abbia usato la parola da giurista e abbia cercato di 'tecnicizzarla' da giurista e in funzione del discorso giuridico che egli svolge. Non solo il popolo (pur esso nozione e nozione astratta, uno di quei *nomina positione singularia intellectu pluralia*, avrebbe detto un grammatico latino, portando ad esempio proprio *populus*), è da lui considerato o ipotizzato come una realtà e una realtà vivente — ecco il bio-organicismo — ma esso svolge ruolo di protagonista secondo il pensiero di Savigny in quella che potremmo dire la edificazione, o la 'sua' edificazione, del 'giuridico',

La freccia vettoriale del suo pensiero non muove dal particolare verso il generale, per gradi di astrattezza crescente; anzi lo sforzo maggiore nel Nostro è di ricondurre le astrazioni che via via egli trova sul suo cammino — il cammino della scienza giuridica tedesca a lui precedente o a lui contemporanea — verso il massimo di concretezza gli riesca possibile, cercando di scavare sempre più in profondità verso un concreto, fosse lecito dire, ancor più concreto. La freccia vettoriale è sempre rivolta verso il basso, verso il profondo. Savigny non ha il *Beruf* dell'astronauta, ma dell'esploratore terrestre, dello speleologo, del minatore.

Proviamo a leggere senza che facciamo troppo velo sovrastrutture e sovrapposizioni di etichette storiografiche il precedente § 7, su *Allgemeine Entstehung des Rechts*, nel quale — a quanto si afferma di solito — sarebbe espressa la compiuta teorizzazione del *Volksgeist* ⁽¹¹⁾.

Se proviamo a leggere le parole di Savigny e a dar fiducia a quel che dicono, piuttosto che a ciò che molti — e non da oggi — vorrebbero trovarvi o vorrebbero combattere, sarà facile fare la ‘scoperta’, invero sorprendente, che il punto di partenza della trattazione è da lui individuato e posto in quanto di più concreto e ‘reale’ gli appaia esistere, o che egli ritiene di poter proporre, appunto il *Volk*:

« Se poi cerchiamo qual'è il soggetto (*Subject*) nel quale e per il quale (*in welchem und für welches*) il diritto positivo ha la sua esistenza (*Dasein*), troviamo che esso è il popolo ».

Dopo, e solo dopo, viene la menzione della coscienza comune del popolo nella quale il diritto positivo vive (*in dem gemeinsamen Bewusstsein des Volkes lebt das positive Recht*), viene lo spirito del popolo, vivente e operante in tutti gli individui della comunità (*der in allen Einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist*), vengono questi elementi ‘invisibili’ che per altro solo attraverso il popolo divengono visibili nello Stato. Anche lo stesso *Volksgeist*, quello che opera in ciascun popolo, seppure può essere — e solo conciliativamente — ricondotto ad un *allgemeiner Menscheng Geist*, diventa subito nel suo pensiero un elemento individuante, perché in ciascun popolo esso si manifesta con caratteri individuali (*auf individuelle Weise offenbart*), quindi in una dimensione e determinazione storica.

È del popolo, infatti, che Savigny parla soprattutto. Nella quindicina di pagine occupate da §§ 7-10 la parola che ricorre più di frequente è appunto *Volk* e non come entità astratta, universalisticamente concepita; ma ciascun popolo come un com-

⁽¹¹⁾ Stando a MOELLER, *Die Entstehung des Dogmas von dem Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist*, in *Mitteilungen des Instituts für österr. Geschichtsforschung*, 30 (1909), p. 1 (ricordato da SOLARI, *loc. cit.*) l'espressione sarebbe stata usata da Savigny per la prima volta appunto nel § 7 del ‘Sistema’.

plesso naturale (*Naturganze*), ciascun popolo come un'unità naturale (*natürliches Volk*), ciascun popolo nella sua peculiare identità (*individuelles Volk*) e nella sua 'natura' individuale (*individuelle Natur*). Ci mancano solo le impronte digitali, ma non era venuto ancora il Bertillon a scoprirne il valore individuante.

Vi è un punto in cui, a rendersi il più concreto possibile, Savigny parla — e lo abbiamo già visto — degli « uomini che vivono insieme e per quanto ce ne dà notizia la Storia » (... *Menschen zusammen leben, und so weit die Geschichte davon Kunde giebt*).

Persino quando si riferisce a più popoli, Savigny — a evitare le insidie generalizzatrici insite in ogni plurale — parla di *Völkerindividuen* ⁽¹²⁾.

Del popolo, di ciascun popolo considerato nella sua individualità, egli discorre come di una sorta di organismo vivente (non a caso altre parole ricorrenti e insistite, in quelle pagine, sono *Leben, leben, lebendig, lebend*, il più delle volte riferite proprio a *Volk*): un organismo che conserva la sua unità e la sua personalità attraverso l'avvicinarsi delle generazioni, una unità che collega il presente al passato e al futuro. È il ricordo, forse, dell'idea alfeniana del *populus* che rimane *eadem res* anche se dopo cento anni *ex illis nemo nunc viveret*, è certo l'idea herderiana, insieme alla idea organicista di uno sviluppo lento e graduale, che porta Savigny a concepire e ad esaltare un *Entwicklungsprozess*, un processo nel quale la *Tradition* — che non è immobilismo, ma ad un tempo continuità (*Fortdauer*) e sviluppo (*Fortbildung*) — gioca un ruolo determinante.

⁽¹²⁾ In un caso — unico, a quanto io sappia — la presenza dell'espressione *ideales Volk* potrebbe essere opposta a questa lettura 'realistica' del pensiero savigniano, ma la contraddizione mi sembra solo apparente, anzi dal contesto in cui essa ricorre si può trarre un argomento a favore dell'interpretazione che qui si tenta. Infatti, riaffermato che la totalità degli individui (di un popolo determinato, si badi bene) non potrebbe essere che quella di coloro che vivono nel momento presente (*Endlich weil selbst die Totalität der Einzelnen doch nur die des gegenwärtigen Augenblickes sein würde*), spinge il suo sguardo anche al futuro e vien fuori la qualifica di 'popolo ideale' (*anstatt dass das ideale Volk, wovon hier die Rede ist, auch die ganze Zukunft in sich schliesst, also ein unvergängliches Dasein hat*). Ideale, come d'ogni cosa futura, ma — ripeto, ed è ciò che conta per me e qui — un popolo determinato,

Ovviamente, non tutto è semplice, lineare, chiaro come può apparire da questa schematizzazione, che non pretende di fugare ogni nebbia e fors'anche qualche contraddizione.

In particolare sarebbe da discutere — e lo si potrebbe fare a lungo — se, quando e in che misura Savigny sia consapevole del carattere metaforico della terminologia che impiega oppure si lasci andare a considerare realmente esistente nel concreto storico ciò che le sue immagini cercano di descrivere: rappresentazione o essenza. È un problema e non piccolo, tanto più difficile da risolvere — se non impossibile — in quanto Savigny non ci offre spunti di interpretazione autentica (13).

Comunque sono queste le immagini attraverso le quali egli esprime il suo pensiero e che mira ad imprimere nei suoi lettori. A noi non resta che prenderne atto, come fatto in sé e per le conseguenze.

Un secondo risultato potrebbe essere di farci meglio cogliere le nervature essenziali della concezione a un tempo unitaria e pluralista che Savigny ha della fenomenologia giuridica.

Unitaria, almeno sotto due profili.

Unitaria, perché egli arriva ad abbracciare in un'unica visione *Volk* e *Staat*, e non per un nesso di correlazione o di reciproco condizionamento, ma in quanto fra i due termini vi sarebbe intrinseca e completa identità: sia che egli li consideri 'elementi' direttamente esistenti nella realtà storica oppure soltanto come 'nozioni', gli appaiono e li pone come indissociabili e intercambiabili. Dire *Volk* — per Savigny — è dire *Staat* e viceversa dire *Staat* è lo stesso che dire *Volk*; perché, nel suo pensiero, il *Volk* « è » lo *Staat* e lo *Staat* « è » il *Volk*, l'uno risolvendosi compiutamente nell'altro (14).

(13) In ciò ben diverso da Grozio: v. *supra*, note 9 e 10.

(14) A dare spicco alla distanza della concezione e formulazione savigniana da altre del suo tempo può essere ricordata la voce postuma dell'insegnamento filosofico di Hegel. Era del 1833 la ristampa di *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, con la pubblicazione in calce delle Aggiunte — di cui oggi si torna ad apprezzare l'autenticità — che Gans aveva tratto da appunti di lezioni. In esse, ad esempio, sotto il § 258 (tr. it., Bari 1913, p. 378) si legge: « L'ingresso di Dio nel mondo è lo Stato: il suo fondamento è la potenza della ragione che si realizza come volontà ». V. anche le aggiunte ai §§ 261, 269, 272, 279 ecc. ridondanti di

Ma unitaria è anche in quanto egli vede l'intero diritto (*das gesamte Recht*) come un tutto in sé unico, che noi (*wir*) possiamo distinguere in due campi (*Gebiete*) per diversità di oggetto, di cui pertanto il secondo, il diritto privato, non ha un'esistenza visibile (*sichtbar*) fuori dello Stato. La nozione stessa di diritto non può essere dissociata dall'esistenza di un popolo e di uno Stato, perché in un *Naturzustand* non si può parlare di diritto, neppure sotto forma di diritto imperfetto, ma solo di sentimenti, di pensieri, di costumi (*Gefühlen, Gedanken, Sitten*). Il diritto privato unicamente nello Stato riceve vita ed effettività (*Leben und Wirklichkeit*) e ciò avviene attraverso la costituzione dell'apparato giudiziario (*durch Aufstellung des Richteramtes*).

Anche il diritto privato, dunque, riceve la sua realtà e la sua perfezione (*Realität und Vollendung*) nel popolo in quanto Stato, sicché questo ha una molteplice e decisiva influenza sulla produzione del diritto privato (*auf die Rechtserzeugung im Privatrecht*) e addirittura sulla realtà della sua esistenza (*auf die Realität des Daseins desselben*).

È altresì una concezione pluralista. Si tratta appena di un accenno, ma lucidissimo e preciso. La produzione del diritto (*Rechtserzeugung*) non si ha soltanto — dice Savigny — nel popolo e nello Stato, in quanto totalità, ma anche nelle minori formazioni sociali in cui quel 'tutto' si suddivide (*Abtheilungen des Ganzen*). A evitare ogni possibilità di equivoco egli impiega il medesimo termine a indicare le due produzioni e il comune carattere di entrambe, pur nella diversa dimensione di 'generale' e 'particolare'. Come astenersi dal vedere in questa analisi della produzione del 'giuridico', suggerita quasi di sfuggita da Savigny, la genesi di quelle sempre più elaborate concezioni e costruzioni che, attraverso Beseler e Gierke, portano alle nostre teoriche della pluralità degli 'ordinamenti giuridici', soprattutto in senso istituzionale (15)?

formule non certo più chiare di quelle imputate a Savigny (ad es. nel § 272, che per altro è tutto così: « Lo Stato è il mondo che si è fatto spirito »). Se ne potrebbe tacere, come in genere fece Savigny: ma forse non avrebbe taciuto ove avesse potuto prevedere che su simili e altre formule si sarebbe costruita l'idea funesta dello Stato etico.

(15) Sulle immagini contemporanee della nozione di « ordinamento giuridico »,

E avere richiamato l'attenzione su questa concezione pluralista potrebbe essere un terzo — e non piccolo — risultato.

Una cosa mi sembra sicura, indiscutibile, fra tutte: ed è la grande ricchezza del pensiero di Savigny. Che sia chiaro od oscuro, quali ne siano le 'fonti', lo si voglia condividere o respingere — e in tutto o in parte — potrà essere dibattuto. Ma è questa ricchezza a spiegare che da tante sponde si sia cercato di tirare Savigny alla propria e che da tante sia stato criticato aspramente e talvolta per motivi opposti, anche perché fermandosi a qualche proposizione si può fargli dire — come a chiunque — tutto e il contrario di tutto.

A ridurre il rischio dell'unilateralità ho moltiplicato le citazioni in un *collage* che mi sembra lasci poco all'arbitrario e all'equivoco, almeno sui punti che qui intendevo mettere in luce, mentre, ovviamente, accennerò appena ad aspetti non meno importanti, addirittura fondamentali, per una compiuta visione della personalità e degli apporti di questo 'autore' del pensiero giuridico moderno: mi riferisco alla posizione che egli assegna alla *scientia iuris* e ai problemi di essa nella storia del diritto.

Invece, ciò che ho detto può offrire l'opportunità a una domanda: in quale misura Savigny ritenesse 'attuale' la equazione *Volk = Staat* con tanto impegno da lui impostata e sviluppata all'inizio del 'Sistema', ma al termine e a conclusione di oltre un trentennio di studi e di meditazioni.

Ancora una volta gli si farebbe torto — credo — e grave torto a ritenere egli non fosse consapevole di quanto il modello da lui costruito e proposto all'altrui meditazione fosse distante dalla realtà storica del suo tempo, dalla giovinezza all'età matura: una realtà da cui certo non può essere considerato estraneo e non solo quale studioso e docente, ma per la diretta partecipazione alla vita pubblica.

Di contro a quella realtà — la realtà reale — egli sembra volere dare la rappresentazione, starei per dire il suggerimento, di una realtà 'vagheggiata', in cui Popolo e Stato sono forma e

v. la bella sintesi, con ampia bibliografia, di BRUTTI, *Ordinamento giuridico* (storia), in *Encicl. Diritto*, v. XXX, Milano, 1980, 654 ss.

sostanza l'uno dell'altro, in una immedesimazione totale. È una visione che potremmo qualificare poetica e idilliaca se non risultasse da un contesto che vuole essere ed è tecnico, il più tecnico possibile, nella misura in cui si può esser 'tecnici' nel discorrere di simili argomenti. È una visione che saremmo tentati di dire 'autarchica', nel duplice senso della parola, e che non contempla alcun *tertium* sovraordinato ad entrambi. Non c'è spazio per gli *imperantes* teorizzati da vaste correnti della giuspubblicistica del XVIII secolo, registrati dalla dottrina coeva a Savigny, incombenti e immanenti nel concreto della realtà effettuale in cui vive e di cui partecipa. Egli se ne sbarazza nel modo più semplice e radicale, tacendone, 'ignorandoli'.

Una circostanza mi ha sempre colpito, nell'opera di Savigny, ed è l'assenza quasi totale di ogni polemica espressa. Mi colpisce ancor più oggi, ma me ne rendo meglio conto: tutta la sua opera, ciascuno scritto, ciascuna frase, sovente la scelta di una parola è una polemica. È una polemica quello che dice e il modo in cui lo dice. È una polemica quello che tace e quando ne tace. Nulla è casuale in lui.

A ciò alludevo, anche, muovendo dalla necessità di leggere Savigny in filigrana.

Prendiamo la parola *Volk*. Una parola che tutti usavano ben prima di Savigny. Una parola così ovvia e imprescindibile, da sembrarci, oggi, anodina e asettica. Come parlare del *Volk* se non chiamandolo *Volk*? Eppure è una parola che a me sembra — e vorrei non sbagliarmi — acquistare nella penna di Savigny una forte carica polemica, tanto più usata insieme a *Staat* e risolvendo l'uno nell'altro, in una totale identificazione del contenuto dei due termini. È una carica polemica che deve esserle riconosciuta per il contesto storico in cui Savigny opera, per il significato 'tecnico' che egli intende — vuole — attribuirle in un discorso che intende — vuole — essere tecnicamente giuridico senza svolazzi, senza fronzoli, senza estetismi, per la posizione centrale che alla realtà o alla nozione da essa espressa egli assegna nella costruzione giuridica da lui perseguita. E insisto, 'giuridica'. Savigny non fa letteratura, non fa filosofia; fa 'diritto'. Scrive da giurista e scrive per i giuristi.

Ed è una carica polemica di cui lo stesso Savigny — forse più d'ogni altro — non poteva non essere conscio, e non solo per i suoi studi, per la sua sensibilità di giurista, per la già ricordata sua partecipazione a funzioni pubbliche. Penso a una vicenda intellettuale, quella di Niebuhr, l'amico carissimo, il compagno di strada al quale lo legavano comunanza di interessi storiografici, di sedi accademiche, di attività politiche alla stessa corte prussiana e ragioni di molteplici gratitudini e verso il quale proprio in quel torno di tempo egli aveva rinnovato il tributo della sua ammirazione ⁽¹⁶⁾: una vicenda intellettuale (oggi diremmo anche ideologica) che non poteva certo essergli sfuggita e che comunque ha un valore paradigmatico per il clima entro il quale entrambi avevano vissuto e operato.

Ordunque il Niebuhr nel 1827, dando alle stampe la seconda edizione della celeberrima *Römische Geschichte*, aveva accuratamente sostituito, ogni volta che gli era stato possibile, *Nation* a *Volk*, parola che allo storico-giurista aveva finito con l'apparire pericolosa, politicamente s'intende, per un'eventuale ambiguità di lettura. E a evitare ogni dubbio in proposito, ha cura di segnalare ai suoi lettori la variazione, dichiarando espressamente che la parola *Volk* era da lui giudicata 'inebriante' (*berauschend*) per gli animi ⁽¹⁷⁾.

Tale invece non apparve al giurista-storico. Anch'egli l'aveva nel suo bagaglio terminologico — non importa da dove tolta o recepita, forse era nell'aria — da un numero pressoché pari di

⁽¹⁶⁾ Non è forse inutile ricordare che sono del 1839 — cioè dello stesso anno in cui Savigny scriveva e datava (nel settembre) la prefazione del 'Sistema' e ne approntava per la stampa i primi tre volumi, apparsi nel 1840 — le sue *Erinnerungen an Niebuhr's Wesen und Wirken*, nelle *Lebensnachrichten über B. Niebuhr*, III, 1839, p. 341-368, poi in *Vermischte Schriften*, cit., IV, p. 209 ss. e in esse vi è un chiaro, seppur generico, richiamo a variazioni fra le due edizioni della *Römische Geschichte*.

⁽¹⁷⁾ Nella 2ª ed., v. I, p. 655 s. e nella 3ª ed. (1828), v. I, p. 694 s. Ha attratto la mia attenzione sul punto la bella indagine di CATALANO, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974, p. 24 s., da vedersi anche per altri dati su Niebuhr e in genere sulle vicende delle nozioni di 'popolo' e di 'nazione' da Rousseau ai nostri giorni. La letteratura — inutile dirlo — è immensa: un particolare richiamo merita CHABOD, *L'idea di nazione*, da vari corsi a cura di Saitta e Sestan, Bari 1961 (da vedere anche per 'Popolo').

anni ⁽¹⁸⁾, anch'egli aveva avuto analoghe esperienze di cultura, di insegnamento, di vita pubblica, ma pure — gli fosse nota oppure no la 'variazione' di Niebuhr — continua a usare quella parola, *Volk*, senza timori e remore, anzi con cresciuta insistenza, la congiunge a *Staat* e ne fa nel modo che si è visto la pietra angolare su cui costruisce, nel giuridico e per il giuridico, il suo edificio.

Ed è un edificio, anche questo mi sembra vada detto, che 'ignora' ogni sovrapposizione di *imperantes* a *subditi* e neppure conosce nelle sue fondazioni e nelle sue strutture portanti una distinzione di classi e di ceti, che di regola è ignorata anche come semplice 'dato storico' ⁽¹⁹⁾.

Quel che Savigny ci presenta e intende rappresentarci giuridicamente è un popolo di 'eguali' ⁽²⁰⁾.

Ed è una rappresentazione ben lontana dall'assomigliare — ancor oggi — ad alcuna realtà storica, tuttora popolate da tanti 'crimenlese' istituzionali, sociali, economici. Non certo assomi-

⁽¹⁸⁾ Le prime edizioni della *Römische Geschichte* e del *Beruf* sono rispettivamente del 1811 e del 1814. Due vite in tante cose esemplarmente 'parallele'.

Interessante raffrontare su *Volk* la cautela (pur in un inizio di apertura) con cui ebbe ad esprimersi un grande al quale — anche in questo paralleli — erano stati vicini in varia misura Niebuhr e Savigny, da entrambi venerato. Intendo Goethe, che nelle *Maximen und Reflexionen* scrisse: «L'educatore deve ascoltare l'infanzia non l'infante, il legislatore e reggente l'essenza del popolo, non il popolo (*die Volkheit, nicht das Volk*)». Cito da Sante DAVID, *Appunti su Goethe giurista*, in *Studi senesi*, 64 (1952), p. 207. E sul Faust goethiano, l'uomo speculatore del secolo XVIII nauseato dai suoi propri raziocini ed anelante di rivolgersi ai fatti, richiama l'attenzione, proprio in relazione a Savigny, BRUGI, *I fasti aurei del diritto romano*, Pisa, 1879, p. 244 n. 1: per il tempo, e ancor oggi per tanti aspetti, opera eccellente.

⁽¹⁹⁾ Qualche accenno — ad esempio — in tema di piccoli contadini proprietari (*Kossäten*) e braccianti agricoli (*Häusler*) nei comuni rurali: *Sistema*, § 97, II, p. 334.

⁽²⁰⁾ I presupposti politici di questa concezione e la sua proiezione sul piano politico hanno formato oggetto di innumerevoli esami, che qui non entrano in discussione. Mi limito a segnalare, come una sorta di mina vagante cui apporre una bandierina rossa, l'uso del termine 'democrazia', anzi *absolute Demokratie*, nel contesto del tutto giuridico di *Sistema*, § 97, II, p. 332 dove dichiara arbitrario il presupposto di un'assoluta democrazia nella costituzione di tutte le corporazioni e soggiunge: «È in sostanza la dottrina della sovranità del popolo trasportata dal diritto pubblico al diritto privato e applicata alle persone giuridiche». Ma nel diritto pubblico è valida?

gliava alla realtà storica della Germania in cui il 'Sistema' è concepito e pubblicato nell'anno di grazia 1840 e che, a descriverla, anche di recente si è potuto e dovuto usare l'espressione 'Stato per ceti' (*Ständestaat*). Ove non bastassero reminiscenze liceali e remoti ricordi di quella piccola *Comédie humaine*, tutta tedesca, dei romanzi semi-rosa di Elisabeth Werner, a rappresentarla soccorrono con altro peso e drammaticità le pagine di un autorevole studioso del costituzionalismo tedesco, nelle quali è dato di leggere che storici e pubblicisti contemporanei di Savigny — a cominciare da Eichhorn, l'altro capo della Scuola storica, e i comuni allievi — si muovono ancora in una fase 'pre-costituzionalistica', corrispondente alla « realtà politico-sociale in cui essi stessi vivono » e che « aveva mantenuto in sé la molteplicità e le strutture diversificate dell'antico ordinamento per ceti » (21).

Un Savigny in anticipo su i suoi tempi, dunque.

A questo punto torniamo all'affermazione di un Savigny 'pubblicista'.

Ho usato or ora una similitudine architettonica, parlando di 'edificio'. È un'immagine vecchia, ma sempre valida per un certo ordine di considerazioni, allo stesso modo che ad esprimere differenti impostazioni si può fare ricorso ad altre immagini, ad esempio astronomiche (e sempre, sia chiaro, in un parlare puramente metaforico, che tuttavia, anche nella scelta delle immagini, implica alcunché di chi le impiega).

Il problema fondamentale è quello del rapporto 'pubblico' - 'privato'. O, se si vuole, 'individuo' - 'Stato'. Oppure, ancora,

(21) Le parole sono di BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19. Jahrhundert. Zeitgebundene Fragestellungen und Leitbilder*, Berlin 1961 (tr. it. *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo decimonono. Problemi e modelli dell'epoca*, Milano 1970). L'età del Sistema di Savigny è appunto quella del modello 'Ständestaat', benché l'autore, così bene informato di tutto e di tutti, accenni solo di sfuggita al Nostro e anche in modo che direi erroneo (p. 125): potenza delle etichette.

Per il rilievo degli *Stände* nella realtà costituzionale contemporanea a Savigny può ricordarsi il punto estremo cui può spingersi un giurista, per di più liberale: GANS, *Vorlesungen über Naturrecht und Universalrechtsgeschichte* (1832-33), cit. da RIEDEL, *E. Gans als Schüler Hegels*, in *Rivista di Filosofia*, 7-8-9 (ott. 1977), p. 245: « *Unsere Stände sollen den Staat representiren* ».

'individui' - 'Stato'. Già anteporre un termine all'altro o l'uso del plurale può essere significativo di posizioni ideologiche. È un rapporto suscettivo di un numero assai vario di impostazioni e di soluzioni: un numero che qui non è certo il caso di esplorare e di stabilire. Ed è un problema di cui, tanto meno, si pensa di indicare una soluzione, un problema dal quale, peraltro, chiunque si occupi del 'giuridico' — dall'interno della *scientia iuris* o dall'esterno — può mai supporre di evadere, almeno nella nostra tradizione e da quando in essa si è venuto ponendo, cioè da millenni. Anche il sostenere non esservi rapporto è già una scelta di campo e una presa di posizione rispetto al problema, un modo di impostarlo e di risolverlo: può avvenire di fatto, tacendone (come spesso si verifica, salvo il silenzio non dipenda da indifferenza o da ignoranza, ma allora non sarebbe neppure il silenzio di un giurista).

Dicevo che fra le impostazioni possibili, di cui il pensiero giuridico è ricco, vi sono quelle 'astronomiche' o rappresentabili in termini astronomici, in cui 'pubblico' e 'privato' sono concepiti o raffigurabili come due 'mondi' o 'corpi celesti'. Non a caso gli stessi creatori, fruitori e anche molti storiografi di queste concezioni ne hanno parlato e parlano in termini di «sfere»: la 'sfera del pubblico' e la 'sfera del privato'. Anche trattando di Savigny. Due mondi distinti e separati, ciascuno rotante su una propria orbita indipendente, o su orbite parallele, o su orbite che in uno o più punti si intersecano e risentono dell'attrazione l'uno dell'altro, in ragione del maggior peso di cui si ritenga dotato l'uno rispetto all'altro: due mondi necessariamente conflittanti oppure armonicamente coordinati. Oppure un mondo unico, concepito o rappresentabile come un'unica 'sfera', le cui metà abbiano ciascuna un proprio baricentro ideale spostato verso l'uno o l'altro polo, con posizione superiore del 'pubblico' o del 'privato', a seconda del prevalere dell'importanza attribuita a ciascuna parte.

Dietro ognuna di queste concezioni o delle immagini entro cui collocarle è facile situare le principali dottrine giuridiche o di quanti altri (filosofi e politici, moralisti e poligrafi) si sono occupati del giuridico: e sono tante, anche a limitarsi a quelle che si sono intrecciate o contrapposte dal XVI secolo ai nostri giorni. La questione non è qui, dovendosi trattare di Savigny.

A Savigny — se non m'inganno — si attagliano meglio le immagini 'architettoniche'. Il loro uso è antico, ma mi sembrano più pertinenti e tali da mettere in maggior luce il tratto che mi appare più significativa della sua dottrina: un tratto ancor oggi — e direi, soprattutto oggi — meritevole della massima ammirazione.

Cercherò di spiegarmi, ma bisogna procedere per gradi.

Anche in architettura si possono avere personalità, stili, propensioni e fantasie progettuali differenti. Vi è chi è portato all'*Art déco* e ai suoi oggettini di arredamento, talvolta deliziosi; chi disegna quartieri a villini o a palazzi; chi ha vocazione e doti per la maestà di una cupola michelangiolesca o per il respiro di un colonnato berniniano. Sono pochi, ma vi sono.

Ebbene, credo si possa e si debba affermare senza margini di dubbio che Savigny appartiene alla terza categoria. E non mi riferisco alla mole del 'Sistema', di cui gli otto volumi realizzati testimonierebbero già da soli un 'veder grande' e che coprono la parte generale dell'ideazione: un programma tanto più significativo in quanto, come scriverà dieci anni dopo, nella *Vorrede* all'ultimo tomo, sapeva essere la realizzazione 'inverosimile'.

Intendo ben altro. Intendo il concepimento e la proposizione di un impianto concettuale, che vorrei rappresentare con l'immagine di un edificio a corpo unico, anche se articolato all'interno: una struttura 'monoblocco', come dicono oggi gli architetti. A rendere l'idea, non il complesso lezioso di un Petit Trianon, i teatrini, i tempietti, i padiglioncini del suo Hameau nei meandri di un artefatto parco settecentesco, ma le linee severe di un Partenone o di un Colosseo, di un Castel del Monte o di un San Pietro, di un grattacielo dell'ONU o di un'Accademia moscovita delle scienze.

Non due 'edifici', infatti, il 'pubblico' e il 'privato'. Tanto meno due 'sfere'. Un solo grandioso edificio che Savigny concepisce come unitario e che disegna — pensa e vuole disegnare — unitamente, iscritto in un solo lineamento onnicomprensivo, tracciato senza soluzioni di continuità, da qualunque lato lo si consideri. Ciò anche se sin dall'inizio della trattazione aveva affermato, in modo chiaro, il proposito di volere 'visitare' l'edificio soltanto nel lato — direi nel versante — del diritto privato.

Circostanza che in luogo di diminuire, mi sembra accrescere l'importanza della proposta di una struttura unitaria. Prima di accingersi alla visitazione del 'particolare' — e che visitazione! — sente imprescindibile la necessità di fissare le linee d'insieme dell'edificio sino al fastigio, sino alla 'chiave di volta' che unifica il tutto e che col suo carico determina lo stare in piedi dell'intero edificio.

La 'chiave di volta' è in quel binomio *Volk-Staat*. Savigny lo presenta come un monogramma i cui termini s'immedesimano e si risolvono l'uno nell'altro, in una totale identità, da cui tutto si produce e a cui tutto si riconduce.

Anche la *scientia iuris*, di cui sempre più e sempre meglio si viene mettendo in evidenza la funzione essenziale che ha nel pensiero di Savigny e il ruolo che egli le attribuisce nella costruzione del 'giuridico' — nel che e giustamente si viene altresì riconoscendo una delle 'novità' più feconde del suo apporto — è vista non come operante dall'esterno, ma avente sede anch'essa, e una sede privilegiata, entro l'edificio. Ed è questa una delle ragioni della sua grandezza, della *scientia iuris* e di Savigny.

Ed è la *Rechtswissenschaft* di Savigny, che per lui è 'una'. Oggi, a dirla tale, può apparire persino sottolineatura banale, come a spiegare che un monolite è costituito da una pietra sola. E dovrebbe esser banale spiegarlo anche rispetto al pensiero di Savigny. Ma tant'è, non tutti l'hanno capito. Né rispetto all'oggi, né rispetto a Savigny. E allora occorre una volta ancora essere didascalici. Per Savigny non esistono — non si hanno — «due» scienze del diritto, la scienza del diritto privato e la scienza del diritto pubblico: 'una' scienza del diritto e senza plurale. Come egli vede l'unità della fenomenologia del 'diritto', così egli vede l'unità della *Rechtswissenschaft*: l'una correlata all'altra.

Qui non si tratta di 'interpretare' Savigny. Qui si tratta di leggerlo, semplicemente di leggerlo. Leggerne le parole e 'leggerne' la collocazione: non le troviamo infatti nella *Vorrede* né in quelli che potremmo dire i «prolegomena» del 'Sistema', tanto la cosa gli doveva apparire ovvia, seppure — facendo torto forse ai romani — la assumeva a vanto di 'noi moderni'. Le dice, le sue parole, quando gli è necessario. E il momento giusto gli viene, tra le pieghe dell'opera, nel secondo volume, Appendice VI,

su « *Status e capitis deminutio* », a precisare la nozione romana di quella che egli chiama 'capacità di diritto pubblico' o *status (publicus)*:

« Ma bisogna tener presente, che sono gli antichi giureconsulti che parlano di questa materia, e che naturalmente non ne parlano se non in quanto interessa la loro scienza. La loro scienza è però soltanto il diritto privato e non punto tutto quello che noi moderni siamo soliti considerare come appartenente alla scienza del diritto ».

Più chiaro di così non avrebbe potuto essere.

Savigny dunque 'moderno', 'modernissimo', pure in questo: anzi all'avanguardia ancor oggi, almeno rispetto a tanti ed anche a molti suoi chiosatori antichi e recenti.

Il disegno del 'monoblocco' — ora tornando all'immagine e permettendomi di insistervi — è sentito da Savigny come funzionalmente necessario per la fondazione, per la collocazione in un'unica realtà, addirittura per la comprensione della genesi e della posizione del diritto privato, non meno che dell'ufficio della giurisprudenza, unitariamente concepita, nell'insieme della fenomenologia giuridica.

Si aggiunga che quanto sto dicendo della giurisprudenza e del diritto privato vale anche per il 'legislatore' e per il 'processo'. Il legislatore, che entra in scena successivamente, non è più considerato come sovraordinato ma un ulteriore elemento strutturale operante all'interno della costruzione savigniana ⁽²²⁾. Sono superati così, d'un colpo, sedici secoli e più di perenni vicende e di antiche e meno antiche discussioni nient'affatto teoriche intorno al *princeps legibus solutus* e di fresche disquisizioni, anche esse nient'affatto oziose, vom *absolutem Fürstenrecht* o simili, di cui la letteratura giuridica tedesca era piena. Il 'processo', che entra in scena immediatamente, *in apicibus*, considerato come il momento della effettività (*Wirklichkeit*) dell'intera costruzione.

⁽²²⁾ L'immagine che il legislatore stia 'dentro' e non 'fuori' è già in Savigny (e non ne diminuisce l'importanza il fatto che qui si riferisca a nazione), *Sistema*, § 13: « ... la legge è l'organo del diritto del popolo. Per dubitarne, sarebbe necessario figurarsi che il legislatore stesse fuori della nazione: ma esso sta invece nel mezzo di questa ... ».

La matrice del diritto privato, per Savigny, non è da ricercare in una generica e universalistica 'natura', in un indistinto e indifferenziato 'stato di natura', in cui vagano e operano individui portatori di 'diritti innati', né il diritto privato è in qualunque aspetto e parte (neppure i 'diritti soggettivi') attribuito primigenio e primario, incomprimibile, inalienabile di ogni singolo, individualmente ipotizzato e considerato in una dimensione di determinata pre-statalità. In tal senso era stato oggetto di teorizzazioni — multifarie, vaste, più che note — di larghe correnti del pensiero giusnaturalista e giusrazionalista del XVIII secolo, specialmente tedesco. Ne erano stati artefici filosofi di ispirazione laica o religiosa, nonché — seppure non portandolo alle estreme conseguenze — molti giuristi di varia fede e indirizzo ⁽²³⁾. Invece — afferma recisamente Savigny — prima del Popolo e dello Stato e fuori di essi, di ciascun Popolo e di ciascuno Stato assunti 'storicamente' e 'concettualmente' nella loro immedesimazione, vi può essere 'sentimento', non 'diritto'. È una tesi che, con una frase e tanti silenzi micidiali, mira a seppellire intere biblioteche di astratte elaborazioni, anche raffinatissime, e di cui non sono qui da riconsiderare finalità storiche, nobili e meno nobili, nelle loro luci e nelle loro ombre.

Tutto è stato discusso e si potrà discutere di Savigny: 'fonti' del pensiero, 'originalità', 'enunciati metodologici', fondatezza o meno della sua visione e ogni altro aspetto di singoli scritti, del 'Sistema', dell'opera nel complesso, ma una cosa mi sembra sottratta ad ogni discussione ed è l'impegno a non lasciare dubbi sulla sua ferma — finale — volontà di *reductio ad unitatem*. Potrà essere considerato un pregio o un limite, un tentativo riuscito oppure no, ma del proposito non è dato dubitare.

Di quanto è riconducibile al 'giuridico' — considerato il più possibile nella sua dimensione storica — viene operata la 'saldatura' o meglio la 'fusione' in unica costruzione concettuale ⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ Per l'impossibilità qui di maggiori ragguagli, mi prendo la libertà di rinviare — almeno una volta — a miei precedenti studi: in questo caso, a quelli raccolti nel volume *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna 1978.

⁽²⁴⁾ Si potrebbe anche parlare, forse, di un 'fondere nuovamente', ma il discorso sarebbe troppo lungo e qui fuor di luogo.

Esemplare è il modo — lo abbiamo visto — in cui Savigny perviene a prospettare l'unità di diritto pubblico e diritto privato ⁽²⁵⁾.

Non è più l'aforisma baconiano *at ius privatum sub tutela iuris publici latet*. Non è lo *ius publicum* degradato a *custos iuri privato*. Non è il concepirli in sfere — o come sfere — indipendenti, ciascuna operante nel proprio raggio di sovranità e di azione, con la propria logica, le proprie esigenze, la propria 'scienza', ciascuno — il 'pubblico' e il 'privato' — trovando il proprio limite nell'altro. Non è la ricerca della legittimazione storica, concettuale, giuridica, ideologica delle ragioni per le quali l'uno debba stare sopra l'altro. Non è il riconoscimento della necessità di un coordinamento. Non è il considerarli portatori di superiori interessi, per nulla 'disinteressati', la cui prevalenza è attribuita all'uno o all'altro e che, guarda caso, seppure in nome — sempre — di un'imparziale 'obiettività', coincidono con quelli delle classi detentrici del potere effettivo in ragione del loro peso economico.

È il concepimento di un modello giuridico, sottolineo 'giuridico' — e visto che oggi siamo in età di 'modelli' e di 'progetti', potremmo dirlo un 'progetto giuridico' — di totale, integrale unità.

Anche se espresso in termini all'apparenza descrittivi di un « essere », ogni discorso di un giurista è proiezione di un « dover essere » sulla realtà. Per questo, e non da oggi, ho affermato che persino le 'definizioni', per come concepite e usate dal giurista e che egli suole presentare come registrative di una 'essenza',

⁽²⁵⁾ Nel tornare dopo anni, proprio in funzione della stesura di queste pagine a rileggere SOLARI, *Storicismo*, cit., ho avuto la 'sorpresa' di trovarvi, fra le tante sottolineature, particolarmente marcate quelle tra p. 198 e 199, con affermazioni che avevo 'dimenticato', ma che evidentemente avevano determinato l'ottica in cui da tempo vengo operando la lettura di Savigny. Mi piace riportarle, per la loro importanza e per la gratitudine che ho verso questo autore, cui debbo tanto. A proposito del rapporto tra individuo e Stato, in Savigny e nella Scuola storica, egli scrive: « Caratteristica della nuova dottrina è l'eliminazione del dualismo tradizionale tra diritto pubblico e privato. L'unità del diritto e dello Stato era affermata sulla comune loro origine dalla coscienza popolare. Lo Stato non è che il popolo in forma concreta, personale, organica, e il diritto ne è l'emana-zione. Tutto il diritto è quindi in un certo senso pubblico, in quanto è l'espressione della personalità collettiva ».

cioè in una dimensione ontologica, o come il 'risultato' di un'indagine analitica, hanno carattere ideazionale. Esse pongono come effettivamente esistente nella realtà un *quid* cui ascrivere in termini di attributi quello che si vorrebbe vi fosse. In parole povere, definizioni giuridiche e ogni altro discorso del giurista esprimono, propongono e ripropongono come egli vorrebbe la realtà: sono le ipostasi delle sue aspirazioni, diciamo ancor più precisamente, della sua aspirazione a dar 'norma' alla realtà, a 'vincolarla'.

Sono queste le ragioni per le quali Savigny — nessuno vorrà supporlo 'ingenuo' — e il suo pensiero, la sua concezione, la sua visione potranno essere detti 'utopici', perché è un discorso valido finché è tenuto sulle generali, ma destinato ad urtare contro la realtà, allora come oggi, appena lo si voglia articolare in concreto. Un discorso che potrà esser detto 'programmatico' e irto di difficoltà nell'attuazione, come è anche di molte norme contenute in una costituzione (pensiamo alla nostra). Ma è un discorso di cui non potranno negarsi fascino e alta idealità: una idealità che è poco dire culturale, se con ciò si volesse escluderne la giuridicità, contrapponendo culturale a giuridico, quasi che il culturale non fosse giuridico e il giuridico non fosse culturale; anzi — a non farne una questione nominalistica — come se il 'giuridico' non potesse venir detto il luogo geometrico in cui si trovano, si compongono, si esprimono tutte le componenti di una cultura, in qualunque senso e tanto più nei significati sempre più ampi che si tende ad attribuire a questo termine.

È una idealità — e su questo si può essere d'accordo — ma è una idealità (torno a insistere, e lo ripeto per l'ultima volta) che per Savigny vuole essere, che nel suo pensiero intende essere, che per lui «è» giuridica. Ed è questo che storiograficamente conta, in una storiografia su Savigny, nella storia di Savigny, nella storia del pensiero giuridico.

Infine e insomma, è una concezione e una costruzione (o se più piace, una visione) che proprio per essere fondata su quella che egli prospetta come una sorta di coppia concettuale — Popolo e Stato fusi in unità inscindibile — spiega, giustifica, impone di dire Savigny «pubblicista».

«Pubblicista» non perché sulla sua bilancia abbia maggior peso quanto tradizionalmente s'intende per 'pubblico' in con-

trapposto a 'privato'. «Pubblicista» nel senso più pregnante di questa espressione, cioè a qualificare la posizione di chi, nel determinare genesi storica e concettuale del 'giuridico' non muova dalla considerazione del singolo che la nozione di privato evoca, bensì dalla considerazione di un fenomeno collettivo e sociale, di quel *zusammen leben* di cui parla Savigny⁽²⁶⁾. È espressione che riconduce appunto (o si ispira?) alle nozioni di *publicum* e di *societas*, almeno nel valore concettuale della prima e anche nel valore semantico della seconda. E una visione 'sociale' del giuridico è quella da cui muove Savigny e che egli propone, una visione 'socializzata' e 'socializzante'⁽²⁷⁾.

(26) Preferisco scrivere distinti i due lemmi, *zusammen e leben*, anziché uniti. In tal modo — mi sembra — il verbo di questo sintagma (*leben*) mantiene integro il suo valore ad indicare l'azione, il fatto dell'azione, cioè la sua carica concreta. Al tempo stesso in tal modo si evita uno dei maggiori pericoli insiti nella struttura della lingua tedesca e nelle sue regole grafiche, cioè di unificare due o più lemmi di un sintagma in un solo lemma e di attribuire ad esso valore di sostantivo: quindi da dover scrivere con l'iniziale maiuscola. Donde anche le infinite ipostasi concettuali e l'irrefrenabile tendenza a 'parlar per astratti' che caratterizzano il pensiero giuridico — e non solo giuridico — tedesco. Il che, se può essere variamente giudicato, a me sembra un pericolo e un grave pericolo: una insidia, dalla quale — ovviamente — neppur Savigny con tutto il suo anti-istrattismo, poteva rendersi esente.

(27) A difendere Savigny (e Puchta) dal rimprovero del Gneist sul difetto di contenuto sociale nel *Volksgeist*, opportunamente aveva rilevato il SOLARI, *Storicismo*, cit., p. 177 n. 2, non potersi negare «che nella affermazione della collettività come principio attivo e produttivo era implicito l'ulteriore riconoscimento della realtà sociale».

Facendo perno su queste considerazioni, l'allora giovanissimo RAGGI, *Materialismo storico e studio del diritto romano*, in *Riv. it. scien. giurid.*, 91 (1955-56), p. 11 ss. (ora in *Scritti*, Milano, 1975, p. 12 ss.) svolse una serie di eccellenti osservazioni sulla Scuola storica e sulla incomprendione di Marx circa il carattere innovatore di essa, in ragione dell'inserzione del fatto giuridico nella realtà sociale: osservazioni di cui accresce l'importanza la posizione dell'autore, osservazioni che tuttora mi sembrano pienamente valide (le pagine di Raggi sono riprodotte a chiusura di questo volume).

Leggo oggi con grande piacere nella fin qui inedita opera di SOLARI, *Socialismo e diritto privato* (1906), Milano, 1980, p. 68: «La scuola storica fornì il metodo alle scienze morali e sociali ... col concetto della continuità e causalità storica ... fu il precedente necessario del materialismo e determinismo storico e sociale. E può bene affermarsi che lo superò colla sua geniale intuizione di un'anima collettiva, la quale sta per quel complesso di cause interne o psicologiche, che

Più semplicemente, ove tutti partecipassero di una simile visione unitaria del 'giuridico', basterebbe dirlo 'giurista' e si potrebbe dirlo 'grande giurista'.

E lo direi anche uno dei massimi di tutti i tempi. Lo è — o almeno credo — per il tanto che ha detto, per averlo detto in quel modo e in quel momento, per le vie tracciate e le direzioni indicate a così larga parte delle generazioni successive, sebbene vie e direzioni piene di pericoli e di insidie (ma quali non lo sono, specie se malamente digredite o radicalizzate all'eccesso?). Senza molti dei suoi insegnamenti non potremmo oggi svolgere il discorso su di lui che è egli stesso ad averci reso possibile.

Ho usato il condizionale « lo direi ... », perché preferisco astenermi da laudazioni. Non è per retorica che sto facendo questa preterizione (benché, mi si potrebbe obiettare, vi sarei già caduto), espediente qui fuori di luogo. Come tutti i veramente grandi, Savigny non ha bisogno delle lodi di alcuno, meno che mai delle mie. Tuttavia, trattandosi di Savigny e vista la confidenza che ho con lui potrei — seppure senza enfasi, e vincendo sia immo-destia sia timore di superfluità — lasciarmi un po' andare.

È un altro e ben più grave il timore che mi inibisce: di apparire uno che voglia fare l'originale ad ogni costo, tanto da mettersi persino contro la corrente — via via diffusasi, ormai quasi generalizzata, prossima a divenire imperativo categorico — di scoprire, di dover scoprire, in ognuno di cui si abbia a trattare, più che i meriti, i limiti.

E allora mi unisco anch'io al coro che di Savigny canta i limiti, sebbene per me non siano tutti quelli e soltanto quelli che gli vengono contestati. Le pregiudiziali spesso sono differenti e a volte in conflitto fra loro, tanto da riceverne l'impressione che Savigny si avvii ad essere un comodo campo di tornei, ove le armi si incrociano al di sopra della sua testa, e lui soltanto un pretesto, uno dei tanti pretesti a simili cose.

la psicologia collettiva ... considera come le vere cause determinanti il fatto sociale nelle sue molteplici manifestazioni». Terminologia e argomentazione risentono del tempo in cui l'opera fu scritta, ma l'essenziale mi sembra ancora da condividere. Sul volume v. l'interessante recens. di DE NITTO, in *Democrazia e diritto*, 21 (1981), p. 219 ss.

L'adesione al coro mi è facilitata da due ovvie considerazioni: che ognuno, anche dei più grandi, ha i suoi limiti e che forse una misura della grandezza sono il numero e l'accanimento di quanti ne perseguono la ricerca. Il caso di Savigny potrebbe essere una conferma, anche della grandezza. Sembra quasi un obbligo o un punto d'onore riportare qualche trofeo in questa *Begrenzungenjagd*. È da dire per altro che in questa caccia spesso si difetta nel correlare la storicità del censito con la storicità dei censori e che sovente essa sembra muovere da un pur inconscio proposito dei censori di sentirsi e di apparire sulla cresta dell'onda e della storia.

Ne consegue che talvolta siano proprio i censori a rivelare, con il tipo di critica, i loro limiti. Penso a quanti dall'alto delle loro cattedre hanno trattato Savigny come uno scolarotto sprovveduto da pretermettere o da seppellire con il negare 'valore filosofico' al suo pensiero, presupponendo che ciò fosse necessariamente un titolo di demerito (tanto più pesante ove non riuscisse loro di ricondurlo agli schemi della filosofia da essi professata); ma vanno considerati, anche, quanti a difenderlo hanno voluto costruire un Savigny filosofo quale egli non s'interessò mai di essere e nell'opera del quale si vogliono ad ogni costo 'valori filosofici', come se ad esserne privi non si abbia ad avere accesso in nessun Olimpo o *Respublica*, neppure *iurisconsultorum*. Penso a quanti non senza pesante boriosità 'scientifica' hanno fatto il sopracciò a Savigny, rimproverandolo con il ditino alzato — ed è oggi accusa risibile — di non aver dato una definizione del diritto, presupponendo che altrimenti non potesse aversi *scientia iuris*, anzi alcuna 'scienza'; ma vanno considerati, anche, quanti a sollevarlo da tale imputazione si sono adoperati a colmar loro, in varia guisa, la lacuna, onde Savigny ha finito talvolta a dover rispondere anche di definizioni non date da lui. Penso a quanti, ed è stata imputazione da più parti ricorrente, hanno redarguito Savigny per l'indeterminatezza e l'oscurità opponendo nozioni ancor più indeterminate e oscure; e come se, al limite, non sia da preferire lo stimolo che da certe indeterminatezze può venire al pensare e all'indagare piuttosto che il quietismo che può derivare dall'illusione di chiarezza ingenerata dalle 'verità tautologiche' su cui si sono costruiti

e di cui si alimentano tanti dommatismi. E si potrebbe continuare per un bel pezzo ⁽²⁸⁾.

Fra le formule meno appropriate a riassumere la posizione di Savigny nel suo tempo era quella che lo presentava come il giurista della Restaurazione. Per fortuna mi sembra che sia da ritenere ormai in via di superamento ⁽²⁹⁾.

Ma anche fosse da dire tale e se qualcuno volesse continuare o tornare a considerarlo sotto quest'ottica deformante (in epoca di 'recuperi' e di *revivals* potrebbe accadere, a ulteriore biasimo o lode, e sarebbero entrambi ingiustificati), si dovrebbe allora parlare, per il pensiero di Savigny, anche di una sorta di 'eterogenesi dei fini', con l'espressione teorizzata da Wundt e nel solco dell'intuizione di Vico ⁽³⁰⁾.

Se è da negare infatti che Savigny sia il giurista della Restaurazione, se sarebbe da rifiutare ogni tentativo di farlo passare per un giurista da Rivoluzioni (salvo una, di cui diremo), è pure da considerare attentamente che molte delle proposizioni in cui si vede o alle quali si attribuisce significato di 'chiusura' e di

⁽²⁸⁾ Con quanto detto non intendo affatto negare che qualunque 'lettura', da chiunque effettuata, di qualsiasi scritto (o di qualunque evento) non includa sempre qualcosa del 'lettore'. Lo so bene, anche riguardo alla 'lettura' che sto qui proponendo di Savigny. Ma è altra cosa da quanto avviene allorché si ipostatizzano i propri 'desiderata' per asserirli già inclusi in ciò che si legge o per lamentarne l'omessa considerazione. Peggio ancora è poi quando si ipostatizza ciò che si intende avversare e lo si include in quanto forma oggetto di 'lettura', in modo da crearsi facili bersagli alla critica. E questo, riguardo a Savigny, è avvenuto assai spesso.

Sulla difficoltà dell'impostazione di un corretto rapporto del 'lettore' con Savigny, è da richiamare la fine e pertinente riflessione di MAROTTOLI, *Leges sacrae*, Roma, 1979, p. 17 n. 14, ove, a proposito dello storicismo del Nostro e dell'unità, in lui, di storia e sistema, scrive: « Beninteso, anche la mancanza di senso storico nei riguardi dello storicismo ha una sua intrinseca storicità; designa quanti, pur in prospettive culturali dissimili e con esiti diversi, si pongono rispetto a Savigny in una continuità sostanziale ». Ivi molti nomi e indicazioni (e ci sono di mezzo anch'io).

⁽²⁹⁾ Ottime alcune delle osservazioni di MARINI, *F. C. Savigny*, Napoli, 1978, specie nelle conclusioni di p. 194 ss.

⁽³⁰⁾ Piace ricordare la famosa conclusione della *Scienza Nuova* (1744) laddove si parla di un « mondo, senza dubbio, uscito da una mente spesso diversa e alle volte tutta contraria » ai « fini particolari ch'essi uomini si avevan proposti ».

‘ conservatorismo ’ hanno uguale possibilità di valere, all’opposto, in senso di ‘ apertura ’ e di ‘ innovazione ’.

Fondarsi sulla Storia non è soltanto guardare indietro e vedere il presente vincolato al passato. È al tempo stesso aprire, rendere permanente la discussione intorno alle situazioni storiche, con tutti i loro condizionamenti, dalle quali sono state espresse, in cui si sono formate e di cui sono produzione strutture, istituzioni, norme, dottrine in un ordinamento, e imporre di prendere coscienza che queste mutano — debbono mutare — imprescindibilmente e irrefrenabilmente in un incessante processo di adeguamento e di rinnovamento in mutate situazioni, sotto nuovi condizionamenti. La necessità di questa consapevolezza deve essere dell’oggi rispetto al passato, come lo sarà nel futuro rispetto all’oggi.

Di contro, ed è la Storia stessa a darne continua conferma, vi è il pensiero di quanti, e il loro numero è forse tuttora soverchiante, fanno consistere ogni discussione sul ‘ giuridico ’ in una sempre migliore individuazione, determinazione, sublimazione di principi, di comandamenti, di cui, postulata la absolutezza e la universalità, il fondamento vuole essere e non può non essere altro che ‘ metastorico ’. Esso è da ricercare unicamente attraverso la Ragione o nella Ragione stessa, in una dimensione di per sé — per sua essenza — concepita come sottratta al tempo, allo spazio e al divenire, quindi generale e immutabile. Ed è un fondamento che è anche difficile discutere, per chi, non condividendo quei postulati, ne proponga la verifica portando il discorso su altri piani. È articolo di fede, religiosa o laica, e la fiducia in esso comporta atti di fede incondizionati: e delle fedi non si discute, non ha senso discutere. Vi saranno sempre ulteriori atti di fede a superare ogni testimonianza in contrario o da opporre ad ogni argomentazione da dimensioni diverse. Persino il difforme o il mutevole, di fronte ai quali non varrebbe chiudere gli occhi, finiscono per essere considerati conferme della regola ⁽³¹⁾.

(31) Il carattere ‘ fideistico ’ delle posizioni cui abbiamo accennato trova conferma nella carica assolutamente negativa che molti attribuiscono alla qualifica di ‘ antirazionalismo ’ con la quale si suole indicare la posizione di quanti si oppongono a questo imperio della Ragione nei confronti della Storia. Lo stesso per qualifiche come ‘ storicismo ’ o per altre come ‘ empirismo ’, ‘ irrazionalismo ’,

Fra i due fondamenti, Storia o Ragione, l'opzione di Savigny è inequivocabile. Ed è la risposta che Savigny dà — la 'sua' risposta consapevole oppur no delle conseguenze implicite — alla 'fissità' perseguita, ancora in maniera incombente e ingombrante al suo tempo, dal giusnaturalismo attraverso la Ragione e ricercata dal giusrazionalismo nella Ragione. Schematizzando: mutabilità contro immobilismo, concretezza contro astrazione, divenire dell'« essere » contro fissità del « dover essere ».

Il grave limite di Savigny — o almeno quello che a me sembra tale — è di aver ritenuto che la sua 'rivoluzione' non potesse prescindere dall'idea di 'sistema'. Ma pretendere anche questo, da lui, sarebbe veramente troppo. Sarebbe volere un Savigny capace di uscire del tutto dalla cultura del suo tempo — cosa che a nessuno è dato — e non solo per il pensiero giuridico, ma in ogni campo. La idea di 'sistema', quest'ardita metafora astronomica — modellata su armoniose reminiscenze musicali — di cui da oltre due secoli il pensiero, la scienza e lo scientismo venivano facendo uso crescente in ogni ramo dello scibile, continuava la sua marcia trionfale ed era ben lontano il momento di intravederne il tramonto: anzi era allo zenit. Sarebbe un voler esigere Savigny fuori dalla storia, la quale — ormai lo dovremmo aver capito un po' tutti, e anche per merito suo — in ogni esperienza condiziona sotto più profili la correlativa *scientia iuris*.

Opporre e contestare a Savigny un tale limite sarebbe tuttavia sommamente ingiusto anche per un'altra e non secondaria considerazione. Infatti neppure la *scientia iuris* contemporanea è riu-

'pragmatismo' e simili, che esprimono posizioni apparentate dal muovere tutte dal concreto, e che da parte dei 'razionalisti' vengono spesso usate in senso spreghativo e di condanna. La taccia di 'antirazionalista' o altre analoghe acquistano allora valore di anatemi lanciati ad eretici e assumono — nelle intenzioni — la stessa gravità. E si sa cosa ha comportato nella storia. Da qui sovente anche l'equivoco (o un giocar sull'equivoco?) di far passare chi punta sulla storia o comunque muova dal concreto per uno che rifiuti di procedere attraverso i procedimenti del comune ragionare. Donde forse l'insistenza di una delle accuse più frequenti a Savigny, a 'storicisti' e a tanti altri: essere in contraddizione con sè stessi nell'usare pur loro 'procedimenti razionali'. Quasi che Ragione e ragionare fossero la stessa cosa e che il respingere la prima abbia a comportare abdicazione dal secondo. Ma tant'è, non manca chi in questo tipo di accusa insiste.

scita ad affrancarsi dall'idea che la redazione del proprio sapere in ' sistema ' sia — ed abbia ad essere — la forma più alta di attività ' scientifica ' cui tendere.

Appunto verso quest'attività continuano a dirigersi aspirazioni e vocazione di molti, anche fra i più dotati e autorevoli. Ma appunto in ciò altri possono a buon diritto vedere una connotazione negativa di alcuni perduranti indirizzi contemporanei e una conseguenza non lodevole del prestigio di cui il ' Sistema ' savigniano ha goduto e diciamo pure del fascino che ha esercitato su generazioni e generazioni di giuristi di molti paesi, compreso il nostro.

Direttamente o indirettamente è stato il punto di partenza o il passaggio necessario nella formazione di tantissimi e non solo privatisti. E seppure oggi sono pochissimi quelli che possono vantarsi di averlo letto tutto (e fra questi non certo io), mentre sono moltissimi quelli che non hanno mai avuto occasione di sfogliarlo o di averlo per le mani, l'idea di ' sistema ' continua a sopravvivere — fra i giuristi — anche per effetto del credito e del lustro che le derivò da quell'opera.

Ripeto e insisto: contestare a Savigny un tale limite sarebbe ingiustizia grave e dimostrazione di mancanza di senso storico in chi la formulasse. Tanto più che questa contestazione non lo priverrebbe del merito — grandissimo — di avere optato per la Storia.

Solo la Storia è in grado di spiegare, senza fideismi, le concezioni della Ragione, mentre la Ragione — neppure con essi, a guardar bene — non spiega la Storia.

In ciò mi sembra da vedere — e non credo di essere il primo e l'unico a pensarlo — il significato più valido e profondo dell'insegnamento di Savigny e la sua inesauribile fecondità.

Maggiormente è valido, in quanto in lui, a differenza che nelle tante ' filosofie della storia ' pullulanti in quel secolo, la storia non vuol essere intesa come un'astrazione universaleggiante, ma è coscienza della individualità delle singole formazioni sociali, da vedere e indagare nella maggior concretezza possibile ⁽³²⁾.

⁽³²⁾ Di una ' metafisica della realtà ' dalla quale Savigny otterrebbe quanto i teorici del diritto naturale chiedono alla astratta ragione fa cenno MAROTTOLI, *Leges*, cit., nel seguito della ricordata nota 14. L'osservazione è interessante e

A questo punto i due primi 'motivi di riflessione', sottoposti oralmente al Convegno come indipendenti, me ne accorgo ora — nell'affidarli allo scritto — si vengono componendo in un 'motivo' unico che può essere così formulato: quale posizione e quale ruolo Savigny attribuisce alla coscienza della storicità del diritto nella edificazione del 'giuridico'.

Dire che la posizione è centrale e che il ruolo è determinante è ancora poco: è attraverso quella coscienza che Savigny vede filtrare tutto, persino la selezione degli strumenti concettuali trasmessi dai predecessori.

Siamo tornati alla *Vorrede* del 'Sistema' e conviene ridare la parola allo stesso Savigny:

« Nella massa (*Masse*) di quei concetti, regole, termini... viene necessariamente frammisto alle verità acquisite un numero considerevole di errori, che a noi s'impone con la potenza (*Macht*) tradizionale di un antico possesso e facilmente può giungere a dominarci ».

Da qui la necessità di una periodica revisione, senza alcuna adozione e senza alcuna pietà per quella che potremmo dire la *vetustas* da assumere in se stessa, solo perché tale, come un valore cui non sia dato sottrarsi:

« Per ovviare a questo pericolo è da desiderare che di tempo in tempo (*von Zeit zu Zeit*) tutta la massa tradizionale delle idee sia di nuovo esaminata, e posta in dubbio, e ne sia ricercata l'origine » ⁽³³⁾.

Indi Savigny fa seguire alcune frasi che non esito a ritenere fra le più alte — forse le più alte — del suo pensiero e un lascito

merita di essere sviluppata. Ma anche nella nozione di 'Storia' (sino ad apporre l'iniziale maiuscola) non impliciamo un po' tutti una qualche dose di metafisica?

⁽³³⁾ Più oltre, sempre nella *Vorrede*, Savigny accenna ad altrui opinioni, che egli combatte, ma nelle quali « deve aversi grande considerazione a quel loro aspetto, che si potrebbe chiamare *verità relativa* ». E soggiunge: « Spesso infatti in una opinione, che dobbiamo respingere come affatto erronea, riconosciamo nondimeno un elemento vero, che soltanto per la cattiva trattazione o perché ne fu esagerato un lato solo, si è mutato in errore ». La relatività non è quindi rapportata al tempo, ma al contenuto. Dei vari gradi di errore, di cui Savigny altresì parla, diremo subito nel testo.

perpetuo, e, questo sì, mai revocabile in dubbio, ad ogni giurista che sappia attingervi:

« La disposizione più adatta per tale lavoro critico è la libertà dello spirito, l'indipendenza da ogni autorità (*Autorität*); ma perché questo sentimento di libertà non trasmodi in presunzione, deve accompagnarsi col sentimento della modestia, frutto naturale della giusta coscienza delle nostre deboli forze personali, il quale solo può rendere feconda di buoni risultati quella libertà di vedute ».

Certamente, anche per Savigny vi sono 'verità' raggiunte, 'verità' da ritenere definitivamente acquisite ad un patrimonio considerato permanente ⁽³⁴⁾. E dell'esistenza di un tale ordine di 'verità' ben pochi ancor oggi sono disposti a discutere. Ma al di fuori di esse — dice in buona sostanza Savigny — non ci sono 'verità' per decorso del tempo, verità per usucapione, verità per venerande canizie.

Quale sia il numero delle prime egli tace, né indica criteri di individuazione. Per la massa tradizionale delle idee ricevute, invece, debbono di continuo intervenire nel giurista — alla loro selezione, alla loro correzione o alla loro eliminazione — il dubbio, la critica, la conoscenza storica ⁽³⁵⁾.

Si potrebbe contestare a Savigny una contrapposizione troppo semplicistica di 'verità' ed 'errore', in cui non si tiene conto — addirittura per difetto di una loro visione storica — che quanto appare nell'oggi 'errore' poteva essere creduto 'verità' in passato e che quanto è creduto 'verità' nel presente potrà apparire 'errore' in un qualche futuro diverso.

Ma impossibile è piegare le parole di Savigny ad una concezione 'fatalista', ad una visione 'rassegnata' della tradizione solo in quanto ammantata dalle polverose ragnatele del tempo. Anzi è

⁽³⁴⁾ Pag. xi (tr. it., p. 4 s.). Poco dopo, p. xiv (tr. it., p. 6) ribadisce: « La scienza del diritto storicamente considerata viene pienamente disconosciuta e falsata, se, come spesso accade, la si concepisce come se in essa la forma giuridica tramandata dal passato fosse posta come tipo assoluto, al quale debba conservarsi l'impero immutabile del presente e dell'avvenire ».

⁽³⁵⁾ Parte di questi motivi, impostati nella *Vorrede*, trovano poi più ampi sviluppi nei §§ 14, 19, 20 riguardanti il 'diritto scientifico' e sui quali non è qui da intrattenersi.

anche contro tali atteggiamenti che egli sembra polemizzare in nome della libertà dello spirito e della indipendenza da ogni autorità, compresa quella della tradizione ⁽³⁶⁾. Anzi a preservare se stesso e ogni altro oppone il 'dubbio', elevato a criterio metodologico primario e permanente. Non era certo una novità nella storia del pensiero, ma fra i giuristi e per i giuristi sì.

Eppure 'fatalismo', 'rassegnazione', 'subordinazione alla tradizione' sono state le accuse più pesanti che i partigiani della Ragione hanno sin dall'inizio rivolto a Savigny e ai suoi partigiani della Storia. E nonostante vecchie e pertinenti difese, esse tornano ad affiorare più volte ⁽³⁷⁾.

Ad alimentare questo genere di accuse sino al presente concorrono i facili equivoci che la parola 'storia' può ingenerare, soprattutto in chi non abbia familiarità con essa e con i problemi che possono derivare dal suo impiego ⁽³⁸⁾.

Vi sono molti che le sono avversi in quanto muovono dal falso presupposto che dietro di essa aleggi l'idea di un 'mondo storico' in cui tutto — la vita dei singoli, dei gruppi, dei popoli, dell'umanità e il loro 'destino' — si svolga necessariamente su binari

⁽³⁶⁾ Così nel § 20 torna a negare che dell'errore si possa addurre a sua difesa un lungo e pacifico possesso, che neppure alla prassi si debba riconoscere un'esistenza assoluta e immutabile, che è tramontato il peso della *communis opinio* e così via.

⁽³⁷⁾ Nella stessa *Vorrede* vi sono alcuni accenni, un po' distaccati, ma insolitamente quasi sprezzanti, con cui Savigny rilancia la palla rovente scrivendo che « gli avversari della scuola storica sogliono comprendere sotto questo nome tutto ciò, che nella produzione letteraria loro riesce particolarmente molesto od ostico, e riprovarlo ». Insomma, dà loro la patente.

Testimonianza del perdurante peso di questo tipo di accusa, è, anche fra noi, la lunga difesa di BRUGI, *Fasti aurei*, cit., p. 222, e *Introd. encicl. alle scienze giuridiche e sociali* (1891), Milano, 1907⁴, p. 52 s., nonché in ulteriori scritti.

Non mancarono anche, da seguaci di indirizzi dichiaratamente positivisti, accuse di persistenze metafisiche se non addirittura teologiche nella Scuola storica, ma già VANNI, *I giuristi della Scuola storica in Germania*, in *Riv. di Filosofia scientifica*, 4 (1885), distingueva esattamente la posizione di Savigny da quella di altri, specialmente Puchta.

⁽³⁸⁾ Così ad es. che qualunque cosa realmente esistente esiste per assoluta necessità nella precisa forma in cui esiste, una delle più professate al tempo di Savigny e dopo, non è certo l'idea che questi dimostra di avere della storia e tanto meno un'idea da esser stimata comune a quanti parlano di storia.

predeterminati e fissi da cui a nessuno è dato uscire o di cui nessuno può deviare il tracciato, quindi con una totale irrilevanza della volontà umana a mutarne il corso. Così però si viene ad imputare a chiunque parli di storia una concezione che è propria soltanto di chi ritiene il mondo storico avere un fondamento 'metastorico', comunque lo si abbia a determinare.

Vi sono poi tantissimi che semplicemente sono 'allergici' alla parola 'storia' e a ciò che in nome di essa potrebbe opporsi alle loro fantasie. Quindi ancor oggi fanno mostra di ritenere che ogni studio storico del 'giuridico' abbia a significare un antiquario « culto del passato » e una mera archeologia e non anche e soprattutto, proprio in nome della storia e anche a difesa del loro fare, apertura verso il futuro che pur esso non è fuori della storia.

Riprendendo e concludendo il discorso sulla *Vorrede* è ancora da notare che proprio essa fa giustizia di ogni 'fatalismo' e ci porta a piani ben più alti.

Non importa qui discutere se poi Savigny stesso sia riuscito e in quale misura a mantenere il suo volo alla quota auspicata. Ciò che importa, e moltissimo, è che forse per la prima volta e certo mai con tale imperativa nettezza si faccia carico al giurista — pienamente e giustamente — della responsabilità dei suoi enunciati e delle scelte che comportano, anche nel ripetere enunciati altrui che egli faccia propri. Il che in definitiva significa, per il ruolo assegnato da Savigny al giurista nella edificazione del 'giuridico' e per la situazione in cui scriveva, renderlo responsabile del 'diritto', di tutto il 'diritto'.

Attribuita al giurista la determinazione di quali siano le 'verità acquisite', postulata nel giurista la necessità del dubbio sulla 'massa tradizionale delle idee', rivendicata al giurista la libertà di una critica indipendente da ogni 'autorità' (il che può intendersi in più modi: come indipendenza da vecchie e men vecchie *auctoritates*, ma pure come indipendenza da ogni altra *Autorität* e la polisemia della parola impiegata lascia intendere che è in quel luogo non a caso), il giurista non ha più facoltà di trincerarsi dietro alcuna scusa, salvo quella della debolezza delle sue forze personali: al massimo se la potrà prendere con se stesso.

Il discorso di Savigny talvolta sembra riguardare la figura del giurista in astratto, quanto dire la categoria dei giuristi; altre

volte sembra riferirsi all'insieme dei giuristi del suo tempo; altre volte ancora sembra indirizzato ad ogni singolo giurista, nella sua umana individualità; altre volte infine chiama in causa direttamente se medesimo, senza per questo variare mai l'impiego di un generico 'noi'.

Eppure a nessuno egli chiarisce espressamente quale sia il criterio, quale la guida per orientarsi nella difficile distinzione di 'verità' ed 'errore'. Ne tace, quasi nel pudore di affrontare in modo diretto un argomento di tale portata o nell'impossibilità di fornire un criterio obbiettivo di determinazione, al di là delle poche indicazioni spicciole che in alcuni punti vien dando, come ad esempio errori di logica, false generalizzazioni ecc.

Tuttavia, a leggerlo bene in controluce, ancora una volta egli non ci fa mancare le sua risposta, anche se com'è solito appena accennata, quasi di sfuggita.

Dopo una ventina di pagine, sempre nella *Vorrede*, il suo discorso torna su 'verità' ed 'errore' e parla di diversi gradi di quest'ultimo via via scendendo dai più gravi ai meno gravi. Indi, quasi mettendo alle corde se stesso, finisce con il riconoscere che nel condannare decisamente le opinioni degli avversari « l'esatta determinazione, il coscienzioso riconoscimento di questi gradi toccano tanto al valore morale quanto allo scientifico della nostra opera (*die genaue Bezeichnung, die gewissenhafte Anerkennung dieser Grade gehört ebensowohl zum sittlichen, als zum wissenschaftlichen Werth unsrer Arbeit*) ».

Valore scientifico e valore morale inscindibilmente uniti, sì da non potersi avere l'uno senza l'altro, un tutt'uno (unità poi così spesso e da tanti dimenticata): ma mentre del valore scientifico si risponde agli altri, del valore morale si risponde anzitutto a se stessi.

'Verità' ed 'errore' — sembra volerci dire e ammonire Savigny — sono quindi da distinguere secondo un criterio che ciascun uomo (ché anche il giurista, prima di esser tale, è uomo e proprio ad esser giurista non deve dimenticarsene, mai) deve trovare nella propria interiorità.

Come nella 'leggenda di Ognuno', ciascuno è lo Jedermann che alla fine si trova a dover compiere in solitudine il suo viag-

gio, solo con se stesso, senz'altro compagno che la propria coscienza.

Ed è un insegnamento che non potrà mai essere revocato in dubbio da nessuno e al quale nessuno potrà mai evadere, come non si evade alla propria coscienza. Esprime una delle più profonde e vere verità — perché questa si è una Verità — che all'uomo, pur con tutta la sua modestia di uomo, sia dato di conoscere.

Un unico *naevulus* in questa enunciazione di propositi savigniani: anziché postulare la necessità che l'esame avvenga *von Zeit zu Zeit*, in una sorta di periodico giubileo, essa incombe al giurista, a qualunque giurista, *cottidie*. E oggi ancor più di ieri.

Goya, in uno di quei *Caprichos* che possono essere oggetto perenne di riflessioni e di meditazioni non meno dell'opera del quasi contemporaneo Savigny, di lui poco più giovane, raffigura la fantasia di un dormiente reclino su uno scrittoio simile ad un'ara. Intorno al capo un frullar d'ali — sono tante che potrebbero esser un rombo — di uccellini e uccellacci dai becchi grifagni, rapaci. Su un fianco dell'appoggio, a grandi lettere che sembran fosforescenti, le parole *El sueño de la razon produce monstruos*.

L'ambiguità dell'immagine e l'ambiguità della scrittura si convengono l'una all'altra, e compongono un affascinante enigma. Lo stesso dormiente non si capisce chi sia: potrebbe essere la Ragione, potrebbe essere l'Uomo, potrebbe essere un Dotto in abito d'epoca. A complicare l'insieme si aggiunge la bivalenza di *sueño* nella lingua di Goya e l'una o l'altra lettura comporta che la figurazione possa essere interpretata sia come 'sonno' sia come 'sogno' della Ragione. Entrambe le letture sono state date, entrambe sono rese possibili dal silenzio di Goya ⁽³⁹⁾. Ben più numerose le esplicazioni del suo cabalistico ermetismo.

I partigiani della Ragione vedono nel bestiario alle spalle della figura le insidie e le sciagure in cui si incorre se si consente alla Ragione stessa di dormire, perché allora si libera la parte bestiale dell'uomo. I partigiani della Storia vedono nell'alzata

⁽³⁹⁾ Nel Capriccio n. 34 il titolo di Goya reca *Las rinde el Sueño*, ove *sueño* è con ogni probabilità il 'sonno', mentre nel n. 81 il titolo (che però non fa parte dell'incisione e potrebbe non essere dell'autore, che non la incluse nella raccolta) reca *Sueño de la mentira y inconstancia*, ove è indubbiamente 'sogno'.

dei mostri le insidie e i disastri cui si va incontro se si consente che i sogni della Ragione prendano corpo e sopravvento. E la Storia tragicamente porta conferma — in tempi lontani e men lontani — ad entrambe le letture.

Il Capriccio n. 43 può costituire addirittura un *test* validissimo — una ‘macchia di Rorschach’ — a rivelare nel primo riflesso, spontaneo e immediato, il profondo dell’orientamento del ‘lettore’, il quale solo in un secondo momento può essere indotto, e non sempre, a riconoscere anche l’opposta lettura. Ma vi è di più.

La stupenda rappresentazione allegorica di Goya, nella sua ambigua e angosciante bivalenza, è elevabile a simbolo non solo della grande *querelle* in cui si iscrive l’opera di Savigny, ma del tempestoso navigare della *scientia iuris* in ogni tempo e in ogni luogo — ieri oggi domani ovunque — di continuo e con alterno moto agitata *inter duos scopulos* dalla duplice attrazione dell’uno e dell’altro. È difficile immaginare delineazione grafica ed evocazione concettuale più emblematica, proprio nella sua bivalenza.

Navigazione e dramma saranno — piace immaginare, finché ne sia consentito — perpetui, com’è da immaginare di Storia e di Ragione (o di Ragione e di Storia, se si preferisce), di ciascuna delle quali è da dire *nec sine te nec tecum vivere possum*.

È il dramma della *scientia iuris*.

Ma è anche il dramma di Ognuno, perché è il dramma, uno dei drammi — a dir poco — dell’uomo.

Rimane il terzo ‘motivo di riflessione’. Su di esso potrà essere brevissimo, perché — l’ho già accennato — si limita ad un’interrogativo su quello che ritengo uno dei massimi problemi posti dal ‘Sistema’: la presenza del ‘religioso’ in Savigny.

Tutti sappiamo la posizione di Savigny nella società tedesca dell’Ottocento e l’importanza che in questa avevano i contrasti d’ordine religioso. E tutti, di Savigny, sappiamo — ed altri meglio di me — la religiosità e la sua esatta collocazione di fedele della Chiesa luterana.

Qui intendo riferirmi alla presenza della religione nella sua opera.

È la domanda che posi quel giorno al Convegno, ma è evidente che non mi ero spiegato con chiarezza, se più d’uno venne incontro

alla mia richiesta, fornendomi indicazioni su alcuni punti del 'Sistema' in cui Savigny dà rilievo alla primitiva credenza di un'origine divina del diritto o della legge (§ 7) o al fine generale di tutto il diritto da ricondurre all'etica destinazione della natura umana, quale ci è esposta nella morale cristiana o al riconoscimento da dare al Cristianesimo non solo come regola di vita, ma in quanto ha realmente trasformato il mondo (§ 18) o alle idee morali trasformate in gran parte dal Cristianesimo (§ 20): punti in cui è indubbiamente il credente, ma anche lo 'storico' che parla. Altri punti indicati riguardano argomenti — potremmo dire — *de re religiosa*, come ad esempio quando descrive l'oggetto del 'diritto ecclesiastico'.

Mi riferivo a ben altro.

Intendevo e intendo la presenza della parola 'Dio', quella parola che era così frequente e insistita sulla bocca o sulla penna di tanti, anche di famosi colleghi dell'Ateneo berlinese, i quali — dimentichi del primo Comandamento — ne facevano uso ed abuso ad ogni piè sospinto.

Dissi allora che il nome di Dio viene fuori nell'opera di Savigny solo nel '*Beruf*', specialmente nella chiusa, attraverso una citazione di Melanchthon ove ricorre due volte, per altro senza mai assurgere a vera centralità. Debbo ora precisare che, dopo il Convegno, mi sono stati segnalati altri punti (nella recensione a Gönner e nello stesso 'Sistema', § 54 n. f) in cui la parola è usata, senza tuttavia ledere una concezione integralmente storica, a designare un compito attribuito da Dio ai governanti o caratteri impressi alla natura umana in generale.

Se non si può dunque affermare che Savigny ne taccia, la scarsità dei riferimenti è palese. Il fatto potrà essere variamente interpretato, ma di certo deve avere un suo significato.

Quale, lo domando e me lo domando.

Nulla è casuale in Savigny — torno a ripeterlo — ed anche i suoi silenzi sono spesso polemica ed aspra polemica. In questo caso il destinatario sicuramente non è Dio.

Per questa volta ho proprio finito. Ho cercato di pagare una parte del mio debito, e il conto è sempre in rosso per quel tanto che io credo di dovere — è già presunzione pensarlo — a Savigny.

Oggi ancor più di ieri, nonostante accresciute riserve e ulteriori 'limitazioni'. Perché il 'dubbio', come egli ci ha insegnato, va esercitato nei confronti di tutti, quindi anche nei confronti di Savigny.

E se non vi è in qualche dove una *Respublica iurisconsultorum* da cui gli sia dato conoscere le cose terrene, vorrei dire a lui — e al lettore — ancora una volta adattando il Poeta « valgami il poco studio e il lungo amore ».

PIO CARONI

LA CIFRA CODIFICATORIA NELL'OPERA DI SAVIGNY

1. Una premessa. — 2. Muovendo da un saggio del 1969. — 3. Il concetto savignyano di codificazione. — 4. Le ragioni del grande rifiuto. — 5. Ridimensionamento della *Volksgeistlehre*? — 6. La valenza giuspolitica del rifiuto. — 7. L'impatto sul sociale e la disorganicità della tradizione scolastica. — 8. Sul presunto cosmopolitismo della scuola. — 9. Gli elementi dell'alternativa scientifica. — 10. L'alternativa nella prassi. — 11. La relativa alternatività della proposta savignyana. — 12. Le opzioni kantiane di un conservatore.

I. *Una premessa.*

Ci sono molte chiavi di lettura di Savigny, oppure — meno vagamente — diverse avventure interpretative, tese alla scoperta e valutazione delle cifre del suo impianto storico e sistematico. Quali sono ipotizzabili, quali utili? L'utilità dipende dalla cifra scelta, ossia dalla facoltà di questa di assumere e poi esprimere valori interpretativi generali; dalla sua capacità di andare al di là del contingente e del concreto, quindi di coprire *anche* quelli che l'interprete ritiene i passaggi nodali e connotanti di *tutta* un'opera. Oggi mi propongo di riflettere sull'atteggiamento anticodificatorio di Savigny. Vi vedo tuttora — a dispetto dell'usura del tema, indotta da molte comode approssimazioni — una cifra dell'opera: che, almeno lo spero, non mi farà arenare sul dettaglio e nemmeno mi obbligherà a ingigantire o ipostatizzare il casuale.

Questa scelta non è ovvia. Ma rinuncio ad avvalermi, per giustificarla, di due argomenti: della centralità e celebrità del *Beruf*, nel quale il tema codificatorio viene affrontato con la foga di chi si sente — forse — l'acqua alla gola; poi anche del regolare riemergere di questo tema nelle opere sistematiche posteriori al *Beruf*.

Preferisco motivarla, questa scelta, riflettendo sui luoghi savignyani nei quali la cifra codificatoria ricorre; sulla loro occa-

sione, sulla loro durata, sul nesso che li lega ad altri luoghi, che non ho il diritto di espungere dalla mia ricerca, solo perchè marcati da diversa cifra.

2. Muovendo da un saggio del 1969.

Una decina di anni fa, intento a indagare sulle origini del moderno concetto di codificazione, mi imbattei nella riflessione anticodificatoria di Savigny. Che è ben nota nella sua condanna indifferenziata e nei suoi esiti quietistici. Meno invece — come ho poi capito ragionando sul tema — nella sua congruenza con le opzioni scientifiche già definitive di Savigny, e nella recondita — ma modernissima — motivazione.

Lo scavo monografico seguito alla prima curiosità ha confermato — credo di poter tuttora ritenere — la centralità dell'episodio, almeno nell'ambito della concreta indagine inizialmente menzionata. In quel lavoro ⁽¹⁾, lontano ormai nello spirito e nel tempo, tentavo di chiarire le ragioni, che avevano mosso il fondatore della scuola storica a pronunciare una condanna impietosa e definitiva del postulato codificatorio. Mi interessava poi anche capire qual'era la posta effettivamente in gioco per Savigny. La prontezza della risposta alle provocazioni di Thibaut e la durezza del verdetto lasciavano pur spazio a talune congetture, che occorreva verificare o — se del caso — correggere. Ed infine mi sembrava urgente tentare di collocare l'episodio nell'*iter* scientifico di Savigny, tentare cioè di appurare se vi fosse collegato e, in caso affermativo, in quale modo: organico, strutturale oppure accidentale.

Per rispondere a tutti questi interrogativi, partii da lontano, ma scelsi ugualmente di muovermi solo all'interno della prospet-

(1) P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation, Versuch einer Neudeutung des « Berufes »*, ZRG Germanistische Abteilung 86 (1969), p. 97-176. Ripresi, svolsi e (almeno parzialmente) emendai questi primi accertamenti, più tardi, in diversi lavori: soprattutto in *Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB, Festschrift H. Balll*, herausgegeben von K. Ebert, Innsbruck 1978, p. 107-122, nonchè in due recensioni, che si trovano in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 47 (1979), p. 168-170, ed in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 2 (1980), p. 95-98.

tiva savignyana. Diedi quindi largo spazio alla biografia scientifica, attinsi di continuo alla raccolta epistolare, seguii con attenzione le diverse occasioni che, dopo il 1814, obbligarono Savigny a nuovamente riflettere sul tema codificatorio. A ricerca conclusa approdai a questo risultato: Savigny aveva rifiutato la codificazione non tanto perchè questa entrasse in conflitto con la sua tesi generale sulla nascita del diritto (la *Volksgeistlehre*), quanto per il pericolo che ne derivava al suo programma scientifico, che era pensato quale programma di riforma del diritto vigente. Premessa di questo giudizio conclusivo, qui riferito senza sfumature, era la chiarificazione del senso che avevano, nel lessico giuridico savignyano, espressioni come: codificazione, *Volksgeistlehre*, programma scientifico, ecc. Chi abbia qualche dimestichezza con l'opera di Savigny sa che si tratta di concetti chiave, sui quali non si riflette solo da oggi.

A qualcuno questo approccio non è piaciuto o, più semplicemente, non è sembrato ragionevole. Non tutti quindi capiranno, come io, a dieci anni dalle prime ricerche, insista oggi sul tema e prenda le mosse proprio dai risultati testè riassunti. Per essere esplicito del tutto: nessuno mi ha chiesto di tornare a ragionare sullo stesso tema, per poi confermare, correggere o completare. In assoluta libertà riprendo le ricerche al punto in cui le conclusi allora: anche per mendare o riformulare, certo, ma soprattutto per proseguire. Esaminerò dapprima il concetto di codificazione che Savigny dà per scontato nel *Beruf*, per indagare poi via via sulle ragioni concrete che provocarono un rifiuto radicale ed astratto del postulato codificatorio, sul ridimensionamento che possibilmente ne viene alla *Volksgeistlehre* e sulla valenza giuspolitica del rifiuto. Più oltre tenterò di allargare il discorso all'alternativa (scientifica) da Savigny opposta alla codificazione del diritto, al suo impatto sulla prassi ed alle sue radici giusfilosofiche. A tal modo, per non inspiegabile ironia del destino, verrò a ritrovarmi vicino vicino al tema iniziale.

3. *Il concetto savignyano di codificazione.*

Fra i modelli codicistici, che la ricca e variegata riflessione illuministica aveva proposti, uno ve n'era, che Savigny voluta-

mente ignora: *quello del codice completo ed innovatore* ⁽²⁾. Le ragioni di questa ignoranza sono chiare. Savigny aveva percepito nei ragionamenti illuministici « *eine gränzenlose Erwartung von der gegenwärtigen Zeit, die man keineswegs zu etwas geringerem berufen glaubte, als zur wirklichen Darstellung einer absoluten Vollkommenheit* » ⁽³⁾. A questa attesa si opponeva radicalmente la sua intelligenza del presente come tempo determinato (esclusivamente) dalla storia; quella intelligenza poi riformulata nella *Volksgeistlehre*, della quale si dovrà pur dire qualcosa. E del resto anche i tre codici giusnaturalistici davvero entrati in vigore non gli fecero cambiare idea. Parecchi storici del diritto hanno visto — forse un po' frettolosamente — nel suo rifiuto della codificazione il ripudio delle novità materiali contenute nei nuovi codici ⁽⁴⁾. Così facendo, omettendo di distinguere e di esemplificare, dimenticano che Savigny non diede un giudizio approssimativamente uniforme dei tre codici giusnaturalistici, ma differenziò accuratamente e condannò con motivazioni diverse ⁽⁵⁾. E poi Savigny stesso aveva

⁽²⁾ Su questo concetto F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage, Göttingen 1967, p. 323-324; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, 4. Auflage, Tübingen 1963, p. 503.

⁽³⁾ F. C. VON SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, qui citato nell'edizione che ne fece nel 1914 J. STERN (*Thibaut und Savigny, Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin 1914, ristampa Darmstadt 1959), p. 74.

⁽⁴⁾ Vanno citati qui avantutto gli autori ricordati da me in *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 139 nota 254, ai quali vorrei aggiungere: E. KAUFMANN, *Savigny in seiner Zeit: Aufklärung-Romantik-Positivismus*, in *Akademische Feier aus Anlass der 200. Wiederkehr des Geburtstages von F. C. v. Savigny*, herausgegeben von H. G. Leser, Marburg 1979, p. 73-94, e specialmente p. 82; G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 1973, p. 89-132, spec. p. 123; F. DE MARINI, *Savigny - Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1980, Introduzione, p. 14; W. OGRIS, *Die Wissenschaft des gemeinen römischen Rechts und das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, volume I, Frankfurt a. Main 1974, p. 153-172, spec. p. 154; W. WILHELM in *Philosophie und Rechtswissenschaft, Zum Problem ihrer Beziehungen im 19. Jahrhundert*, Herausgegeben von J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt am Main 1969, p. 146; F. RENNERT, *Der Verfassungsbegriff im staatsrechtlichen Denken der Schweiz im 19. und 20. Jahrhundert*, Zürich 1968, p. 158.

⁽⁵⁾ *Beruf*, p. 102-136; *System des heutigen Römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 102-103, 197-205. La critica più aggressiva Savigny la rivolge — è naturale —

detto, proprio di essi e parzialmente correggendo giudizi propri ⁽⁶⁾, che si erano limitati a riordinare e fissare « *das ohnehin bestehende Recht* » ⁽⁷⁾.

La codificazione — anche astraendo dai tre codici storici — non poteva quindi innovare materialmente. Savigny non ne fece mai una caricatura, che diventasse poi facile bersaglio delle sue frecce polemiche. Non si servì dell'artificio di ritener valido, ancora nel 1814, il postulato codificatorio del primo illuminismo ⁽⁸⁾. Preferì vedere nella codificazione una conferma di istituti e soluzioni legislative già corroborati nella prassi. Appunto una « *Aufzeichnung des gesammten bestehenden Rechts* » ⁽⁹⁾.

Viene allora da chiedersi: perchè tanto rumore? Perchè affrettarsi a zittire Thibaut, a sopire gli entusiasmi sollevati dal suo scritto, a discreditare astrattamente un'idea ed un programma, se esse in nulla modificavano la situazione attuale? La risposta a questi interrogativi, che ritengo tutti pertinenti, la diede J.

al Code civil del 1804: ne aveva presentato il pericolo. Sui motivi anche politici che nutrirono o determinarono il suo atteggiamento in merito insistono giustamente gli storici del diritto. Vedi ad es. F. WIEACKER, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 143; WERNER SCHUBERT, *Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, Köln-Wien 1977, p. 594 ss.; F. DE MARINI, *op. cit.*, p. 11-12.

⁽⁶⁾ *Beruf*, p. 74-75. Su questa precisazione P. CARONI, *Der unverstandene Meister?*, cit., p. 114 nota 49.

⁽⁷⁾ *Beruf*, p. 81; *System I*, p. 104. Ciò vale anche in ordine al Code: « Nichts ist irriger, als wenn viele glauben, dieser wäre ganz aus neuer revolutionärer Weisheit, kraft einer Art von Inspiration, hervorgegangen. Vielmehr brachten sowohl die ersten Redactoren, als nachher die Mitglieder des Staatsrathes, alle ihre Kenntnisse und Irrthümer aus der Zeit der alten Jurisprudenz mit hinzu » (*System II*, p. 153).

⁽⁸⁾ Non posso quindi condividere l'opinione espressa da M. KRIELE in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 139, secondo la quale Savigny « polemisierte sein Leben lang gegen die Kodifikationsidee, fasste sie aber in einer Weise, in der sie lediglich im 18. Jahrhundert eine Zeitlang verwendet worden ist, nämlich in Verbindung mit einem absoluten Auslegungsverbot ».

⁽⁹⁾ *Beruf*, p. 81-82. Rinvio poi a quanto ho scritto in *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 142-143; *Der unverstandene Meister*, cit., p. 114. Mi pare sensibile a questa prospettiva, che accetta l'immobilismo contenutistico e vede quindi nel codice un problema di metodo e forma, M. BRENONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica, raccolti da G. Tarello*, VI (1976), Bologna 1976, p. 187-213, specialmente 193-194.

STAHL, qualche anno più tardi. La scuola storica, ricordò egli, non aveva inteso condannare la legislazione. « E però tutta l'opera della legislazione si riduce a prescrivere delle disposizioni o materie particolari; essa non deve rinnovare tutto lo stato giuridico, nè quanto al contenuto, cioè, variando nell'insieme e perciò senza motivo speciale, le norme invalse fin qui, nè quanto alla forma della loro autorità, cioè, riducendo tutto il diritto invalso finora ad un codice, per modo che oramai solamente l'ammissione nel codice decida della validità e del senso delle disposizioni giuridiche: la codificazione ». E subito soggiunse: « In questo senso Savigny si oppose a quella proposta di Thibaut » (10).

In altre parole: Savigny aveva afferrato chiaramente che la codificazione, quand'anche comprendesse solo diritto preesistente, ne modificava « la forma dell'autorità ». Essa stabiliva un nuovo ordine formale, fissava un nuovo orizzonte, si imponeva come un nuovo cosmo: nel cui interno anche le cose vecchie si caricavano di significati nuovi. Quello che era successo nell'ambito della compilazione giustiniana (11) si ripeteva ora in tema di codificazione: il nuovo non era provocato dalla materiale sostituzione di istituti ormai desueti, ma dalla diversa valenza loro conferita proprio dal fatto di trovarsi riordinati e ricollegati in sequela a nuovi principi sistematici. La quintessenza della preziosa scoperta savigniana sta proprio in questo: nell'aver capito che ogni codificazione, già perchè rinnovava le gerarchie fra le fonti e così facendo creava nuove interdipendenze, innovava sia a livello formale che materiale (12).

Qual'è il valore di questa scoperta? Credo di poterlo riassumere in due punti:

a) Savigny non è certo stato il primo giurista europeo a cogliere in modo così cosciente il nascere di *ius novum* da una rifu-sione formale delle fonti. Ha avuto anche qui i suoi maestri, e fra questi certamente Leibniz (13). Ma ci è arrivato battendo vie

(10) F. J. STAHL, *Storia della filosofia del diritto* (tradotta da P. Torre ed annotata da R. Conforti), Torino 1853, p. 627.

(11) *System* I, p. 258-260.

(12) È chiaro che qui correggo ampiamente quanto scrissi in *Der unverstandene Meister*, p. 115 cfr. I.

(13) Nella *Praefatio Novi Codicis*, scritta fra il 1678 ed il 1688 a sostegno

nuove. La sua esperienza della legge dell'interdipendenza non fu occasionale, ma direttamente riconducibile ai principi del suo programma scientifico. Era la fiducia e l'esperienza di chi aveva affidato alla scienza giuridica il compito di scoprire la « *inwohnende Einheit* » della tradizione giuridica consegnata con necessità dalla storia, e che ben sapeva, come da tale intelligenza del materiale storico sarebbe scaturito « *ein neues organisches Leben, welches bildend auf den Stoff selbst zurück wirkt* » (14). La fiducia e l'esperienza di chi aveva fatto proprio della « *formelle Rückwirkung der Wissenschaft auf das Recht* » (15) la pietra angolare di una vita e di un programma. Da questo punto di vista, si può dire che la riflessione savignyana sulla codificazione doveva necessariamente sfociare nella scoperta qui all'esame, se voleva restare fedele alle sue ispirazioni di fondo.

b) Le intuizioni di Savigny, sorrette da una diffusa coscienza metodologica ed affilate dalla chiara percezione dell'incombente pericolo, suonano tuttora modernissime alle nostre orecchie. Esse inaugurarono un approccio formalistico al problema codificatorio che — pur nella sua parzialità (16) — permise poi la scoperta delle vere novità realizzate dalla codificazione giusprivatistica. Per non averle percepite tempestivamente — se non in casi isolati e poco noti (17) — gli storici del diritto si sono avventurati in un lungo

della preparazione di un Codex Leopoldinus, si legge: « *Veteres leges merito retinentur, quia nostras magnam partem inde excerpimus; nolumus tamen nostras ex illis interpretationem capere, sed contra illas ex nostris* » (G. W. LEIBNIZ, *Textes inédits, publiés et annotés par G. Grua*, Paris 1948, II, p. 627-628). Il passo è citato anche in F. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von Leibniz*, Tübingen 1968, p. 21 n. 40. Sul punto vedi anche E. MOLITOR, *Der Versuch einer Neukodifikation des römischen Rechts durch den Philosophen Leibniz*, in *L'Europa e il diritto romano*, Studi Koschaker, Milano 1954, I, p. 359 ss. ed in particolare p. 373 ss.; J. BARON, *Franz Hotmann's Antitribonian. Ein Beitrag zu den Codifikationsbestrebungen vom XVI. bis zum XVIII. Jahrhundert*, Bern 1888, p. xxviii-xxxi.

(14) *System I*, p. 46.

(15) *System I*, p. 47; così sostanzialmente anche a p. xxiii e 104 (« *organisch bildende Kraft einer jeden Rechtstheorie* »).

(16) Abbozzi di una critica in merito in CARONI, *Der unverstandene Meister?*, cit., p. 115-117.

(17) Vedine un esempio in H. A. A. DANZ, *Die Wirkung der Codifikationsformen auf das materielle Recht - Erläutert durch Beispiele aus dem Entwurfe des*

dibattito sul concetto di codificazione: sterile nello svolgimento e deludente negli esiti. Alludo alle tesi via via sostenute da Van Kan, Vanderlinden e Viora, che devo qui almeno riassumere, per dimostrare fino a qual punto ruotassero attorno ad una solo apparente alternativa.

Van Kan, in uno scritto ormai classico del 1929, aveva svolto un concetto di codificazione sostanzialmente ridotto all'aspetto formale, dal quale esulava di regola — o vi appariva solo come motivo secondario o accidentale — il desiderio di rinnovare materialmente ⁽¹⁸⁾. « *La codification est avant tout un changement de formes* », ne aveva dedotto ⁽¹⁹⁾. Questa teoria fu poi confermata, in tempi più recenti, da J. Vanderlinden, che vide nel codice « *essentiellement une opération technique, destinée à faciliter la connaissance du droit sous tous les aspects que cette action peut revêtir* »: operazione quindi qualitativamente diversa da « *toute entreprise réformatrice du droit qui serait réalisée par la voie législative* » ⁽²⁰⁾.

Di contrario parere fu M. E. Viora. In una nota e fortunata prolusione accademica, distinse fra consolidazione e codificazione ⁽²¹⁾, rivendicando alla seconda il pregio della « novità del mate-

bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen, Leipzig 1861. Secondo Danz, la codificazione provoca un radicale rinnovamento del diritto, soprattutto a livello formale, e per conseguenza anche a livello materiale (p. 6, 9-12, 15, 19, 24, 26, 29). Essa è antistorica e quindi respinge — siccome superflua — ogni ragione non direttamente desumibile dall'insieme del testo codificato (p. 45-47). Su Danz vedi ora — fuggacemente — A. BUSCHMANN, *Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1863/1865, Juristische Schulung* 20 (1980), p. 553-559, in particolare p. 557.

⁽¹⁸⁾ J. VAN KAN, *Les efforts de codification en France*, Paris 1939, p. 34-35, 172-173, 186-187, 265-266, 341, 357-358.

⁽¹⁹⁾ VAN KAN, *op. cit.*, p. 259.

⁽²⁰⁾ J. VANDERLINDEN, *Aspects de l'idée de codification*, in *Rapports belges au VIe Congrès international de droit comparé*, Bruxelles 1962, p. 41-54, e specialmente p. 48, 52. VANDERLINDEN ha poi sviluppato queste idee in *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle, Essai de définition*, Bruxelles 1967.

⁽²¹⁾ MARIO E. VIORA, *Consolidazioni e codificazioni, Contributo alla storia della codificazione*, 3. edizione (immutata, a dispetto di quanto si dice a p. VIII), Torino 1967. La distinzione prospettata da Viora in questo scritto (consolidazione, p. 2-3; codificazione, p. 40-44), è stata generalmente accettata nella storiografia italiana. Vedi ad esempio: T. ASCARELLI, *L'idea di codice nel diritto privato e la*

riale legislativo »⁽²²⁾ e comprimendo nel concetto di consolidazione tutto quanto la storiografia giuridica aveva finora ritenuto quale semplice *restatement* ⁽²³⁾.

In realtà le due versioni nè si oppongono, nè si escludono, ove solo si aderisca all'accertamento savignyano. Perchè allora è evidente che da ogni assestamento formale sgorga sempre anche nuovo diritto, il che relativizza e persino falsifica la teoria di Van Kan; e che quindi il criterio dell'innovazione materiale non si rivela ormai adatto a distinguere le codificazioni borghesi dalle *ordonnances* dell'*ancien régime*. In definitiva, solo ragionando così, ed archiviando ormai inattendibili distinzioni, appare allo sguardo, ora libero, l'essenza della rivoluzione codificatoria: l'ormai acquisita *unificazione territoriale e sociale*, delle quali si dirà ancora.

4. *Le ragioni del gran rifiuto.*

Dopo aver così fissato il concetto di codificazione ed aver scoperto il filo (sotterraneo ma robusto) che lo lega alle intuizioni centrali del programma scientifico, è ora più agevole indagare sui reali motivi che determinarono Savigny a pronunciare una condanna — dai più, ed a ragione, ritenuta definitiva ⁽²⁴⁾ — del postulato codificatorio.

funzione dell'interpretazione, in *Saggi giuridici*, Milano 1949, p. 41-81, specialmente 49-51; P. UNGARI, *L'età del codice civile*, Napoli s.d. (ma 1967), p. 22 n. 15 (ripreso poi in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* I (1972, p. 227 n. 15); D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo*, Milano 1971, p. 124.

⁽²²⁾ VIORA, *op. cit.*, p. 41. Le tesi di Viora in ordine alla codificazione furono sostanzialmente condivise da W. WILHELM, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert, Jus commune* I (1967), p. 240-270. In questo saggio Wilhelm rifiuta esplicitamente l'approccio di Van Kan (*ibidem*, p. 259).

⁽²³⁾ Sulla distinzione così ipotizzata e sul concetto di « *restatement* » vedi ora W. TEUBNER, *Kodifikation und Rechtsreform in England, Ein Beitrag zur Untersuchung des Einflusses von Naturrecht und Utilitarismus auf die Idee einer Kodifikation des englischen Rechts*, Berlin 1974, p. 22-23. Già nello scritto (citato *supra*, n. 17) di Danz però si trova una dicotomia (Incorporation - Codification), che prefigura le categorie poi usate da Viora (DANZ, *op. cit.*, p. 5-12, e *passim*).

⁽²⁴⁾ P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, p. 136, e gli autori ivi citati; J. RASCHER, *Die Rechtslehre des Alois von Brinz*, Berlin 1975, p. 111; H. MITTEIS,

Già nella *Methodenlehre* del 1802, poi più coscientemente negli scritti programmatici degli anni 1814/1815, Savigny aveva formulato una teoria, che vedeva nel presente null'altro che « *Fortsetzung und Entwicklung aller vergangenen Zeiten* », qualcosa dunque che stesse « *in unauf löslicher Gemeinschaft mit der ganzen Vergangenheit* »⁽²⁵⁾. Accettare il presente quale conseguenza organica (quindi non meccanica o casuale) del passato significava avantutto svalutare a limine ogni critica oppure ogni perplessità: il presente si realizza « *mit innerer Notwendigkeit* »⁽²⁶⁾. Non possiamo sfuggirgli o rifiutarlo: solo possiamo tentare di dominarlo, per non esserne dominati⁽²⁷⁾. Ho ricordato questi passi — peraltro notissimi — degli scritti programmatici, per due motivi: avantutto perchè sono le premesse della riforma savignyana, che prescinde dall'intervento legislativo e si serve unicamente dell'opera mediatrice del giurista. Poi anche perchè essi ci danno compiutamente conto di quelli che vorrei chiamare i principi epistemologici di Savigny. Se il presente è prosecuzione (oppure anche solo manifestazione) organica del passato, l'unico metodo per conoscerlo (e quindi per dominarlo) è quello storico: « *Geschichte ist der einzige Weg zur wahren Erkenntnis unseres eigenen Zustandes* »⁽²⁸⁾. Ai giuristi si chiede quindi « *historische Ergründung* » del presente⁽²⁹⁾ o, più

Ueber das Naturrecht, Berlin 1948, p. 28; R. STAMMLER, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie*, in *Rechtsphilosophische Abhandlungen und Vorträge*, I, Charlottenburg 1925, p. 3-40, e specialmente p. 4. Di altra opinione K. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I, Leipzig 1892, p. 203 n. 7, 346 n. 25, 527 n. 54; D. CORRADINI, *op. cit.*, p. 107.

⁽²⁵⁾ SAVIGNY, *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* I (1815), p. 3. Così già nella *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm herausgegeben von Gerhard Wesenberg*, Stuttgart 1951, p. 32. Bella anche la descrizione di STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, p. 617.

⁽²⁶⁾ *Ueber den Zweck*, *op. cit.*, p. 3-4, 6-7; *Beruf*, *op. cit.*, p. 137.

⁽²⁷⁾ *Beruf*, *cit.*, p. 137, 147-148; *System VII*, Vorrede, p. VII. Vedi anche W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974, p. 27; CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, p. 169.

⁽²⁸⁾ *Ueber den Zweck*, p. 4. Sul punto ora anche M. BREONE, *op. cit.*, p. 196-197; G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978, p. 79-81; WILHELM, *Metodologia giuridica*, p. 17-18.

⁽²⁹⁾ *Beruf*, *cit.*, p. 137.

esplicitamente ancora, « *Verfolgung jedes gegebenen Stoffes bis zu seiner Wurzel* »⁽³⁰⁾. Queste idee, sarà bene ricordarlo, non sono il frutto di intemperanze giovanili o romantiche. Vengono tutte ribadite da Savigny nell'importante introduzione al primo volume del *System des heutigen römischen Rechts* (che fu scritta nel settembre del 1839)⁽³¹⁾, e vengono poi da Stahl apprezzate come « quello, di cui noi possiamo gloriarci, come del maggior pregio della civiltà nostra, in paragone di tutte le generazioni che ci hanno preceduto »⁽³²⁾.

Ora mi sembra chiaro che una tale teoria della conoscenza potesse nascere ed operare solo nell'ambito di un sistema delle fonti che garantisse la costante esperibilità della « *Verfolgung jedes gegebenen Stoffes bis zu seiner Wurzel* ». Doveva trattarsi, in concreto, di un sistema che non sbarrasse la strada alla ricostruzione storica, che non si opponesse cioè a quell'operazione retrovisiva, che *unica* garantiva l'intelligenza del presente. Una tale teoria della conoscenza poteva quindi allignare idealmente nel sistema delle fonti del diritto comune, che riconosceva la preminenza di una fonte giuridica di complessa stratificazione storica, ma finora mai esclusivamente ed autoritativamente fissata. E, per riflesso, solo questo sistema rendeva lecita ed esperibile una completa rivalutazione della storia nell'ambito della scienza giuridica. Esso solo permetteva di vedere nel passato una causa « immanente » del presente, e liberava così la storia dalla sua funzione di sussidio esterno, per farne un « lato essenziale della stessa giurisprudenza »⁽³³⁾; di quella giurisprudenza, aveva ricordato Savigny nel 1806, « *die selbst nichts Anderes ist, als Rechtsgeschichte* »⁽³⁴⁾. L'uni-

⁽³⁰⁾ *Beruf*, cit., p. 140, 142, 154. H. KLENNER, *Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft*, in *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX, Anales de la cátedra Francisco Suarez* 18/19 (1978-1979), p. 133-169, osserva giustamente, che la filosofia della storia savignyana veniva così a legittimare « eine juristische Forschungsmethode, die stets nach hinten losging » (*ibidem*, p. 142).

⁽³¹⁾ *System* I, p. XIV-XV.

⁽³²⁾ STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 617. A p. 616 l'autore aveva affermato: « Il nostro secolo ha un pregio particolare, che differenzia tutta la sua civiltà da quella dei precedenti, cioè la conoscenza storica ».

⁽³³⁾ STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 621-622.

⁽³⁴⁾ Così SAVIGNY nella notissima recensione alla terza edizione del *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* di GUSTAV HUGO (*Vermischte Schriften*, volu-

co sistema, nel quale questa citazione conclusiva di Stahl non avesse sapore tautologico, antiquario o anche solo vagamente culto: « Non si vuole imparare la storia del diritto, ma conoscere il diritto storicamente »⁽³⁵⁾.

La codificazione veniva ora a distruggere questa intelligenza della storia, e Savigny l'aveva subito e penetrantemente capito. Nasceva da una diversa filosofia, che nel presente vedeva un semplice effetto del passato, « il quale, tostochè è prodotto, non ha più a che fare con quella causa »⁽³⁶⁾. E quindi ridefiniva l'orizzonte giuridico e riordinava i rapporti gerarchici fra le diverse fonti in modo del tutto ostile alle *éscapades* storiche di Savigny. Chiudeva autoritativamente il passo ad ogni « *Verfolgung jedes gegebenen Stoffes bis zu seiner Wurzel* », escludendo ormai il diritto comune dal novero delle fonti di diritto positivo. Su questo punto mi pare allora possibile concludere con certezza:

Savigny respinse la codificazione, perchè la ritenne inconciliabile con il proprio programma scientifico, e più precisamente perchè distruggeva le premesse epistemologiche, dalle quali questo programma si era venuto formando. Date quelle premesse, il rifiuto era logico, necessario, perentorio. Occorre insistere su quest'ultimo punto, per non esser tentati di ridimensionare la portata della condanna, dimostrando l'inattendibilità delle critiche concrete

me V, Berlin 1850, p. 1-36, il passo citato a p. 2-3: « Bei dem vorliegenden Werke liegt eine höhere Idee zum Grunde, nach welcher die ganze Rechtswissenschaft selbst nichts Anderes ist, als Rechtsgeschichte, so dass eine abgesonderte Bearbeitung der Rechtsgeschichte von jeder anderen Bearbeitung der Rechtswissenschaft nur durch die verschiedene Vertheilung von Licht und Schatten unterschieden seyn kann. Diese Ansicht, die würdigste, die für unsere Wissenschaft gefasst werden kann ... »).

⁽³⁵⁾ STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 624. Sul punto anche WILHELM, *Metodologia giuridica*, p. 18-19. Ho insistito su questo nuovo modo di aggregare la storia alla scienza giuridica, di farne parte integrante della dogmatica, in una recensione pubblicata in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 2 (1980), p. 97. Ad essa rinvio per maggiori dettagli, osservando qui solo che già questo reinserimento legittimava il nome che la scuola poi si autoconferì. Con il che non si vuole certo dire, che la scuola di Savigny fosse più o meno storica di quelle antecedenti e concorrenti. Lo era in modo diverso.

⁽³⁶⁾ Così ancora STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 622, che cita poi Feuerbach.

rivolte alle tre recenti codificazioni ⁽³⁷⁾. Savigny stesso le considerò come contingenti esempi di una avversione radicale, che astraeva dalle forme storicamente note di codice, per colpire « *den Charakter des Ganzen selbst* » ⁽³⁸⁾. Per colpire, potremmo concludere con parole sue, « *die Codification an sich* » ⁽³⁹⁾.

5. Ridimensionamento della *Volksgeistlehre*?

Arrivato a questo punto, e almeno di transenna, mi pare opportuno soffermarmi brevemente sulla *Volksgeistlehre*, perchè si muove nell'ambito delle idee or ora ricordate sull'origine del presente, senza però identificarsi con esse.

Dieci anni fa, nel saggio citato inizialmente, avevo accordato largo spazio a questa teoria, ma non l'avevo ugualmente ritenuta decisiva per la polemica anticodificatoria di Savigny ⁽⁴⁰⁾.

Oggi ritengo di poter confermare questo accertamento, anche alla luce delle molte nuove considerazioni che precedono. Quindi anche l'aver capito che nell'ottica savignyana la codificazione innova necessariamente non mi spinge a rivalutare il ruolo (in realtà

⁽³⁷⁾ *Beruf*, cit., p. 102-136. Ho esaminato puntualmente la critica, alla quale Savigny sottopose la codificazione austriaca, in *Der unverstandene Meister?*, cit., in particolare p. 108-114. A queste pagine rinvio per un primo approfondimento di quanto posso ora solo sfiorare nel testo. Corrisponde dunque alla realtà, quello che H. THIEME rimproverò a Savigny: di aver condannato la codificazione prussiana « *ohne auch nur auf eine materielle Rechtsfrage einzugehen* » (*Die preussische Kodifikation*, *ZRG Germanistische Abteilung* 57, 1937, p. 335-428, il passo citato a p. 409-410). Ma, come dico nel testo, ciò nulla toglie alla ragione storica della condanna.

⁽³⁸⁾ *Beruf*, cit., p. 135. Sul punto anche CARONI, *Der unverstandene Meister?*, cit., p. 113-114; CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 131-132, 149-150.

⁽³⁹⁾ Così SAVIGNY, *Vorschläge zu einer zweckmässigen Einrichtung der Gesetzrevision* (8 gennaio 1842), pubblicato da ADOLF STÖLZEL in *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung*, II, Berlin 1888, p. 733-750, il passo citato a p. 736. Per questo motivo nessuna codificazione, comechessia connotata, poteva corrispondere all'argomentazione savignyana, astrattamente anticodificatoria. Di altra opinione (in ordine al codice civile di Sassonia, entrato in vigore nel 1865) A. BUSCHMANN, *Das sächsische bürgerliche Gesetzbuch von 1863/1865*, cit., p. 558.

⁽⁴⁰⁾ *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 140-150.

liminare e dimenticabile) della *Volksgeistlehre*, non mi fa ritenere che essa abbia determinato Savigny ad opporsi a Thibaut. Come posso giustificare questo atteggiamento?

In parte con le ragioni avanzate nel capitolo precedente, in parte in considerazione del *ruolo esclusivamente negativo* (o difensivo) che la *Volksgeistlehre* fu chiamata ad assolvere nel disegno savignyano. Da anni insisto su questo ⁽⁴¹⁾: e dunque mi limito ora a cenni fugaci.

Richiamandosi alla funzione creatrice dello spirito popolare (*Volksgeist*) Savigny aveva inteso combattere due postulati fra loro strutturalmente collegati ed egualmente ritenuti inattendibili o pericolosi ⁽⁴²⁾: il metodo conoscitivo dei giuristi del circolo di Göttingen che, sulle orme di Montesquieu, si erano sì staccati dal modello matematico, ma non per questo avevano rinunciato a scoprire (induttivamente) le leggi che determinavano e muovevano il mondo sociale ⁽⁴³⁾; la pretesa di innovare materialmente nel campo giuridico tramite la legislazione ⁽⁴⁴⁾.

Esaurito questo compito (in modo grossolano ma efficace), la teoria poteva essere accantonata. Non implicava quindi una corrispondente indicazione positiva, non imponeva alternative e non

⁽⁴¹⁾ Savigny *und die Kodifikation*, cit., p. 138; *Der unverstandene Meister?*, cit., p. 117 n. 74; *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 2 (1980), p. 96-97. Sul punto vedi ora anche W. ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, Neuwied-Darmstadt 1972, p. 49.

⁽⁴²⁾ Il collegamento diventa evidente proprio nel rimprovero che Savigny rivolse ai pragmatici di Göttingen, di ritenere « dass das Recht in jedem Augenblick durch die mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkür hervorgebracht werde, ganz unabhängig von dem Rechte der vorhergehenden Zeit und nur nach bester Ueberzeugung, wie sie der gegenwärtige Augenblick gerade mit sich bringe » (*Ueber den Zweck dieser Zeitschrift*, cit., p. 9). Mi pare che accetti questa interpretazione anche E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschillichkeit des Rechts*, in *Collegium philosophicum, Studien J. Ritter zum 60. Geburtstag*, Basel-Stuttgart 1965, p. 9-36, specialmente p. 13.

⁽⁴³⁾ H. U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin 1978, p. 61-63, 114-151, 169, 176, 190, 195. Sul gruppo di Gottinga e sui metodi di ricerca quivi elaborati vedi H. THIEME, *Die Zeit des späten Naturrechts, ZRG Germanistische Abteilung* 56 (1956), p. 202-263, specialmente p. 211-215; G. MARINI, *Savigny*, cit., p. 14 ff.

⁽⁴⁴⁾ STÜHLER, *op. cit.*, p. 28-29.

suggeriva modelli da opporre alle soluzioni che escludeva, o contribuiva a vanificare. È quindi inutile e storicamente inaccettabile accollarle colpe che in realtà non può avere. Tento di precisare ed esemplificare: se Savigny fu antistorico nelle sue ricostruzioni — lo si può sostenere a condizione di precisare i termini della critica e di rinunciare a definizioni troppo unilaterali ⁽⁴⁵⁾ — perchè identificò l'evoluzione storica con il diritto giustiniano, tutto dimenticando della successiva evoluzione ⁽⁴⁶⁾ e quindi mortificando l'esperienza scientifica dei Glossatori e dei Commentatori ⁽⁴⁷⁾, oppure perchè negò al presente quelle facoltà creatrici che pure coglieva nel passato ⁽⁴⁸⁾: certo non applicando (o stra-

⁽⁴⁵⁾ Proprio su questo punto mi sembra centrale la precisazione di H. KIEFNER, *Der junge Savigny (Marburg 1795-1808)*, in *Akademische Feier aus Anlass der 200. Wiederkehr des Geburtstages von F. C. von Savigny, herausgegeben von H. G. Leser*, Marburg 1979, p. 15-49, e specialmente p. 21-26.

⁽⁴⁶⁾ Illuminanti in merito: la decisa confessione di GUSTAV GEIB, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, Leipzig 1848, p. 20 (che ammette, nell'ambito della scuola, una « gewöhnliche Verwechslung der Aufgabe des Antiquars mit der des Juristen), ed il fugace accenno di J. GUSTAV DROYSEN, *Historik - Vorlesungen über Enzyklopädie und Methodologie der Geschichte*, 6. unveränderte Auflage, Darmstadt 1971, p. 258. Sul punto vedi anche gli autori citati in P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 108-110, ed inoltre: M. SCHEUERMANN, *Einflüsse der historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861*, Berlin-New York 1972, p. 9; WILHELM, *Metodologia giuridica*, p. 32 ss.

⁽⁴⁷⁾ Sul punto vedi soprattutto F. CALASSO, *I Glossatori e la teoria della sovranità*, Milano 1957, p. 15, 25; LO STESSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 15 ss.

⁽⁴⁸⁾ Rimprovero che gli venne ripetutamente mosso da campi avversi. Per citare qualche esempio: da G. PHILLIPS (*Vermischte Schriften*, volume II, Wien 1856, p. 507: « So wahr und richtig das Prinzip für die Behandlung des Rechtes ist, welches die historische Schule aufgestellt hat, so ist dennoch auch sie nicht ganz von Irrthümern oder Inconsequenzen bewahrt geblieben. Diese haben sich theils in Betreff der Frage nach dem Ursprunge des Rechts, theils darin gezeigt, dass man, aus wissenschaftlichem Wohlbehagen an dieser oder jener einzelnen Zeitperiode, direct oder indirect die spätere Entwicklung als unberechtigt hingestellt und gewissermassen gefordert hat, dass jener Zeitpunkt als die eigentliche Norm der Rechtsgestaltung angesehen werden solle »); da OTTO V. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, Leipzig 1895, p. 23; da EUGEN HUBER, *Deutsches Privatrecht*, in *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im deutschen Recht*, herausgegeben von G. Schmoller, NF 20 (1896), 2. Heft, p. 96-163, e spe-

volgendo) la *Volksgeistlehre* (49). Ed inoltre: se Savigny isolò il fatto giuridico (come fatto culto) dal tessuto sociale; se, contrariamente a talune sue affermazioni, alle quali generalmente si concede troppo credito (50), non considerò il diritto come prodotto delle forze e degli antagonismi sociali (51), certo non in sequela alla teoria dello spirito popolare. Che già per la sua vaghissima

cialmente p. 159; e per concludere — notoriamente — da KARL MARX, *Das philosophische Manifest der historischen Rechtsschule*, in MARX-ENGELS, *Werke*, I, p. 78-85; LO STESSO, *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, *ibidem*, p. 378-391. Sulla critica marxiana a Savigny si vedano taluni nuovi testi, ricchi di spunti originali: KLENNER, *Savigny und das historische Denken*, cit., p. 134 ss.; J. KUCZYNSKI, *Studien zu einer Geschichte der Gesellschaftswissenschaften*, volume VI, *Gelehrtenbiographien*, Berlin 1977, p. 126, 150; WOLF PAUL, *Marx versus Savigny*, in *Anales de la catedra Francisco Suarez 18/19 (1978-1979)*, p. 243-269; A. SCHIAVONE, *Storiografia e critica del diritto*, Bari 1980, p. 24-30; R. GUASTINI, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società*, Bologna 1974, p. 59-60 ss., 87-93.

(49) Penso qui avantutto ad affermazioni proprie (*Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 110, 138, 163), già corrette però in *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 2 (1980), p. 97 in fondo.

(50) Vi dà decisamente troppo credito D. A. LABARCA PRIETO, *Savigny, Thibaut y la codificación*, in *Revista de ciencias sociales (Valparaiso)* 14 (1979), p. 587-619, e specialmente p. 611 e 618, che vede il gran merito di Savigny proprio nell'aver intuito la dipendenza del diritto dai fattori sociali. Così anche (per quanto sorprendente possa apparire la contrapposizione) J. KUCZYNSKI, *op. cit.*, vol. VI, p. 149; D. CORRADINI, *Garantismo e statualismo*, p. 98-99. Di contrario parere, e quindi non disposti a fermarsi alle concessioni verbali di Savigny, Z. KRYSZTOFEK, *La querelle entre Savigny et Thibaut et son influence sur la pensée juridique européenne*, *Revue historique de droit français et étranger*, 44 (1966), p. 59-75, specialmente p. 65, 67, 69; H. KLENNER, *Savigny und das historische Denken*, cit., p. 151-152. Più differenziato e prudente il giudizio di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 2. edizione (ristampa), Torino 1963, che ricorda i meriti della scuola per aver stimolato l'indagine della realtà empirica (p. 214, 216), ma che al contempo ammette, non aver Savigny realizzato questo programma (*ibidem*, p. 217). Su questa stessa linea di interpretazione si muove ora F. DE MARINI, *op. cit.*, p. 21.

(51) Così soprattutto BÖCKENFÖRDE, *Studien Ritter*, cit., con continui e precisi riferimenti al rilievo di quella teoria savignyana, che, implicando la « corrispondenza organica » del diritto alla società, in realtà mortificava lo storicismo (p. 16 ss., 19-21, 25). Insiste ora sulla « Verengung des Gesichtskreises » provocata da questo inconscio antistoricismo STÜHLER, *op. cit.*, p. 29-30, 195, 224, 233, 125, 127, 187. Chiaramente già su questa linea W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, p. 36-37.

ed indeterminabile natura lasciava aperto il campo a diverse, anche disarmoniche congetture ⁽⁵²⁾.

Per riassumere: capire la *Volksgeistlehre* come teoria unicamente difensiva significa anche liberarla da rimproveri immeritati, ma soprattutto ridimensionarla e ridurla all'effettiva (ma modesta e transitoria) funzione che ebbe nel programma savignyano.

6. La valenza giuspolitica del rifiuto.

Ci si chiede tuttora, nella scia di una tradizione inaugurata già nel 1815 dall'acuto ma perfido N. Th. von Gönner ⁽⁵³⁾, se sia possibile ricondurre il rifiuto della codificazione a precise opzioni giuspolitiche di Savigny. Se quindi, per formulare più precisamente, si possa ricollegare l'intransigenza anticodificatoria alla difesa di interessi materiali, di classe o di ceto; e, per conseguenza, se non corrisponda a precisa scelta ideologica il mobilitare la storia della cultura oppure la filosofia della storia per giustificare (camuffare? nobilitare?) una mossa in definitiva preordinata alla tutela di interessi corporativistici ⁽⁵⁴⁾.

Partendo dal fatto che la codificazione era allora indubbiamente una speranza covata dalla borghesia, si può vedere in Savigny l'ideologo dell'aristocrazia feudale, che rifiutando il codice giusprivatistico bloccò il « progresso », vanificò i piani borghesi (rispettivamente ne decretò per generazioni l'improponibilità), e contribuì così a rafforzare le strutture della proprietà feudale? La tentazione di rispondere in modo affermativo ed indifferenziato a tutti questi quesiti c'è, innegabilmente. Basterebbe aderire alle

⁽⁵²⁾ Sulla vaga ed indeterminata portata dei concetti fondamentali della teoria savignyana ha notoriamente insistito BERGBOHM, *op. cit.*, p. 489, 505 ss.

⁽⁵³⁾ N. TH. VON GÖNNER, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen 1815. In ordine all'apprezzamento espresso nel testo vedi P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 147. Sulla reazione di Gönner vedi ora anche H. WROBEL, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny im Jahre 1814 und ihre Deutung in der Gegenwart*, Diss. iur. Bremen 1975, p. 122-126.

⁽⁵⁴⁾ In questo modo di porre il problema ricorrono (ironicamente) talune figure usate con predilezione da H. WROBEL nello scritto testè citato. Le cui intemperanze, arroganze ed accidiosità sono molte, ma non sufficienti per giustificare la sproporzionata stroncatura di K. LUIG - B. DÖLEMEYER in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 8 (1979), p. 558-559.

tesi via via formulate (per citare qualche nome) da Hattenhauer, Wrobel oppure Kristufek, che insistono tra l'altro sull'estrazione sociale aristocratica di Savigny e da essa derivano il rifiuto dei codici⁽⁵⁵⁾. Ma credo che, almeno per il momento, occorra resistere a questa tentazione⁽⁵⁶⁾. Con ciò non si vuole certo negare quello che l'evidenza manifesta, e che anche le pagine del *System* (ma non esse sole) svelano senza riserve: Savigny era un aristocratico, e quindi il mondo cetuale-gerarchizzato dell'organizzazione feudale gli doveva certo essere più congeniale di quello — più o meno apparentemente egualitario — vagheggiato dai coetanei socialisti e borghesi⁽⁵⁷⁾. Da conservatore qual'era, avversava logicamente le istanze democratiche del tempo. Per questo motivo (tanto per citare qualche esempio, scelto senza nessun ordine) ironizza sui

⁽⁵⁵⁾ Riferisco qui globalmente questi giudizi, senza entrare — per ora — nel dettaglio: H. HATTENHAUER, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, 2. Auflage, Heidelberg-Karlsruhe 1980, N. 179, 240 ss., 243, 245; LO STESSO, *Thibaut und Savigny, ihre programmatischen Schriften*, München 1973, p. 50-51; H. WROBEL, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny*, cit., p. 3, 4, 12, 107-108, 84-85; LO STESSO, *Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny-Kontroverse*, *Kritische Justiz* 1973, p. 149-157, specialmente p. 149-150; Z. KRISTUFEK, *op. cit.*, p. 69-70, 75; LO STESSO, in *Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum Jahre 1848, Acta facultatis juridicae Universitatis comeniana*, Bratislava 1968, p. 374; F. MÁDL, *Das erste ungarische Zivilgesetzbuch — das Gesetz IV vom Jahre 1959 — im Spiegel der Geschichte der zivilrechtlichen Kodifikation*, in *Das ungarische Zivilgesetzbuch in fünf Studien*, Budapest 1963, p. 9-102, specialmente p. 15, 17-19, 32; R. GUASTINI, *op. cit.*, p. 92. Non raramente la premessa di queste tesi sta in una sopravvalutazione del taglio borghese delle proposte di Thibaut: così H. WROBEL, *Die Kontroverse Thibaut-Savigny*, cit., p. 3, 6 ss., 16-19, 51-56, 60 ss.; W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, p. 25 n. 30. A rilievi solo puntuali si limitano invece gli autori citati in P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, p. 148-149, 135, nonché WILHELM, *Metodologia giuridica*, p. 41 n. 92, 77-78; PUGLIESE, *I pandettisti*, cit., p. 96, 98.

⁽⁵⁶⁾ Rifiutano le generalizzazioni testè ricordate, fra gli altri, H. KIEFNER, *Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Band V, Frankfurt/Main 1980, p. 27-54, specialmente p. 38-39; H. P. BENHÖHR, *Politik und Rechtstheorie: die Kontroverse Thibaut-Savigny vor 160 Jahren*, in *Juristische Schulung* 14 (1974), p. 681-684, specialmente 682, 684; G. MARINI, *Savigny*, p. 117-120.

⁽⁵⁷⁾ Lo ricorda giustamente ARMIN WOLF, *Savignys « Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels im neuern Europa »*, in *Jus commune* 8 (1979), p. 120-147, e specialmente 131-133.

seguaci di Saint-Simon ⁽⁵⁸⁾, rifiuta la teoria del *contrat social* ⁽⁵⁹⁾, non tollera, nemmeno in campo giusprivatistico, la dottrina della sovranità popolare ⁽⁶⁰⁾. Per lo stesso motivo opera affinché, celermente ma durevolmente, allo spirito popolare si sostituisca — nella creazione del diritto — la mediazione dei giuristi ⁽⁶¹⁾.

Ma, chiedo, è sufficiente questo quasi vago e non controverso accertamento, per fare di Savigny un antiborghese, un reazionario, un testardo ma non disinteressato difensore dell'*ancien régime*? Prima di rispondere a tutti questi interrogativi, desidero allargare l'indagine della presente ricerca almeno in due direzioni:

da una parte credo sia opportuno indagare sull'esatta natura dell'alternativa (scientifica) da Savigny opposta alla codificazione. Solo questo esame, ritengo, ci farà intravedere la vera portata della posta in gioco e permetterà poi un confronto, dagli esiti peraltro sorprendenti;

d'altra parte penso sia ora arrivato il momento di staccarci dalla linea di ricerca fin qui seguita, volta a chiarire esclusivamente la visione personale savignyana dei fatti esaminati, e di accertare la congruenza delle teorie via via formulate con le colonne portanti del piano di riforma. È ora e tempo di esaminare l'impatto di queste teorie sulla società tedesca del secolo scorso.

7. *L'impatto sul sociale e la disorganicità della tradizione scolastica.*

Se dunque lo sguardo spazia al dilà dell'ottica personale del fondatore, ed esamina avantutto le adesioni che, subito numerose,

⁽⁵⁸⁾ *System* II, p. 278 nota e.

⁽⁵⁹⁾ *System* I, p. 29 ss., 40; III, p. 311, 319, 321. Sul punto ora MARINI, *Savigny*, p. 169-170.

⁽⁶⁰⁾ *System* II, p. 329-332 (con notevoli conseguenze sulla teoria della persona giuridica, esposte in dettaglio alle pagine 329-359).

⁽⁶¹⁾ Sul punto vedi ora J. SCHRÖDER, *Savignys Spezialistendogma und die « soziologische » Jurisprudenz*, in *Rechtstheorie* 7 (1976), p. 23-52. Sul cosiddetto concetto aristocratico di spirito popolare vedi PUGLIESE, *I pandettisti*, cit., p. 96, 98; H. THIEME, *Naturrecht und römisches Recht*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Firenze 1977, I, p. 95-III, specialmente p. 103; ma soprattutto H. KLENNER, *Savigny und das historische Denken*, cit., p. 143 (contrario, anche su questo punto, alla versione inaspettatamente euforica di J. KUCZYNSKI, *op. cit.*, volume VI, p. 149 e 156).

fecero tosto del gruppo una scuola, coglie una realtà inattesa e qualche pò conturbante: il grande rifiuto savignyano, che gli scritti programmatici del 1814-1815 avevano continuamente addotto a prova della necessità di battersi per il successo di un nuovo metodo, e che quindi era impercettibilmente diventato il *Leitmotiv* della nuova stagione, *non ebbe seguito caloroso e compatto*. Ossia:

i seguaci di Savigny seppero, loro pure, puntigliosamente distinguere fra la funzione difensiva-negativa della *Volksgeistlehre* e l'alternativa da opporvi ⁽⁶²⁾. Ed in questa distinzione, operata senza nessuna entusiastica o uniforme recezione delle scelte del maestro, sta tutto il profilo — variegato, differenziato, appunto disorganico — della scuola ⁽⁶³⁾.

L'unico accordo accertabile, l'unico che connotasse l'adesione alla scuola, vertiva sulla funzione difensiva della *Volksgeistlehre*. Al dilà di questo (talora sommessamente) consenso su una dottrina, che in realtà diceva solo quali fattori *non* influivano nella formazione di nuovo diritto ⁽⁶⁴⁾, subito prendevano corpo varie interpretazioni che, si badi, non toccavano ancora il dettaglio, il mar-

⁽⁶²⁾ Prime riflessioni su questo punto in CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, p. 141, 144.

⁽⁶³⁾ Ho formulato prime ipotesi sul pluralismo tematico e metodologico della scuola in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 47 (1979), p. 170. Un chiaro accenno alla necessità di differenziare maggiormente anche in J. RÜCKERT, *ZRG Romanistische Abteilung* 93 (1976), p. 502.

⁽⁶⁴⁾ Formulando in questo modo, tengo conto della importante ricerca giusfilosofica di R. STAMMLER sul metodo della scuola storica. In questa Stammler scopre un'unitarietà metodica di fondo: « Man sucht: welche Faktoren tatsächlich bei der Erzeugung von Recht beteiligt sind. Was ist die wirkliche Wurzel von Recht und Staat; wie beschaffen sind die tatsächlich treibenden Ursachen der Rechtsbildung; welches die faktischen Quellen des Rechts? Man ist bemüht, die bei der Rechtentstehung tatsächlich wirkenden Kräfte in eine einheitliche Formel zu fassen; man hat das Bestreben, die Schaffung von Recht auf einen letzten festen Faktor zurückzuführen (...) Einheitliche Formulierung der tatsächlichen Gründe aller Rechtentstehung auf Grund verallgemeinernder geschichtlicher Forschung — darin erscheint die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie beschlossen » (STAMMLER, *Ueber die Methode*, cit., p. 6). Ma c'è da dire che anche questa uniforme matrice storicistica (« ausschliesslich empirische Erforschung der geschichtlichen Rechte », *ibidem*, p. 13) non muta il quadro — sostanzialmente disorganico — della scuola: perchè si esaurisce (come Stammler stesso riconosce) in un momento formale (*ibidem*, p. 7), peraltro già implicito nell'adesione solo negativa alla *Volksgeistlehre*. Mi pare poi quasi superfluo aggiungere che Stammler,

ginale, ma si riferivano al (e talora costituivano persino il) nervo della nuova dottrina. Così Savigny aveva tosto riferito lo spirito popolare alla tradizione scientifico-culta del diritto comune ⁽⁶⁵⁾, dimostrando anche a tal modo di usare il concetto in accezione per certo non hegeliana ⁽⁶⁶⁾. E proprio per *scoprire* la continuità di questa tradizione aveva scritto una *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, che non è la storia di istituti giuridici romani nel mondo medievale, ma una *Litterärgeschichte*, storia dunque di scuole, di libri, di università, di giuristi ⁽⁶⁷⁾. Dall'altra sponda gli risposero i germanisti, propensi ad intendere lo spirito popolare in senso immediato, ed oggi meglio diremmo biologico oppure psicogenetico. Di qui il loro diverso modo di intendere la storia (comunque più rispettoso dell'evoluzione). Di qui anche la loro disponibilità a propiziare una politica del diritto più scopertamente sensibile alle istanze nazionali e, più tardi, anche popolari ⁽⁶⁸⁾.

partendo da premesse filosofiche idealistiche, critica il metodo della scuola storica, perchè lo ritiene inadeguato a risolvere i problemi essenziali della filosofia giuridica (*ibidem*, p. 9 ss., 18, 31). Sulla critica di R. Stammler vedi R. SALEILLES, *Ecole historique et droit naturel*, in *Revue trimestrielle de droit civil* I (1902), p. 80-112, specialmente p. 92 ss.

⁽⁶⁵⁾ Insiste su ciò soprattutto WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 385, 392, 393; LO STESSO, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe 1967, p. 14, 18. Una rielaborazione di queste tesi in G. MARINI, *Savigny*, p. 106 ss., 170 ss.

⁽⁶⁶⁾ L'influsso hegeliano sul concetto di Volksgeist, così come fu usato anche da Savigny, è stato affermato da WALTER BENJAMIN, in un saggio dedicato a J. J. Bachofen (trad. francese in *Les lettres nouvelles* 2 (1954), p. 28 ss., ed in particolare p. 35). La stessa opinione trovo in RENNER, *op. cit.*, p. 158. Ma già B. PARADISI, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, p. 21 nota 14, ha ricordato opportunamente che lo spirito popolare di Savigny era più vicino al concetto dei romantici, che a quello di Hegel.

⁽⁶⁷⁾ W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, p. 31-32; P. CARONI, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 2 (1980), p. 98. Da questo punto di vista, a ragione THIBAUT gli rimproverò di aver negletto la Dogmengeschichte (*Ueber die sogenannte historische und nichthistorische Rechtsschule*, *Archiv für civilistische Praxis* 21, 1838, p. 391-419, e specialmente p. 413). Cade allora a taglio il commento goethiano all'apparire del primo volume della *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*: «Viene accusato l'autore di non aver fatto ciò che non ha voluto fare, e di aver fatto ciò che ha voluto fare» (così citato da Volterra nel *Bullettino dell'Istituto di diritto romano* 75, 1972, p. 395).

⁽⁶⁸⁾ Su questa fondamentale divergenza interpretativa vedi per ora H. HAT-

Analogo dissidio nacque anche in punto alla codificazione ⁽⁶⁹⁾. Germanisti e romanisti non condivisero sempre quella che ritennero l'intolleranza e la paura del maestro. Postularono occasionalmente una codificazione del diritto civile, e non raramente vi misero direttamente mano. Per quali motivi e con quali argomenti? Occorre distinguere.

Per i germanisti, che l'arroganza di Savigny e più ancora dei suoi discepoli romanistici condannava alla cura del diritto particolare, e quindi alla marginalità per non dire l'inazione ⁽⁷⁰⁾, la codificazione era ormai diventata la grande occasione, alla quale sola legavano le loro speranze di veder finalmente rivalutato il loro diritto e realizzati i postulati (anche politici e sociali) che ad esso ricollegavano. C'è da dire che, anche a livello di logica giuridica, questo loro ragionamento non faceva una grinza. Avevano infatti capito — J. Grimm, G. v. Beseler, A. L. Reyscher, per ci-

TENHAUER, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen*, cit., p. 187 ss.; W. ROSENBAUM, *Naturrecht und positives Recht*, cit., p. 50-52. Non mi dilungo — perchè qui non è necessario farlo — sulla funzione dai germanisti concretamente riconosciuta allo spirito popolare: mi limito ad un esempio, quello di JACOB GRIMM (v. G. MARINI, *Jacob Grimm*, Napoli 1972, p. 84 ss.). Mi preme invece chiarire un altro punto: a livello scopertamente politico, le istanze dei germanisti non furono esclusivamente favorevoli ai ceti popolari, schiacciati dal diabolico meccanismo dell'industrializzazione. Accanto a queste (per le quali Gierke fu il portavoce più cosciente e credibile), altre ve ne furono a diretto sostegno dello spiegamento economico borghese e delle istituzioni giuridiche liberali. Urge perciò una ricerca, che tenga conto di queste oscillazioni, senza perdersi nel dettaglio. Un primo scavo in questa direzione, disincantato e differenziato, lo dobbiamo a H. KRAUSE, *Der deutschrechtliche Anteil an der heutigen Privatrechtsordnung, Juristische Schulung* 10 (1970), p. 313-321. Valide annotazioni già in W. SCHÖNFELD, *Grundlegung der Rechtswissenschaft*, Stuttgart-Köln 1951, p. 453 ss., 461 ss.

⁽⁶⁹⁾ Mi limito qui a pochi e sommari accenni, nella speranza di poter più tardi riprendere il tema e svolgerlo compiutamente. Prime informazioni in O. STOBBE, *Geschichte der deutschen Rechtsquellen*, zweite Abteilung, Braunschweig 1864, p. 440; STAMMLER, *Ueber die Methode*, cit., p. 4-5.

⁽⁷⁰⁾ Una descrizione, tuttora sostanzialmente valida, dell'unilateralità dei romanisti, si trova in O. GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903, p. 12-18. Sull'atteggiamento tenuto da Savigny verso il diritto tedesco, vedi soprattutto H. THIEME, *Savigny und das deutsche Recht, ZRG Germanistische Abteilung* 80 (1963), p. 1-26. Sul punto anche E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker*, cit., p. 498 e soprattutto M. SCHEUERMANN, *Einflüsse*, cit., p. 28, 34-35 ss. Anche questo tema meriterebbe oggi un approfondimento critico.

tarne alcuni ⁽⁷¹⁾ — che la forza del diritto comune romano stava nella sua strutturale dilatabilità, e che questa aveva la sua radice nella preminenza assicurategli dall'attuale sistema delle fonti.

Lottavano allora per la codificazione ⁽⁷²⁾, poichè solo questa avrebbe reciso la pianta alla base e ridistribuito le materie tenendo conto anche della tradizione non romanistica.

A far data dal 1850 anche qualche romanista di grido ritenne ormai accantonabile il verdetto savignyano. Gli esempi più vistosi di questo *revirement* li offrirono K. L. Arndts e C. G. Bruns ⁽⁷³⁾. Essi condividevano la convinzione del maestro che il codice dovesse sostanzialmente limitarsi a ridefinire diritto preesistente ⁽⁷⁴⁾. Ma, forse imbaldanziti dall'incipiente (e per loro promettente) pandettizzazione del codice civile austriaco ⁽⁷⁵⁾, respinsero le pre-

⁽⁷¹⁾ Per JACOB GRIMM si veda il saluto inaugurale alla riunione dei germanisti di Francoforte del 1846 (*Ueber die wechselseitigen Beziehungen und die Verbindung der drei in der Versammlung vertretenen Wissenschaften*, in *Kleinere Schriften*, volume VII, Berlin 1884, p. 556 ss., e precipuamente p. 561). Per G. VON BESELER vedi *System des gemeinen deutschen Privatrechts*, 3. Auflage, Berlin 1873, I, p. 46; LO STESSO, *Erlebtes und Erstrebtes*, Berlin 1884, p. 48. Sul punto ora anche K. VOLK, *Die juristische Enzyklopädie des Nikolaus Falck*, Berlin 1970, p. 85. In ordine a REYSCHER vedi ora l'ampia indagine di J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtslehre*, Berlin 1974, p. 191-318.

⁽⁷²⁾ Giudizi complessivi, talora sarcastici, talora convinti, sulle avventure del postulato codificatorio fra il 1846 ed il 1849, in S. GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg 1960, p. 51 ss., 77, 111-112; P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 4. Auflage, München-Berlin 1966, p. 152-153; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 411-412, 458 ss.; LO STESSO, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt/Main 1974, p. 88-91. Tuttora valide le annotazioni di GIERKE, *Die historische Rechtsschule*, cit., p. 23, 30, 53 n. 77. In particolare sull'episodio del 1849 vedi G. WESENBERG, *Die Paulskirche und die Kodifikationsfrage (zu § 64 der Paulskirchenverfassung)*, *ZRG Romanistische Abteilung* 72 (1955), p. 359-365.

⁽⁷³⁾ Vi sono sfumature, fra le posizioni di questi due autori, sulle quali desidero qui sorvolare, perchè non sono determinanti ai fini del tema trattato.

⁽⁷⁴⁾ K. L. ARNDTS, *Gesammelte civilistische Schriften*, III, Stuttgart 1874, p. 127, 153, 389-390, 408; C. G. BRUNS, *Ueber Gegenwart und Zukunft unseres Privatrechts*, in *Kleinere Schriften*, volume I, Weimar 1882, p. 1-20, e specialmente p. 14-15.

⁽⁷⁵⁾ Vi accenna con malcelata soddisfazione K. L. ARNDTS, *op. cit.*, III, p. 214 ss., 392. Sulla pandettizzazione del codice civile austriaco, inaugurata dagli scritti di JOSEF UNGER degli anni 1853-1855, vedi CARONI, *Der unverständene Meister?*, cit., p. 118 ss.

visioni catastrofiche di Savigny circa il destino della scienza romanistica in regime di codificazione (76). Accettarono così che il codice negasse ormai il valore sussidiario del diritto comune (77), ma al contempo misero in guardia contro le tentazioni esegetiche di dar vita ad una scienza giuridica ligia alla sola lettera del solo codice (78). Urgeva battersi per uno studio che riconducesse alle origini *storiche* dei materiali codicistici: che ovviamente erano romanistiche (79). Si avverava comunque una profezia del maestro: anche ammettendo codici « *ist ein erschöpfendes Studium der früheren Rechtsquellen um gar Nichts entbehrlicher geworden* » (80).

8. Sul presunto cosmopolitismo della scuola.

Il profilo della scuola — così come emerge dagli episodi testé ricordati — è quindi complesso, contorto, disorganico. Ad essa mancava, rilevava sardonicamente Stahl già nel 1829, « l'unità e la chiarezza della coscienza, ed essa medesima sarebbe perplessa, se volesse significarci precisamente quale sia il suo carattere proprio » (81). Oggi ce ne rendiamo diffusamente conto, ma forse ancora non ci riesce di immaginarne tutta la portata e di prevederne tutte le conseguenze. Quante e quali revisioni di giudizi tratlatizi sarà per suggerire, oppure determinare?

(76) Basterebbe, a documentare queste pessimistiche previsioni, il passo in *System I*, p. 161, e poi 166-167. Questi presagi (o paure) furono condivisi da Alois Brinz (vedi J. RASCHER, *Die Rechtslehre des Alois Brinz*, cit., p. 113-116, 195).

(77) ARNDTS, *op. cit.*, III, p. 153, 261, 387, 392, 404, 477-478. Di contrario sentire fu su questo punto importante C. G. v. WÄCHTER, che ritenne augurabile mantenere la sussidiarietà del diritto romano anche all'interno del codice. Vedi C. G. WÄCHTER, *Die neuesten Fortschritte der Civilgesetzgebung in Württemberg, mit legislativen Bemerkungen und vergleichender Rücksicht auf das gemeine Recht, Archiv für civilistische Praxis* 23 (1840), p. 33-111, in particolare p. 34-35.

(78) ARNDTS, *op. cit.*, III, p. 122 ss., 145, 154, 211 ss., 477.

(79) BRUNS, *Ueber Gegenwart und Zukunft*, cit., p. 18-20; ARNDTS, *op. cit.*, III, p. 153-154, 392, 478.

(80) *System I*, p. 104. Sulla necessità di uno studio storico del diritto codificato vedi anche *System I*, p. XVIII e XXVIII, nonché i riferimenti contenuti in CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 163-165.

(81) *Storia della filosofia del diritto*, p. VI (dalla prefazione alla prima edizione della *Geschichte der Rechtsphilosophie*, Tübingen-Leipzig 1829).

Una sola voglio qui ricordare, tanto per non restare nel vago: si riferisce al quadro, tradizionalmente offerto, del cosmopolitismo della scuola.

Savigny fu docente ascoltatissimo ed ammiratissimo. Diede subito lustro alla facoltà giuridica berlinese, alla quale affluirono discenti da tutte le parti d'Europa. È logico che, rientrati in patria a studi conclusi, si fossero poi sforzati di onorare l'insegnamento ricevuto da sì incontrastata celebrità. Nella prassi, nell'insegnamento, nella ricerca scientifica convogliarono così piccola o grande parte di quanto bene o male avevano capito ed imparato. Questi fatti, tutti accertati, pongono il problema storico dell'irradiazione della scuola fuori dei confini tedeschi: c'è stato, di quale natura fu, si è limitato a riflettere i temi tradizionali o è stato stravolto al contatto delle esperienze nazionali?

Mi limito, per ora, a constatare due cose:

questo problema, che *oggettivamente* si pone, o non interessa — ed allora viene ignorato, il che può ugualmente provocare lacerazioni o deterioramenti della prospettiva storica ⁽⁸²⁾ — o vien risolto applicando un modulo di indagine *doppiamente aberrante*: perchè ignora la disorganicità della scuola e mortifica l'originalità delle diverse esperienze nazionali. Mi riferisco concretamente a quelle ricerche che persistono a vedere nei giuristi educati a Berlino « *discipoli* » o comunque *epigoni* del grande Savigny, e che

⁽⁸²⁾ In occasione del secondo centenario della nascita di Savigny, la *Revista de ciencias sociales* (edita dalla Facultad de ciencias jurídicas, económicas y sociales della Universidad de Chile, di Valparaiso) ha pubblicato un numero doppio (14/I-II, 1979) dedicato a *Savigny y la ciencia del derecho*. I due volumi fanno insieme 850 pagine; contengono la traduzione in castigliano di taluni scritti savignyani (19-64) e di due lavori di Jhering e Stammler sulla scuola storica (67-140), nonché 21 saggi (p. 143-835), tutti tendenzialmente dedicati agli aspetti teorici dell'opera savignyana, alle sue caratteristiche metodologiche, alle ragioni della sua attuale validità, ecc. In nessun articolo ed in nessuna pagina ho trovato qualcosa sulla recezione di Savigny da parte di giuristi latinoamericani, sull'importanza di questa recezione per la teoria giusprivatistica (notoriamente sensibile alle sollecitazioni francesi), per la prassi (non fanno per certo eccezione gli articoli di HERMANN PETZOLD PERNIA e di BERNARDO GESCHE MÜLLER, solo formalmente connessi alla prassi giuridica sudamericana), per l'insegnamento, o sulla portata anche ideologica di un'operazione di questo genere. È troppo dire — come faccio nel testo — che tutto ciò deteriora la prospettiva storica?

quindi si applicano a studiarne l'opera solo se essa tradurrà « *fedelmente* » in pratica gli insegnamenti del maestro. Le sedi universitarie, ove per la massima parte operano questi fedeli amministratori ed esecutori, assurgono allora al rango di sedi esterne, di filiali della scuola: così promossa a dominante ed unitario fenomeno culturale europeo ⁽⁸³⁾. Così mi lasciano scettico tutte quelle indagini — talora pur accurate nel dettaglio — che si servono troppo pedissequamente del concetto di recezione (o precezione), e che si propongono di conseguire risultati accettabili ricercando nell'esperienza giuridica nazionale il semplice e formale ricorrere delle teorie della scuola storica ⁽⁸⁴⁾. Perchè meravigliarsi, se regolarmente approdano a risultati negativi o evasivi, giustificati poi con argomenti intellettualistici? Penso alla tesi di Bergbohm, secondo la quale gli italiani avevano rifiutato *tout court* la scuola storica ⁽⁸⁵⁾; o alle più recenti e differenzianti ricerche di F. Ranieri che ammettono, sì, l'influsso della scuola, ma negano che i giuristi italiani abbiano capito la reale portata delle novità savignyane ⁽⁸⁶⁾.

Per lo stesso motivo preferisco allora insistere sul concetto di *stravolgimento*, che mi pare più oggettivo e meno moralistico di altri, pure pensabili ed in realtà usati (arricchimento, impoverimento). Esso impone di capovolgere i termini del problema, di partire dall'esame delle peculiarità di una concreta prassi nazionale, per poi vedere fino a che punto, per quale scopo e con quale esito talune idee savignyane potevano venir addotte e realmente

⁽⁸³⁾ Penso concretamente alla ricerca di HANS THIEME, *Die deutsche historische Rechtsschule Savignys und ihre ausländischen Jünger*, in *Die juristische Bildung in der Slowakei und Ungarn bis zum Jahr 1848, Acta facultatis juridicae universitatis comenianae*, Bratislava 1968, p. 259-269, che è meritoria per l'ampiezza dei materiali valorizzati, ma che si limita poi solo a verificare le coincidenze formali fra talune idee savignyane e l'attività degli allievi stranieri. Su questa linea di indagine — criticata nel testo — si era già mosso KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, cit., p. 275-278, e si muoveranno più tardi altri storici. Vedi ad esempio TH. BÜHLER, *Der schweizerische Zweig der historischen Rechtsschule und die Volkskunde*, in *Schweiz. Archiv für Volkskunde* 67 (1971), p. 5-30.

⁽⁸⁴⁾ Così però F. RANIERI, *Savignys Einfluss auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in *Jus commune* VIII (1979), p. 192-219, specialmente p. 194, 200, 207, 208; 210, 215.

⁽⁸⁵⁾ BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., p. 321 ss.

⁽⁸⁶⁾ RANIERI, *Savignys Einfluss*, cit., p. 215-219.

attecchire. È quindi la concreta situazione nazionale — nella sua tipicità ed unicità — che definisce l'orizzonte, all'interno del quale Savigny poté essere capito, recepito e rifiutato ⁽⁸⁷⁾.

Basterà riflettere su un solo esempio — legato alla tematica codificatoria — per rendersene conto. La polemica anticodificatoria, come ho tentato di spiegare, era stata determinata nel nascere, nello svolgimento ed anche negli esiti, dal sistema delle fonti del diritto comune; che Savigny dava come premessa scontata e che appunto — siccome valida alternativa — intendeva tutelare. Gli argomenti usati in quella polemica assumono allora diverso significato e peso (vengono appunto stravolti) se applicati ad una realtà giuridica, che quel sistema non conosceva o ammetteva solo parzialmente o tendenzialmente ⁽⁸⁸⁾. Ma nulla ci legittima a vedere in questo una mediocre intelligenza o un ottuso fraintendimento del messaggio savigniano.

Tutte queste riflessioni ci impediscono, in conclusione, di vedere nei seguaci di Savigny, che propugnarono la codificazione, degli eretici ⁽⁸⁹⁾ e di venerare, negli altri, fedeli amministratori di verità eterne.

⁽⁸⁷⁾ Ho tentato di svolgere una riflessione sensibile alle linee esposte nel testo in *Pellegrino Rossi et Savigny - L'école historique du droit à Genève*, pubblicato in *Des libertés et des peines, Actes du colloque P. Rossi organisé à Genève, les 23 et 24 novembre 1979*, Genève 1980, p. 15-40. Sullo stesso piano si muoveva una conferenza (tuttora inedita, in attesa di radicale rielaborazione) tenuta al 20. Deutscher Rechtshistorikertag di Tübingen nell'autunno del 1974: *Die historische Rechtsschule in der Schweizer Politik des 19. Jahrhunderts*. Recentemente ha rilevato MONTSERRAT FIGUERAS, che l'introduzione della scuola storica in Spagna nel secondo terzo del secolo scorso « produce muy diversas resonancias según las características de la coyuntura política y social de los distintos lugares en los que se expone y aplica » (*Notas sobre la introducción de la Escuela Histórica de Savigny en España*, in *Anales de la cátedra Francisco Suarez* 18/19 (1978-1979), p. 370-393, il passo citato a p. 373).

⁽⁸⁸⁾ È il caso dell'Italia, se si fa eccezione per la Toscana (vedi RANIERI, *Savignys Einfluss*, cit., *passim*, soprattutto p. 207-208); analoga la situazione in Svizzera, vedi P. CARONI, *Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben, Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit*, in *Zeitschrift für historische Forschung* 2, 1975, p. 223-240, e specialmente p. 238-239). Illuminante in merito anche l'osservazione di R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 331-332.

⁽⁸⁹⁾ Così però F. ELSENER, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert*, Zürich 1975, p. 425 n. 18.

9. *Gli elementi dell'alternativa scientifica.*

Già nei più violenti scritti anticodificatori Savigny non si era limitato a respingere le provocazioni del momento. Aveva opposto, a queste, un'alternativa, un nuovo sistema giusprivatistico, che la scienza avrebbe dovuto via via edificare, affrancandosi con ciò dalla tirannia della materia. Quali ne erano le componenti e le caratteristiche?

a) Il nuovo sistema di diritto privato era saldamente ancorato nella *filosofia giuridica kantiana*. Lo ha dimostrato, più linearmente di altri, Hans Kiefner in una serie di studi, ai quali voglio preliminarmente rinviare, e che costituiscono la premessa di quanto verrò ora ricordando ⁽⁹⁰⁾. I singoli stadi del ragionamento savignyano, che implicano una totale adesione ad assiomi kantiani, possono venir colti in questa sequela ⁽⁹¹⁾:

il nostro prende le mosse dall'acquisita separazione fra diritto e morale ⁽⁹²⁾. Ne deduce la necessità di espungere dall'ambito

⁽⁹⁰⁾ Soprattutto *Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, Herausgegeben von J. Blühndorn und J. Ritter, Frankfurt/Main, 1969, p. 4-25; LO STESSO, *Lex frater a fratre, Institution und Rechtsinstitut bei Savigny*, in *Rechtstheorie* 10 (1979), p. 129-141, specialmente p. 139-140; LO STESSO, *Der junge Savigny*, cit., p. 36-39.

L'influsso di Kant su Savigny venne poi esaminato e parzialmente ammesso anche da TEGETOFF, *Kant und Savigny*, Diss. iur. Frankfurt 1952, *passim*; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 352, 385-386, 397, 415, 431; LO STESSO, *Industriegesellschaft*, cit., p. 11 ss., 59-60; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1966, p. 30, 34, 131, 134-144 (con profonde e necessarie distinzioni); LO STESSO, *Savigny*, cit., p. 55, 56, 66-67, 118, 165-166; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, 2. edizione, Napoli 1976, p. 55 nota 26 (con altre indicazioni bibliografiche); B. SCHMIDLIN, *Das Problem des Gesetzeszweckes in der Auslegungslehre Savignys*, in *Convivium utriusque iuris, Festschrift Dordt*, Wien 1976, p. 79-90, specialmente p. 87-88; STÜHLER, *op. cit.*, p. 38-42; H. COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, Jus commune VIII* (1979), p. 9-23, soprattutto p. 21; BÖCKENFÖRDE, *Studien Ritter*, cit., p. 18-19.

⁽⁹¹⁾ Si veda anche il foltissimo elenco di H. KIEFNER, *Der Einfluss Kants*, cit., p. 7-18.

⁽⁹²⁾ Centrale *System I*, p. 54, 332; più concreto *I*, p. 407-410. Testimonia l'assolutezza della separazione *II*, p. 240-241. Sul punto è notevole G. F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, 8. Auflage, Leipzig 1875, *I*, p. 9-10; LO STESSO, *Vorlesungen über das heutige römische Recht*, 3. Auflage, Leipzig 1852, *I*, p. 48-49.

giusprivatistico tutte le materie totalmente o parzialmente regolate dalla morale ⁽⁹³⁾. Ed abbandona così al loro destino gli istituti della famiglia e del matrimonio, per concentrarsi sui soli rapporti patrimoniali, e più propriamente su diritti reali ed obbligatori ⁽⁹⁴⁾. Impercettibilmente si riflette già in questa misura quel capovolgimento di valori tipico del passaggio dal XVIII al XIX secolo: dall'oggetto al soggetto, ossia dall'ordine giuridico materialmente imposto e realizzato nell'ambito di strutture associazionistiche, a quello — figlio dell'antivinculismo illuministico — liberamente creato da o pattuito fra *individui*, ora divenuti *soggetti giuridici* ⁽⁹⁵⁾. Con questo voglio anche dire che non è esatto parlare solo di *dematerializzazione* per colpire l'avvenuto cambiamento: non vi è stata solo un'espunzione di materia. Ad essa si è accompagnata l'emancipazione dal giusnaturalistico mondo dei valori, e quindi la costituzione del diritto in « *selbständiges Daseyn* » ⁽⁹⁶⁾ e della scienza giuridica in scienza ora autonoma (ma formale) del diritto positivo ⁽⁹⁷⁾. Al diritto si riconosce quindi solo una funzione esterna ⁽⁹⁸⁾, garantistica: quella di tracciare una linea invisibile « *innerhalb welcher das Daseyn und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne* » ⁽⁹⁹⁾. Esso definisce così il campo, all'interno del quale la volontà dell'individuo « *unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat* » ⁽¹⁰⁰⁾. Ciò facendo

⁽⁹³⁾ *System I*, p. 334.

⁽⁹⁴⁾ *System I*, p. 334, 344, 367-371. Vedi sul punto WILHELM, *Metodologia giuridica*, p. 57, ed ora anche S. BUCHHOLZ, *Savignys Stellungnahme zum Ehe- und Familienrecht, Jus commune VIII* (1979), p. 148-191, specialmente 151 ss.

⁽⁹⁵⁾ Riflessioni tuttora centrali sul tema leggo in R. ORESTANO, *Azione, Diritti soggettivi, Persone giuridiche*, Bologna 1978, p. 117-120, 203-204. Così anche F. DE MARINI, *op. cit.*, p. 26.

⁽⁹⁶⁾ SAVIGNY, *System I*, *passim*, e ad es. p. 54, 332.

⁽⁹⁷⁾ KIEFNER, *Der Einfluss Kants*, *cit.*, p. 18-24; sul contributo dato da Savigny a tale costituzione v. STÜHLER, *op. cit.*, p. 40-45, 113; CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, p. 119.

⁽⁹⁸⁾ Chiarissimo *System I*, p. 409-410, ed anche p. 18, ove si parla di tutela della « *äussere Freiheit* ».

⁽⁹⁹⁾ *System I*, p. 331-332, 18. Così già la *Juristische Methodenlehre* del 1802-1803, *cit.*, p. 14: « Die Notwendigkeit des Staates selbst beruht darauf, dass etwas zwischen die einzelnen hingestellt werde, das die Herrschaft der Willkür einzelner gegenseitig beschränke ».

⁽¹⁰⁰⁾ *System I*, p. 333, 7.

il diritto fissa quelle modalità che permettono ai soggetti giuridici di organizzarsi liberamente la vita ⁽¹⁰¹⁾, e così ne rendono possibile il perfezionamento morale ⁽¹⁰²⁾: se è vero, che la « *sichere und selbständige Entwicklung der Persönlichkeit* » è lo scopo supremo del diritto ⁽¹⁰³⁾.

Campeggia, in questa prospettiva, l'*autonomia privata*: una forza, da taluni chiamata diritto soggettivo ⁽¹⁰⁴⁾, primariamente rivolta alla costituzione di rapporti patrimoniali, e quindi preordinata alla « *künstliche Erweiterung unserer eigenen persönlichen Kräfte* » ⁽¹⁰⁵⁾.

Tutta questa riflessione, radice filosofica di un sistema giusprivatistico destinato a sicuro successo, è poi internamente percorsa da una forte tensione unificatrice, che si manifesta a diversi livelli ed al tutto conferisce un affascinante (ed ammaliante) pathos egualitario.

Avantutto: il sistema, ovviamente concepito e maturato in tempi di sviluppata economia monetaria ⁽¹⁰⁶⁾, ruota attorno al denaro, ritenuto ormai astratta misura del valore ⁽¹⁰⁷⁾, alla quale tutti i rapporti patrimoniali, per esser presi in considerazione nell'ambito giusprivatistico, vanno preliminarmente ridotti ⁽¹⁰⁸⁾.

Secondariamente: il trasferimento dall'oggettivo al soggettivo implica la generalizzazione del soggetto giuridico, che Savigny riasume nella formula compiaciuta: « *Jeder einzelne Mensch, und nur*

⁽¹⁰¹⁾ *System* I, p. 206.

⁽¹⁰²⁾ *System* I, p. 23, 55.

⁽¹⁰³⁾ *System* III, p. 103, 115; II, p. 2.

⁽¹⁰⁴⁾ *System* I, p. 7. Sul punto vedi anche KIEFNER, *Lex frater a fratre*, cit., p. 139-140; COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, cit., p. 18-20.

⁽¹⁰⁵⁾ Questa riflessione ricorre costantemente nel *System*. Così, ad esempio, I, p. 336 (con la citazione testuale), 344, 370, 376, 380; II, p. 239. Nello stesso senso anche *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Berlin 1851-1853, I, p. 5.

⁽¹⁰⁶⁾ Lo conferma SAVIGNY, *System* VI, p. 134.

⁽¹⁰⁷⁾ Ha attirato l'attenzione sulla centralità di questo concetto nell'impianto savignyano ancora una volta H. KIEFNER, *Geld und Geldschuld*, cit., *passim*. In particolare ha evidenziato il sottile ma funzionale nesso che intercorre fra questa generale riduzione al valore monetario ed i capisaldi — or ora ricordati — del sistema (*ibidem*, p. 27-28, 39-40, 42-43, 54).

⁽¹⁰⁸⁾ *System* I, p. 376 ss., 383; III, p. 230; VI, p. 137; *Obligationenrecht* I, p. 9, 16, e poi soprattutto 403 ss.

der einzelne Mensch, ist rechtsfähig » (109). Non gli sfugge, ovviamente, la radicale novità del moderno diritto privato, nei confronti di quello romano. Ma ciò non gli impedisce — anche questo è tipico del suo approccio storico, se così conveniamo di chiamarlo — di esaminare con cura la triplice limitazione romana (110), per poi constatarne l'irrevocabile scomparsa (111).

E per concludere: la generalizzazione della capacità giuridica assurge a simbolo del diritto privato. Essa conferiva, notoriamente, solo una « *Freiheit in der Erscheinung, das heisst die Fähigkeit, unter mehreren denkbaren Entschlüssen eine Wahl zu treffen* » (112); era « *Wille in der Potenz* » (113); « *Möglichkeit und Bedürfnis von Rechtsverhältnissen* » (114), che il diritto considerava rilevanti già prima del loro effettivo dispiegamento (115). Al dilà di questa potenza formale, si apriva il regno delle infinite disuguaglianze e diversità individuali (116). *Che il diritto, a tutti riconoscendo la soggettività giuridica, deve superare, senza poter sopprimere* (117). Vi è un'affermazione di Puchta, caratteristicamente lapidaria e quasi penetrante, che rende conto e del pathos egualitario generato da questa ideologia unificante, e del limite (definitivo) ormai raggiunto: « *Durch das Recht soll dem Princip der Gleichheit das Ungleiche unterworfen werden, ohne es aufzuheben (...) Recht ist die mit der Ungleichheit behaftete Gleichheit* » (118).

(109) *System* II, p. I, 13, 236.

(110) *System* II, p. 23-147.

(111) *System* II, p. 148-150. Si oppone anche — notabene dopo dettagliato esame storico, II, p. 170-223 — all'opinione tuttora dominante, che riconosceva all'infamia (ed alla differenza di religione) la forza di limitare occasionalmente la capacità giuridica privata (II, p. 224-234). Sul punto anche PUCHTA, *Pandekten*. II. Auflage, besorgt von A. F. Rudorff, Leipzig 1872, p. 178.

(112) *System* III, p. 102.

(113) PUCHTA, *Vorlesungen*, cit., I, p. 52; oppure « *Möglichkeit eines Willens* » (*ibidem*, p. 52; LO STESSO, *Cursus*, cit., I, p. 11). Sul punto ora J. BOHNERT, *Ueber die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas (1798-1846)*, Karlsruhe 1975, p. 157-158 ss.

(114) *System* I, p. 1.

(115) PUCHTA, *Vorlesungen*, cit., I, p. 232.

(116) L'espressione è puchtiana: *Vorlesungen*, cit., I, p. 52.

(117) PUCHTA, *Cursus*, cit., I, p. 11, 56-57; LO STESSO, *Vorlesungen*, cit., I, p. 49, ove si parla di « *Ueberwindung* », « *Unterwerfung* » delle disuguaglianze individuali, tramite « *Hervorhebung der Gleichheit* ».

(118) *Cursus*, cit., I, p. 21.

b) I materiali, dei quali Savigny si servì per connotare e formare i singoli istituti del suo sistema, furono ovviamente romanistici. E qui il discorso può essere più breve. Non perchè la tecnica sua, preordinata alla valorizzazione delle fonti romanistiche nell'ambito di un impianto ormai completamente rinnovato e quindi mosso da diverse esigenze, non fosse problematica. Ma perchè il tema, che è complesso ed anche parzialmente inesplorato, esula dallo scopo del presente studio. E quindi mi limito, almeno in questa sede, a pochi accenni.

Savigny fu più volte accusato dai contemporanei di concedere, nel *System*, troppo spazio alla pura ricerca storica, quasi di perdersi a trattare in dettaglio istituti ormai caduti in oblio e comunque lontani dalle esigenze della prassi. Rispose spesso a queste critiche ⁽¹¹⁹⁾, ma non si lasciò da esse irretire. La sua analisi restò chiaramente sensibile al fascino della ricostruzione storica e filologica ⁽¹²⁰⁾. Talvolta dimenticò, anche questo è vero, di dire se un istituto storico scandagliato con passione, vivesse ancora nel presente ⁽¹²¹⁾. Ma di regola l'analisi aveva esiti più paganti, e non ometteva quelle indicazioni — così preziose per quei lettori del *System*, che erano confrontati con le esigenze della prassi — volte a chiarire la vigenza attuale di un istituto storico ⁽¹²²⁾.

Detto questo, restano due cose da ricordare. La prima: il mondo giuridico, nel cui ambito Savigny mescolava così felicemente storia e dogma ⁽¹²³⁾, non aveva ancora vissuto il taglio storico (e

⁽¹¹⁹⁾ *System* V, p. 6, 61, 146; VI, p. iv-v; e tutta la patetica premessa al volume VII, p. III-XI.

⁽¹²⁰⁾ Vedi ad esempio *System* V, p. 12, 23, 34-35, 41.

⁽¹²¹⁾ *System* V, p. 12, 136-138, 185.

⁽¹²²⁾ Ormai desuete e decadute vengono ritenute le disposizioni romanistiche in tema di teoria delle fonti giuridiche (*System* I, p. 162-166, 211, 311), divieto di interpretazione (*System* I, p. 158 ss., 304 ss., 313 ss.), interpretazione e formazione di diritto nuovo (*System* I, p. 225, 239, 294, 297), limitazione della capacità giuridica (*System* II, p. 148-150), limiti di età (*System* III, p. 81-82), rappresentanza (*System* III, p. 98), litis contestatio (*System* VI, p. 6, 237-256), origine e domicilio (*System* VIII, p. 89-90) ed infine obbligazione naturale (*Obligationenrecht* I, p. 124-125). Tuttora valide vengono per contro considerate alcune disposizioni sull'età (*System* III, p. 82), sulla rappresentanza (*System* III, p. 98) e sulla divisibilità delle obbligazioni (*Obligationenrecht* I, p. 377-378).

⁽¹²³⁾ Vedi sul punto PARADISI, *Apologia*, cit., p. 323-324.

traumatico) poi provocato dalla codificazione. Era un mondo, nel quale la storia dominava il presente. Nell'arido linguaggio giuridico ciò significava — ancora una volta — riconoscere al diritto comune, e quindi ad una fonte giuridica mai definita esclusivamente, l'indiscusso predominio. Di qui l'assoluta mancanza di un confine netto ed autoritativamente imposto, fra storia e dogma, fra diritto del passato e diritto del presente; di qui la *fluidità del passaggio* e poi la certezza che anche la più recondita indagine storica possa servire al presente, se solo contribuisce ad alimentare la coscienza degli inestinguibili valori che si celano nella tradizione (124). Più tardi, la codificazione verrà a distruggere anche questa certezza: a separare quanto finora stava — avrebbe rilevato Savigny — organicamente congiunto. Gli storici del diritto diranno: a mettere in crisi la loro branchia ed a modificare la loro vocazione (125).

La seconda: a Savigny — non da oggi, ma oggi precipuamente — altri autori hanno rimproverato la disinvoltura con la quale sezionò, ricucì, completò, corresse o persino dimenticò le fonti giustiniane, per poi derivarne teorie ed istituti nuovi, per certo estranei allo spirito di quelle fonti (126). Così bistrattando la tradizione Savigny avrebbe imbastito non solo il dettaglio, ma pure le strutture portanti, quelle che danno tuttora rilievo al suo impianto giusprivatistico: il concetto di diritto consuetudinario (127), quello

(124) Cito un esempio solo, che mi pare però emblematico. Dopo aver rilevato che la *litis contestatio romana* è ormai sostanzialmente decaduta in sequela al nuovo diritto processuale, SAVIGNY aggiunge: « Wenn ich neben dieser Ueberzeugung den Namen der L. C. überall beibehalten, und selbst an die Spitze der gegenwärtigen Abhandlung gestellt habe, so ist Dieses mit Absicht geschehen. Es ist geschehen, weil es dazu dient, den Schatz juristischer Einsicht, der uns in den Quellen des römischen Rechts auch für diese Lehre aufbewahrt ist, zugänglicher zu erhalten, und weil uns zugleich der Zusammenhang mit der gesammten juristischen Literatur, vom Mittelalter bis auf unsre Zeit, gestört wird, wenn wir jene Bezeichnung aufgeben » (*System VI*, p. 254-255).

(125) ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 561 ss.

(126) KIEFNER, *Der Einfluss Kants*, cit., p. 14 n. 22; LO STESSO, *Geld und Geldschuld*, cit., p. 41; WIEACKER, in *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 147; F. DE MARINI, *op. cit.*, p. 32-34; PUGLIESE, *I pandettisti*, cit., p. 102-103; SCHEUERMANN, *Einflüsse*, cit., p. 38-43, 45, 94-96; COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, cit., p. 22.

(127) SCHEUERMANN, *Einflüsse*, cit., p. 94-96.

di possesso ⁽¹²⁸⁾, di persona giuridica, del contratto reale astratto, dell'interpretazione, ecc. ⁽¹²⁹⁾. Di qui la comprensibile opposizione a vedere nelle ricerche di Savigny e di quanti — nella sua scia e fruendo della stessa libertà — pubblicarono a getto continuo manuali di Pandette e sistemi di diritto romano attuale, i segni di una seconda recezione (oppure *Nachrezeption*) del diritto romano in Germania ⁽¹³⁰⁾. Stanno, stanno tutte queste critiche. A patto però, di precisarle, avvertendo ad esempio che il concetto di recezione è — anche prescindendo dall'uso concreto qui implicato — problematico (per non dire aporico). E che da tutto questo occorre pur derivare, positivamente, l'ambizione di Savigny di delineare qualcosa di materialmente nuovo, anche se squadrando e riassessando materiali vecchi.

10. *L'alternativa nella prassi* ⁽¹³¹⁾.

Che ne fu dunque di tale alternativa nella prassi?

Nei limiti in cui essa faceva sue le premesse kantiane ed era connotata — come ho tentato di riassumere — da formalismo

⁽¹²⁸⁾ KIEFNER, *Der junge Savigny*, cit., p. 40-45.

⁽¹²⁹⁾ H. KLENNER, *Savigny und das historische Denken*, cit., p. 149-151. Altri esempi in SCHEUERMANN, *Einflüsse*, p. 41-42.

⁽¹³⁰⁾ KIEFNER, *Der Einfluss Kants*, cit., p. 14 n. 22; LO STESSO, *Der junge Savigny*, cit., p. 45-46; SCHEUERMANN, *Einflüsse*, cit., p. 38-43, 93-96; F. RANIERI, Recensione a Scheuermann, in *Studi senesi* 86 (1974), p. 317-325, e specialmente 323-324. La tesi della seconda recezione era stata sostenuta dagli autori che ho citato in *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 109 n. 59. In tempi più recenti l'hanno riproposta: G. WESENBERG, *Savigny's Einfluss auf die Rechtssprechung des Oberappellationsgerichts in Dresden, Eine Studie zur Nachrezeption*, ZRG Romanistische Abteilung 67 (1950), p. 459-473; già nel sottotitolo, e poi a p. 460-461, 472; G. MARINI, *Savigny*, cit., p. 160.

⁽¹³¹⁾ Osservo preliminarmente che indagando qui sul destino che fiorì nella pratica alle proposte savignyane, non intendo nè riprendere e sottoporre ad esame critico i rimproveri che spesso gli furono mossi, di aver inasprito il divario fra teoria e prassi (sul punto P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 168; adde ora S. GAGNÉR, *Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roth's Wissenschaft*, in *Festschrift für H. Krause*, Köln-Wien 1975, p. 276-450, specialmente p. 423 ss.), nè esaminare se davvero Savigny (come si sostenne anche recentemente, vedi SCHEUERMANN, *Einflüsse*, cit., p. 48-49) fosse insensibile alle sollecitazioni della prassi. Sul primo punto il giudizio mi pare tuttora immaturo. Al secondo hanno

(esternità), astrattezza, generalità del soggetto giuridico, centralità dell'autonomia privata: in questi limiti (o grazie ad essi) essa creava spazi che abbandonava poi alla fantasia dell'iniziativa privata, oppure — è meno poetico ma non meno vero — allo scatenarsi delle emergenti forze economiche. Il sistema giusprivatistico savignyano *oggettivamente* corrispondeva così al bisogno di espansione delle forze borghesi, decise al gran salto qualitativo, intente quindi a modificare l'attuale destinazione commerciale del capitale e ad avviare il processo di industrializzazione. Offrì un valido aggancio all'intraprendenza di quelle classi, tanto più valido, quanto maggiore era l'astrattezza delle sue strutture.

Questo giudizio, a sostegno del quale potrei citare contemporanei di Savigny (132) e molti autori moderni di contraria ideolo-

risposto eccellentemente i citati saggi di H. KIEFNER, soprattutto in *Personae vice fungitur? Juristische Person und « industrielle Corporation » im System Savignys*, in *Festschrift für H. Westermann*, Karlsruhe 1974, p. 263-274; LO STESSO, *Geld und Geldschuld*, cit., *passim*.

(132) GUSTAV GEIB, penalista tedesco che professava in quegli anni a Zurigo, ammetteva apertamente che: « Weil man sieht, dass manche und sogar einige der ausgezeichnetsten Bekenner der historischen Schule in politischer Hinsicht auf Seite der konservativen Partei stehen, meint man, der politische Conservatismus gehöre so mit zu den Glaubensartikeln dieser Schule selbst » (*Die Reform des deutschen Rechtslebens*, cit., p. 23). Per parte sua, però, non esitava a rifiutare tale identificazione, e ne proponeva un'altra, tutta sulla linea delle riflessioni esposte nel testo: « Die Theorie des Liberalismus stimmt mit unserer eigenen so gut wie wörtlich überein: was wir hinsichtlich des Rechts behaupten, das behauptet der Liberalismus hinsichtlich der Politik; ja diese Uebereinstimmung ist keinesweges eine bloß äusserliche und zufällige, sondern eine innere, aus der Gesamtansicht über die Aufgabe und Entwicklung des Menschen sich ergebende. Eben um deswillen aber ist auch die Verbindung der historischen Schule mit dem Liberalismus nicht eine Sache der Wahl oder der Willkür des Einzelnen, sondern sie ist eine so schlechthin nothwendige und unvermeidliche, dass überhaupt Jeder, der den Namen eines historischen Juristen sich beilegen will, schon gerade damit auch sein politisches Glaubensbekenntniss abgelegt hat, und so gewiss er hiernach zum principiellen Gegner sowohl des Conservatismus als des Radikalismus geworden ist, eben so gewiss muss er von nun an als Mitstreiter in den Reihen des Liberalismus auftreten » (*ibidem*, p. 24). Su G. GEIB (che proprio in un contesto savignyano fu citato anche da BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, cit., p. 527 n. 54) vedi STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abteilung, 2. Halbband, München-Berlin 1910, p. 487-488 (testo), p. 217-218 (note).

E.S.

gia ⁽¹³³⁾, può meravigliare, ne convengo. Perchè viene formulato a freddo, senza ostensione di prove, senza contraddittorio. Anzi vien formulato in costanza di controindicazioni, che non sono poche e non di poco peso. Vediamole.

Un primo esempio: Savigny aveva delineato, nel secondo volume del *System*, una complessa figura della persona giuridica ⁽¹³⁴⁾. L'aveva costretta — è vero — entro gli schemi della finzione, ma ne aveva ammesso la capacità patrimoniale: quanto competeva alla persona giuridica come nuovo soggetto di diritto, era suo, e non dei suoi membri ⁽¹³⁵⁾. Ma alle società per azioni, che si erano sempre più numerose venute formando in quegli anni, onde facilitare il finanziamento della costruzione di ferrovie, Savigny negò tale capacità e quindi la soggettività giuridica: ritenne così gli azionisti quali comproprietari del capitale sociale ⁽¹³⁶⁾. Per motivi dogmatici, sui quali non ha senso insistere qui ⁽¹³⁷⁾, elaborò un modello di società che certo non facilitava la raccolta e l'accumulazione di capitale.

Un secondo esempio: la teoria della natura astratta dell'atto traslativo di dominio, che Savigny aveva delineato generalizzando talune disposizioni eccezionali della compilazione giustiniana ⁽¹³⁸⁾, e che era indubitabilmente rivolta — per la sicurezza che conferiva al dominio dell'acquirente — a facilitare ed intensificare i traffici ⁽¹³⁹⁾. Ma la novità, accettata rapidamente nella teoria e

⁽¹³³⁾ STÜHLER, *op. cit.*, p. 40-41; H. P. BENHÖR, *Politik und Rechtslehre*, cit., p. 684; BÖCKENFÖRDE, *Studien Ritter*, cit., p. 19, 23 n. 44, 26 n. 54; KRISTUFER, *La querelle*, cit., p. 65, 69, 70, 75; KLENNER, *Savigny und das historische Denken*, cit., p. 134, 148-149, 151, 165; KIEFNER, *Geld und Geldschuld*, cit., p. 38-39; LO STESSO, *Der junge Savigny*, cit., p. 48; PUGLIESE, *I pandettisti*, cit., p. 123-124. È ovvio che, già per la singolarità citata nel testo, le posizioni ed argomentazioni usate da questi autori non sono commensurabili.

⁽¹³⁴⁾ *System* II, p. 235-373.

⁽¹³⁵⁾ *System* II, p. 284, 285, 287, 293, 295.

⁽¹³⁶⁾ *Obligationenrecht* II, p. 112-114. Sul punto KIEFNER, *Personae vice fungitur?*, cit., p. 267-268.

⁽¹³⁷⁾ KIEFNER, *Personae vice fungitur?*, cit., p. 270-274.

⁽¹³⁸⁾ *System* III, p. 312 ss.; *Obligationenrecht* II, p. 256 ss., 358.

⁽¹³⁹⁾ Sulle origini dell'interpretazione savignyana v. P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 102 n. 20. Successivamente ha magistralmente indagato sul tema F. RANIERI, *Brevi note sull'origine della nozione di negozio reale ed astrat-*

diventata così elemento tradizionale della manualistica ⁽¹⁴⁰⁾, non attecchì nella prassi. Questa rimase fissa sulle vecchie posizioni dell'*usus modernus*, che erano state condivise anche dalle nuove codificazioni ⁽¹⁴¹⁾.

Un ultimo esempio: l'indagine svolta da M. Scheuermann sul seguito avuto dalla scuola nella prassi dei tribunali fino al 1861. Davvero non induce a giudizi euforici ⁽¹⁴²⁾. Lo ammetto, ma replico che il canone di ricerca adottato da questo autore mi lascia qualche pò scettico. Non lo considero comunque adatto a cogliere l'influsso esercitato dal nuovo modello giusprivatistico proposto nel *System*. Esso non si manifestò infatti nella fortuna di singole soluzioni teoriche, non nella possibilità di piegarle ad immediate esigenze economiche di data recente. Non è legata al successo, non alla « praticabilità » di nuovi, singoli istituti giuridici, generati dal furore deduzionistico di Savigny e dei suoi. Tutto questo diventa marginale ed accidentale, davanti alla novità strutturale del sistema, determinato dall'aggancio kantiano. Generalizzando il soggetto giuridico e rivalutando l'autonomia delle parti, tracciava nuove coordinate unitarie, che nessun giudice fu chiamato ad accertare, poichè erano la premessa generale e non liberamente contestabile del sistema. Nel loro ambito, vecchie e nuove soluzioni si mescolarono e condizionarono, secondo la legge ricordata dall'interdipendenza. Il nuovo stava però nell'impianto generale, non nel dettaglio. Con la lente — posso concludere così sulla ricerca di Scheuermann e sulle altre obiezioni ricordate prima — non si scopre la luce del sole.

to, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 38 (1970), p. 315-342, e specialmente p. 317-320, 322 ss.; LO STESSO, *Die Lehre der abstrakten Uebereignung in der deutschen Zivilrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/Main, II, 1977, p. 90-111, e specialmente p. 97 ss. Nello stesso senso già F. WIEACKER, *Industriegesellschaft*, cit., p. 65-66.

⁽¹⁴⁰⁾ F. WIEACKER, *Industriegesellschaft*, cit., p. 66.

⁽¹⁴¹⁾ SCHEUERMANN, *Einflüsse*, cit., p. 97-103; F. RANIERI, *Studi senesi*, cit., p. 321-322; LO STESSO, *Die Lehre*, cit., p. 93-96.

⁽¹⁴²⁾ SCHEUERMANN, *op. cit.*, p. 111-114 (le conclusioni generali). Condivide lo scetticismo di Scheuermann anche K. LUIG, *ZRG Romanistische Abteilung* 90 (1973), p. 522-526, ed in particolare p. 525. Parimenti scettica era stata la conclusione di G. WESENBERG, *Savigny's Einfluss*, cit., p. 473.

II. *La relativa alternatività della proposta savignyana.*

Ora disponiamo finalmente degli elementi, per poter mettere a confronto le alternative, che nella polemica savignyana si scontrarono con violenza. Allora constatiamo che:

anche le codificazioni borghesi ⁽¹⁴³⁾ realizzano l'unificazione sociale, superano cioè — a livello formale, e quindi solo nell'ambito giuridico ⁽¹⁴⁴⁾ — la frammentazione della società in ceti, gruppi, classi, generalizzando la capacità giuridica ⁽¹⁴⁵⁾; anch'esse rinunciano a realizzare direttamente scopi ritenuti sociali ⁽¹⁴⁶⁾; anch'esse si limitano a creare spazi, entro i quali opererà, autonoma, la volontà delle parti; anch'esse fissano le condizioni che assicurino alla volontà delle parti un ottimale impatto giuridico. Ma nel limite in cui gli spazi da esse creati non erano destinati a restar

⁽¹⁴³⁾ Adotto questo termine per escludere dall'indagine l'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794, ancora innestato su un modello sociale giusnaturalistico, e che quindi era un fedele interprete e di una concezione non ancora dematerializzata e formalizzata del diritto, e della rilevanza politica dei ceti (*Stände*). Vedi in merito WIEACKER, *Industriegesellschaft*, *passim*, e specialmente p. 9 ss.; H. HATTENHAUER, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, Textausgabe mit Einführung von H. H.*, Frankfurt/M. Berlin 1970, p. 33-34; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna 1976, p. 227, 236-239, 493-506; H. KIEFNER, *Geld und Geldschuld*, cit., p. 43.

⁽¹⁴⁴⁾ Illuminante su questo punto — si da rendere superfluo ogni ulteriore rinvio — J. ELLUL, *Histoire des institutions*, Paris 1956, II, p. 727-728.

⁽¹⁴⁵⁾ Hanno insistito molto su questo: J. MAILLET, *Réflexions sur les conditions historiques des codifications modernes*, in *Revue historique du droit français et étranger* 46 (1968), p. 695-696; P. Ungari, *L'età del codice civile*, cit., p. 15-17; LO STESSO, *Per la storia dell'idea di codice*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* I (1972), p. 207-227, specialmente 221; TARELLO, *Storia*, cit., I, p. 35, 37-40, 223-224; LO STESSO, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova 1971, p. 23, 25-29, 173-174.

⁽¹⁴⁶⁾ In merito a Zeiller ed alla codificazione austriaca lo ha recentemente sottolineato con chiarezza B. SCHMIDLIN, *Der Begriff der bürgerlichen Freiheit bei Franz v. Zeiller*, in *Forschungsband Franz von Zeiller, herausgegeben von W. Selb und H. Hofmeister*, Wien-Graz-Köln, 1980, p. 192-209, specialmente p. 194, 196-198, 203-205. Del resto Zeiller — sulla scia di Kant — si riconosceva integralmente nella « filosofia critica », meritevole di « aver introdotti anche nella giurisprudenza principi formali (desunti dalla forma della pura ragione) e di averla elevata, per tal modo, al rango di una vera scienza » (F. DE ZEILLER, *Il diritto privato naturale*, Milano 1830, p. 51).

vuoti, anche la loro astrattezza fu funzionale: poichè fu solo il preludio al dispiegamento di forze che, nella concreta situazione storica, operavano realmente ed erano concretamente identificabili. L'astrattezza, la defunzionalizzazione, la dematerializzazione, tutto quanto insomma segnava lo stacco dalla concezione giusnaturalistica, che subordinava il diritto al conseguimento « *des Wohles der Staatsbürger und ihrer Glückseligkeit* » ⁽¹⁴⁷⁾, era funzionale ai programmi ed alle speranze di queste forze ⁽¹⁴⁸⁾. Sono cose ormai acquisite, sulle quali non ha senso insistere. Ma è pur necessario ricordarle, poichè connotano, più direttamente di altre, la vera natura dei codici borghesi ⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ I. KANT, *Metaphysik der Sitten*, herausgegeben von K. Vorländer, Hamburg 1922, p. 141. Interessante su questo punto F. FILOMUSI-GUELFI, *La codificazione civile e le idee moderne che ad essa si riferiscono*, in *Lezioni e saggi di filosofia del diritto*, Milano 1949, p. 181-207, specialmente 192-195.

⁽¹⁴⁸⁾ Ho tentato di ragionare su questo punto centrale in *Glanz und Untergang des bourgeois riche vaudois*, *Berner Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1979*, Bern 1979, p. 51-97, e soprattutto p. 76 n. 143. In tema di funzione del modello proprietario dicevo: « Das Funktionseigentum zeichnet sich nicht durch das Bestehen einer Funktion, d.h. einer Zuordnung der Güter zur Erfüllung vorausbestimmter, konkreter Aufgaben aus, sondern nur durch die begriffliche Hervorhebung dieser Zuordnung. Auch Güter, von denen man sagt, dass sie dem Eigentümer « nur zustehen », über die er ganz frei (scil. ohne Bindung an eine Funktion) verfügen kann, sind doch tendenziell auch typischen Aufgaben zugeordnet. Das Gesetz berücksichtigt sie auch, weil es sich zu einem konkreten Modell des Eigentümers bekennt, bzw. dessen Wünsche und Erwartungen eher erfüllt. Nur wird bei diesen Gütern die Funktion nicht (oder nicht so manifest) hervorgehoben, und durch die Betonung der Freiheit des Eigentümers, (im Sinne der Funktionslosigkeit) ersetzt. Warum dies geschieht, und warum man selten das Problem so formuliert, das sind beides Fragen der juristischen Ideologie ».

⁽¹⁴⁹⁾ Mi preme qui citare unicamente opere, nelle quali le codificazioni borghesi (quindi a far data dal Code civil del 1804) vengono strutturalmente distinte da tutti i prodotti e le elaborazioni legislative più risalenti nel tempo (Allgemeines Landrecht prussiano compreso), siccome sole conseguite ad una rivoluzione politica e sociale liberale-borghese. Ciò spiega egregiamente il loro carattere fortemente antagonista e quindi repressivo, pur nell'ambito di coordinate formalmente ispirate a libertà ed autonomia delle parti. Vedi in merito: A. TISSIER, *Le Code civil et les classes ouvrières, Livre du centenaire*, Paris 1904, I, p. 71-94; E. GLASSON, *Le Code civil et la question ouvrière*, in *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques (Institut de France)*, Tome 25 (1886, premier semestre), p. 843-895, ed anche tome 26 (1886, deuxième semestre), p. 129-

Ci accorgiamo allora che i nostri rilievi sull'alternativa scientifica di Savigny e — ora — sulla codificazione, sono *intercambiabili*. Quanto Savigny ha reso possibile nel mondo giuridico tedesco, facendo perno sul rinnovamento della scienza giuridica, corrisponde sostanzialmente a quanto si ottenne in Francia ed in Austria emanando il codice di diritto privato. La differenza verte unicamente sui programmi e sulle modalità d'esecuzione, *non* invece sugli esiti giuspolitici che sono, se non identici, certo vicini e commensurabili. Questa conclusione non è nuova ⁽¹⁵⁰⁾, ma è ugualmente preziosa ai fini della mia inchiesta:

perchè connota chiaramente le alternative, ed al contempo le relativizza; perchè insiste sull'importanza che ebbero le diverse tradizioni culturali, i diversi indirizzi filosofici e pratici, il diverso prestigio di cui godeva la scienza giuridica nel determinarle. Perchè riconosce allora in queste alternative *fenomeni sovrastrutturali, alla cui retta intelligenza non può certo contribuire un indifferenziato, esclusivo ed unilaterale approccio socioeconomico*. A tal modo la conclusione ricordata discredita — è una prima risposta — ogni grossolano tentativo di collegare *immediatamente* la polemica anticodificatoria alla restaurazione feudale e di leggere fra le righe del *Beruf* l'avversione antiborghese dell'autore ⁽¹⁵¹⁾.

12. *Le opzioni kantiane di un conservatore.*

Ma resta ugualmente irrisolto un problema, pur legato ad un interrogativo tradizionale:

165; ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du code civil français - La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris 1973, *passim*, e specialmente p. 11, 30, 35-37, 48, 145-155; G. TARELLO, *Le ideologie*, cit., p. 25-29, 173-174, 279-298; LO STESSO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 37-41, 223-224, 486 ss.; F. WIEACKER, *Industriegesellschaft*, cit., *passim*; LO STESSO, *Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 620 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Così, sostanzialmente, già WILHELM, *Philosophie und Rechtswissenschaft*, cit., p. 140; PUGLIESE, *I pandettisti*, cit., p. 125-126; DE MARINI, *op. cit.*, p. 17.

⁽¹⁵¹⁾ Così però gli autori citati *supra*, n. 55, e fra essi soprattutto H. WROBEL. Per il quale — occorre forse aggiungere — la scuola storica ebbe un chiaro carattere classista (feudale), neutralizzato poi più tardi dall'opera interpretativa di taluni giuristi borghesi (*Die Kontroverse Thibaut-Savigny*, cit., p. 148).

come potè Savigny, uomo di fede conservatrice, ognora mosso da « profondo rispetto verso ciò che esiste », che professava e praticava « moderazione e cautela nei cangiamenti » ⁽¹⁵²⁾, operare in modo così decisivo a favore di una classe, che non era la sua, ma che neppure combattè? Come si spiega che proprio il suo sistema giusprivatistico si rivelasse poi facilmente piegabile e comunque incline a soddisfare le disparate necessità giuridiche della borghesia?

Generalmente la ragione di questo problematico servizio viene ravvisata *nel diritto romano*, del quale Savigny si servì, liberamente, per formulare il sistema. Propongono questa spiegazione tutti quegli storici che scorgono nel diritto romano classico, da Savigny prediletto ⁽¹⁵³⁾, un ordinamento oggettivamente e tendenzialmente favorevole all'espansione dei gruppi economici borghesi. Riconosceva la proprietà privata, le conferiva un taglio solitario ed assoluto, ne facilitava il trasferimento e la valorizzazione; tutelava l'autonomia privata individuale e garantiva la libertà di contrattare ⁽¹⁵⁴⁾. Il fatto che Savigny preferisse il diritto classico a tutte le successive elaborazioni fu ritenuto riprovevole a livello storiografico ⁽¹⁵⁵⁾, ma utile a livello giuspolitico: siccome azione rivolta a privilegiare i contenuti tipici di un diritto sensibile alle esigenze di una sviluppata economia monetaria ⁽¹⁵⁶⁾.

Io dissento da questa interpretazione. Non perchè neghi la ricordata natura del diritto romano classico, ma perchè ritengo mortificante ridurre l'operazione savigniana ad una semplice ri-

⁽¹⁵²⁾ STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, cit., p. 631, 633, che vedeva in ciò il « principio essenzialissimo » della scuola (p. 630), e meglio ancora il suo « carattere politico » (p. 633).

⁽¹⁵³⁾ CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 105 ss.

⁽¹⁵⁴⁾ Così, con sfumature diverse, G. ASTUTI, *Il « Code Napoléon » in Italia e la sua influenza sui codici degli Stati italiani successori*, *Annali di storia del diritto* 1970-1973, p. 1-87, e specialmente p. 11, 44; PUGLIESE, *I pandettisti*, cit., p. 123-124; KRISTUFEK, *La querelle*, cit., p. 69-70; KLENNER, *Savigny und das historische Denken*, cit., p. 147-149, 165; A. KAISER, *Industrielle Revolution und Privatautonomie*, *Kritische Justiz* 9 (1976), p. 60 ss., e specialmente 70-71.

⁽¹⁵⁵⁾ Vedi le critiche citate in P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 109-111.

⁽¹⁵⁶⁾ KLENNER, *Savigny und das historische Denken*, cit., p. 147-148; KRISTUFEK, *La querelle*, cit., p. 65, 67, 69.

presa e riproposizione di schemi già ampiamente collaudati in passato ⁽¹⁵⁷⁾. A ragionare così si dimentica che l'impatto sociale dei principi ricordati (della libertà di contrattare, ad esempio) era ben diverso nel mondo romano classico (con le sue molteplici limitazioni della capacità giuridica) ed in quello del XIX secolo, nel quale si ebbe, per la prima volta, « un nuovo diritto civile, veramente comune ed eguale per tutti » ⁽¹⁵⁸⁾. Già per questo motivo è storicamente fuorviante insistere sul meccanico trasferimento di effetti, oppure negare la novità dei codici, solo perchè si attenero — in ordine ad istituti centrali — alle linee romanistiche ⁽¹⁵⁹⁾. Ma se davvero fu la « rimessa in funzione » del diritto romano classico a soddisfare *d'emblée* le (quanto originali) esigenze del XIX secolo, perchè allora non si ripristinarono le Pandette? Perchè non si conferì valore di legge al *Corpus iuris*, ma si ritenne necessaria una *mediazione*, che fu poi scientifica (quella di Savigny) o legislativa (quella dei codici)?

Queste riflessioni ci permettono di concludere optando per un'altra spiegazione. Ancora una volta: solo assumendo le premesse kantiane è possibile capire lo scarto fra l'ideologia conservatrice di Savigny ed il taglio borghese del suo chiuso *System*, senza scoprirvi paradossi, cesure o malintesi ⁽¹⁶⁰⁾. L'adesione a Kant conferì generalità, astrattezza, eternità al *System*. *Nella concreta situazione storica* queste peculiarità del nuovo impianto creavano spazi liberi o, meglio, incoraggiavano l'iniziativa di chi, volendo e *potendo* agire, intendeva — tramite l'industrializzazione — trasformare tutta la società in un grande mercato ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Vedi su questo punto le preziose osservazioni di ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 562.

⁽¹⁵⁸⁾ ASTUTI, *Il Code Napoléon*, cit., p. 20.

⁽¹⁵⁹⁾ Così però, e decisamente, ASTUTI, *Il Code Napoléon*, cit., p. 44-47 e 66 (per i diritti reali) e p. 49-53 (per le obbligazioni). Analoga è l'idea di fondo di un noto saggio di M. GUTZWILLER, *Weltanschauliche Grundlagen in den grossen Privatrechtshodifikationen der Neueren Zeit*, in *Elemente der Rechtsidee*, Basel-Stuttgart 1964, p. 64-90, e specialmente p. 67, 69, 81-83.

⁽¹⁶⁰⁾ Ma in questo ambito si muove tuttora H. HATTENHAUER, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen*, cit., N. 179 e 245, che intravede in questo fatto un lato tragico del destino savigniano.

⁽¹⁶¹⁾ È ovvio che mi riferisco qui alla metafora prediletta da KARL POLANYI, *La grande trasformazione - Le origini economiche e politiche della nostra epoca*,

Fu Savigny cosciente di questa implicazione politica e sociale della sua scelta kantiana? È difficile ammetterlo ⁽¹⁶²⁾. Preferisco credere che il problema non lo toccasse, perchè non entrava nelle viste del ragionamento giuridico; proprio come il mondo delle puchtiane *unendlichen Verschiedenheiten* non toccava la purezza del sistema ⁽¹⁶³⁾; ed anzi — come avrebbe cinicamente osservato qualche anno più tardi Brinz — andava lasciato in pasto alla curiosità di politici e giornalisti ⁽¹⁶⁴⁾.

Del resto, quest'ultimo interrogativo non è pertinente a livello di storia sociale. Perchè, da che mondo è mondo, le idee (anche quelle giuridiche) sono state preliminarmente e liberamente stravolte, se solo così potevano servire.

Torino 1974, *passim*, e soprattutto p. 38-39, 131 ss., 158-159, 205-209: metafora tragicamente azzeccata, sulla quale però non è opportuno insistere qui. Si veda comunque il saggio di F. LOMBARDI - R. MOTTA, *Traffici e mercati, l'istituzionalismo di Karl Polanyi*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica moderna* 10 (1980), p. 231-252. A chi poi ritenesse troppo artificiosa o forzata la metafora, ricorderei quanto — in diverso contesto ed involvendo problemi di diverso spessore, non discutibili qui — ha recentemente scritto R. PIVIDAL: « L'Etat est un supermarché » (*Le Monde-Dimanche*, 23 novembre 1980, p. 1).

⁽¹⁶²⁾ H. KIEFNER, *Der Einfluss Kants*, cit., p. 25 n. 30; LO STESSO, *Der junge Savigny*, cit., p. 48; RANIERI, *Die Lehre*, cit., p. 103; LO STESSO, *Brevi note*, cit., p. 317; KRISTUFEK, *La querelle*, cit., p. 65, 69, 70, 75. In altra direzione — ma non prive di sfumature — vanno i meditati apprezzamenti di H. KLENNER, *Savigny und das historische Denken*, cit., p. 146, 151, 169. « Eine gewisse Bewusstheit der politischen Implikationen der Wissenschaft » accetta invece G. DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 61 (1975), p. 497-528, il passo citato a p. 516, che — su questo punto — non posso seguire.

⁽¹⁶³⁾ PUCHTA, *Vorlesungen*, cit., I, p. 52.

⁽¹⁶⁴⁾ « Ueber die Natürlichkeit, Sittlichkeit, Notwendigkeit, oder umgekehrt über die Furtivität, Härte, Unmenschlichkeit des Eigentums zu disputieren ist eine Aufgabe, die der Jurist nicht nur mit dem Rechtsphilosophen, Nationalökonom und Historiker, sondern auch mit den Volksvertretern und Journalisten jeder Sorte teilt. Was die klassischen Juristen in dieser Richtung geleistet, ist verschwindend wenig: klassisch an ihnen ist gerade das, dass sie bei ihrer Aufgabe blieben ». Così ALOIS BRINZ in *Kritische Vierteljahrschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 19 (1877), p. 401. Su questo frammento — destinato nella rivista a dissociare il punto di vista della redazione da quello svolto in un polemico articolo su *Jurisprudenz und Nationalökonomie* da J. BARON — e specialmente sulle scelte giuspolitiche che implica, vedi R. STAMMLER, *Ueber die Methode der geschichtlichen Rechtslehre*, cit., p. 4-5; J. RASCHER, *Die Rechtslehre des Alois von Brinz*, cit., p. 148-149 ss. Sul punto ora anche CARONI, *Tijdschrift voor Rechts-geschiedenis* 47 (1979), p. 168-169.

GIULIANO MARINI

IL RAPPORTO SAVIGNY-HEGEL
NELLA STORIOGRAFIA RECENTE

1. Nel giro di sette anni, a Berlino, tra il 1814 e il 1821, apparvero le due opere che nel modo più intenso e comprensivo, all'interno della cultura tedesca dell'età romantica, si rivolsero alla considerazione del problema del diritto. Nel 1814 apparve l'opera più celebre e di più vasta risonanza di Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, che guardava al diritto come momento della intera vita del popolo, e portava ad espressione su quel problema i tratti più profondi della cultura storica dell'età romantica. Nel 1821 apparve l'ultima grande opera di Hegel, la quale giungeva, dopo la *Wissenschaft der Logik*, a svolgere la parte del sistema che accanto a quella maggiormente attraeva lo spirito del suo autore, e cioè la filosofia dello spirito oggettivo; le *Grundlinien der Philosophie des Rechts* sorgevano dall'ambito della cultura filosofica di quella stessa età romantica, ma attingendo a tutta la sapienza della storia europea, e abbracciavano la realtà intera dei rapporti intersoggettivi. Quanto Savigny aveva compiuto come storico del diritto romano, era compiuto di nuovo da Hegel, in forma sistematica, con sguardo filosofico rivolto alla stessa realtà. Unità di tema, unità di tempo, unità di ambiente, caratterizzavano le due visioni del diritto; ma non v'era unità di intenti in quelle due risposte; anzi, l'opera hegeliana racchiudeva nei suoi scarni paragrafi, nella sua prosa densa e difficile, allusioni duramente polemiche all'opera di Savigny. Non nominava il grande giurista, ma i lettori esperti comprendevano, e gli ascoltatori delle lezioni avevano qualche indicazione più esplicita. Savigny, dal canto suo, e a differenza di Gustav Hugo, non entrò mai in polemica con Hegel; lo consi-

derava — non diversamente dal suo precursore di Göttingen — filosofo astruso e inutilmente complicato, ma non glielo disse pubblicamente.

Quel contrasto di sensibilità e di cultura, che dette due visioni contrapposte del problema del diritto, fu certamente noto ai contemporanei dell'ambiente berlinese, i quali non avevano bisogno di particolari chiose per illuminare ciò che univa e ciò che divideva il grande giurista e il grande filosofo, e che era anche ciò che divideva, più in generale, la cultura storica berlinese, nei campi più vari, dalla filosofia rigidamente organizzata nei pensieri del filosofo svevo, giunto in fine a Berlino. La cultura dei contemporanei viveva quell'unità e quella differenza, trasmetteva la propria percezione delle sfumature e dei contrasti alle generazioni che si fecero interpreti teoriche e ricostruttrici storiografiche di quel momento della cultura tedesca: i filosofi dello storicismo e gli storici di quella figlia dello storicismo che fu la *Geistesgeschichte*, da Dilthey a Troeltsch, a Meinecke, a Rothacker. Muovendosi tra la filosofia dello storicismo individualizzante e la sensibilità raffinata per le vibrazioni dello spirito tedesco, quegli autori seppero vedere Savigny nella cornice romantica, accanto a Humboldt, a Niebuhr, a Schleiermacher, a Ranke, nel cuore e alle stesse origini di quella che Dilthey disse « scuola storica », egli che personalmente ancora si era formato in quell'atmosfera; quegli autori seppero anche collocare lo stesso Hegel in quel medesimo ambiente berlinese e più ampiamente tedesco, pur nei tratti originali e distintivi della sua cultura e della sua filosofia. Dalla *Jugendgeschichte Hegels* di Dilthey a *Weltbürgertum und Nationalstaat* di Meinecke, per ricordare soltanto due esempi insigni, le sottili tessiture spirituali di tutto quel mondo erano presenti a quella tradizione di pensiero e di cultura. A quella tradizione non sfuggiva certamente l'unitarietà sottostante alle differenze; e descrivere, rivivere una figura, era per essa descrivere e rivivere l'intero ambiente nelle sue motivazioni e sensazioni riposte.

Non si può dire che una siffatta sensibilità sia anche presente nelle distinte ramificazioni della storiografia che si sono rivolte a Hegel e a Savigny, pur se esse, in grado certamente diverso, sono state vicine alla *Geistesgeschichte* e ai suoi metodi. L'esempio della biografia hegeliana di Dilthey, che d'altronde semplicemente

trasferiva sul nuovo oggetto di indagine quanto il suo autore aveva già sperimentato in innumerevoli indagini storiografiche, tra le quali il grande affresco dell'ambiente romantico disegnato nel *Leben Schleiermachers*, era difficilmente ripetibile da chi non avesse percorso il suo stesso itinerario di studioso; e fu infatti un esempio che non lasciò, nella storiografia hegeliana, una traccia adeguata ai suoi pregi. Il maggiore monumento di tale storiografia, ancor ricollegabile allo spirito della *Geistesgeschichte*, fu il grande libro di Franz Rosenzweig, *Hegel und der Staat*, del 1920, consapevole senza dubbio della novità apportata dallo studio di Dilthey, e per di più frutto maturo di chi era passato attraverso il magistero di Meinecke. In quell'opera, Savigny era infatti ancora ben presente, ricordato, le sue tesi erano indicate e discusse, le altre figure maggiori dell'ambiente romantico comparivano nei loro distinti significati. Forse quel libro, pur così limpido e sereno, non rendeva nella sua distinta, compiuta e caratterizzata fisionomia la figura di Savigny, e le sue idee erano forse viste per antitesi a quelle di Hegel; già si cominciava a perdere il senso unitario e armonico della cultura complessiva dell'età che era stata insieme di Hegel e di Savigny. Ma pure, quel libro aveva in sé l'insieme, anche se le luci e le ombre cominciavano ad acquistare diverse direzioni. Dopo, tuttavia, quella presenza di Savigny (ma l'osservazione forse potrebbe essere ripetuta per altre figure) veniva a dileguare; svaniva, o si perdeva del tutto; talora, restavano poche affermazioni tramandate acriticamente, se non luoghi comuni sul giurista reazionario che aveva ridotto il diritto a natura, alla stessa stregua di Haller; sul giurista che aveva negato i codici alla Germania per cieca devozione alle tradizioni giuridiche e per attaccamento ai privilegi del suo ceto aristocratico. Per giungere ai tempi più recenti, un libro italiano, pur solido e vigoroso, talora rude e certamente privo di sfumature ma di grande onestà scientifica, aveva lo stesso titolo del libro di Rosenzweig, *Hegel e lo Stato*, di Mario Rossi, e appariva nel 1960 ⁽¹⁾: in quel libro polemico, che non indulgeva

⁽¹⁾ M. ROSSI, *Marx e la dialettica hegeliana - I - Hegel e lo stato*, Roma, Editori riuniti, 1960; a cui seguì nel 1963 il volume secondo: *La genesi del materialismo storico* (Milano, Feltrinelli, 1970²).

certo alle interpretazioni di sinistra, come quelle di Lukács, a Savigny era dedicata assai scarsa attenzione, e i giudizi su di lui erano del genere di quelli ora ricordati. Ma neppure altrettanto si era trovato nel libro, pur esso dello stesso titolo scelto da Rosenzweig, che dieci anni prima, in Francia, aveva sostenuto il carattere progressivo della filosofia politica dello Hegel berlinese: *Hegel et l'état*, di Eric Weil (2). Aveva ormai preso energicamente l'avvio l'ondata marxistica negli studi hegeliani, e il fuoco dell'immagine storica si spostava: non più Hegel nei rapporti con i suoi contemporanei romantici, bensì Hegel nei rapporti con i suoi critici di sinistra della generazione successiva; non più Hegel filosofo universale e filosofo dei vari momenti della vita, bensì Hegel filosofo politico, studiato e giudicato nei suoi rapporti con la realtà politica del suo tempo e dei tempi seguenti. L'attenzione per Savigny non aveva più che un significato secondario e marginale. Il libro recente di Remo Bodei, *Sistema ed epoca in Hegel*, del 1975 (3), pur nella sensibilità e competenza delle sue indagini culturali, si colloca ancora in quella atmosfera dominata dalla politicità dell'avvenire; e neppure in esso c'è luogo per un confronto con Savigny. È un segno assai singolare, per il quale occorre probabilmente andare anche oltre questa ricordata ragione politica, giacché un libro che studia con indubbia serietà scientifica il rapporto fra l'epoca e il sistema, se non considera Savigny, avrà dalla sua parte ragioni più complesse a questa sua esclusione. Forse si può pensare che la fortuna di Savigny abbia consumato una sua parabola, e si sia ristretta alla cerchia dei giuristi.

L'altra ramificazione storiografica, rivolta a Savigny e alla scuola storica, nata nell'ambito di una tradizione di studi ben caratterizzata per la sua specializzazione, aveva minori motivazioni per rivolgersi a Hegel. È vero che la grandezza imponente della sua figura di filosofo non poteva non farsi sentire in qualsiasi ricostruzione di processi culturali a lui contemporanei, se non altro come punto di riferimento obbligato. Ma il confronto dei pensieri e della formazione culturale era altra cosa. Tuttavia

(2) E. WEIL, *Hegel et l'état*, Paris, Vrin, 1950.

(3) R. BODEI, *Sistema ed epoca in Hegel*, Bologna, Il Mulino, 1975.

si deve tener conto di alcuni meritori studi, nati fra il primo e il secondo decennio del secolo, e quindi riconducibili all'atmosfera della *Geistesgeschichte*, se non proprio al distinto fascino di suoi singoli maestri. Lo studio tanto spesso ricordato di Sigmund Brie, *Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule*, apparve negli anni 1908-1909 (4), ed ebbe il merito di indagare un concetto-cardine della scuola storica come quello di spirito del popolo, traendolo dal fondo della cultura romantica e vedendolo comparativamente, nell'affinità e nelle differenze, nel filosofo e nella cultura giuridica. A questo stesso orientamento della ricerca e dello stesso modo di sentire si deve ricollegare uno studio di Gunnar Rexius, *Studien zur Staatslehre der historischen Schule*, apparso nel 1911 sulla « *Historische Zeitschrift* » (5), la prestigiosa rivista che si valeva della illuminatrice direzione di Meinecke: l'attenzione per Savigny, non affatto secondaria, traeva senso dall'ampiezza di sguardo rivolta alla totalità della cultura, ivi compresa quella filosofica. Su questa stessa rivista, nell'anno seguente, appariva uno studio, *Volksgeist und historische Rechtsschule*, ancora sul concetto-cardine della scuola storica, ad opera di Hermann Kantorowicz (6), che con la sua ricchezza di cultura e con la sua acutezza innovatrice sarebbe divenuto uno dei più benemeriti studiosi di Savigny. Ma soprattutto deve esser qui ricordata la fondamentale e magistrale opera della storiografia giuridica del nostro secolo, anch'essa nata, per indubbi caratteri metodologici, dal tronco della *Geistesgeschichte*, pur se rigorosissima e analitica nei giudizi, nei resoconti, nelle partizioni. Tale significato ha avuto, non sembrano esservi dubbi ancor oggi, la *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* di Ernst Landsberg, che era apparsa nell'anno 1910 (7). Quest'opera, tra i tanti suoi

(4) S. BRIE, *Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule*, in « *Archiv für Rechtswissenschaft* », 1908-1909, pp. 1-10, 179-202.

(5) G. REXIUS, *Studien zur Staatslehre der historischen Schule*, in « *Historische Zeitschrift* », CVII-1911, pp. 496-539.

(6) H. KANTOROWICZ, *Volksgeist und historische Rechtsschule*, in « *Historische Zeitschrift* », CVIII-1912, pp. 295-325. Di Kantorowicz era già apparso *Was ist uns Savigny?*, in « *Recht und Wirtschaft* », I-1911, pp. 47-54, 76-79.

(7) E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft (Dritte Abteilung - Fortsetzung zu der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, erste und*

inestimabili meriti, ebbe quello di esaminare, tra le varie correnti del pensiero giuridico, anche la corrente più propriamente filosofica (*Die Speculation*), nei nomi di Hegel, Gans, Stahl; se si toglie quest'ultimo, dalla assegnazione dubbia, siamo nel pieno del pensiero giuridico hegeliano, grazie all'esame parallelo del pensiero originale del filosofo e dell'allievo più nutrito di cultura giuridica. A quest'opera di Landsberg si deve l'unica esplicita ricostruzione congiunta delle dottrine della scuola storica e del pensiero hegeliano: quali che siano i limiti, oggi ben chiari, di quella sobria esposizione. Un confronto può farsi con la presentazione che di lì a pochi anni avrebbe concluso in Italia Gioele Solari, nella sua pur meritoria ed informatissima opera *Storicismo e diritto privato*, la cui stesura era completa negli anni 1915-1916. Nell'ampio quadro storico di Solari, non v'era certamente traccia del metodo della *Geistesgeschichte*, ma semmai della storiografia erudita di stampo positivisticò; al di là di questa differenza di ispirazione, nel merito della ricostruzione storiografica, l'attenzione andava, oltreché alle dottrine giuridiche, tutte esaurientemente indagate, alla filosofia di Kant, di Fichte, di Schelling, di molte figure del romanticismo, ma non di Hegel, la cui parentela spirituale con la scuola storica era espressamente ridotta a dimensioni minime, se non negata, perché era ricondotta soltanto alla « fonte comune » costituita dalla « concezione romantica » (8). Il lavoro di Solari, come si sa, rimase a lungo presso il suo autore, che lo dette alle stampe nel 1940. Erano passati molti anni e molti avvenimenti, eppure quel libro sereno ed acuto poté ugualmente spiegare la sua efficacia benefica sugli studi. Gli studi su Savigny, nel frattempo, avevano conosciuto notevoli arricchimenti: soprattutto gli studi esemplari di Kantorowicz e di Hans Thieme, degli anni 1933 e 1936 (9), avevano richiamato l'attenzione sulla forma-

zweite Abteilung, von R. Stintzing), II. Halbband, München und Berlin, Oldenbourg, 1910.

(8) G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino, Giappichelli, 1940, p. 174.

(9) H. KANTOROWICZ, *Savignys Marburger Methodenlehre*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Romanistische Abteilung », LIII-1933, pp. 465-471; H. THIEME, *Zwischen Naturrecht und Positivismus - Zur Methode des jungen Savigny*, in « Deutsche Juristenzeitung », LXI-1936, pp. 154-157. Tale scritto deve esser visto in relazione al più ampio: ID., *Die Zeit des späten Natur-*

zione giovanile di Savigny, ed Erik Wolf aveva dato, nel 1939, il suo ammirevole ritratto di Savigny, « grande pensatore giuridico della storia dello spirito tedesco » (10). L'orizzonte storico si era andato nuovamente allargando; si era tornati a guardare al collegamento di Savigny con le grandi correnti culturali; con il tardo giusnaturalismo tedesco grazie alle fondamentali indagini di Thieme; con la condizione generale dello spirito, in tutti e tre gli autori ora ricordati. Ma l'attenzione per Hegel ancora mancava, e l'esempio di Landsberg rimaneva pressoché isolato; Hegel era ancora una tra le voci della cultura tedesca dell'età romantica, non era assunto a un rilievo veramente autonomo nella luce di un interesse per la concezione del diritto.

Nel secondo dopoguerra c'è un ampliamento di sguardo. Le importanti pagine di Koschaker, in *Europa und das römische Recht* (11), presentano l'immagine di un Savigny spiritualmente vicino agli ideali classici del suo tempo: è la via già intrapresa da Wolf, alla quale gli studi di Thieme avevano predisposto preziosi elementi; e l'ethos presente in quest'opera portava alla massima efficacia quella visione storica, nel quadro limpido di una Germania rivendicata alla « nobiltà dello spirito ». Savigny, come Goethe, secondo il paragone fortunato e fondato, era un momento di quella Germania, della nazione che avrebbe potuto vivere negli ideali cosmopolitici di Jena e di Weimar, ma che in essi era riuscita a vivere solo a tratti e in dolorose commistioni. Mentre l'orizzonte degli studi su Savigny si allargava, e Hermann Conrad richiamava, nel 1947, le comuni radici romantiche di Savigny e del suo allievo Jacob Grimm (12), stava preparandosi intanto

rechts - Eine privatrechtsgeschichtliche Studie, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung », LVI-1936, pp. 202-263, nonché al successivo: ID., *Der junge Savigny*, in « Deutsche Rechtswissenschaft », VII-1942, pp. 53-64.

(10) E. WOLF, *Friedrich Carl von Savigny*, in *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, Mohr, 1939 (1963⁴, pp. 467-542).

(11) P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, München, Beck, 1947 (1953²: su Savigny: pp. 254-290).

(12) H. CONRAD, *Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: Friedrich Carl von Savigny und Jacob Grimm*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung », LXV-1947, pp. 261-283.

l'opera da cui l'attuale generazione di studiosi è stata segnata profondamente, e che sola può stare accanto, per ampiezza di sguardo e classicità di disegno, all'opera di Landsberg; tale è stata indubbiamente la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* di Franz Wieacker, apparsa nell'anno 1952 ⁽¹³⁾. Se la precedente storiografia giuridica, da Landsberg a Kantorowicz a Thieme a Wolf, poteva legittimamente esser vista come l'espressione, nel campo della cultura giuridica, della splendida fioritura della *Geistesgeschichte*, quest'opera di Wieacker segnava una svolta, e diveniva il modello e il punto di partenza di tutta una serie di ricerche, caratterizzate da una attenzione nuova per le condizioni storiche e politiche, sociali ed economiche: una attenzione che in Wieacker era felicemente congiunta con la capacità di sentire i movimenti dello spirito tedesco, e che non feriva, ma anzi semmai arricchiva e ampliava, con nuove indicazioni, l'immagine fondamentale di un Savigny classico, saldamente inserito nella grande cultura del suo tempo, in contatto sì con i circoli romantici ma da essi emergente con nettezza di equilibrati contorni. Prima di Savigny era Gustav Hugo, accanto a Savigny era Grimm, di contro a Savigny stava, esponente del fronte hegeliano, la figura di Eduard Gans, in contrasto con la figura storicamente centrale di Puchta: un contrasto nel quale si mostravano nette, ma anche si temperavano, le contrapposte forme del pensare della scuola storica e della speculazione hegeliana. Il quadro generale era quello di Landsberg; la profondità dell'ascolto era ancora quella dei maestri della *Geistesgeschichte*; ma il tutto era filtrato attraverso una prosa e un modo di ragionare moderno, asciutto, concentrato, e sensibile a problemi nuovi. Da quest'equilibrio occorre muovere per comprendere gli sviluppi successivi, nei quali quella serena armonia va perduta, per dar luogo a distinte direzioni di pensiero e di ricerca. Si andrà maturando, negli anni successivi, una mentalità nuova, massimamente attenta ai risvolti politici dei problemi, nella quale un Hegel « diverso » da quello fino ad allora noto avrebbe acquistato un significato assai più netto e rilevante. L'attenzione recente per Hegel, nell'ambito degli studi

(13) F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1952 (1967²).

storiografici su Savigny e più in generale sul pensiero giuridico dell'Ottocento tedesco, è nata entro questo nuovo orizzonte, e si è sviluppata prevalentemente in studiosi che hanno risentito influssi marxistici.

2. Per comprendere questa mutata immagine del rapporto Hegel-Savigny, e coglierla nella sua derivazione da un più ampio mutamento nella cultura, è opportuno percorrere brevemente le tappe della fortuna italiana di Savigny nei tempi recenti. Non che fosse mancata una « recezione » italiana di Savigny; ché anzi, dalle prime traduzioni ottocentesche, incerte e approssimative, fino alla grande impresa di Vittorio Scialoja, che tradusse il *System des heutigen römischen Rechts*, volgendolo in una lingua italiana di grande dignità stilistica ⁽¹⁴⁾; dalle prime notizie, resoconti, giudizi, alle discussioni frutto del clima positivistico, la presenza di Savigny e degli autori della scuola storica in Italia si era saldamente affermata. L'opera di Solari, con il suo lungo letargo prima della pubblicazione, da un lato sta a indicare esattamente, con particolare adeguatezza, l'alto livello storiografico che era stato raggiunto nel secondo decennio del secolo, sulla base, vuoi della precedente fortuna italiana, vuoi di una informazione diretta sulle fonti e sui dibattiti tedeschi; e dall'altro, sta a indicare il più ampio letargo nel quale cadde un simile interessamento negli anni successivi, fino al secondo dopoguerra. Le condizioni della cultura giuridica, dominata dal positivismo legislativo, ebbero la loro parte; le condizioni della cultura filosofica, dominata dal neoidealismo di Croce e Gentile, con le loro dichiarate ascendenze hegeliane, pure contribuirono. I fermenti storicistici del primo Ottocento tedesco furono certamente ben presenti nella mente e nell'opera di Croce, ma collocati in un quadro che assumeva a compiuto storicismo quello hegeliano, e giudicava ogni altra espressione di pensiero storico con quel metro, quale approssimazione o presentimento più o meno felice. Vi furono anche traduzioni di opere storiografiche nate da autori

⁽¹⁴⁾ Cfr. le notizie offerte dallo stesso V. SCIALOJA, *Prefazione generale del traduttore* a: Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Torino, Unione tipografico-editrice, 1886, pp. I-LXIII.

di una forma di storicismo non hegeliano, da Dilthey a Troeltsch a Meinecke, che potevano, con la loro sensibilità stessa, se non con le loro notizie e prospettive storiografiche, avviare sulla strada di un più originale e fresco intendimento degli stessi autori della scuola storica e del loro proprio storicismo. Vi furono inoltre le eccezioni, felicissime per capacità di immedesimazione storiografica, rappresentate dalle opere di Carlo Antoni, *Dallo storicismo alla sociologia*, del 1940, *La lotta contro la ragione*, del 1942 ⁽¹⁵⁾, che si immergevano, con sapiente ricostruzione di atmosfere, nel clima di quello storicismo tedesco delle individualità, e nel clima dei lenti sommovimenti culturali e speculativi che lo avevano preparato; anche se poi il giudizio filosofico su quello storicismo e su quella cultura dipendeva dalla fede crociana dell'autore. Ma quella fede, del resto vissuta originalmente fino alla controversa conclusione delle ultime opere, e quel giudizio filosofico, non impedirono davvero alla sensibilità dell'autore, forse alla sua sensibilità artistica prima che al suo pensiero teoretico, di comprendere e far comprendere le ragioni di quell'altro storicismo, nato dal culto religioso dell'individualità, e ignaro e anzi negatore di una razionalità intrinseca al divenire storico; e forse quel contatto fecondo con tale storicismo può spiegare l'ultimo ritorno di Antoni a una esigenza, più che a una certezza, di un singolare « diritto di natura » da « restaurare ».

Fin qui, si restava alla cultura dominante, più diffusa, più nota. Ma accanto, tra figure non « minori », che vissero talora in meditazione dignitosa e appartata, vi fu chi vide in modo originale il nascere e il coesistere di forme diverse di storicismo nella cultura tedesca dell'Ottocento. L'opera di Giuseppe Capograssi, nel periodo tra le due guerre, con la sua ispirazione vichiana e religiosa, fu la più affine alla forma di pensiero storico che si era formata accanto o contro alla filosofia hegeliana ⁽¹⁶⁾. Storicismo di individualità aventi ciascuna valore infinito perché in

⁽¹⁵⁾ C. ANTONI, *Dallo storicismo alla sociologia*, Firenze, Sansoni, 1940; *La lotta contro la ragione*, Firenze, Sansoni, 1942.

⁽¹⁶⁾ È da considerare soprattutto la trilogia centrale nella evouzione del pensiero dell'autore: *Analisi dell'esperienza comune* (1930), *Studi sull'esperienza giuridica* (1932), *Il problema della scienza del diritto* (1937), ora nell'edizione completa delle *Opere* (Milano, Giuffrè).

contatto con Dio, e insieme storicismo dei gruppi che si formano nella storia per il concorso libero delle azioni individuali, essa fu una filosofia dell'azione, e delle strutture che in essa si creano, individuali e superindividuali. Mai dimentica dell'origine ultima dell'individuo, quella azione, o esperienza, o vita, si stratificava in forme razionali sempre più ricche, fino al proprio definitivo compimento religioso. In quell'*itinerarium mentis in Deum* che è l'azione, come descritta da Capograssi, il diritto ha una funzione essenziale e salvifica, giacché preserva l'individuo dalle tentazioni e dai pericoli dell'annullamento, della distruzione, di un nichilismo profeticamente avvertito come incombente. Il diritto ha sempre questa funzione; meno la ha lo stato come portatore di autonomi valori: e se talora Capograssi aveva condiviso la fede nel valore dello stato come entità che dà senso e vita agli individui, sempre più col passare del tempo, con le delusioni della storia, con l'esperienza delle tirannidi, egli poi se ne trasse distante, e conservò la fede nella trama, quella sì non ingannatrice, dei rapporti e delle tessiture che si creano per le azioni libere degli individui. In tale visione del diritto, come « esperienza giuridica », come « azione », come « vita », che si dà strutture e liberamente si stratifica in una spontanea, autorevole razionalità, Capograssi naturalmente si incontrava con il modo di sentire dello storicismo giuridico; e si mostrava talora anche testualmente vicino alle sue fonti, magari ricordate fuggacemente in acute notazioni o in personali confronti. Ma v'era, soprattutto, un *idem sentire*, derivante da una ispirazione profondamente vichiana, e quindi vicina allo storicismo di impronta religiosa degli autori tedeschi della scuola storica, più concordi con Schleiermacher che con Hegel, filosofo della razionalità dell'intero e della storia universale.

Da questa preistoria occorre muovere per comprendere l'impronta dello specifico interesse per Savigny che si è avuto nell'Italia del secondo dopoguerra, in consonanza con tendenze interpretative sviluppatasi in Germania. Le opere ricordate di Carlo Antoni, e poi l'interesse più dispiegato per lo storicismo tedesco nella varietà delle sue ispirazioni, insieme alle molte voci nuove che giungevano da fuori d'Italia, furono gli anelli di un mutamento di sensibilità, che si può designare come storic-

simo post-crociano. L'opera di Pietro Rossi *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, nel 1956, disegnava con grande chiarezza l'evolversi del modo di guardare la storia che era stato proprio della tradizione nata con Dilthey e conclusasi — se così può dirsi — con Meinecke (17). Nel campo più specifico della riflessione filosofica ed epistemologica sul diritto, v'era una affinità, spesso dichiarata, con quelle prospettive. Dal magistero di Capograssi era scaturita direttamente, in un singolare, originale processo di affinamento e di acquisizione personale, la riflessione filosofico-giuridica di Pietro Piovani: un suo disegno storiografico, *L'attuale filosofia del diritto in Italia*, mostrava, nel 1951, una filosofia del diritto che diveniva, in una parte significativa dei suoi cultori, filosofia dell'«esperienza», e che spesso era presente, al di là delle designazioni accademiche, in studiosi di specifiche discipline giuridiche, negli studiosi di quella scienza giuridica che Capograssi aveva detto per eccellenza « filosofica » (18). Nello stesso anno 1953 erano apparse due opere, che avrebbero lasciato gran segno. La prima, dello stesso Piovani, *Il significato del principio di effettività*, riaffermava una descrizione del mondo giuridico come esperienza che si fa, e si contrapponeva al normativismo allora diffuso, per testimoniare che « normatività e storicità non hanno ragione di contrapporsi nel solito, tenace dualismo » (19). La seconda opera, di Riccardo Orestano, si intitolava dimessamente *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, e nasceva in sintonia spirituale con quella idea di un diritto come esperienza che si fa, che è insieme fatto e, derivante dal fatto, norma, in un continuo rapporto di essere e dover essere. L'*Introduzione* di Orestano dava particolare rilievo all'importanza innovatrice dell'opera di Savigny, e richiamava, sul terreno del diritto e della sua scienza, l'esperienza storica del diritto romano, che era la più affine a quella sentita come congeniale dagli orientamenti ricordati della

(17) P. ROSSI, *Lo storicismo tedesco contemporaneo*, Torino, Einaudi, 1956.

(18) P. PIOVANI, *L'attuale filosofia del diritto in Italia*, nella più ampia opera dello stesso autore: *Momenti della filosofia giuridico-politica italiana*, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 29-96.

(19) P. PIOVANI, *Il significato del principio di effettività*, Milano, Giuffrè, 1953, p. 206.

riflessione filosofica sul diritto ⁽²⁰⁾. La figura di Savigny ne acquistava legittimamente risalto teorico centrale. Sorgeva così, nella cultura giuridica e non soltanto giuridica, un clima propizio a una rinascita di interesse per Savigny e per la scuola storica in genere. Le opere ora ricordate ebbero la maggiore influenza, ma accanto ad esse altre se ne dovrebbero indicare, che inducevano a guardare la realtà giuridica come momento di una più ampia realtà storica e culturale, continuamente diveniente in una libera creazione di individui e di gruppi, sottratti a una logica inesorabile della totalità. In una simile visione della realtà giuridica all'interno della realtà culturale, un punto di riferimento ritornante fu l'opera di Dilthey, e particolarmente la classificazione delle scienze che egli aveva dato nella *Einleitung in die Geisteswissenschaften*. Da *Diritto e cultura* di Renato Treves, del 1947, alla *Teoria della scienza giuridica* di Norberto Bobbio, del 1950, a *Il problema della natura della giurisprudenza* di Enrico Opocher, del 1953, a *Scienza e epistemologia giuridica* di Vincenzo Palazzolo, del 1953, e poi, sempre di questo, a *Sapere e libertà*, del 1959, in modi diversi ma spesso consonanti, si diffondeva un modo di guardare al diritto come momento di una storia intesa in modo non sistematico-metafisico ⁽²¹⁾. Dilthey poteva esserne il filosofo, Savigny poteva esserne il giurista esemplare.

Intanto la ricerca su Savigny conosceva, in Germania, rinnovamenti significativi. Nel 1958 era apparso, di Walter Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, panorama delle tendenze evolutive presenti nella scienza giuridica tedesca del secolo scorso, da Savigny a Laband ⁽²²⁾; quella scienza era vista segnata da un progressivo affievolimento e tradimento dell'istanza storica a favore dell'istanza sistematica. La radice di quel destino

⁽²⁰⁾ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1953 (1961²: su Savigny e la scuola storica: pp. 204-229).

⁽²¹⁾ R. TREVES, *Diritto e cultura*, Torino, Giappichelli, 1947; N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Torino, Giappichelli, 1950; E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto - Il problema della natura della giurisprudenza*, Padova, Cedam, 1953; V. PALAZZOLO, *Scienza e epistemologia giuridica*, Padova, Cedam, 1957; ID., *Sapere e libertà*, Napoli, Jovene, 1959.

⁽²²⁾ W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1958.

si trovava già nel pensiero storico di Savigny, nel modo in cui egli aveva pensato la storia; e vi si accompagnava un aspetto politico, di segno conservatore. Alla concezione savignyana di una storia senza sviluppo, da accettare nei suoi naturali sentieri, era contrapposta la visione di Thibaut, segnata da una razionalità innovatrice se non addirittura rivoluzionaria, che vedeva la storia come un insieme arbitrario da modificare e rendere conforme alla ragione. In questo contrasto di concezioni della storia appariva anche Hegel, e dietro di lui il giovane Marx; i quali erano visti entrambi come affini alla concezione del giurista Thibaut, come coscienza filosofica di una storia che non è soltanto frutto naturale di assestamenti armonici e spontanei, ma come insieme razionale, e capace di togliere ciò che è arbitrio, sedimentazione storica, ingiustizia accumulatasi nei secoli. Il libro di Wilhelm, subito e in seguito lungamente dibattuto, chiaro nelle sue tesi e nel suo stile, avrebbe conosciuto una notevole fortuna e sarebbe stato, con una efficacia pienamente sviluppatasi dopo un'incubazione pluriennale, la guida di tutta una linea interpretativa dell'opera di Savigny. A quell'opera di Wilhelm, ma senza quelle accentuate contrapposizioni, doveva seguire di lì a poco la dotta ed equilibrata opera di Sten Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, del 1960⁽²³⁾, limpida e serena nella sua indipendenza da giudizi correnti; alla quale non ha fatto ancora séguito, e forse proprio per tali sue qualità, un'azione benefica proporzionata ai suoi meriti. Una « introduzione moderna alla problematica medioevale », partendo dalla polemica anticodificazionistica di Savigny nel 1814, allargava lo sguardo ai precedenti storici delle idee di diritto e di codificazione⁽²⁴⁾. Su di una analoga linea di prudenza storiografica, senza lo sguardo cosmopolitico dell'opera di Gagnér, si poneva il penetrante disegno storiografico di Karl Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, dello stesso 1960⁽²⁵⁾. Questo disegno dell'evo-

(23) S. GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm Uppsala Göteborg, 1960.

(24) *Ibid.*, pp. 15-51.

(25) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin Göttingen Heidelberg, Springer, 1960 (trad. it. parziale di S. Ventura, *Storia del metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966).

luzione della scienza giuridica e del pensiero giuridico, anch'esso, come l'opera di Wilhelm, destinato a notevole fortuna seppure a meno profonda efficacia, si muoveva in uno spazio più filosofico, e congiungeva la riflessione metodologica sorta nel seno della scienza giuridica alla meditazione filosofica sul diritto, giungendo alle tendenze recentissime. Di notevole nell'opera di Larenz, per i problemi che qui interessano, v'era la considerazione di un Savigny classico, sottratto alle dispute successive, giudicato, con singolare allargamento di prospettiva, continuatore del metodo giusnaturalistico del tardo illuminismo tedesco, e tutto incardinato nella centrale idea di un sistema immanente al momento storico della realtà giuridica. Savigny era all'inizio del quadro storiografico, che intendeva descrivere, secondo che suonava il sottotitolo, « teoria del diritto e dottrina del metodo in Germania da Savigny in poi ». È opportuno ricordare che Larenz era stato, tra le due guerre, uno dei maggiori rappresentanti del movimento di rinascita hegeliana nell'ambito della riflessione sul diritto, accanto a Julius Binder, e in consonanza con l'ampia opera compiuta da Hermann Glockner negli studi hegeliani. Ma in questo libro sul metodo della scienza giuridica, che pure trattava con padronanza le idee di Binder, e ricordava l'attività di Glockner, non era un'impostazione propriamente hegeliana, anche se l'ombra di Hegel era presente e operava qua e là; tanto meno, in quest'opera, che pur giungeva a esaminare le tendenze più nuove e originali del pensiero giuridico tedesco fino a Helmut Coing, e insisteva sulla considerazione del rapporto fra concetto e valore, era affermata una visione hegeliana del processo storico in contrasto con quella propria di Savigny. Savigny era il teorico del sistema storico, Hegel del concetto che ha in sé la realtà e il valore ⁽²⁶⁾; ma non si può dire che tra i due fosse disegnato un fondamentale distacco, sibbene una differenza di vedute logiche e di momenti culturali. Opera complessa e non facile, questa di Larenz, aveva certamente presente la rilevanza storico-culturale di Savigny. In una digressione sul problema della teoria ermeneutica « soggettiva » e « oggettiva », Larenz concludeva il suo

⁽²⁶⁾ *Ibid.*, pp. 137, 142; in genere su Savigny, pp. 8-16 (trad. it. cit., pp. 200, 206-207; in genere su Savigny, pp. 3-16).

discorso vedendo un Savigny superiore a entrambe le tendenze, che entrambe le comprendeva. Quasi guidato da un sottinteso impulso a porre un parallelo di più ampie dimensioni, Larenz scriveva su questo specifico punto parole che valevano in un senso molto più lato: « Savigny si trova in una posizione simile a quella di Hegel: il suo pensiero abbraccia molto di più, di quanto sono in grado di percepire tutti coloro che, in seguito, si impadronirono soltanto di uno o dell'altro « momento » e ne fabbricarono una dottrina che, a causa della sua unilateralità, affascina per la sua semplicità e coerenza logica, ma in realtà violenta la vita in un punto o nell'altro » (27). Parole di raro equilibrio e di sicura competenza, che vedevano, forse uniche in tale nettezza, Hegel e Savigny nella loro importanza all'inizio di processi culturali destinati a dominare due secoli.

A queste nuove voci, a questi approfondimenti, correzioni, mutamenti della ricerca in Germania, si riferiva Pietro Piovani in una relazione congressuale del 1963, sul tema: *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto* (28), tutta rivolta, sulla linea della ricordata ricerca sul principio di effettività, e, più indietro, in prosecuzione coerente del pensiero di Capograssi, alla illustrazione del nesso necessario tra la storia e la sua continua traduzione in dogmi, in teorizzazioni, in sistemazioni nascenti dalla vita. Si potevano leggere queste parole: « La dogmatica si converte in problematica » (29), con esplicito riferimento a Capograssi. E ancora: « Poiché il problema non è più dominare l'esperienza (...) ma capirla nella sua giuridica specificità e nelle sue positive strutture, vecchie questioni sono viste ormai in nuova luce, antichi richiami suscitano nuovi echi, altri problemi sono proposti. La concezione savignyana del diritto come 'organismo vivente' sol-

(27) *Ibid.*, p. 14 (trad. it. cit., p. 13).

(28) P. PIOVANI, *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, in « Atti del VI Congresso nazionale di filosofia del diritto (Pisa, 30 maggio-2 giugno 1963) », a cura di R. Orecchia, I - Relazioni generali, pp. 37-80. Il riferimento « agli studi tedeschi più recenti » si legge a p. 43. Un'attenzione isolata a questi problemi e ai nuovi indirizzi storiografici si era avuta in Italia con lo scritto di M. PORZIO, *Le origini del formalismo giuridico*, in « Bollettino della biblioteca degli istituti giuridici, Università degli studi di Napoli », 1961, pp. 254-310.

(29) P. PIOVANI, *Dommatica, teoria generale e filosofia del diritto*, cit., p. 65.

lecite interpretazioni rimediate »⁽³⁰⁾. Il diritto vi era visto allora come « sistema di azioni, nel quale si incontrino le durevoli azioni omogenee di individui riuniti in un gruppo (...) qualcosa di simile al 'sistema' come 'comunità di fini' di cui parlava Dilthey »⁽³¹⁾. Con riferimento a Savigny, si poteva leggere: « Per quanto riguarda la Scuola Storica, è molto probabile che le sue varie colorazioni ideali abbiano, all'origine, la varietà propria del romanticismo germanico; molto probabilmente, sarebbe opportuno suggerire agli storici del diritto di andar meglio a cercare nel ricco forziere di Madame de Staël la chiave per una più convincente interpretazione dell'opera e della figura di Savigny »⁽³²⁾. La relazione, con rinnovato richiamo a Dilthey, si chiudeva con questa professione di fede filosofica e di metodo storiografico, che è, più che opportuno, necessario riportare nella sua integralità:

Chi diffidi di ogni totalismo assoluto non può non guardare con simpatia ad ogni sforzo che sia rivolto a penetrare nell'interezza della filosofia attraverso il valico aperto da problemi specifici di una conoscenza particolarmente approfondita. È stato Dilthey, soprattutto, a insegnarci la fecondità di questo metodo di *penetrazione*, che è per se stesso storicistico: un metodo dalla cui applicazione migliorata molto ancora c'è da attendersi. Ma si fraintenderebbe il prezioso insegnamento diltheyano se si dimenticasse che lo stesso Dilthey, nell'« Einleitung », ha ammonito: « Noi non dobbiamo isolare una porzione della realtà allo scopo di considerarla a parte, quasi fosse un materiale anatomico; al contrario, dobbiamo porla in rapporto con il grande organismo del reale, nel quale soltanto si sente pulsare la vita. Solo muovendo da questo rapporto la nostra conoscenza potrà dare ai concetti e alle proposizioni la loro forma appropriata e il loro esatto valore »⁽³³⁾.

Quella esortazione proveniva da uno studioso che di lì a poco avrebbe lasciato lo studio filosofico dell'esperienza giuridica, per estendere il suo sguardo a diversi momenti dell'esperienza umana, obbedendo alla professata fede nella ineliminabile unitarietà di

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, p. 67.

⁽³¹⁾ *Ibid.*

⁽³²⁾ *Ibid.*, p. 43.

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 80.

quella esperienza e della filosofia che la indaga. Quella esortazione è stata qui citata ampiamente, perché meglio di qualsiasi altra testimonianza restituisce il clima di un periodo della riflessione italiana sul diritto e insieme il senso di una forma peculiare di storicismo individualistico, sì, ma anche attento alle formazioni interindividuali che sorgono per l'azione degli individui. Il diritto era, più che una di queste formazioni, la loro stessa condizione trascendentale. Lo storicismo tedesco dell'età romantica — degli autori della scuola storica in genere, della scuola storica del diritto in modo particolare, di Savigny in modo particolarissimo — poteva valere quale punto di riferimento comune a vari studiosi. Tra questi era Fulvio Tessoro, in varie indagini, tra le quali « ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento »⁽³⁴⁾, e che intervenendo in quella stessa occasione congressuale in cui aveva riferito Pietro Piovani con le parole già citate, aveva modo di richiamare l'eredità storicistica di Savigny, individuandola espressamente, *in nuce*, nel nesso di storia e sistema che aveva concluso le giovanili lezioni metodologiche di Marburg⁽³⁵⁾; le quali, già segnalate all'attenzione degli studiosi da Kantorowicz e Thieme negli anni 1933 e 1936, come si è ricordato, erano state un decennio prima pubblicate per cura di Gerhard Wesenberg. È singolare che quel corso e quelle medesime parole, che Larenz aveva inteso collegate all'eredità giusnaturalistica di Savigny, divenissero in questa atmosfera italiana di studi il segno specifico, quasi il simbolo, di uno storicismo originale, in ricambio fecondo con lo storicismo implicito degli autori della grande scuola storica berlinese e con la filosofia schleiermacheriana dell'individualità, uno storicismo che avrebbe preparato il terreno alle più dispiegate formulazioni del nuovo storicismo tedesco di Dilthey, di Weber, di Troeltsch, di Meinecke: nato e formatosi in modo indipendente e contrapposto rispetto al grande modello dello storicismo hegeliano. A quello storicismo e

(34) F. TESSITORE, *Crisi e trasformazioni dello stato - Ricerche sul pensiero giuspubblicistico italiano tra Otto e Novecento*, Napoli, Morano, 1963.

(35) F. TESSITORE, *Filosofia del diritto, dogmatica e scienza romanistica*, in « Atti del VI Congresso nazionale di filosofia del diritto », cit., II - Comunicazioni, pp. 114-126 (116).

alle sue origini, Tessitore avrebbe dedicato la sua successiva attività di studioso, in una immedesimazione felicissima e intrinsecamente storicistica. Ma in quella stessa atmosfera culturale e speculativa, e con analogo richiamo al ricordato nesso posto dal giovane Savigny tra storia e sistema, sorsero fini notazioni metafisiche di Biagio De Giovanni, pur esse attente all'insegnamento di Capograssi ⁽³⁶⁾. Anche Antonio Negri, che già con il suo inizio negli studi hegeliani aveva considerato la cultura tedesca del tardo diritto naturale, si volgeva poi allo studio di due esponenti dello storicismo ora ricordato, Dilthey e Meinecke, e infine, nel 1962, a conclusione di questo ambito di interessi, a un'ampia ricerca sulla cultura giuridica tra la fine del Settecento e il primo Ottocento ⁽³⁷⁾. C'era anche in questi studi di Negri, nell'esplicito rivivere la cultura dell'età tedesca in cui nasceva la nuova sensibilità storica, e pur in un più accentuato timbro politico, l'adesione a un modo di sentire storicistico, con i suoi valori dell'individualità, della libertà creatrice, dello spontaneo formarsi di strutture giuridiche e istituzionali. Infine, da quella ricordata esortazione di Piovani fu particolarmente influenzato chi oggi, in questa occasione, scrive questa cronaca storiografica, e si trova forse, per tal compito, tenuto a dar notizia di sé; provenendo dallo studio di Dilthey, egli studiò successivamente la metodologia giovanile di Savigny (1966), quindi Gustav Hugo (1969) e Jacob Grimm (1972); e di nuovo, e forse eccedendo, ancora Savigny (1978), in una sorta di compendio delle sue precedenti ricerche, nel quale cercava di collocare Savigny nella sua epoca e insieme di reagire alla tendenza, affermatasi nel frattempo, a contrapporre lo storicismo di Savigny al « vero storicismo » di Hegel e Marx ⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ B. DE GIOVANNI, *L'esperienza come oggettivazione alle origini del problema moderno della scienza*, Napoli, Jovene, 1962 (in particolare su Savigny: pp. 254-266).

⁽³⁷⁾ A. NEGRI, *Stato e diritto nel giovane Hegel - Studio sulla genesi illuministica della filosofia giuridica e politica di Hegel*, Padova, Cedam, 1958; *Saggi sullo storicismo tedesco - Dilthey e Meinecke*, Milano, Feltrinelli, 1959; *Alle origini del formalismo giuridico - Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, Cedam, 1962.

⁽³⁸⁾ Rinvio, in modo più dettagliato ed esauriente, ai seguenti lavori: G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1966;

Ma se si toglie questa prosecuzione individuale di tali studi, questo tentativo di « penetrare nell'interezza della filosofia attraverso il valico aperto da problemi specifici di una conoscenza approfondita », quella originaria atmosfera concorde si era in parte da anni perduta; da essa si erano diramate tendenze diverse, ad essa si erano contrapposti autonomi germi di pensiero.

Intanto, in una conferenza del 1967, Franz Wieacker aveva disegnato con esemplare brevità e chiarezza la nuova immagine che si era andata formando (in gran parte per merito stesso di lui) della scuola storica del diritto. Quelle *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule* ⁽³⁹⁾ muovevano dall'immagine tradizionale, dove figuravano: l'antigiustnaturalismo; la concezione del diritto come parte integrante della cultura; la visione del *Volksgeist* come fonte di diritto, lingua, costumi. Quegli aspetti venivano visti permanere, ma con minor rilievo, e talora con accenti diversi. Appariva una eredità giusnaturalistica: il rapporto con la cultura e la derivazione dal *Volksgeist* perdevano l'immediatezza che avevano negli scritti programmatici di Savigny degli anni 1814-1815, a favore di un più largo sviluppo intrinsecamente sistematico, grazie al quale la giurisprudenza si era collocata in stretta sintonia spirituale con la grande fioritura speculativa di fine Settecento e degli inizi dell'Ottocento. La figura di Savigny, in questo ambito culturale, e maggiormente inserita nella stessa cultura giuridica del suo tempo, era vista nel suo intero sviluppo mentale, dalla giovanile *Juristische Methodenlehre* al tardo *System des heutigen römischen Rechts*. L'agile scritto di Wieacker aveva il merito di delineare, con mano maestra, lo *status quaestionis*. Come nella *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, e più ancora nella seconda edizione di quest'opera, dello stesso anno 1967 della con-

L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco, Milano, Giuffrè, 1969; *Jacob Grimm*, Napoli, Guida, 1972; *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida, 1978. A tali lavori possono essere ricollegati i più brevi scritti seguenti: *Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica*, in « Atti dell'Accademia di scienze e lettere La Colombaria », XL-1975, pp. 229-256; *La polemica con la scuola storica nella 'Filosofia del diritto' hegeliana*, in « Rivista di filosofia », nn. 7-8-9, ottobre 1977, pp. 169-204.

⁽³⁹⁾ F. WIEACKER, *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe, Müller, 1967.

ferenza ricordata, Savigny non era soltanto l'autore della dottrina del *Volksgeist* e l'esponente del romanticismo antigiusnaturalistico; se le tesi del *Beruf* potevano aver indotto a quella immagine, la maggiore attenzione alla cultura del tempo, filosofica, giuridica, nella totalità delle sue espressioni (Wieacker stesso allargava lo sguardo ai fratelli Grimm), nonché la considerazione di tutta l'evoluzione del suo pensiero, avevano ormai delineato una immagine più classica e più sistematica; il grande romanista, sistematico e cosmopolitico, prevaleva ora sul romantico teorico della nascita del diritto dai costumi del popolo. La vocazione razionalistica al sistema — sistema storico, beninteso — prevaleva sulla vocazione romantica all'immediato rivivere la vita del popolo. Su questa linea, nella quale erano accolte anche le indicazioni delle ricerche di Thieme sul tardo giusnaturalismo e sul giovane Savigny, si poneva uno scritto apparso nel 1969, che dev'essere riguardato come fondamentale per la nuova *Savigny-Forschung*: l'ampio saggio di Pio Caroni *Savigny und die Kodifikation - Versuch einer Neudeutung des «Berufes»* (40). La novità di questo scritto, esemplare per documentatissima prudenza storiografica, stava appunto nella «nuova interpretazione» del *Beruf*, l'opera più celebre di Savigny, nel complesso di quella connessione spirituale che fu la vita del suo autore. Se Savigny era il teorico di un sistema teoricamente diveniente, era forse necessario «porre in parentesi» il *Beruf*, e considerarlo scritto occasionale sorto in polemica con l'ardore codificazionistico di Thibaut? Caroni non accettava questa soluzione, e invece — qui la novità del suo scritto — individuava due distinte componenti del *Beruf*: la dottrina della derivazione del diritto dal *Volksgeist*, a cui era parso più immediatamente connesso il rifiuto dei codici; e una parte ideale di più antico concepimento, dedicata alla elaborazione di un «sistema delle fonti», struttura storica nella quale figurano quelle stesse nuove fonti del diritto, da Savigny pur avversate, che sono i codici. Questa seconda parte appariva dunque armonica alla complessiva linea di sviluppo della mente

(40) P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation - Versuch einer Neudeutung des 'Berufes'*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung», LXXXVI-1969, pp. 97-176.

di Savigny, a quella connessione dinamica che era stata la sua personale esperienza intellettuale, la costellazione della sua propria evoluzione spirituale. Savigny era pensatore sistematico, teorico di un sistema storicamente diveniente delle fonti del diritto. La recensione del 1806 a Gustav Hugo — cioè lo scritto dal tono più storicistico e insieme più sistematico (tale era apparso anche a Wilhelm) — poteva allora apparire, a chi avesse letto consentendo il saggio di Caroni, come il simbolo della intera dottrina di Savigny. Un Savigny teorico disincantato delle fonti, consapevole della mobilità incessante della vita storica, di sorprendente attualità nei confronti della odierna crisi del predominio della legge scritta. Caroni tornava su questi temi — qui riferiti secondo le impressioni che ne trasse chi li lesse con un consenso particolarmente vivo — in uno scritto del 1971, *Savignys «Beruf» und die heutige Krise der Kodifikation* ⁽⁴¹⁾. Si potrebbe forse collocare questo scritto a conclusione, teorica se non storica, di una direzione di indagine su Savigny. I risultati di questa tendenza interpretativa erano fundamentalmente acquisiti. Ma se vogliamo vedere, sui temi fondamentali di questa stessa linea storiografica, una meditazione attenta e partecipe, che rende giustizia alla originalità e alla scientificità di Savigny e della scuola storica del diritto, dobbiamo guardare agli scritti di Alfred Dufour, *Droit et langage dans l'école historique du droit*, del 1974, e soprattutto al felice disegno *Rationnel et irrationnel dans l'école du droit historique*, del 1978 ⁽⁴²⁾. In Savigny e negli altri autori a lui spiritualmente collegati, Dufour vede presenti tre nozioni fondamentali: «le nozioni di totalità organica, di storicità e di particolarismo nazionale» ⁽⁴³⁾; e in esse vede dominare una tonalità irrazionale, da Savigny a Grimm a Beseler. Ma egli aggiunge che la funzione assegnata al diritto scientifico «dovrebbe

⁽⁴¹⁾ P. CARONI, *Savignys 'Beruf' und die heutige Krise der Kodifikation*, in «Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis - Revue d'histoire du droit», XXXIX-1971, pp. 451-476.

⁽⁴²⁾ A. DUFOUR, *Droit et langage dans l'école historique du droit*, in «Archives de philosophie du droit», XIX-1974, pp. 151-180; ID., *Rationnel et irrationnel dans l'école du droit historique*, in «Archives de philosophie du droit», XXIII-1978, pp. 147-174.

⁽⁴³⁾ A. DUFOUR, *Rationnel et irrationnel*, cit., p. 161.

trattenerci da un giudizio troppo unilaterale sull'« irrazionalità » della scuola storica del diritto »; infatti, « uno studio approfondito (...) della sua teoria della scienza giuridica potrebbe dissipare parecchi pregiudizi rendendo conto nello stesso tempo dell'ironia della sorte che ha colpito questa scuola » (44). Queste tre nozioni fondamentali, quella nota irrazionale dominante, seppero infatti combinarsi e convivere con una mentalità sistematica, variamente atteggiata nei vari autori, e, per quanto riguarda Savigny, presente fino dalla metodologia di Marburg; non facendosi sommergere « dall'irrazionale del mistero delle grandi totalità », Savigny e la scuola storica seppero « combinare felicemente gli elementi irrazionali della loro concezione del diritto con gli elementi razionali del loro procedimento scientifico », seppero esaltare insieme spirito di sistema, deduzione, induzione, rigore delle conclusioni, speculazione ed esperienza (45). Citando un giudizio di Wieacker, Dufour conclude vedendo in questa scuola il superamento (altri direbbe: il superamento dialettico) delle due tendenze fino allora contrapposte nella cultura giuridica europea: da un lato antiquaria e pragmatica, dall'altro razionalistico-astratta (46). Il razionalismo del sistema scientifico organizzava in sistema l'infinità della vita che incessantemente si esprime in forme individuali. Uno storicismo delle individualità, che non nega il sistema ma neppure nega le individualità irriducibili: una visione della vita storica che non aveva bisogno di ricorrere — perché anzi vi si contrapponeva — al sistematismo hegeliano della totalità omnicomprensiva.

3. Quel che il libro di Wilhelm del 1958 aveva disegnato, talora avvertito o presentito, cominciava intanto ad essere oggetto di più ampie o di più schiette indagini e argomentazioni. Quel libro aveva una sua chiara linea, e presupponeva una concezione filosofica della storia. Ora si trattava di rendere esplicito ciò che era implicito e di svolgere ciò che era in germe. Nel 1967, un saggio di Hasso Jaeger poneva per la prima volta a

(44) *Ibid.*, p. 167.

(45) *Ibid.*, p. 173.

(46) *Ibid.*, pp. 173-174.

confronto Savigny e Marx ⁽⁴⁷⁾, ricordando che Marx era stato studente di giurisprudenza a Berlino negli anni del magistero di Savigny; mostrava le riserve del futuro filosofo verso il giurista, ma anche poneva in luce quanto poteva esservi di comune nella visione di una storia prodotta dalla libera azione degli uomini. Negli anni seguenti, gran parte della cultura europea sarebbe stata scossa dall'irruzione di un pensiero caratterizzato da elementi di varia indole e origine, tra i quali il richiamo marxistico avrebbe fatto da cemento unificatore. Insieme al marxismo avrebbero agito altri motivi, tra i quali il richiamo a Hegel, presente in una varietà di combinazioni con il marxismo; e sul piano politico e culturale la visione della storia come terreno di lotta e di contrasto fra classi e gruppi di interesse. Erano problemi che eccedevano l'ambito e le funzioni del diritto; ma anche la visione del diritto e della sua storia risentì della nuova atmosfera. Nell'ambito dei nostri studi, come già nel libro di Wilhelm, la figura di Thibaut venne ad acquistare un maggiore risalto, e ad assumere un significato più ampio, di innovazione, progresso, razionalità. Il vecchio contrasto fra Thibaut e Savigny veniva ad assumere nuovi valori. Nell'anno 1973, la polemica sul diritto e la codificazione veniva richiamata all'attenzione degli studiosi da Hans Hattenhauer, che scriveva una introduzione agli scritti programmatici del 1814 ⁽⁴⁸⁾. Savigny vi appariva l'esponente della conservazione prussiana nel campo del diritto, Thibaut delle idee illuministiche e del progresso. Con toni ancora più forti, quella caratterizzazione e contrapposizione era presente, nello stesso anno 1973, in un breve scritto di Hans Wrobel, nel quale era evocato anche un significato politico immediato, per il nostro tempo, delle due visioni contrapposte ⁽⁴⁹⁾.

L'irruzione del marxismo nella cultura italiana e le conseguenti revisioni della forma di storicismo da cui questa era stata

⁽⁴⁷⁾ H. JAEGER, *Savigny et Marx*, in « Archives de philosophie du droit », XII-1967, pp. 65-89.

⁽⁴⁸⁾ H. HATTENHAUER, *Einleitung*, in: Thibaut und Savigny, *Ihre programmatischen Schriften*, München, Vahlen, 1973, pp. 9-51.

⁽⁴⁹⁾ H. WROBEL, *Rechtsgeschichte, Wirtschaftsgeschichte, Sozialgeschichte: die Thibaut-Savigny-Kontroverse*, in « Kritische Justiz », 1973, pp. 149-157.

segnata variamente nel corso del secolo, fanno da sfondo ad alcuni dibattiti e interventi sulla storiografia giuridica e specificamente su Savigny. Già Aldo Schiavone, in un breve scritto del 1973, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno* ⁽⁵⁰⁾, sosteneva la tesi del carattere conservatore dello storicismo giuridico romantico. Tale tesi era ripresa in un lavoro di Aldo Mazzacane, dell'anno seguente, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema* ⁽⁵¹⁾, e sviluppata con particolare insistenza. Anche qui veniva ripreso il motivo, introdotto da Wilhelm, di una continuità di motivi tra Hegel e Marx: Hegel aveva criticato, nel § 3 della *Philosophie des Rechts*, la concezione di un diritto che nasce dalle circostanze storiche ed è per ciò stesso da esse giustificato; Marx aveva pensato analogamente e aveva indicato la via per un approfondimento di quelle critiche e per lo sviluppo di un modo diverso di concepire la storia. In questo scritto, ma anche, implicitamente, in quello di Schiavone, era dato il massimo credito all'esistenza di due diversi storicismi: quello della linea Marx-Hegel, dialettico e critico; quello romantico, che aveva guardato a una storia ferma come la natura e l'aveva accettata con pari indolente remissività.

Con cura attenta, due temi presenti in questa letteratura e in questo orientamento critico — il significato dello storicismo nella scienza giuridica, il rilievo del concetto di popolo nella cultura giuridica romantica — erano frattanto esaminati in una ricerca condotta da Joachim Rückert sulla figura del giurista liberale August Ludwig Reyscher ⁽⁵²⁾. Professore a Tübingen dal 1829 al 1851, autore nel 1828 di un saggio sul problema della codificazione, Reyscher si rivelava qui come la dimostrazione di una possibilità diversa di basarsi sulla storia per individuare il diritto vivente nel popolo; le sue scelte, pur nascendo dall'ambito concettuale della scuola storica, erano rivolte a fini innovatori.

⁽⁵⁰⁾ A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in «Democrazia e diritto», 1973, pp. 74-77.

⁽⁵¹⁾ A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, Liguori, 1974 (1976²).

⁽⁵²⁾ J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie. 1802-1880*, Berlin, Schweitzer, 1974.

L'opera savignyana del 1814 era esaminata da Rückert sulla base di una puntuale analisi linguistica, ove i vari termini erano posti in luce con le valutazioni positive e negative del loro autore. Le parole cardine della giurisprudenza romantica erano così analizzate con cura nel loro valore pratico-politico. Anche qui, ma con diretto riferimento ai testi e non sulla base di generali contrapposizioni filosofico-politiche, era presente il problema della storia e dell'atteggiamento da tenere verso di essa; ed appariva un'attenzione nuova per il rapporto fra la cultura giuridica e gli ambienti hegeliani, come il circolo degli « Hallische Jahrbücher » e il giurista e poi teorico delle nuove scienze della società Lorenz von Stein. Prima degli ambienti hegeliani, naturalmente, la stessa opera filosofico-giuridica di Hegel; poi, anche l'opera di Marx; ma il tutto in un contesto più ampio e con il senso delle varietà e delle sfumature storiche. Analogo orientamento si può trovare in un breve saggio del 1976, denso e meditato, di Mario Bretone, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, che ha come centro del suo interesse proprio il problema filosofico della storia e del suo rapporto con la ragione nel suo uso giuridico. Compariva anche qui la critica hegeliana, a cui Bretone risaliva, ricordando il rimprovero di Gans all'atteggiamento tenuto da Savigny verso la storia, alla sua « lettura della morta lettera del passato » (53). Già Hegel, nel § 3 dell'opera ricordata, aveva mosso analoghi rimproveri alla « fatica puramente storica » dei giuristi del suo tempo (Hugo esplicitamente, ma implicitamente anche Savigny). Si leggevano, su tale problema centrale, queste parole di Bretone:

La « fatica puramente storica » può solo giustificare il dato sulla base delle circostanze. Ma una « giustificazione delle circostanze » (...) non è una « giustificazione valida in sé e per sé », una « giustificazione verace » (...). Per raggiungere questa ultima, bisogna che il dato sia posto a confronto con il « concetto », con la « determinazione universale », che è la legge interna alla realtà e al suo movimento. Al Savigny rimase estranea questa tensione (pur tutta idealistica) fra l'esistente e il concetto. In essa è, invece, il nucleo rivoluzionario del pensiero di Hegel, — il quale ebbe, com'è risaputo, anche esiti conser-

(53) M. BRETONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », VI-1976, pp. 189-211 (199).

vatori e tradizionalistici. E non poteva non averli. Il concetto trionfa sull'esistente spiegando contro di esso la sua forza e affrettandone la fine, ma non si sottrae al pericolo di adeguarsi; sicché la « potenza » del puro esistente « minaccia sempre di risorgere » (si direbbe con Theodor Adorno) « dalla violenza stessa che l'ha spezzata » (54).

In queste notazioni, come del resto nell'intero scritto, Savigny era troppo irrimediabilmente visto, in contrapposizione a Hegel, come il custode geloso del passato, di fronte al filosofo della ragione che si fa storia; e il Savigny del *System* vi appariva testimone di una « ' coscienza ' europea », come pure la scienza giuridica da lui teorizzata: « una coscienza che rimane separata dai processi e dai conflitti reali, li occulta e li esclude dalla sua immagine pacificata del mondo » (55). Ma i problemi erano toccati nel loro punto centrale. Un contrasto assai meno accentuato fra Hegel e Savigny, sulla base degli stessi testi, con riguardo al problema del rapporto fra storia e ragione, fra rispetto del passato ed esigenza del presente, era visto nelle pagine scritte, nello stesso tempo, da Massimo Brutti su *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*. In notazioni incidentali, egli parlava di una « ambiguità del metodo storico, destinato sì a legittimare ciò che esiste, ma anche capace di avvertire la relatività delle istituzioni (come pensava Hegel) e di deciderne il superamento », e poteva osservare: « Il richiamo all'antico è, insieme ad un moderato cosmopolitismo, la via attraverso cui s'introduce il primato del diritto romano e della scienza che si conforma ai suoi modelli » (56).

Giungiamo, nel clima di questo confronto, alle pubblicazioni apparse in occasione del secondo centenario della nascita di Savigny. Sono gli ultimi scritti, a noi forse troppo vicini perché possiamo già ora esserne giudici sereni. Ma si può notare che l'immagine del rapporto fra Hegel e Savigny è dominante, anche

(54) *Ibid.*, pp. 200-201.

(55) *Ibid.*, p. 210.

(56) M. BRUTTI, *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », 5-6, 1976-77. I, pp. 40-103 (64).

se avvertita in modo vario. Si può muovere da un'ampia ricerca di Antonio De Gennaro, mossa da intenti prevalentemente teoretici, e che vuol essere, in modi rinnovati, una *Introduzione alla storia del pensiero giuridico* (57). Nell'ambito di vari « paradigmi » del pensiero giuridico, dopo i paradigmi « cosmologico », « teologico », « meccanicistico », De Gennaro tratta « il paradigma storicistico », come ultimo apparso nella storia del pensiero giuridico, e assegna ad esso una grande estensione, tale che vi sono compresi, in trattazioni giustapposte, autori come Hegel, Duguit e Hauriou, Kantorowicz e Ehrlich, e infine autori direttamente collegati alla rinascita storicistica, ma talora più propriamente idealistica e attualistica, del Novecento italiano. La presentazione dello storicismo hegeliano avviene secondo modi marxistici: Hegel vi è il primo e maggiore esponente della ragione storicistica, condizionata dalla moderna struttura economica capitalistica. Quel che è notevole, ai nostri fini, è che nonostante questa prospettiva critica Hegel non appare contrapposto, bensì avvicinato a Savigny. Anzi, Savigny appare come il corrispondente propriamente giuridico del modo di pensare filosofico hegeliano sul diritto e sulla storia: ed entrambi, Hegel e Savigny, sono visti come sostenitori di una razionalizzazione formale del materiale giuridico (secondo un'esigenza che De Gennaro collega alla « società civile o borghese contemporanea »), sia pure ricercata in modi parzialmente diversi: ma se si guarda al motivo di contesa che dai contemporanei e dai posteri fu sentito come decisivo, cioè il problema della codificazione, ci accorgiamo che « il contrasto fra Hegel e la scuola storica a proposito della codificazione è molto meno sostanziale di quel che non sembri » (58).

Un particolare interesse riveste, ai nostri fini, l'ampia ricerca storica di Maurizio Fioravanti su *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco* (59). È un libro, in certo senso, singolare: muove da ipotesi, e giunge a conclusioni, che possono non essere

(57) A. DE GENNARO, *Introduzione alla storia del pensiero giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979.

(58) *Ibid.*, p. 368. Più ampiamente su Hegel, anche per il confronto con Savigny, pp. 359-383, 443-449.

(59) M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979.

condivise e non convincere; eppure tutta la ricostruzione storiografica è ben condotta e ricca di insegnamenti. Non solo: ipotesi e conclusioni possono cadere, ma un risultato non secondario, cioè un riconoscimento condizionato per la scienza giuridica com'è intesa da Savigny, può essere mantenuto dal lettore come riconoscimento assoluto. Criticando l'astrattezza dei liberali del *Vormärz*, l'autore scrive: « Mai sentiamo parlare (...) di inadeguatezza delle strutture politiche rispetto ad una società civile ormai carica di contraddizioni, portatrice di nuove esigenze non più mediabili all'interno del vecchio quadro istituzionale »⁽⁶⁰⁾. A conclusione del libro, ancora, leggiamo: « il metodo giuridico (...) è prodotto di un'età, che potremmo definire di *neutralizzazione* delle contraddizioni sociali e politiche, nella quale era ancora possibile pensare alla società civile come ad un tutto omogeneo (...) »⁽⁶¹⁾. Come si vede, la « società civile » è intesa nel significato di sfera economica, di insieme degli individui operanti economicamente come singoli, al modo capitalistico; la « società civile » è detta luogo delle « contraddizioni », e questo è termine di origine dialettica, che in molte aree del parlare di oggi ha sostituito la parola « contrasti », non tecnica e non dialettica. Ma una volta che abbiamo detto questo, e quindi collegato anche questa ricerca col linguaggio e con il modo di pensare marxistico, possiamo affermare che questo libro è una equilibrata apologia della grandezza scientifica e della rappresentatività storica di Savigny all'interno dell'Ottocento tedesco. Da Savigny muove il metodo giuridico della scienza tedesca del diritto pubblico che ha meglio corrisposto alla propria vocazione scientifica e civile, cioè al compito di esprimere — non in termini di pura descrizione del potere ma invece in termini di descrizione di regole interindividuali — una realtà culturale connessa alla condizione storica del popolo. Il metodo di Gerber è ricollegato al metodo giuridico di Savigny, ed è contrapposto, in tal modo, al metodo successivamente elaborato da Laband. Si leggono queste affermazioni: « Il punto di frattura non sta tra il *Volksgeist* di Savigny e lo *Staat* di Gerber e di Laband, ma tra il primato della scienza

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.*, p. 56.

⁽⁶¹⁾ *Ibid.*, p. 422.

giuridica in Savigny ed in Gerber, ed il primato della volontà statutale in Laband » (62). Il concetto di *Volk*, pur nelle sue radici romantiche, è visto come la matrice culturale, e anche ricca di significato politico, della scienza giuridica di Savigny: e questo libro può esser letto come una storia della presenza di Savigny nell'Ottocento tedesco. Apprezzando la critica di Gierke a Laband, l'autore scrive che sulla via voluta dal secondo « ciò che viene 'perduto' è nient'altro che quel primato della scienza giuridica, che abbiamo visto correre per tutto il secolo, da Savigny fino ai *Grundzüge* di Gerber » (63). In Gierke, come poi in Hänel, è « l'opposizione ad un progressivo processo di riduzione del diritto a strumento di potere » (64); Gierke e Hänel, che incarnano « due tipi diversi di tradizione liberale » (65), si rivelano « portatori di una nozione di *diritto* quale necessario ordine sociale, quale struttura dell'intera vita collettiva, quale *Costituzione* vincolante lo stesso potere politico e la sua contingente espressione di volontà »; la loro « è un'idea che ha profonde radici in tutto l'Ottocento tedesco, che ha la sua fonte prima in Savigny, ed il suo momento di massimo splendore con Gerber, quando tenta di applicarsi alla dinamica dello stesso potere politico » (66). Laddove il libro di Wilhelm del 1958 vedeva sorgere da una sistematica senza storia, quella di Savigny, la sistematica di Laband sul potere, il libro di Fioravanti vede una linea Savigny-Gerber che incarna una visione del diritto come struttura superiore alle parti, ivi compresa la parte del potere politico, che Laband si limita invece a descrivere come tale. Il libro di Fioravanti può essere posto accanto a quello di Rückert su Reyscher, del 1974, del quale amplia lo sguardo, estendendolo a tutta la vicenda della scienza giuridica ottocentesca: ma analogo è il giudizio sul metodo di Savigny, che vedeva nel diritto un sistema di regole pro-mananti da una condizione culturale. Questa condizione culturale, espressa romanticamente con il concetto di popolo, posta

(62) *Ibid.*, pp. 347-348.

(63) *Ibid.*, p. 364.

(64) *Ibid.*, p. 376.

(65) *Ibid.*, p. 385.

(66) *Ibid.*, p. 386.

alla base della scienza giuridica, è vista come uno spontaneo, armonico accomodamento di interessi e di visioni individuali: si ha quello che Rückert chiama « Privatrechtsliberalismus » (67), e che Fioravanti descrive come « prospettiva, di stampo kantiano », la quale « conduce all'esaltazione del diritto privato, inteso come strumento principe di organizzazione di tutto l'assetto sociale » (68), anch'essa riconducibile alla « tradizione liberale » che in varie forme è presente nell'Ottocento tedesco (69). La contrapposizione di Savigny a Hegel è presente anche in questo libro italiano, che anzi ha uno dei suoi meriti, proprio come il libro di Rückert, nell'analisi della tradizione hegeliana, da Hegel a Marx a Stein a Ruge e agli « hegeliani liberali » (70). E la contrapposizione ruota tutta intorno alla distinzione tra stato politico e società civile, secondo la terminologia hegeliana. La contrapposizione è così illustrata:

Le idee del fondatore della Scuola storica (...) si riassumono nel primato del diritto privato sul pubblico, della scienza sulla legislazione, ed in genere sugli strumenti della politica. L'itinerario teorico di Hegel (...) è in direzione opposta, e conduce all'esaltazione dello Stato e della sua capacità di controllo sulla società civile, del diritto pubblico rispetto al diritto privato. Anche Hegel (...) pone al centro dell'indagine, non l'individuo singolo, ma la totalità etica del *Volk*, ma l'eticità hegeliana non si traduce, come in Savigny, nel primato assoluto dei dati obiettivi, nel rifiuto della contraddizione (...), ma nella consapevolezza dell'insufficienza di una prospettiva individualistica, che fonda tutto il sistema della vita collettiva su di un naturale accomodamento delle sfere private. (...) mentre Savigny vive ancora tutto dentro alla tradizione classico-aristotelica, e concepisce lo Stato come una delle forme di convivenza umana, seppure la più perfezionata, distinta dalle società politiche minori (come la famiglia) solo per grado, ma non per sostanza, per Hegel lo Stato è il prodotto più tipico dell'età moderna, e si contrappone ad una società in via di progressiva depolitizzazione (71).

(67) J. RÜCKERT, *op. cit.*, p. 255.

(68) M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 66.

(69) *Ibid.*, pp. 385-386.

(70) *Ibid.*, pp. 145-149.

(71) *Ibid.*, pp. 65-66.

In queste osservazioni, la « società civile », così detta secondo la terminologia hegeliana, è la sfera delle relazioni di diritto privato — ed è questa una caratterizzazione assai più conforme ai significati hegeliani che non l'altra, che percorre tutto il libro, e che accentua gli aspetti economici —. Ma è anche la sfera che per Savigny comprende l'interesse delle relazioni giuridiche in senso proprio. Quindi, la « società civile » di Hegel potrebbe dirsi anche l'equivalente del mondo del diritto descritto, teorizzato e celebrato da Savigny. La « società civile » di Hegel — detta da lui anche « stato esterno, — stato della necessità e dell'intelletto » — è il mondo delle relazioni propriamente giuridiche, in quanto relazioni tra uguali, garantite da un potere superiore alle parti. Savigny non ha bisogno — come non ne ha bisogno Kant — di un ulteriore potere, superiore a questo già presente nella « società civile », nella *societas civilis* di cui ha parlato tutta la tradizione del pensiero occidentale. Invece Hegel ne ha bisogno, per una serie di motivazioni sistematiche, e giunge coerentemente alla menzionata « esaltazione dello stato e della sua capacità di controllo sulla società civile ». Si può pensare — è una prospettiva di derivazione marxistica, ma assai diffusa, senza un chiaro assenso teoretico, al di là di questa corrente di pensiero — che la « società civile », con il suo disordine (non più il « naturale accomodamento » di Savigny!), un disordine essenzialmente economico, abbia al di sopra di sé (e ne abbia bisogno) un potere di scelta politica che ne risolva i contrasti di interessi e di vedute. Ma si può anche pensare che la « società civile » del linguaggio classico-aristotelico, ovvero « la più perfezionata delle società politiche », sia essa stessa lo stato (pur avendo entro di sé « società politiche minori », che anzi sono un segno di vitalità della condizione culturale), e come tale abbia inevitabilmente tra i suoi compiti proprio quello di mediare i contrasti che sorgono dal suo seno, di risolvere i conflitti tra singoli e gruppi, di armonizzare le pretese contrastanti dei vari destinatari delle sue norme. Allora non esisterebbe più — e non ce ne sarebbe bisogno — uno « stato politico » superiore alla « società civile »; oppure ce ne potrebbe essere anche bisogno, ma sarebbe uno di quei bisogni insani e pericolosi dell'uomo moderno, che lo hanno indotto a realizzare con qualsiasi mezzo una compiuta armonia.

su questa terra. Si potrebbe allora concludere, come ha concluso recentemente Norberto Bobbio uno studio su *Diritto privato e diritto pubblico in Hegel*, che « i soli stati in cui almeno sino ad ora la società civile è stata completamente assorbita in quella 'organizzazione del tutto', in cui Hegel vedeva l'essenza dello stato, sono gli stati totalitari » (72). Hegel non voleva un « completo assorbimento », che pur è avvenuto in chi è partito da Hegel, muovendo verso sinistra o verso destra; né certamente lo vogliono oggi molti che pur prendono le mosse dalla contrapposizione, più hegeliano-marxistica che hegeliana, di « società civile » e « stato politico ». Per Hegel quel mondo della « società civile » era proprio una « esaltazione del diritto privato », una « prospettiva di stampo kantiano » (73). Kant certamente era visto come il teorico di essa; ma anche Savigny — pur così aspramente avversato da Hegel su un punto come la codificazione (un punto sistematicamente non essenziale, non decisivo, forse controvertibile anche sistematicamente proprio muovendo dai punti di vista hegeliani (74)) — anche Savigny avrebbe potuto da Hegel esserne visto come il teorico, come il testimone più alto nel mondo del diritto: quel Savigny che per molti aspetti può essere ed è accostato alla prospettiva kantiana. Hegel non aveva di fronte a sé tutta l'opera di Savigny; forse non intese in termini esatti neppure l'opera di Savigny che aveva di fronte a sé, trascinato com'era dalla polemica contro il soggettivismo romantico, che vedeva anche dove non era. Ma quei termini esatti possiamo ben vederli noi, che siamo i posteri di Hegel e di Savigny.

Questo libro di Fioravanti giunge, talvolta implicitamente, con la sua interpretazione generale del ruolo di Savigny nel pensiero giuridico dell'Ottocento, anche ai risultati orora accennati, e consente di vedere in modo approfondito e nuovo il rapporto di Savigny con Hegel. Talora, le presenti osservazioni vanno al

(72) N. BOBBIO, *Diritto privato e diritto pubblico in Hegel*, in « Rivista di filosofia », LXVIII-ottobre 1977, nn. 1-2-3, pp. 3-29 (29).

(73) M. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 66.

(74) Ho svolto più ampiamente altrove questa considerazione: G. MARINI, *Struttura e significati della società civile hegeliana*, in *Il pensiero politico di Hegel - Guida storica e critica*, a cura di C. Cesa, Bari, Laterza, 1979, pp. 57-82, 232-236 (69).

di là dei suoi punti di vista, e vedono celebrato in Savigny il valore perenne del diritto, che è mondo di relazioni tra individui, i quali nella storia e nella vita sono tra loro in accordo e in contrasto. Ma i punti di vista espressi in questo libro forse consentono o avviano le osservazioni fin qui svolte. Se invece ci volgiamo a considerare altri lavori apparsi nel secondo centenario, ritorniamo spesso alla contrapposizione, più nota e meno fertile, di Savigny a Hegel (o alla linea Hegel-Marx); dell'interprete giuridico della realtà capitalistica al filosofo consapevole delle « contraddizioni » dell'età moderna, al filosofo che ha annunciato la via di chi avrebbe anche compreso il senso universale di questa storia moderna, come storia di lotte di classi. Un libro italiano, avvolto in un linguaggio di difficile decifrazione, colloca Savigny all'inizio del cammino della scienza giuridica europea ottocentesca, nella quale dominerebbe l'astrazione peculiare della « società borghese » (75). In questa opererebbe « un sistema di astrazioni e di forme, le quali presentano questa proprietà: occultata la *razionalità oggettiva dei rapporti sociali di produzione* da cui scaturiscono, queste astrazioni si presentano non più come determinazioni formali di rapporti resi ormai astratti e indipendenti, oggettivi e separati, ma come selezioni normative operate nell'universo del possibile e quindi come scelte attraverso le quali si struttura un sistema formale autonomo che produce la coesione dei sistemi disgregati della società borghese » (76). « La conclusione che si può trarre dalle fatiche della scienza giuridica avviata da Savigny » — una conclusione non propriamente originale — sarebbe che « la libertà dei moderni (...) è la libertà che si esprime nella proprietà privata »; che « il soggetto del diritto è il proprietario privato, così come lo spirito del diritto è lo spirito della proprietà privata »; che « la positività del diritto garantisce il dominio della libertà solo attraverso la libertà del dominio che si esercita nella proprietà privata » (77). La critica

(75) R. DE GIORGI, *Scienza del diritto e legittimazione - Critica dell'epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*, Bari, De Donato, 1979 (su Savigny: pp. 27-44).

(76) *Ibid.*, pp. 16-17.

(77) *Ibid.*, p. 41.

a Savigny è qui condotta sul filo della critica giovanile di Marx nonché di autori che ad essa si richiamano, in questa cronaca già considerati o ancora da considerare; e leggiamo che nelle proposizioni ora riportate si troverebbe descritto « il misticismo filosofico a cui è piegata l'attività della scienza nella concezione di Savigny », in « una concezione intrisa di difficoltà che arrivano fino alla contraddizione » (78). Questa critica, in verità, è di chiara ispirazione marxistica, non hegeliana, e se qui è stata riferita è perché essa mostra le conseguenze estreme a cui conduce la contrapposizione, più volte considerata, tra Hegel (o Hegel-Marx) e Savigny. La critica di « misticismo », che il giovane Marx rivolgeva con qualche fondamento a Hegel, qui è rivolta a Savigny: con un fondamento che non appare chiaro a chi sia abituato a leggere Savigny. Ma la scienza giuridica moderna « borghese » è vista tutta consistere in un processo di distacco dalla verità, alla quale invece si richiamava il giusnaturalismo; con Savigny si avrebbe una « conversione metodologica », consistente « nella fondazione del sistema sulla positività, anziché come precedentemente sulla verità » (79). La scienza giuridica, da Savigny in poi, si fonderà sulla contingenza, non sulla verità, e sarà collaboratrice del « progetto giuridico borghese », del « progetto repressivo » della borghesia, delle sue « forme del dominio e dello sfruttamento ». Lo sforzo del moderno esegeta di Savigny (come dell'esegeta di Jhering, di Kelsen, e così via) sarà di comprendere « gli sforzi che inutilmente il pensiero giuridico borghese ha compiuto », senza « giudizi sommari e affrettati (...) », che comportano soltanto il rischio di fiaccare la lotta politica contro il pensiero della repressione » (80).

La citazione da questo libro si imponeva per indicare il punto-limite a cui ha condotto la contrapposizione Hegel-Savigny. Se qui Hegel non appariva, vi appariva però Marx, che da altri

(78) *Ibid.*

(79) *Ibid.*, p. 20.

(80) *Ibid.*, p. 23. Su Savigny « bersaglio preferito della critica ideologica del diritto », anche con riferimento al libro di P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico* (Napoli, 1973), vedi ora le considerazioni serene di F. DE MARINI, *Savigny - Antologia di scritti giuridici*, Bologna, Il Mulino, 1980, « Introduzione », pp. 7-39 (28-29).

era visto, nel contesto di una eguale critica a Savigny, come suo precursore e come suo completamento filosofico. Il cammino iniziato con Wilhelm portava a queste ultime conclusioni. Esse trovano ora riscontro in alcuni contributi dell'ampia silloge apparsa in Spagna sotto il titolo *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX* ⁽⁸¹⁾. Questa raccolta — il maggior bilancio finora noto nell'ambito delle pubblicazioni per il secondo centenario — vede accostati contributi variamente orientati: 1) indagini su aspetti parziali dell'opera di Savigny, che esulano come tali dal nostro interesse; 2) presentazioni storiografiche complessive, che implicano un giudizio globale sull'attività di Savigny nella cultura giuridica europea; 3) trattazioni più direttamente connesse ai temi, fin qui toccati, del rapporto di Savigny con Hegel e con Marx. Un cenno a due contributi della seconda categoria, i più ampi per sguardo storiografico, e pregevoli per serenità critica, che sono dovuti a Felipe González Vicén (*La Escuela histórica del derecho*) ⁽⁸²⁾ e a Helmut Coing (*Savigny und die deutsche Rechtswissenschaft*) ⁽⁸³⁾. González Vicén ricostruisce il cammino della scuola storica del diritto, indicando premurosamente le fonti e le ramificazioni di essa, consapevole della ricchezza culturale dell'età preromantica e romantica. V'è qui la coscienza del valore filosofico e metodologico dell'opera di Savigny nella sua epoca; possiamo leggere un giudizio, che si armonizza con la tradizione di studi che va da Rothacker a Thieme a Wieacker: « La scuola storica rappresenta, insieme alla filosofia di Hegel, la grande potenza dell'epoca, e il metodo inaugurato da Savigny trasferisce le frontiere del diritto per convertirsi nel principio fecondatore di tutte le scienze dello spirito » ⁽⁸⁴⁾. Si riconosce qui l'ascendenza nel pensiero di Dilthey, e Savigny è visto in tutta la sua grandezza storica: alla quale tutto lo scritto di González Vicén rende giustizia. Il bilancio di Helmut Coing sul significato anche attuale di Savigny per la scienza giuridica si svolge con

⁽⁸¹⁾ *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, in « Anales de la cátedra Francisco Suarez », XVIII-XIX, 1978-1979.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, pp. 1-48.

⁽⁸³⁾ *Ibid.*, pp. 83-100.

⁽⁸⁴⁾ *Ibid.*, p. 13.

sicurezza metodologica: per quanto riguarda i nostri problemi, e per la collocazione storica di Savigny, possono valere le misurate parole conclusive, che riconducono Savigny nel suo tempo ma insieme ne mostrano la grandezza. « Il filosofo Georg Simmel ha notato una volta come il rilievo di un filosofo si determini secondo che egli abbia creato 'categorie elementari della comprensione del mondo'. Io credo che Savigny possa rivendicare di aver creato e attuato una tale intuizione per il diritto privato. Egli ha formulato una possibile visione del diritto e, credo, una visione altamente adeguata allo spirito della cultura giuridica europea » (85).

In questa stessa raccolta di studi troviamo tre contributi più strettamente legati ai nostri temi, e rivolti ad analizzare il rapporto di Savigny con Hegel e con Marx. Tutti e tre muovono da punti di vista dialettici: marxistici, o hegeliano-marxistici, o hegeliani. L'espressione più rigida proviene da uno studioso tedesco-orientale, Hermann Klenner, il cui marxismo è di stretta osservanza scolastica (86). Da un lato è rappresentata una linea regressiva, la quale comprende Hugo e Savigny, è imparentata con le figure reazionarie della cultura giuridica e politica del tempo, come Haller, ed è nettamente separata da Herder. Dall'altro lato è rappresentata una linea progressiva, dialettica, che da Hegel (lo Hegel del § 3 della *Philosophie des Rechts*) va al giovane Marx. Sul versante giuridico, il pensiero progressivo è rappresentato, più che da Thibaut, da Paul Johann Anselm Feuerbach. La celebre concezione savignyana della intera scienza giuridica come storia giuridica non avrebbe un senso storico bensì soltanto filologico, e avrebbe portato a erronee interpretazioni (« l'affermazione di Savigny, inducente a false interpretazioni: l'intera scienza del diritto non è nient'altro che la storia del diritto, non è assolutamente prova di un senso storico, è molto di più prova di un senso filologico ») (87). Di più, questa affermazione, interpretata in modo da essere « in pericolosa vicinanza alla teoria

(85) *Ibid.*, p. 100.

(86) H. KLENNER, *Savigny und das historische Denken in der Rechtswissenschaft*, *ibid.*, pp. 133-169.

(87) *Ibid.*, p. 164.

giuridica e sociale del marxismo» (Wieacker!), dev'essere invece vista derivare dalla « concezione non-dialettica, quindi non-storica », propria di Hugo e di Savigny ⁽⁸⁸⁾. Rispetto al pensiero propriamente reazionario di Hugo (l'autore si meraviglia che ci sia stato chi ha visto nel suo pensiero — Viehweg! — aspetti illuministici e critici) ⁽⁸⁹⁾, Savigny ha pure una sua diversa funzione storica: « Il ruolo specifico di Savigny all'interno della scuola storica del diritto consiste precisamente nel fatto che egli ha portato a compimento il suo passaggio da una scuola feudale a una scuola borghese » ⁽⁹⁰⁾. La grandezza di Hegel sta nell'aver egli, « in polemica del resto con i capi della scuola storica del diritto, integrato in modo metodologicamente consapevole il diritto nella totalità della storia della società »; mentre Savigny non andò oltre l'aver soddisfatto i « bisogni progressivi » della borghesia tedesca « in modo reazionario »: « la sua grandezza rispecchia la miseria della borghesia tedesca » ⁽⁹¹⁾. Con queste considerazioni e con questa frase, che ricorda il Lukács più dogmatico, si chiude lo scritto più avvolto nelle formule della rigidità marxistica. Qui tutto assume toni inequivocabili: positivo e negativo, luce e tenebre, ragione dialettica e mera venerazione filologica del passato. Che Savigny abbia parlato di storia e di totalità fin dalla *Juristische Methodenlehre*, qui diviene dettaglio insignificante di fronte al pensiero dialettico e alla sua comprensione della totalità storica. Per chi viva *in partibus infidelium*, sono dogmi noti e valutati da tempo, anche nei loro esiti pratici. Accanto a tale analisi di Klenner, si pone nello stesso volume lo studio di Wolf Paul, *Marx versus Savigny*, che affronta nella sua centralità la questione del rapporto fra pensiero storico di Savigny e pensiero dialettico hegeliano-marxistico, ponendosi da un punto di vista che vede Marx come prosecutore di tendenze filosofiche già presenti in Hegel: un Marx in luce hegeliana, più che un Hegel in luce marxistica ⁽⁹²⁾. « Una tenace critica, da Jhering,

⁽⁸⁸⁾ *Ibid.*, p. 141.

⁽⁸⁹⁾ *Ibid.*, p. 146.

⁽⁹⁰⁾ *Ibid.*

⁽⁹¹⁾ *Ibid.*, p. 169.

⁽⁹²⁾ W. PAUL, *Marx versus Savigny, ibid.*, pp. 243-269.

Kantorowicz, Ehrlich fino a Bloch, ha posto in questione l'immagine convenzionale di Savigny»; il quale non è più il geniale rinnovatore della scienza giuridica, che poté esser paragonato a Kant e a Goethe ⁽⁹³⁾. Dopo il «cauto bilancio» di Wieacker, dopo il giudizio di Larenz, non si deve pur rimanere alle loro valutazioni, giacché Savigny non è «il rinnovatore della scienza giuridica» (Wieacker), né «il fondatore della moderna scienza del diritto» (Larenz) ⁽⁹⁴⁾. Non sembra neppur possibile intendere Savigny, come invece vorrebbe Coing nel contributo presente in questo stesso volume, in una sua storica grandezza di «filosofo» (...) che ha creato categorie elementari della comprensione del mondo» ⁽⁹⁵⁾. Dall'altro versante, l'autore rifiuta anche i risultati degli «esaltatori» del marxismo, il cui compito consiste nell'adattare il linguaggio usato dal marxismo ai pensatori borghesi del diritto del secolo XIX»: come il sopra ricordato Klenner, occorre ripensare Marx e la teoria marxista del diritto, che sarebbe troppo facilmente negata (per esempio da Bobbio) ⁽⁹⁶⁾. L'analisi di Paul è diretta a individuare i fondamenti filosofici di una critica a Savigny, nello stesso Marx giovane, e in Hegel prima di lui; ché anzi Hegel deve proprio servire a integrare Marx nei suoi fondamenti filosofici ⁽⁹⁷⁾. «L'analisi metodologica di Hegel si mostra così come il necessario complemento della critica marxiana del relativismo» ⁽⁹⁸⁾. Un tale Marx visto sul fondamento della filosofia hegeliana offre — questa è la tesi — «la prima critica 'moderna' che scopre, o almeno denuncia, i problemi di fondo della scienza giuridica del secolo XIX: 'storicismo-relativismo', 'positivismo-problematica della legittimazione', 'riduzione-sincretismo metodologico'» ⁽⁹⁹⁾. Le prese di posizione di Hegel e di Marx sono ripercorse con riguardo a questi obiettivi polemici: Hugo e Savigny furono i teorici di uno storicismo relativistico. La critica di Marx, polemicamente e satiricamente

⁽⁹³⁾ *Ibid.*, p. 243.

⁽⁹⁴⁾ *Ibid.*, p. 244.

⁽⁹⁵⁾ *Ibid.*, p. 268.

⁽⁹⁶⁾ *Ibid.*, p. 245.

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*, pp. 245, 249, 263-269.

⁽⁹⁸⁾ *Ibid.*, p. 267.

⁽⁹⁹⁾ *Ibid.*, p. 245.

esagerata, deve essere integrata con la critica di Hegel a Hugo, nel § 3 della *Philosophie des Rechts*: ove Hegel — per usare la terminologia moderna di Albert, ha distinto tra «genesi e validità», ovvero, per usare la terminologia di Lorenzen, ha distinto tra «genesi fattuale e normativa» ⁽¹⁰⁰⁾. Lo storicismo di Hugo e di Savigny, sempre a un passo dal riconoscimento relativistico di ciò che esiste, deve essere corretto in uno storicismo filosofico, che giudichi della validità di ciò che esiste: Hegel e Marx, in questo senso, possono offrire gli strumenti filosofici.

Non riconducibili a una prospettiva marxistica, ma semmai a un hegelismo progressista, e basate direttamente sulle fonti hegeliane, sono le «riflessioni sistematiche per la fondazione di una scienza giuridica tra giurisprudenza e filosofia», come suona il sottotitolo del contributo di Wolfgang Schild, *Savigny und Hegel* ⁽¹⁰¹⁾. La fonte principale di questo scritto è costituita dalla *Philosophie des Rechts*, nei luoghi talora già visti, e soprattutto negli accenni importanti del § 212 e della sua annotazione. Hegel appare qui utilizzato per andare oltre Hegel, nel senso di preparare il terreno a una futura scienza giuridica che superi la netta divisione hegeliana di giurisprudenza e filosofia del diritto, come è enunciata nella annotazione al § 212; la quale annotazione confina la scienza giuridica nella sfera dell'intelletto e dei suoi rigidi limiti, e riserva alla filosofia il compito della comprensione universale, l'ambito della ragione. Savigny, dal canto suo, ha teorizzato una scienza giuridica insieme storica e sistematica, ha parlato di un'organicità dell'intero e del popolo, ha dato nella dottrina dell'istituto giuridico un esempio di concretizzazione di quell'organicità totale che è il *Volksggeist*. Occorrerà valersi di Hegel, e grazie alla sua critica superare il «carattere mistico-irrazionale» della dottrina di Savigny ⁽¹⁰²⁾, abbandonare il suo richiamo alle «silenziose forze» della storia ⁽¹⁰³⁾, evitare la scientificità conseguente a un simile modo di guardare alla storia, vale a dire una scienza giuridica che divenga un «gioco delle perle di

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibid.*, p. 264.

⁽¹⁰¹⁾ W. SCHILD, *Savigny und Hegel, ibid.*, pp. 271-320.

⁽¹⁰²⁾ *Ibid.*, p. 293.

⁽¹⁰³⁾ *Ibid.*, p. 299.

vetro » ⁽¹⁰⁴⁾ (*Glasperlenspiel*: ma si potrebbe immaginare un più bell'elogio di Savigny?). Occorrerà delineare i contorni di una scienza giuridica dopo Hegel, e sembra di poter dire che nella prospettiva dell'autore di questo contributo, forse stravagante ma non banale, un Savigny corretto con Hegel possa dare l'avvio a una « scienza giuridica dialettica », la quale vada « oltre la filosofia » ⁽¹⁰⁵⁾: giacchè la filosofia non deve essere sopravvalutata nelle sue possibilità di fronte al diritto. La filosofia « può soltanto e deve elaborare quali determinazioni legislative siano razionali e essenziali »; ma « il filosofo non può essere un legislatore », né riguarda la filosofia « ciò che gli uomini costituiscono come loro diritto », come essi si autodeterminino nella libertà: e su ciò la filosofia non può neppure « far profezie ». Parole indubbiamente hegeliane, nella lettera e nello spirito; di fronte alle quali l'autore peraltro rivendica l'urgenza di una scienza giuridica dialettica e filosofica, che sia consapevole della critica svolta dalla filosofia nei confronti dell'esistente, e nello stesso tempo elabori una sistemazione del materiale storico-giuridico alla luce della ragione ⁽¹⁰⁶⁾.

Qualche cenno meritano infine, a conclusione di questo esame della tendenza hegeliano-marxistica nei nostri studi, gli scritti francamente, schiettamente marxistici dello studioso tedesco-orientale Horst Schröder, e soprattutto lo scritto dallo sguardo più ampio e quindi più direttamente connesso alla problematica filosofica, *Zur historischen Methode F.K. v. Savignys*, del 1979 ⁽¹⁰⁷⁾. Già in suoi scritti precedenti, su Gans del 1964 e su Savigny del

⁽¹⁰⁴⁾ *Ibid.*, p. 301.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibid.*, p. 318.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibid.*, p. 320.

⁽¹⁰⁷⁾ H. SCHRÖDER, *Zum Gedenken an Eduard Gans*, in « Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin - Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe », XIII-1964, pp. 515-522; *Über die Stellung und die Auffassungen Carl Friedrich von Savignys zum Wesen und zu den Aufgaben der Universitäten in seiner Zeit*, in « Wissenschaftliche Zeitschrift der Humboldt-Universität zu Berlin - Gesellschafts- und Sprachwissenschaftliche Reihe », XVII-1968, pp. 413-429; *Friedrich Karl von Savigny*, in « Staat und Recht », XXVIII-1979, pp. 158-166; *Zur historischen Methode F.K.v.Savignys*, in « Sammelband zur Staats- und Rechtsgeschichte », Univerzita Karlova, Praha 1979, pp. 71-103.

1968, l'autore aveva contrapposto storicismo hegeliano e storicismo savignyano, storicismo dialettico e storicismo empirico-evoluzionistico. Entrambi, Gans e Savigny, erano visti come rappresentanti della nuova coscienza borghese e della nuova scientificità borghese in Germania; e in questa caratteristica comune lo stesso Savigny poteva apparire in suoi tratti liberali e progressivi. La contrapposizione era di due ordini. In primo luogo era una contrapposizione filosofica; perché Gans era filosofo hegeliano e dialettico, mentre Savigny era giurista-storico non-hegeliano e non-dialettico, e collegato con le tendenze storico-pragmatiche settecentesche, che soltanto aveva portato a maggior livello scientifico e a maggior dignità culturale. In secondo luogo era una contrapposizione politica, certamente connessa con la contrapposizione filosofica. Gans era filosofo-giurista progressista pur all'interno della propria collocazione borghese; e ciò si vedeva con riguardo alla concezione della proprietà e del possesso. Savigny era anch'egli giurista borghese, sì, ma all'interno di una visione politica e di una azione politica generale sottomessa e asservita a un sistema politico burocratico-feudale: e tale rimaneva pur se aveva avvertito, per esempio scrivendo sull'essenza dell'università tedesca, isolate esigenze liberali e progressive. La contrapposizione, filosofica e politica, era posta quindi tra Savigny e Gans, ed in questo gli scritti di Schröder, che poca risonanza avevano avuto al di fuori del loro paese, avevano percorso una linea storiografica che in seguito si sarebbe chiaramente affermata, sulla base di autonomi fermenti e germi di pensiero, fioriti in altro ambiente politico e culturale. Ma quella contrapposizione tra Savigny e Gans poteva benissimo essere contrapposizione tra Savigny e Hegel, tra storicismo romantico non-dialettico della scuola storica nel suo complesso (non solo della scuola storica del diritto) e storicismo dialettico hegeliano. In quelle pagine rigide di Schröder tutto procedeva secondo i principii di una visione filosofica della storia e della cultura che non ammette soverchie sfumature, e i riconoscimenti a Savigny, si direbbe una latente simpatia per la sua figura e per la sua opera, apparivano come tratti forse incoerenti ma perciò ancor più significativi, nel mezzo di una visione dualistica basata sui criteri del progresso e della conservazione. La polemica indubbia tra Gans e Savigny,

e il contrasto indubbio tra il giurista ebreo, liberale e cosmopolita, e il più complesso e multiforme Savigny veniva condizionata dall'esser visto il primo come il rappresentante della filosofia dialettica nel campo del diritto. Il contrasto ne acquistava un risalto, una radice, e una capacità di irradiazione, forse sproporzionati all'effettivo dissenso storico. È però significativo che un diversissimo scritto di un diversissimo autore, uno scritto assai documentato, attento alle sfumature, pieno di simpatia per Gans, intitolato con ironia triste *Schwan und Gans*, contrapponga nell'anno 1979 ancora il giurista-storico Savigny e il giurista-filosofo Gans, come si contrappongono la conservazione e il progresso; e ciò accade in uno scritto di Johann Braun⁽¹⁰⁸⁾, che sorge sulla base di una solida conoscenza delle tessiture sottili della cultura, della politica, dei rapporti personali, propri al tempo dei due antagonisti. L'antagonismo v'era, ma quanto nello scritto recente di Braun è spiegato sulla base delle circostanze e delle differenze culturali, negli scritti precedenti di Schröder è collegato al contrasto fra due visioni del mondo.

Questo medesimo contrasto, radicale e fondamentale, riappare nel saggio prima ricordato di Schröder, del 1979, sul metodo storico in Savigny. Anche qui è detto che Savigny ha avuto su alcuni temi, come sull'essenza e sui compiti dell'università, vedute progressive⁽¹⁰⁹⁾. È anche detto — ed è il massimo che possa esser detto da uno studioso dialettico su di un autore non-dialettico — che Savigny affermò chiaramente non avere il diritto alcuna esistenza per sé (*kein Daseyn für sich*); ed anzi essere il diritto « piuttosto la vita degli uomini stessi, riguardata da un lato particolare »⁽¹¹⁰⁾. Società e storia, afferma Schröder, coerente con il suo credo marxistico, possono essere comprese soltanto se considerate in modo totale; chi non guarda alla totalità rimane fisso a una descrizione limitata, ristretta, unilaterale, superficiale⁽¹¹¹⁾. Savigny ha affermato, nelle sue dichiarazioni di prin-

(108) J. BRAUN, *Schwan und Gans - Zur Geschichte des Zerwürfnisses zwischen Friedrich Carl von Savigny und Eduard Gans*, in « Juristenzeitung », XXXIV-1979, pp. 769-775.

(109) H. SCHRÖDER, *Zur historischen Methode F.K.v.Savignys*, cit., p. 73.

(110) *Ibid.*, p. 75.

(111) *Ibid.*, p. 72.

cipio, una simile necessità, ma poi, nelle applicazioni pratiche, si è limitato a una mera descrizione del diritto e della scienza giuridica, isolate dalla complessità contraddittoria della realtà storico-sociale ⁽¹¹²⁾; da una complessità contraddittoria che può esser compresa soltanto sulla base della considerazione dei contrasti di classe, quale è offerta, in forma scientifica, dal materialismo storico-dialettico ⁽¹¹³⁾. Molte affermazioni savignyane sulla necessità di una connessione del diritto con la totalità, in sé corrette, non operano efficacemente per la mancanza dello strumento intellettuale che solo potrebbe renderle operanti, e che è la visione della storia come teatro dello scontro di classe ⁽¹¹⁴⁾. Chiarificatore è il confronto con Hegel. « A differenza di Hegel, che con il suo spirito oggettivo volle fondare la storia dello svolgimento umano, il che rese il suo sistema storico-filosofico e la sua dialettica idealistica un precorrimento degli ulteriori processi materiali e spirituali, Savigny pone al culmine della sua dottrina concetti formali, non combacianti né con la storia né con la sua teoria stessa » ⁽¹¹⁵⁾. « Egli ha evitato con cura di confrontare teoreticamente il suo 'principio organico' con la dialettica hegeliana (...) ». L'opera scientifica di Savigny può esser vista come ispirata al programma di un compromesso « fra gli interessi di classe della feudalità e della borghesia » ⁽¹¹⁶⁾. Le tesi affacciate, nel campo della storiografia e della sistematica, sulla necessità di un sistema storico — in sé giuste e progressive — mostrano peraltro la loro condizionatezza e la loro unilateralità, in quanto manca ad esse la considerazione della dialettica storica come dialettica di classe ⁽¹¹⁷⁾; — né potrebbe essere altrimenti, come ormai dovrebbe esser chiaro: non essendo egli stato pensatore dialettico, e quindi precursore di Marx, a Savigny non può competere grandezza teorica e rappresentatività storica maggiore di quelle che Schröder sobriamente e onestamente gli riconosce —.

⁽¹¹²⁾ *Ibid.*, p. 78.

⁽¹¹³⁾ *Ibid.*, p. 82.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibid.*, pp. 83-84.

⁽¹¹⁵⁾ *Ibid.*, p. 87.

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 95.

⁽¹¹⁷⁾ *Ibid.*, p. 98.

Con l'esame delle voci hegeliano-marxistiche presenti nella silloge savignyana provenutaci dalla nuova Spagna, e poi degli scritti di Schröder, un bilancio può già esser tratto. Forse, talora qui Savigny riceve qualche giustizia di fronte al presente e ai suoi compiti. Chi però non sia pensatore dialettico, potrà ritenere che la stessa scienza giuridica di Savigny non ignorava, per esser costretta in un suo vizio d'origine di non-dialetticità, i compiti della scelta fra ciò che è morto e ciò che è vivo nella storia; al di là delle specifiche scelte politiche, delle quali non si deve ora trattare. Si potrà ribattere a Schild, a Schröder, ai molti altri autori che confrontano Hegel a Savigny, che Savigny, e lo storicismo non-dialettico del quale egli fu momento essenziale, non furono per loro essenza, e per necessaria vocazione di tale storicismo, condannati ad accettare come razionale e giusto tutto ciò che esiste; e che indubitatamente non lo furono più di quanto non lo fosse la filosofia dialettica di Hegel, e di quanto non lo sia (oggi lo vediamo in altre esperienze storico-politiche, pur esse esistenti) la filosofia dialettica dei suoi successori.

4. Come s'è visto, sembra proprio che il clima di questi anni, nel campo dei nostri studi, sia in larga misura caratterizzato dalla contrapposizione di due concezioni della storia, o di due storicismi. Da un lato sono posti Savigny e gli autori della scuola storica del diritto, raramente inseriti nel contesto dell'età e della cultura che fu loro: la storia sarebbe vista da essi come un divenire lento, costante, armonico, quasi una natura che non compia salti e non vada soggetta a scosse. Dall'altro lato è posto Hegel, visto come precursore di Marx, anzi talora come il vero filosofo del marxismo, nel senso di colui che ha fornito le categorie logiche e i principii metafisici al modo marxistico di analisi della realtà sociale: la storia sarebbe qui un divenire segnato da vicende alterne, contrasti, rotture; un divenire soggetto alle leggi della dialettica. Se guardiamo più in profondità, vediamo che il contrasto sarebbe tutto collegato al diverso modo di concepire il rapporto fra la ragione e la realtà. La realtà umana, negli autori della scuola storica, sarebbe essa stessa da accettare come dotata di un intrinseco valore, nelle configurazioni sapienti che ha raggiunto, nelle descrizioni e sistemazioni che ce ne hanno

dato i grandi giuristi del passato: la razionalità perenne del diritto romano, lo sperimentato e temperato cosmopolitismo dello *jus commune europaeum*, con il suo equilibrato convivere di universalità e particolarità. Una ispirazione cristiana, in taluni con venature neoplatoniche, comuni ad altre espressioni dello storicismo tedesco al di fuori dell'ambito giuridico, porterebbe naturalmente a una simile accettazione di una nascosta provvidenzialità storica. Per un Hegel visto con sguardo marxistico, la storia sarebbe caratterizzata da un perenne, ineliminabile scontro fra la ragione e la realtà; una « determinazione universale » sarebbe « la legge interna alla realtà e al suo movimento », e fra quella razionalità e questa realtà vi sarebbe una tensione incancellabile ⁽¹¹⁸⁾. La ragione alla fine trionfa, ma è sempre contrastata dalla resistenza dura di una positività storica da cui è sparita la luce di una ragione che pure, in passato, in condizioni ora superate, l'aveva formata. La ragione opera dialetticamente, rompe con la sua violenza generatrice e creatrice le incrostazioni della storia; e scuotendo « la crosta, edificio senz'anima e tarlato », ritrova il sole, la luce del concetto che ha trionfato sulla morta positività storica ⁽¹¹⁹⁾.

È certamente possibile, basandosi sulla ricchezza molteplice, e, per sua propria natura, contraddittoria, dell'opera hegeliana, vedere in tal modo Hegel contro Savigny. Se la realtà, che è spirito, vive dell'opposizione e del suo perpetuo superamento, anche la filosofia, che è spirito autocosciente, riproduce nelle sue singole parti quelle opposizioni. La multilateralità dell'opera hegeliana mostra anche quel contrasto fra lo spirito e la sua crosta. Ma è dubbio che sia lì l'ultimo insegnamento di Hegel, e che la ragione e la realtà, il concetto e la sua realizzazione, si trovino davvero in quel rapporto, essi che tutti e due insieme, raccolti in unità concreta, e inscindibile se non per astrazione, costituiscono la vivente idea. È stato spesso ricordato il § 3 della

⁽¹¹⁸⁾ Traggo tali espressioni da M. BREONE, *op. cit.*, ai luoghi citati retro alla nota 54.

⁽¹¹⁹⁾ G.W.F. HEGEL, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, in *Werke*, Frankfurt a M., Suhrkamp, Bd. 20, p. 456 (trad. it. di E. Codignola e G. Sanna, Firenze, Nuova Italia, 1943, vol. III, 2, p. 411).

Philosophie des Rechts, che è certamente rappresentativo della mente di Hegel per la sua polemica contro l'accettazione acritica dell'esistente, che egli attribuiva, e del resto neppure su solidissimi fondamenti testuali, all'illuminismo scettico di Gustav Hugo e anche, indubbiamente, a tutto il modo di pensare della scuola storica. Ma dev'essere anche ricordato il § 1 della stessa opera, che riconduce a espressione tecnica gli svolgimenti sul razionale, sul reale, sull'idea, che sono presenti nella *Prefazione*. In una successione ordinata, l'annotazione a quel paragrafo presenta: i meri concetti dell'intelletto (frutto della filosofia della riflessione, astratta); il concetto in senso proprio, filosofico, hegeliano, che vive come realtà, che ha la forza di darsi realtà; la realtà in senso proprio, filosofico, hegeliano (*Wirklichkeit*), che è traduzione vivente del concetto, espressione ad esso connaturata; infine la fascia oscura dell'accidentalità storica, che è crosta, arbitrio, mera positività. Il concetto e la realtà vivono dialetticamente uniti, e non si può parlare dell'uno senza pensare all'altra; pensati insieme dalla mente del filosofo, essi si chiamano idea, e il filosofo sa che « nulla è reale se non l'idea », e che il razionale è parimenti « sinonimo di idea » ⁽¹²⁰⁾. In quell'idea, possiamo distinguere un « contenuto ideale » (il concetto), e un « contenuto reale » (l'oggettivazione), come ci spiega il § 213 dell'*Enciclopedia*; parimenti, in quell'idea possiamo distinguere la forma del suo essere come concetto, e la configurazione del suo essere come realizzazione, come ci spiega la stessa annotazione al § 1 della *Philosophie des Rechts*, così concludendo le sue distinzioni. Allora il razionale e il reale ci si presentano come una e medesima cosa; in una visione sistematica e sincronica noi li vediamo staticamente, pur se sappiamo che lo spirito ha acquistato storicamente la sua attuale configurazione, nella sua maturazione lenta, la quale ha certamente anche conosciuto le rotture che hanno spezzato la crosta tarlata, ma somiglia pur sempre al lavoro lento e silenzioso della talpa. E la ragione non può esser vista, hegelianamente, come la potenza del negativo, giacché questa, come la furia

⁽¹²⁰⁾ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ora in *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, hrsg. K.H. Ilting, Bd. 2, *Vorrede*, p. 71.

della plebe e come l'astrazione dell'intelletto, distrugge ciò che non comprende, mentre la filosofia abbraccia le ragioni della totalità.

Se si guarda a questi pensieri, non di altri che di Hegel, allora il contrasto con Savigny si riduce, come anche il contrasto con Hugo. I quali non hanno certo dimenticato, né che la storia ha in sé molta razionalità, né che la storia ha in sé molte cose morte e non razionali. Ma forse la constatazione che non tutto nella storia è perfetto deve indurre all'ateismo, e a credere che il mondo sia davvero abbandonato da Dio? Sarebbe assai poco hegeliano. E anche se si guarda alla traduzione del diritto in legge, che è il massimo punto di dissenso tra Hegel e Savigny, si vedrà che il pensiero maturo del secondo, nel *System*, non nega il luogo legittimo della legge nella vita del diritto. Scrive Hegel, nel § 211 della *Philosophie des Rechts*: « Ciò che *in sé* è diritto, nel suo esserci oggettivo è *posto*, cioè determinato dal pensiero per la coscienza e *noto* come ciò che è diritto e vale, la *legge*; e il diritto grazie a questa determinazione è diritto *positivo* in generale »; e nel § 212 ricorda che quel diritto *in sé*, razionale, entrando nell'esserci si riveste di una scorza accidentale, onde la legge non è più tutta idea, tutta realtà, tutta razionalità. Dal lato opposto Savigny, partito dall'accettazione fiduciosa della storia nel suo sommo divenire, vede anch'egli nella vita del diritto una funzione della legge, funzione chiarificatrice e apportatrice di razionalità; e la legge non è quindi per sua natura violenza fatta alla spontaneità della storia. « Il diritto positivo », egli scrive, « espresso in caratteri sensibili per mezzo della lingua, e rivestito d'un'autorità assoluta, si chiama la *legge*, e la formazione di questa è uno dei più nobili diritti del potere supremo dello stato » (121). Non si devono ignorare le differenze di accenti, e talora anche di concrete scelte politiche, tra il filosofo e il giurista che insegnarono a Berlino negli stessi anni; ma neppure si deve ignorare quanto v'era fra essi di comune. E si può forse notare che il pregio della ragione legislatrice fu ricono-

(121) F.C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin, Veit, 1840 (ristampa fotomeccanica: Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1956), p. 39 (trad. it. cit., vol. I, p. 63).

sciuto nei suoi diritti da Savigny, ma fu anche ridimensionato nelle sue pretese più ambiziose; e non si può dire che la lezione della storia gli sia stata contraria. Ché anzi il senso storico di Savigny, meglio della fiducia illuministica di Thibaut (a cui Hegel per questo aspetto si ricollegava), vide che non si può affermare per il sistema giuridico una presenza esclusiva della legislazione o una presenza esclusiva della giurisprudenza, e che si tratta soltanto di una diversa proporzione interna tra quelle due fonti ⁽¹²²⁾.

Se estendiamo l'attenzione al modo di guardare al diritto nella totalità della sua vita, v'erano certamente differenze tra Savigny e Hegel. Entrambi parlavano di sistema, e ritenevano non darsi conoscenza che potesse prescindere dal significato dell'intero; ma ne parlavano in modo diverso. In Savigny il sistema sorgeva dalla paziente elaborazione di dati singoli, grazie a una scelta educata e sagace, compiuta, dall'intelletto singolare del giurista, nel materiale del passato e del presente; e quella scelta era soggetta all'errore della mente umana, pallido riflesso di quella divina, così come pallido riflesso della perfezione divina era da Savigny, e dalla cultura storica del suo tempo, ritenuta ogni manifestazione singolare della realtà storica. La scienza giuridica è, nella personale esperienza culturale di Savigny, la scienza somma ai fini della considerazione e sistemazione della realtà storica; configurandosi in sistema — organizzazione concettuale dominatrice del passato e del presente, e nel contempo scelta e prefigurazione del nuovo —, essa rifugge dalla tentazione di pensarsi in possesso di una verità da imporre agli altri; rifugge da « quella stessa illusione, che essendo profondamente insita nella natura umana, ritorna sempre in tutte le sfere spirituali e specialmente in quella religiosa », poiché reputa « di poter presentare agli altri come esclusivamente valida quella incarnazione del pensiero, che noi abbiamo ottenuta con assiduo impiego delle nostre proprie forze, cacciando così per sempre l'errore, ma ve-

(122) Per una più ampia illustrazione di questo punto di vista rinvio alle mie considerazioni introduttive alla traduzione italiana dei due scritti principali di Thibaut e Savigny sulla codificazione, di prossima pubblicazione a Napoli presso le Edizioni Scientifiche Italiane.

ramente anche ad un tempo la libertà dello spirito » (123). Tutto ciò poteva esser pensato anche da Hegel a proposito della scienza giuridica, del suo procedere per le vie dell'intelletto, della paziente ricerca singolare, della sua soggezione all'errore; ma per Hegel, al di sopra di quella scienza così imperfetta, di quella scienza priva di ragione (come del resto tutte le altre scienze, che sono tutte frutto dell'intelletto finito), v'era però la sovrana certezza di una filosofia che organizza in sistema razionale la totalità del mondo, che racchiude la verità nella descrizione compiuta della forma sistematica. Una perenne approssimazione alla verità — quella che Hegel, pensando a Kant, chiamava una « mezza misura moderna » (124) — nella concezione sistematica di Savigny; la piena e adeguata comprensione della verità nella concezione sistematica di Hegel. V'era da un lato, in Savigny, l'affinità con la visione kantiana della conoscenza e dei limiti della mente conoscente; e la consapevolezza, anch'essa affine al modo di sentire kantiano, di una pluralità di individui aventi in sé il loro centro. Dall'altro lato v'era la certezza hegeliana del possesso della verità, in una filosofia che altro non è che inserimento della mente umana nel ritmo stesso di sviluppo dell'idea universale. Tra il concetto e la realtà — per usare termini già usati e per alludere a problemi già toccati — v'è per Savigny un divario incolmabile, ed è il divario tra la mente finita dei singoli e la realtà infinita della storia. Tra il concetto e la realtà v'è per Hegel compiuta integrazione, che è identità dialettica tra la ragione universale, che pur si concretizza nell'individuo filosofante, e la realtà dell'intero. Quella che nella concezione « emanatistica » hegeliana — così la definiva nel 1903 Max Weber (125) — era soltanto scorza accidentale di una realtà in sé razionale perché frutto della compiuta processione divina dell'idea; quella scorza era invece — nel pensiero di Kant, nella con-

(123) F.C. v. SAVIGNY, *System*, cit., Bd. I, pp. 160-161 (trad. it. cit., vol. I, p. 177, qui modificata).

(124) G.W.F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, cit., § 31, *Anmerkung*, p. 174.

(125) M. WEBER, *Roscher und Knies und die logischen Probleme der historischen Nationalökonomie*, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen, Mohr, 1922, pp. 1-145 (15).

cezione della scienza propria di Savigny, nella convinzione di chi anche in seguito avrebbe condiviso « il principio fondamentale della moderna dottrina della conoscenza, richiamantesi a Kant » ⁽¹²⁶⁾ — quella scorza era invece connaturata al divario ineliminabile tra la limitatezza della mente umana e l'infinità molteplice del reale. Quel reale infinitamente molteplice era ritenuto da Savigny, senza dubbio, manifestazione e orma di una infinita potenza divina, ma soltanto orma, che aveva in sé anche il male e l'errore; e la mente finita del giurista, e dello scienziato in genere, poteva soltanto approdare a una continua, mutevole, e per sua natura imperfetta sistemazione concettuale di quel materiale. V'era una diversa concezione della storia e una diversa concezione del potere della mente umana. Il cristianesimo secolarizzato di Hegel vedeva Dio incarnato nel mondo, e riteneva la ragione pari a Dio; a tanto era giunta la storia del pensiero greco e cristiano, che nella filosofia hegeliana celebrava il suo culmine, e si sapeva realizzata nei campi della vita intersoggettiva e nelle creazioni della fantasia e del pensiero. Il cristianesimo non secolarizzato di Savigny vedeva nel mondo non più che un'orma imperfetta di Dio, nella mente umana la facoltà finita di tendere a un'ideale sistemazione, pur irraggiungibile nella sua perfezione; e non aveva bisogno di ipotizzare l'ingombrante fardello di un'accidentalità che sempre accompagna la realtà razionale. Sono due modi di pensare che vivono ancor oggi, e che separano chi crede di poter comprendere senza residui il significato ultimo del divenire storico — poco importa che sia detto un divenire dialettico —, e chi crede di potersi soltanto perennemente avvicinare a una verità e a una perfezione, che nel campo della conoscenza e nel campo della vita pratica rimarranno pur sempre un « dolce sogno » ⁽¹²⁷⁾ della ragione.

⁽¹²⁶⁾ M. WEBER, *Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, cit., pp. 146-214 (208); trad. it. di P. Rossi, in *Lo storicismo tedesco*, Unione tipografico-editrice torinese, 1977, pp. 555-626 (619).

⁽¹²⁷⁾ I. KANT, *Der Streit der Facultäten*, Akademie-Ausgabe, Bd. VII, p. 92.

ALDO SCHIAVONE

LA NASCITA DEL PENSIERO GIURIDICO BORGHESE IN GERMANIA

FORMALISMO DELLA LEGGE E FORMALISMO DELLA LIBERTÀ
NELLA POLEMICA DI HEGEL CON SAVIGNY

1. Come (*) si forma, e quando nasce, in Germania, un pensiero giuridico « borghese »? La risposta dipende, in larga misura, dal significato che diamo a questo aggettivo tormentatissimo, dal modo con cui intendiamo farne uso: e senza poi dimenticare che ci stiamo riferendo alla storia di una società, come quella tedesca, dove, ancora in pieno ottocento, il nuovo tessuto capitalistico aveva tutt'altro che cancellato le vecchie forme produttive, e i vecchi rapporti sociali; ad un mondo, cioè, nel quale il consolidamento definitivo dell'ascesa « borghese » è tardo e contrastato.

Ma se almeno per un momento lasciamo cadere la nostra domanda, e guardiamo senza prevenzioni alle vicende della cultura giuridica in Germania fra la fine del settecento e i primi dell'ottocento, una cosa risulta comunque evidente, quasi a prima vista: ed è che ci troviamo di fronte ad una accentuata trasformazione, e come ad una svolta rispetto agli itinerari precedenti. Il permanere di modelli e di paradigmi della tradizione romanzistica settecentesca (e del suo impianto logico-sistematico), che certamente non viene perduto nella scienza giuridica dei decenni successivi, ma anzi appare in certo modo addirittura tesaurizzato

(*) Questo studio è la immediata continuazione di una precedente ricerca, « Scuola storica » e diritto romano in una pagina di Hegel, apparsa come ultimo capitolo del mio *Storiografia e critica del diritto. Per una 'archeologia' del diritto privato moderno*, Bari 1980, pp. 137 ss. (d'ora in avanti, *Storiografia*, cit.).

e valorizzato, non può e non deve oscurare le novità che si producono soprattutto nel quadro di riferimento filosofico e speculativo (e forse potremmo anche aggiungere 'ideologico'), nel quale quegli schemi e quei concetti continuano ad essere utilizzati (1).

Lo sfondo delle nuove idee è costituito dalla crisi del giusnaturalismo, e dalla decomposizione del sistema e della tradizione wolffiana; l'ambiente è quello, ormai consueto in Germania, della cultura accademica; gli anni più significativi mi sembra si possano raccogliere intorno a due archi: dal 1788 al 1797, e dal 1802-3 al 1820 (2).

Le prime date appartengono alla biografia intellettuale di Kant: nell'88 appare la « Critica della ragion pratica », e poi, a partire dagli anni novanta, i saggi politico-giuridici della tarda maturità: « Del rapporto della teoria con la pratica nel diritto pubblico » nel 93, e i « Principi metafisici della dottrina del diritto » nel 97. Fra queste date, la Rivoluzione in Francia: le cui notizie nella lontana Königsberg il filosofo aspettava con tanta impazienza, da mutare il percorso proverbialmente abituale della sua passeggiata, per andare incontro al corriere in viaggio da Parigi, sulla via da Berlino (3).

L'altro gruppo di anni è invece centrato sulla riflessione metodologica di Savigny, e intorno agli scritti di filosofia giuridica

(1) H. COING, *Zur Geschichte des Privatrechtsystems*, Frankfurt a. M. 1962, pp. 23 ss., 65 ss.; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (tr. it. *Storia del diritto privato moderno*, 2 voll., Milano 1980), Göttingen 1967², pp. 227 ss., 309 ss., 354 ss. Equilibrata la valutazione di A. MAZZACANE, *Pandettistica*, in *Enciclopedia del diritto*, di imminente pubblicazione. Sui rapporti fra mutamenti sociali, diritto e apparati dello Stato nella storia tedesca fra fine settecento e primi decenni dell'ottocento, è ormai un classico il lavoro di R. KOSELLECK, *Preussen zwischen Reform und Revolution. Allgemeines Landrecht, Verwaltung und soziale Bewegung von 1791 bis 1848*, Stuttgart 1975².

(2) Si v. A. NEGRI, *Alle origini del formalismo giuridico*, Padova 1962 (un libro importante), spec. pp. 114 s., e M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano 1979, spec. pp. 21 ss.

(3) L'aneddoto è in T. RUYSSSEN, *Kant*, Paris 1929², p. 17. Sugli scritti kantiani cit. nel testo, v. più avanti nt. 18.

di Hegel. Fra il 2 e il 3 Savigny inizia i corsi di metodologia giuridica a Marburg, svolgendoli secondo un disegno che non abbandonerà mai più (4); negli stessi anni Hegel pubblica a Jena il « Diritto naturale », che si può considerare l'esordio della sua riflessione sul diritto, e scrive il « Sistema dell'eticità », destinato poi a rimanere a lungo inedito (5). Nel 14 Savigny dà alle stampe il « Beruf », nel 15 fonda la « Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft » (6), e nel 20 Hegel, che nel frattempo era stato chiamato anch'egli nella nuova università di Berlino senza che Savigny (che ne era uno dei personaggi più influenti) per quanto ne sappiamo facesse nulla per impedirlo, completa i « Lineamenti di filosofia del diritto », che poi appariranno nel 21 (7). Queste date, tuttavia, non segnano le tappe di una progressione lineare: non siamo di fronte allo svolgersi di un'unica genealogia. Fra gli

(4) Gli appunti marburghesi del 2-3, raccolti da Jacob Grimm, sono stati pubblicati, come è noto, solo nel 1951 da G. WESENBERG, con il titolo *Juristische Methodenlehre*. Che nei decenni successivi Savigny abbia mantenuto sostanzialmente l'impianto delle sue prime lezioni metodologiche, si ricava dagli appunti inediti di altri corsi di « Methodenlehre », contenuti nel Savigny's Nachlaß che ora si trova presso l'università di Marburg, secondo la lettura che ne dà A. Mazzacane nel saggio contenuto in questi *Atti*.

(5) Il primo scritto appare con il titolo *Ueber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften* nel « *Kritisches Journal der Philosophie* » (Bd. 2, H. 2 u. 3, Tübingen 1802-3), ed ora è in *Sämtliche Werke*, VII, *Schriften zur politik und Rechtsphilosophie*, hrsg. G. Lasson, Leipzig, 1932², pp. 327 ss. (ma anche in *Sämtliche Werke. Jubiläumsausgabe*, I, hrsg. H. Glockner, Stuttgart 1927, pp. 435 ss.). Ottima la traduzione italiana di A. Negri, in *HEGEL, Scritti di filosofia del diritto*, Bari 1971², pp. 23 ss.

Il secondo, *System der Sittlichkeit* (il titolo non è di Hegel ma del primo editore tardo ottocentesco, G. Mollat; la datazione, accettata da tutti, è quella proposta da F. ROSENZWEIG, *Hegel und der Staat*, München-Berlin 1920, rist. Aalen 1962, v. I, pp. 241 ss.), è anch'esso in *SW Lasson VII*, cit., pp. 415 ss. (ma v. altresì *Dokumente zu Hegels Entwicklung*, hrsg. J. Hoffmeister, Stuttgart 1936, pp. 314 ss.). Traduzione italiana ancora in *HEGEL, Scritti*, cit., pp. 161 ss.

(6) *Von Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814¹ (oggi in *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, hrsg. J. Stern, Berlin 1914, rist. Darmstadt 1959), 1828², 1840³ (rist. Hildesheim 1967). La « *Zeitschrift* » fu fondata in collaborazione con K. F. Eichorn e J. F. L. Göschen.

(7) *Storiografia*, cit., p. 139, nt. 3.

scritti che abbiamo appena ricordato c'è di sicuro un filo che li attraversa tutti; un'esigenza comune di rinnovamento rispetto alla tradizione giuridica settecentesca: ed è il motivo che ci spinge ancora a guardarli secondo una prospettiva d'insieme. Vi è in essi la ricerca di modi nuovi di considerare il diritto (e lo Stato) in grado di esprimere o comunque di tener conto delle grandi trasformazioni ideali, politiche, sociali che si stavano determinando in Europa, e che già due generazioni di intellettuali tedeschi intravedevano dai primi germi che cominciavano a svilupparsi nell'ambiente a loro più vicino, o coglievano con maggiore evidenza dai viaggi e dalle letture francesi e inglesi. Ma fra quei testi vi sono anche sostanziali, profonde diversità di vedute.

Kant è di certo il punto d'avvio di tutta questa vicenda di idee. Ma, dopo di lui, il modello appena delineato di una nuova 'ragione giuridica' si spezza subito secondo una linea di rottura che riproduce contraddizioni presenti in una certa misura già nel pensiero del suo fondatore. Emergono così due paradigmi distinti, entrambi per molti versi ormai 'classici' rispetto agli sviluppi della scienza giuridica dei nostri giorni. Il primo che da Kant, attraverso Savigny, arriva alla Pandettistica, al primo Jhering, ai padri della giuspubblicistica tedesca, e giunge fino a toccare la riflessione di Weber e di Kelsen. L'altro che, mettendo precocemente in crisi il kantismo per estrarne il suo nocciolo più produttivo e fecondo, si sviluppa nella riflessione di Hegel, dai primi scritti del 2 ai tardi corsi berlinesi successivi ai « Lineamenti », ma che, dopo Hegel, sembrerà come scomparire dalla scena. Sarà infatti solo il modello di Savigny (scriviamo così per brevità, ma si tratta in effetti di una formazione progressiva, cui contribuiscono Hugo, Savigny, Puchta, oltre che temi e motivi direttamente kantiani) ⁽⁸⁾ a diventare molto presto domi-

(8) I rapporti fra Hugo e Savigny sono troppo noti e stretti, perchè ci si debba ora tornare. Hegel stesso, nel par. 3 delle *Grundlinien* indicherà come suo interlocutore polemico Hugo, volendo in realtà colpire tutta la « Scuola storica »: *Storiografia*, cit., pp. 149 ss. Per quanto riguarda Puchta — un autore, a torto, poco studiato — rinvio alla mia *Introduzione* all'antologia *Diritto romano e società borghese* di imminente pubblicazione. Sul « kantismo » di Savigny, H. KIEFNER, *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*,

nante nella cultura giuridica tedesca e ad incontrare poi in pieno, ad un certo punto della sua storia, le esigenze e le domande che nei confronti della scienza giuridica e del ceto dei giuristi venivano dalla sempre più solida (ma politicamente arretrata) egemonia borghese in Germania. Ed allora davvero, ma non prima d'allora, quella che era stata in origine solo una delle versioni della nascente ragione giuridica moderna, diviene senza alternative il nucleo di fondo di una ragione giuridica ormai compiutamente « borghese », che legata per lo più ad una politica moderata, quando non scopertamente conservatrice, coinvolse e riempì di sè, molto oltre la sola storia tedesca, una parte rilevante dell'intera cultura europea (9).

2. Nel seguito del nostro racconto noi considereremo il paradigma di questa ragione giuridica come un disegno sostanzialmente unitario. Così facendo, non crediamo di commettere nessuna grave forzatura. Senza dubbio non bisogna nascondersi che, in specie per quanto riguarda Savigny, dalla « Methodenlehre » agli scritti del 14-15, fino alla prefazione del primo volume del « System », nel 39 (10), vi sono all'interno del suo pensiero delle oscillazioni, o, come è stato detto, delle « aporie » (11): ma si tratta di squilibri sopravvalutati forse un po' troppo da una parte della nostra storiografia. A variare, quando variano, sono infatti solo

in *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, a cura di J. Blühdorn e J. Ritter, Frankfurt a. M., 1969, pp. 3 ss., spec. 22 ss., e il saggio di P. Caroni, in questi *Atti*.

(9) L'analisi dei nessi fra quella che io chiamo la « ragione giuridica borghese » e la politica conservatrice della borghesia tedesca è patrimonio recente della storiografia giuridica europea: una svolta è costituita certamente dal saggio di W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt a. M. 1958 (tr. it. a cura di P. L. LUCCHINI, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano 1974). Pagine significative sono anche nel lavoro già cit. di M. Fioravanti.

(10) *System des heutigen römischen Rechts*, v. I, Berlin 1840, rist. Aalen 1974 (la prefazione è datata settembre 1839), (tr. it. a cura di V. SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, v. I, Torino 1886).

(11) Scrive così M. BRETONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », v. VI, 1976, p. 208, a proposito dell'immagine savigniana dei giuristi romani (e si tratta di un rilievo esatto).

le proporzioni, i pesi relativi fra gli elementi che determinano le linee di composizione del modello nel suo insieme (per esempio, il gioco del rapporto fra « storia » e « sistema »). Gli elementi di fondo in quanto tali, non mutano mai: e in particolare i loro riferimenti filosofici e gnoseologici rimarranno sempre solidamente ancorati a una delle interpretazioni del kantismo interne alla filosofia giuridica tedesca nell'ultimo scorcio del diciottesimo secolo, diciamo fra il 92 e il 97-98, e ad una precisa lettura (non l'unica in quegli anni) che vi veniva fatta del criticismo.

In particolare, nell'orditura di questo quadro noi possiamo individuare quattro punti di forza, o, se vogliamo, quattro tratti originali.

In primo luogo, una forte polarizzazione sul concetto di « forma » come costitutivo del concetto di « scienza ». La « forma » è come il dio nascosto della nuova ragione. Detto così, si tratta di un motivo per quegli anni squisitamente kantiano. Ma in realtà ad essere utilizzato in modo pressocchè unico è sia in Hugo che in Savigny e poi in Puchta uno solo dei concetti di forma rintracciabili in Kant. Su questo avremo modo di tornare. Per ora sarà sufficiente dire che in Savigny la presenza del concetto di forma (anche quando non viene tematizzato direttamente; anche quando non ricorre esplicitamente la parola) determina in modo forte l'uso dei concetti di « metodo » e di « sistema », tradendo subito in tal modo — se possiamo tentare questo piccolo bisticcio lessicale — il suo esito dichiaratamente « formalistico ». Basta pensare alle battute introduttive della « Methodenlehre » con l'intreccio che vi si propone fra « metodo », « sistema » e « scienza » ⁽¹²⁾: un punto su cui Savigny non si smentirà mai, fino al « System ».

Poi (ed è il secondo aspetto da ricordare) un'attenzione via via più esclusiva sul diritto privato. In questo caso non credo sia ravvisabile una diretta ascendenza kantiana. La concentrazione sul diritto privato ha in Savigny altri fondamenti, e altri presupposti ⁽¹³⁾: anche qui la via di Hegel era stata diversa; ed

⁽¹²⁾ *Juristische Methodenlehre*, hrsg. G. Wesenberg, Stuttgart 1951, pp. 11 s.

⁽¹³⁾ FIORAVANTI, *Giuristi*, cit., pp. 26 ss.

ancora sarà il pensiero di Savigny ad orientare le scelte successive. Il primato degli schemi giusprivatistici nella scienza giuridica tedesca, che sarà così forte e tenace, avrà a lungo proprio in Savigny il suo riferimento più importante.

Poi ancora (e siamo al terzo punto), un recupero in chiave accentuatamente « metodologica » ed « esemplare » della scienza giuridica romana, il cui metodo di lavoro e di elaborazione concettuale viene indicato come un modello tendenzialmente meta-storico, che ogni giurisprudenza adulta ed evoluta deve sforzarsi di riprodurre, e nella cui episteme si intravede come l'embrione e il nucleo della scienza giuridica moderna. Anche l'idea di un fondamento romano dell'epistemologia giuridica moderna avrà una sua vicenda ben oltre Savigny, e non è il caso di porsi ora il problema di quanto sia il frutto di una arbitraria modernizzazione di quel sapere antico, o quanto colga invece, in una certa misura, un dato reale ⁽¹⁴⁾. Essa comunque attraverserà l'intera pandettistica, e sarà raccolta ancora dal Weber di « Economia e società » ⁽¹⁵⁾.

Ed infine (ed è l'ultima cosa da rilevare), le costruzioni di un'immagine continuistica e senza strappi del rapporto fra ragione e storia giuridica. È questo il punto che caratterizzò più visibilmente lo « storicismo » della cd. « Scuola storica »: il tentativo consapevole di porsi al di là di una dissociazione critica che aveva dominato un'intera epoca, fra razionalità giuridica e sviluppo storico del diritto positivo ⁽¹⁶⁾.

Ora, è un fatto innegabile che nessuna delle quattro prospettive che abbiamo individuato si ripeta nella riflessione di Hegel. Su tutti i temi accennati si delinea invece un distacco netto e profondo, sul cui significato e sulla cui portata si è a lungo sorvolato. Misurare con cura tanta distanza ci ridona tutta la problematicità e la ricchezza di alternative di una vicenda che un'intera tradizione storiografica aveva chiuso entro la figura di uno sviluppo rettilineo e omogeneo. Alle origini del pensiero giuridico

⁽¹⁴⁾ *Storiografia*, cit., pp. 30 ss., 75 ss.

⁽¹⁵⁾ V. II (tr. it. a cura di P. Rossi, Milano 1974³) pp. 126 ss.

⁽¹⁶⁾ G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978, spec. pp. 73 ss.

borghese dobbiamo imparare a vedere un mondo molto più complesso e molto meno pacifico.

3. Torniamo ora, come s'era promesso, sul concetto di forma entro quello che abbiamo convenuto di chiamare il paradigma savignyano. La sua analisi sarà la spia per scorgere tutto intero lo spazio che separa Hegel da Savigny. È come il metro della loro lontananza.

La derivazione kantiana del concetto di forma utilizzato dalla nuova scienza giuridica è — come si è detto — fuori questione. Ma quale Kant viene qui ripreso?

Come tutta una storiografia ha analiticamente mostrato, «forma» è in Kant una parola polisemica (17). Nella diversità di sensi, si può tuttavia distinguere un dualismo di fondo, tra un suo valore per così dire «formativo-costitutivo» rispetto ai «contenuti», e un valore come pura «condizione» dell'obiettività. Il primo significato di «forma» come costitutivo soggettivo dell'obiettività, come finalismo ricostruttivo della ragione, (o come costitutivo obiettivo, ma idealisticamente obiettivo) è quello forse più complesso. La seconda accezione sembra più trasparente. Ma di essa si hanno in realtà due versioni; una in certo modo «forte» (rintracciabile in particolare nell'estetica trascendentale: la forma come condizione che rende possibile l'esperienza, che salda la frattura tra senso e intelletto); e l'altra più «debole»: la forma come semplice conformità estrinseca all'obiettività, come puro involucro razionale ordinatore del concreto, senza più alcuna connessione produttiva con i contenuti (ed è il significato che ritorna in specie nella dottrina del diritto: la forma come sola registrazione esterna dei rapporti fra gli arbitri) (18).

(17) NEGRI, *Origini*, cit., pp. 19 ss. Molto importanti le pagine di E. CASIRER, *Storia della filosofia moderna*, tr. it. a cura di A. Pasquinelli, v. III, Milano 1968, pp. 20 ss.

(18) Si v. in particolare, *Del rapporto della teoria con la pratica nel diritto pubblico*, che costituisce la seconda parte dello scritto *Ueber den Gemeinsspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, apparso in «*Berlinische Monatsschrift*», XXII, 1793, ed ora leggibile nel v. VIII, Berlin 1912, delle *Kant's gesammelte Schriften* a cura dell'accademia delle scienze di Berlino (di queste pagine esistono due traduzioni italiane: una di G. SÓLARI, in *Scritti*

In generale, sia nella « Critica della ragion pura » che nella « Critica della ragion pratica », i due concetti — quello formativo costitutivo e quello di condizione — vengono da Kant usati in contesti ben distinti, in rapporto al tentativo di soluzione di problemi diversi. Ma così non è nella sua riflessione giuridica, e in specie nei « Principi metafisici ». Qui i due schemi si sovrappongono, critica e metafisica si intrecciano, e la forma come condizione degrada a semplice registrazione razionale dei dati concreti.

Il fatto è che i due concetti sono utilizzati da Kant nel saggio del 97 in rapporto a due diversi modelli di libertà, anch'essi sovrapposti fra loro: libertà come « autonomia » (la tradizione di Rousseau, teorizzata poi da Kant nel quadro dell'idealismo della ragion pratica), e libertà come « indipendenza », come compatibilità fra vincoli (l'idea di Montesquieu, che sarà poi di tutto il pensiero più propriamente liberale) ⁽¹⁹⁾. Nella « Metafisica dei costumi » le due prospettive tendono di continuo a confondersi: nella dottrina del diritto, alla libertà come autonomia viene congiunto il concetto « costitutivo » di forma, mentre all'analisi della libertà come indipendenza corrisponde la nozione di forma come semplice quadro « formale » della compatibilità fra i diversi arbitri.

Nel paradigma savignyano il concetto di forma ridotto a solo « formalismo » — e che è il risultato del degrado subito da questa categoria quando è riferita da Kant alla scienza giuridica — diviene assolutamente dominante. Savigny segna dunque un esito (fra i molti possibili) che è già implicito nel kantismo. E del resto, sempre nei « Principi », Kant aveva già sovrapposto alle categorie dell'analitica trascendentale (quantità, qualità, relazione, modalità) le categorie di una costruzione metafisica del diritto (alla

politici e di filosofia della storia e del diritto di Immanuel Kant, Torino 1965², pp. 253 ss., e l'altra di N. Merker, in KANT, *Lo Stato di diritto*, Roma 1973, pp. 59 ss.); e *Principi metafisici della dottrina del diritto (Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre)*, che sono la prima parte della *Metaphysik der Sitten* del 97, ora nel v. VI, 1907, delle *gesammelte Schriften*, cit. (tr. it. di G. VIDARI, in *Scritti politici*, cit., pp. 375 ss.).

⁽¹⁹⁾ Cfr. NEGRI, *Origini*, cit., 62 ss.; N. MERKER, *Introduzione a KANT, Lo stato*, cit., pp. 14 ss. e 28 ss. Si v. anche N. BOBBIO, *Due concetti di libertà nel pensiero politico di Kant*, in *Studi Crosa*, v. I, Milano 1960, pp. 221 ss.

quantità corrispondeva l'eguaglianza, alla qualità il fine, alla relazione la reciprocità, alla modalità la libertà), arrivando in maniera inevitabile verso una soluzione che finiva col ridurre tutto il problema della scienza del diritto alla sola riproduzione, entro un quadro separato di compatibilità logiche, dei concreti contenuti fenomenici di un'esperienza giuridica già data.

Così questo costruttivismo che in Kant si presenta senza dubbio sbiadito e minore, formalistico e sistematizzante, diventa — sradicato dall'insieme della riflessione che lo aveva prodotto — l'anima stessa del metodo di Savigny. Al fondo, per quanto si possa vedere, il suo orizzonte resterà sempre inchiodato ad un concetto « debole » di forma, e alle due derivazioni dall'analitica trascendentale che abbiamo appena richiamato: dalla quantità all'eguaglianza (ma un'eguaglianza, appunto, quantitativa e formalistica), e dalla relazione alla reciprocità. Nello spazio epistemologico definito da queste coordinate si condensa tutta la sua forza — la sua capacità di tenuta e di presa rispetto alla storia reale delle classi e della società civile borghese — e insieme la sua contraddizione e il suo limite.

Si consolida in tal modo, nel passaggio da Kant a Savigny, l'immagine di una scienza giuridica come sapere che « calcola » e « misura » rapporti, per stabilire « reciprocità » e comporre « eguaglianze ». La nuova ragione giuridica si muove secondo canoni e procedure che presuppongono un intreccio strettissimo, quasi una identità, fra calcolabilità e scienza. Il formalismo dell'eguagliamento quantitativo e la catena delle equazioni che lo misurano ne colgono — da Kant a Puchta — lo stile di razionalità più proprio e più autentico. Savigny usa infatti spesso metafore che alludono al metodo matematico (al metodo della matematica tardo settecentesca) per descrivere il procedimento fondamentale della scienza giuridica, o per fare l'apologia dei giuristi romani che, come scrive in una pagina famosa, « calcolano con i loro concetti » ⁽²⁰⁾, anche nella formazione di queste immagini probabilmente vi è dell'altro, al di là della genealogia kantiana che abbiamo individuato (e che rimane comunque l'elemento più importante),

⁽²⁰⁾ *Von Beruf* ³, cit., p. 29.

e al di là del ricordo, che pure deve aver in qualche modo giocato, dei grandi romanisti-matematici del seicento, che Savigny doveva avere familiari per mille vie. Ed è l'eco di un motivo direttamente romantico. In quella cultura, infatti, fra l'ultimo settecento e i primi del nuovo secolo, l'idea del « calcolare » ritorna spesso accompagnata all'idea di « misura » e di « legge ». Il legame fra « contenuto particolare » e « calcolo generale » e il tema della « legge » come « misura calcolabile » è addirittura uno dei motivi più ricorrenti negli scritti sull'essenza del tragico di Hölderlin ⁽²¹⁾. E, più tardi, sarà proprio questa idea kantiano-romantica di scienza che Nietzsche avrà presente, quando scriverà che « il terrore dell'incalcolabile è l'istinto segreto della scienza ».

4. Da questo pensiero che connette insieme, quasi secondo la figura di una circolarità, « forma », « calcolo » e « scienza », e fonda sul loro intreccio le possibilità di sviluppo di una ragione giuridica all'altezza dei tempi, Hegel è molto lontano.

Ne è lontano, per dir così, su due piani. Uno, più generale, di « dottrina della scienza », dove il nesso fra « metodo » e « contenuti », fra struttura della scienza e complessità e specificità dei suoi oggetti gli appare in termini molto diversi rispetto alla lezione del criticismo. Un altro, più limitato, che riguarda direttamente la scienza e la filosofia giuridica. Qui, in tutta la riflessione di Hegel, dai primi scritti agli ultimi corsi berlinesi, vi è un'attenzione costante ai limiti di quel « formalismo » romano e moderno di cui la veduta savignyana sembrava celebrare di continuo la perfezione e l'onnipotenza. Vi è una analisi penetrante sulla sua incapacità a riuscire da solo a risolvere i problemi dell'organizzazione d'insieme — sociale, etica, materiale — della moderna società civile. Naturalmente, nell'ipotizzare una fondazione diversa per la filosofia e la scienza giuridica del suo tempo, Hegel sa bene che il « formalismo », quel « formalismo » pure epistemologicamente minore, era tuttavia un aspetto ineliminabile del mondo moderno, di cui risolveva produttivamente esigenze e bisogni essenziali.

⁽²¹⁾ F. HÖLDERLIN, *Anmerkungen zum Oedipus* e *Anmerkungen zur Antigone*, in *Sämtliche Werke*, hrsg. F. Beissner, v. V, Stuttgart 1952, pp. 195 e 265.

E sa bene che un diritto privato « astratto » e « formale » trascina inevitabilmente con sè una « scienza » egualmente « astratta », « intellettualistica » e « formale » (la scienza propria del paradigma savignyano). L'alternatività della sua veduta non sta nell'impensabile (per il suo tempo) proposta di un diritto privato diverso, ma nella scoperta folgorante e precoce dei limiti e delle contraddizioni di quel formalismo e della sua scienza. E sta nell'ipotesi di un modello, che è insieme « scientifico » e « politico », in cui il formalismo si compensa attraverso il ricorso a meccanismi di altra natura, che siano in grado di stabilire un nesso differente tra « forma » e « contenuti », fra scienza e suoi oggetti. La necessità di questa dialettica riequilibratrice sfugge restando all'interno del paradigma di Savigny. Lì il formalismo del diritto privato non lascia intravedere nulla oltre di sè. Appare anzi da solo e per sempre in grado di regolare l'interrezza della società civile, di venire a capo di tutte le sue spinte, le sue dinamiche, i suoi processi. Oltre, non può e non deve esistere niente, che non sia la scienza di questo autoregolarsi spontaneo, il cui segreto solo il ceto dei giuristi può adeguatamente mantenere e custodire.

Si capisce allora bene perchè l'esplicita e rigorosa critica di Hegel a Savigny, che attraversa l'intera scrittura dei « Lineamenti » dal 20, non è altro che una critica più o meno diretta al formalismo — ma dovremmo dire meglio: ai formalismi — della Scuola storica.

Innanzitutto al formalismo del tempo e al formalismo della spiegazione causale (*Consequenz aus Voraussetzungen*) che fondano lo « storicismo » della Scuola storica: ed è la trama del par. 3 dei « Lineamenti », su cui ci siamo già fermati in un altro lavoro ⁽²²⁾. Ma poi (e sarà il tema che ora toccheremo), al formalismo della legge. Quest'ultimo discorso ci permetterà anche di gettare uno sguardo sugli ultimi due punti, già ricordati altrove, intorno ai quali si stringe con più forza nei « Lineamenti » la polemica di Hegel con Savigny: il problema della codificazione e del compito dei giuristi; e infine, mai tematizzato direttamente, ma pure de-

⁽²²⁾ *Storiografia*, cit., pp. 137 ss. Sulle fonti della cultura romanistica di Hegel nei *Lineamenti*, cfr. M. VILLEY, in « Arch. phil. droit », 16, 1971, pp. 275 ss.

cisivo e cruciale, il contrasto sul ruolo dello Stato rispetto al diritto ⁽²³⁾.

« La forma particolare della cattiva coscienza » — leggiamo in una pagina della Vorrede alle Grundlinien — « che si manifesta nella specie di eloquenza di cui si riveste quella trivialità, può rendersi qui osservabile; e in primo luogo nel fatto che essa dove è più *priva di spirito* (*geistlosesten*), tanto più parla di *spirito*, dove più parla in modo morto e arido (*tottesten und ledernsten*), tanto più usa la parola *vita* e *iniziare alla vita* (*Leben einführen*), e dove mostra il più grande egoismo della vuota arroganza, più ha sulla bocca la parola *popolo*. Ma il segno specifico (*das eigenthümliche Wahrzeichen*) che reca in fronte è l'odio contro la legge (*der Haß gegen das Gesetz*). Che il diritto e l'eticità, e il mondo reale del diritto e dell'etica (*die wirkliche Welt des Rechts und des Sittlichen*), si intendano col *pensiero*, e, attraverso il pensiero, si diano la forma della razionalità (*die Form der Vernünftigkeit*), cioè universalità e determinatezza, questo fatto — *la legge* — è ciò che a ragione quel sentimento che riserva a sè l'arbitrio, quella coscienza che pone il diritto nella convinzione soggettiva (*in die subjective Ueberzeugung*), considera come la cosa a sè più avversa. La forma del diritto, in quanto *obbligo* (*Pflicht*) e in quanto *legge* è sentita da quella come *lettera morta e fredda* (*ein toter, kalter Buchstabe*), e come un *vincolo* (*eine Fessel*); giacchè in essa non riconosce se stessa, e non si riconosce libera in essa, poichè la legge è la ragione della cosa (*das Gesetz die Vernunft der Sache ist*), e questa non consente al sentimento di esaltarsi della propria particolarità (*eigenen Particularität*). La *legge*, quindi, come nel corso di questo trattato è stato osservato, è specialmente lo Scibboleth al quale si riconoscono i falsi fratelli e amici del cosiddetto popolo (*die falschen Brüder und Freunde des sogenannten Volkes*) » ⁽²⁴⁾.

⁽²³⁾ *Storiografia*, cit., p. 139 e pp. 159 s.

⁽²⁴⁾ *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (d'ora in poi, GPhR), in G. W. F. HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, a cura di K. H. Ilting,

Come sempre nei « Lineamenti », anche qui Savigny e la sua scuola non vengono indicati esplicitamente. Ma è una reticenza — se di reticenza si tratta — molto labile, e subito abbandonata. L'avvio del discorso di Hegel non potrebbe essere più radicale e più drastico. La sua prima osservazione è già distruttiva. Non vi è corrispondenza alcuna in Savigny tra concetti e parole. Fra segni e significati si apre invece una rovinosa frattura, che si rovescia in una grottesca dissimetria speculare. Tre parole chiave del programma di lavoro della Scuola storica, tre parole simbolo della cultura romantica di quegli anni — vita, spirito, popolo — vengono scelte da Hegel come spia di questo travolgimento della sintassi dei concetti e dei segni. La scuola storica cerca di far suoi alcuni motivi della cultura del tempo, ma ne è in realtà completamente al di fuori: è, rispetto a quelle idee, solo imbarbarimento e « trivialità ». Dove Savigny scrive vita, spirito, popolo, bisogna intendere il loro contrario: l'assenza di spiritualità, l'aridità e la morte, l'arroganza solitaria. Lo scarto, il capovolgimento, è insieme confusione e doppiezza, disordine etico e logico (²⁴ bis).

Ma questa è solo l'apertura dell'attacco frontale di Hegel. Il suo punto di forza, su cui sposta subito l'attenzione, è un altro: la teoria della legge.

Il testo ora, secondo una struttura compositiva che le incastra una nell'altra, presenta due diverse vedute, due idee di legge, tra le quali non vi può essere mediazione alcuna. Una, quella della Scuola Storica, interpreta la legge come « vincolo » (Fessel), come potenza estranea ed esterna di fronte a cui stanno in atteggiamento difensivo quel sentimento e quella coscienza « che riserva(no) a sé l'arbitrio », e che pongono quindi il diritto solo « nella convinzione soggettiva ». Qui legge e soggettività si escludono a vicenda: sono come in una posizione di reciproco stallo: dove comincia la sfera della legge, finisce la fondazione soggettiva della libertà e dell'arbitrio, e viceversa. Rispetto alla convinzione soggettiva, la legge agisce come limite, come ostacolo: una barriera che appare pietrificata e immobile nella sua oggettività testuale senza vita e

v. II, Stuttgart-Bad Cannstatt 1974, pp. 65-66. La traduzione è mia (v. anche *Storiografia*, cit., 139 nt. 3).

(²⁴ bis) Cfr. N. BOBBIO, *Hegel e il giusnaturalismo*, ora in *Studi hegeliani*, Torino 1981, pp. 9 s., ove altra bibl..

senz'anima (« lettera morta e fredda »). Ora, non ha importanza vedere se la ricostruzione di Hegel corrisponda fedelmente al pensiero di Savigny. Probabilmente qualche forzatura (anche se non eccessiva) vi è. Ma non è questo il punto che interessa. Cerchiamo invece di capire il senso profondo della contrapposizione solo per come è costruita nella pagina delle « Grundlinien ».

Se la legge fosse davvero tutta qui, l'avversione che nutre per lei la Scuola storica avrebbe un suo fondamento. Saremmo solo di fronte a un rigido involucro esterno che determina soggettività formatesi altrove, continuamente sottoposto al rischio di trasformarsi in un insopportabile vincolo. Non potrebbe che essere allora uno strumento ambiguo e rischioso, da usarsi con estrema cautela.

Ma le cose non stanno così. Savigny sbaglia per Hegel non perchè vuol ridurre la legge ai margini del diritto, ma perchè, letteralmente, non la capisce. Non è in grado di coglierne altro che non sia l'estraneità del suo comando all'arbitrio cui si rivolge. Ma Hegel rovescia questa veduta. Per lui, « forma del diritto » e forma della razionalità possono coincidere solo nella legge, che è, insieme, « universalità » e « determinatezza ». Per il diritto, la legge è « la ragione della cosa »: l'unica possibilità per il pensiero di appropriarsi in modo adeguato dei contenuti reali del mondo del diritto, e dar loro forma. Cade ogni immagine di vincolo e di costrizione. Non vi è più una soggettività dell'arbitrio (naturalmente « soggettività » è usata anche in riferimento a un gruppo, a un ceto, non solo a una singola individualità), che si erge di fronte a una barriera oggettiva, in cui « non si riconosce ». Universalità e determinatezza si compongono ora come figure di una stessa forma. Non esiste più traccia della scissione enfatizzata da Savigny fra arbitrio soggettivo e vincolo oggettivo. La crisi nel rapporto fra genesi « soggettiva » del diritto e generalità oggettiva della legge è epistemologicamente il prodotto di quella veduta « intellettualistica » che Hegel individua in un altro luogo delle « Grundlinien » come propria della Scuola storica ⁽²⁵⁾. Questo schema — inadeguato per Hegel a pensare il presente giuridico del mondo moderno in tutta la sua complessità — è insieme il

⁽²⁵⁾ *Storiografia*, cit., pp. 141 ss.

risultato e la condizione di una rovinosa frattura tra forma e contenuti. Costruisce i contenuti (le determinazioni giuridiche particolari, nel loro proprio rapporto con la tradizione e il presente) lontano, come al riparo dalla forma che solo è in grado di sviluppare la pienezza della loro realtà — la legge —, affidandone la mediazione unicamente alla scienza separata di un ceto. Immaginando di preservarne l'autenticità e la vita, ne blocca invece la sola via verso il loro compimento universale e razionale: un cammino che passa attraverso la legge e poi, ulteriore decisivo anello, lo Stato. Ma una veduta solo formalistica della legge — il formalismo del vincolo, della barriera, della necessità, la legge solo in quanto « universale esterno, formale », (come scrive Hegel a proposito di Kant sempre nei « Lineamenti » ⁽²⁶⁾), pensata fuori di ogni connessione produttiva con i contenuti — chiude a Savigny questa strada. « Secondo un tale principio, una volta accolto, il razionale certo può apparire soltanto come limitativo per questa libertà » dice ancora Hegel nello stesso testo ⁽²⁷⁾; e come si vede, almeno nella sua prospettiva, l'identità tra Kant e Savigny è su questo punto completa. Il formalismo della scienza del diritto privato — la dottrina « intellettualistica » e parziale di una tradizione millenaria e di un ceto elitario per vocazione — se non si risolve in un sapere superiore e moderno, che passa attraverso la forma della legge e dello Stato, non può che arrivare a vedere, chiuso di fronte a sè, ostile e impenetrabile, un altro formalismo — quello della legge considerata come estranea rispetto al diritto e al suo sapere — ma che è solo il rovescio, l'immagine speculare della sua limitatezza e della sua parzialità. Formalismo della legge e formalismo della scienza giuridica stanno in piedi dunque insieme, come risultati di una medesima frattura, o insieme vengono superati.

Riconoscersi liberi e razionali solo attraverso l'universalità della forma della legge — secondo la veduta di Hegel — presuppone proprio il superamento della scissione. La legge come « ragione della cosa » significa che attraverso di essa è raggiungibile « l'anima propria del contenuto » secondo la scrittura di un'altra

⁽²⁶⁾ GPhR, p. 170.

⁽²⁷⁾ *Olc.*

pagina dei « Lineamenti », « die *eigene Seele des Inhalts* » (28). Ma questo è possibile ad un pensiero che sappia andare molto al di là di una scienza « intellettualistica », e che sappia riprodurre dentro di sè i processi della storia e del presente senza portarvi « dall'esterno » nessun sigillo formalistico e fittizio, ma solo rispettando le loro proprie ragioni.

La legge si tramuta così da luogo di concentrazione della necessità, in luogo di massima costruzione della libertà. Libertà è sapersi e potersi riconoscere nella legge e negli equilibri che essa stabilisce con la totalità del presente, con l'interezza dei suoi contenuti, fuori di ogni particolarismo; non è lotta di una soggettività dimezzata contro un altro da sè di cui le sfugge la qualità e la ragione, e che quindi viene percepito solo come vincolo e limite. Il trasformarsi del concetto di libertà nella critica di Hegel a Kant e Savigny sembra a questo punto ripetere un movimento che abbiamo già visto, a proposito di Kant: dalla libertà come « indipendenza » e come puro involucro degli arbitri, dunque da una concezione solo formalistica della libertà, alla libertà come autonomia e autoriconoscimento.

Il discorso di Hegel rivela così tutta la complessità di piani su cui si svolge: intorno alla drastica critica al formalismo della Scuola storica, che ne è come il centro segreto, ruotano temi diversi: l'epistemologia della « ragione della cosa », che richiama aspetti importanti della « Scienza della logica »; una teoria della legge (e della scienza giuridica); una teoria della libertà. Questi ultimi punti in particolare avevano certamente — e Hegel non poteva non rendersene conto — una precisa e inascondibile valenza politica. Tutti i « Lineamenti », del resto, sono carichi di una straordinaria tensione fra scienza e rapporto politico col proprio tempo, fra pensiero speculativo e scelta, diciamo così, « ideologica ». Certo si tratta, quasi sempre, di una politica che appare come velata e nascosta dietro lo schermo della teoria, dei saperi, delle dottrine. Sembra accadere così anche nel nostro testo; ma salvo che nelle battute finali: lì il velo pare per un attimo squarciarsi, sotto l'unghia di una battuta violentemente polemica, dove il dissenso teorico sembra trasformarsi d'un colpo,

(28) GPhR, p. 176: *Storiografia*, cit., 149.

e sia pure solo per un attimo, in scontro dichiaratamente « ideologico », e direttamente « politico ». Il dissenso sull'idea di legge non è per Hegel una diversità solo scientifica, filosofica. Nel punto segnato da quel contrasto non si vede solo teoria. Si possono distinguere anche, caduta ormai la maschera, « i falsi fratelli e amici del cosiddetto popolo ».

Tutta una storiografia ha ormai mostrato bene come sia generico, debole ed equivoco il concetto savignyano di popolo, quanto poco (per non dire nulla del tutto) esso connoti in senso « democratico » la dottrina di Savigny ⁽²⁹⁾, perchè ci si debba ora fermare a sottolineare tutto il sarcasmo che si raccoglie in quel « cosiddetto » di Hegel: una critica precocissima, lapidaria e devastatrice.

Falsi fratelli e falsi amici, dunque, Savigny e la sua scuola. Falsi sostenitori, per Hegel, di un rapporto realmente avanzato e moderno fra « popolo » e « scienza », fra libertà e idea di legge e di Stato. Come fosse arduo e difficile progettare e costruire questi nessi secondo una logica davvero adeguata alla ricchezza e alla potenziale complessità del presente, Hegel sapeva bene: tutta la sua ricerca della maturità è in fondo anche un tentativo in questa direzione. E nessuno come lui, dunque, poteva vedere con tanto anticipo quanto fosse « debole » la soluzione di Savigny, quanta oggettiva mistificazione ci fosse in alcune sue formule. Ma tuttavia sarebbe sbagliato, ora, forzare troppo il significato delle parole di Hegel, e cogliere in esse la traccia di una univoca e scoperta rottura con gli ambienti moderati e conservatori della Berlino dei suoi anni. Ci è ormai chiaro quanto in quel periodo fosse delicata la posizione del filosofo. Quanto fosse tutto sommata ristretta, pur se influente, la cerchia dei suoi amici — gli Hardenberg, gli Altenstein, gli Schulze; come si guardasse da molte parti — l'entourage della corte, il principe ereditario, probabilmente il re stesso — a lui con sospetto o almeno con diffidenza ⁽³⁰⁾. In quell'ambiente e in quel clima, Hegel si muove

⁽²⁹⁾ Cfr. A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli 1976², p. 17.

⁽³⁰⁾ J. D'HONDT, *Hegel nel suo tempo (Berlino, 1818-1831)*, tr. it. Napoli 1978, pp. 51 ss. Cfr. anche R. BODEI, *Filosofia e politica nello Hegel berlinese*, in *Incidenza di Hegel*, Napoli 1970, pp. 311 ss.

con estrema, giustificabile prudenza, non senza anche talune forme di nicodemismo. Ma senza alcun compromesso intellettuale con una interpretazione della scienza e della storia che dovevano apparirgli fortemente riduttive e particolarmente labili ed equivoche se confrontate con quella che a lui — ma a lui solo per ora — si rivelava come l'infinitamente ricca possibilità di conoscenza e di anticipazione offerta dal presente. Alla scelta politica di Savigny egli non contrappone una dichiarata scelta politica alternativa. Ma tutta la sua riflessione è una denuncia e uno smascheramento — che a volte, come abbiamo visto, non sa o non vuole rinunciare ai toni del sarcasmo e della passione — della ristrettezza e dei limiti di quella veduta: anche se essa sarà destinata poi a diventare, per tutto il corso di un'epoca, la sola veduta del diritto e della scienza giuridica « borghese » in Germania.

5. I temi della pagina della Vorrede su cui ci siamo fermati ritornano, come s'è detto, in più punti delle « Grundlinien ». Lasciando ora da parte la lunghissima Anmerkung al par. 3, che abbiamo già avuto occasione di analizzare ⁽³¹⁾, la polemica con Savigny riprende, egualmente esplicita, in un'altra ampia Anmerkung, quella al par. 211, sul diritto come legge, e i cui motivi vengono poi ancora richiamati in vario modo, ma comunque più rapidamente, nelle Anmerkungen ai parr. 212, 215 e 216.

L'avvio della riflessione di Hegel è ancora dato da un'analisi dei caratteri della legge, così come individuati nella Vorrede: « Ciò che è diritto consegue, soltanto per il fatto che diviene legge, non solo la *forma* della sua universalità, ma anche la sua vera determinatezza » ⁽³²⁾. Universalità, dunque, e determinatezza, come unico rapporto produttivo fra forma e contenuti, come sola via per uscire dal formalismo. Di qui viene introdotto un nuovo motivo di dissenso, rispetto ad un altro *topos* della Scuola storica e della sua politica del diritto: la polemica circa la falsa alternativa rappresentata dai diritti consuetudinari, e l'illusione che essi possano essere più « vivi » rispetto ai diritti codificati

⁽³¹⁾ *Storiografia*, cit., pp. 137 ss.

⁽³²⁾ GPhR, p. 655.

(ed Hegel ripete di nuovo il suo giudizio sul falso concetto di vita difeso dalla Scuola storica: «oggi, del resto, si parla certo moltissimo di *vita* e di *passare alla vita*, laddove si tratta di materia più che morta, e di pensieri ben morti») (33).

La critica ai diritti consuetudinari coinvolge poi, nella seconda parte del testo (34), i due maggiori modelli storici di diritto giurisprudenziale: l'esempio inglese e quello romano. Hegel non cerca di nascondere in alcun modo il giudizio sostanzialmente negativo che dà di queste esperienze. Nei riguardi del caso romano, egli addirittura non esita a capovolgere un'opinione largamente consolidata: la cd. «legge delle citazioni» non sarebbe un segno di imbarbarimento e una spia dell'avvenuto tramonto di quella grande civiltà giuridica, ma invece un sintomo di tardiva «saggezza». Emerge così, nel rifiuto di queste esperienze, una teoria del primato della legislazione sulla giurisprudenza, e della necessità di una codificazione in Germania (necessità ribadita di nuovo nelle Anmerkungen dei parr. 215 e 216, ancora in palese polemica con Savigny) (35), la cui analisi permetterebbe di mettere in luce altri aspetti di rilievo del paradigma giuridico che Hegel disegna nei «Lineamenti». Ma non è su queste cose che vogliamo ora, come epilogo, concentrare la nostra attenzione.

Ci preme piuttosto chiarire un altro punto.

Una teoria così profondamente antiformalistica della legge, che incorpora in modo così forte una teoria della libertà come autonomia e autoriconoscimento delle singole particolarità entro la trama di una forma universale, come quella che Hegel propone, sarebbe impensabile se non si fondasse su una precisa idea dello Stato e dei suoi compiti — di uno Stato moderno legato alle specificità del nuovo tempo storico che si veniva schiudendo — e solo nel quale la legge poteva apparire la «ragione della cosa» rispetto al mondo del diritto, e la libertà poteva costruirsi come autoriconoscimento dell'autonomia.

All'interno di uno Stato che si attribuisce funzioni così marcate di direzione complessiva dei processi sociali, da consentire

(33) GPhR, pp. 655-6.

(34) GPhR, pp. 656-7.

(35) GPhR, pp. 661-3.

alle sue leggi un simile ruolo di mediazione fra universalità e determinatezza, il formalismo del diritto privato moderno e della sua preistoria romana non può essere più, come nella prospettiva di Savigny, un valore assoluto: ma si riduce solo a un momento — limitato e parziale — di una vicenda molto più complessa.

Già nel par. 30 Hegel aveva trattato il « *formalismo* del diritto » come legato allo svolgimento del concetto di libertà, ed aveva inteso il diritto « più formale » e « più astratto » come il diritto « più limitato », considerandolo solo « il primo formale diritto della mia personalità astratta » ⁽³⁶⁾. Ma un'indicazione ancora più limpida mi pare si ricavi, per così dire in negativo, dalla lettura di un'altra pagina dei « *Lineamenti* ». Si tratta del par. 357, dedicato allo « Stato romano ».

« In questo mondo — scrive Hegel — la distinzione si compie fino all'infinita dilacerazione della vita etica negli estremi della autocoscienza privata *personale* e dell'*universalità astratta*. La contrapposizione derivata dall'intuizione sostanziale di un'aristocrazia contro il principio della personalità libera nella forma democratica, si sviluppa per un verso in superstizione e in affermazione di una violenza fredda e avida, per l'altro in corruzione di una plebe; e la dissoluzione del tutto culmina nell'infelicità generale e nella morte della vita etica, in cui le individualità nazionali si estinguono nell'unità di un pantheon e i singoli decadono a persone private e ad *eguali* con un diritto formale — tenuti insieme, pertanto, solo da un arbitro astratto che si spinge fino al mostruoso » ⁽³⁷⁾.

Che cosa — o, per meglio dire, quale assenza, quale mancanza, quale vuoto — fa sì che nel mondo romano le individualità « decadano » (Hegel scrive: « *herabsinken* ») « a persone private e ad *eguali* con un diritto formale »? E intanto perchè quel verbo — « decadono » — per indicare proprio quel processo di formalizzazione che nel giudizio di Savigny è invece il massimo punto

⁽³⁶⁾ GPhR, p. 172.

⁽³⁷⁾ GPhR, p. 814.

di forza della civiltà giuridica romana, quello che ne consente il recupero e l'utilizzazione moderna?

Come è noto, le distanze di Hegel rispetto ad una concezione apologetica del formalismo del diritto privato hanno le loro premesse fin dalla riflessione degli anni giovanili ⁽³⁸⁾: ma qui affiora un elemento nuovo. Il decadimento nella vicenda della società romana è tale perchè — fuori del formalismo dell'eguaglianza — non v'è nulla, letteralmente nulla, che sia in grado di superarne i limiti e la prospettiva. Fuori, vi è solo « un arbitrio astratto che si spinge fino al mostruoso ». Il « decadimento » non è nel formalismo in quanto tale, è in questo non esserci nulla oltre di lui. Ma cosa — quale potenza — può riscattare i limiti del formalismo: non cancellarli, ma risolverli in un disegno superiore? Evidentemente, solo la forza del progetto dello Stato — ma di uno Stato moderno —, impensabile nel mondo antico (tutto il testo di Hegel è una descrizione della rovina di questa mancanza). Solo ora, nel presente del nostro tempo, il formalismo può essere non più che un primo momento, il gradino d'avvio di un cammino complesso.

Qui non è importante valutare quanto sia corretta la lettura che Hegel propone del mondo romano, e del ruolo che vi svolge il diritto e il suo formalismo. È importante capire come egli fondi interamente il suo giudizio intorno all'alternativa fra assenza e presenza di uno Stato « moderno » di fronte all'astrazione del diritto. Il formalismo del diritto privato moderno — che pure esiste ben forte — non ha (può non avere) effetti rovinosi, non provoca la « decadenza » delle individualità, perchè ora c'è (può storicamente esservi) una potenza diversa che media e che supera, che organizza e dirige intorno ad altri ruoli, e ad altri fini. Ecco dunque il compito che Hegel assegna allo Stato, alla sua legislazione, innanzi al formalismo del diritto privato e della sua scienza. Veder negato questo ruolo decisivo da Savigny, e vedere anzi considerato il formalismo degli antichi e dei moderni come un valore assoluto che non deve obbedire a nulla, salvo che a se stesso, è per Hegel il torto maggiore; il segno di una totale incom-

⁽³⁸⁾ Si v., per esempio, le considerazioni svolte nel *Sistema dell'eticità*, tr. it. cit., pp. 198 ss. e nel *Diritto Naturale*, tr. it. cit., pp. 107 ss.

preensione della modernità del presente, della sua ragione e del suo « spirito ». Ed è proprio su questo punto cruciale — il ruolo dello Stato rispetto all'eguagliamento astratto del diritto privato e al formalismo dei suoi principi — che il paradigma di Hegel e quello di Savigny radicalmente si dividono; e si fa chiaro perchè andranno incontro a due destini storici tanto diversi.

Certo, un modello di Stato come quello ipotizzato da Hegel raffigura uno Stato che totalizza e decide: e che lo fa sulla base di un'etica: laica quanto si vuole, ma pur sempre un'etica. Bisogna dirlo, senza aver paura delle parole. È un modello che, a distorcene alcuni punti, e a giocare pesante su alcune sue ombre (siamo pur sempre negli anni venti del diciannovesimo secolo), poteva di certo servire a coprire politiche reazionarie. Le ha in effetti coperte. Ma bastano le tragedie di queste usurpazioni — di questa paradossale e aberrante fortuna — a far oscurare, oggi, tutto il suo straordinario potere cognitivo e di anticipazione che ancora conserva, di fronte ai problemi di governo e di direzione di una complessità sociale che Hegel aveva in qualche modo intuito come il futuro del suo tempo, e che è, in tutta la sua realtà, tanta parte del nostro presente?

MARIO BRETONE

IL «BERUF» E LA RICERCA DEL
«TEMPO CLASSICO»

... Leben die Bücher bald?

HÖLDERLIN, *An die Deutschen* (I), 6

1. *Due motivi antichistici.*

Vi sono vari modi di leggere Savigny. La cultura giuridica dell'Europa moderna, a cui Savigny appartiene, ha i suoi ricercatori specializzati. Uno studioso del diritto romano antico può dare, come antichista, un qualche contributo alla conoscenza di Savigny? Intendo, non il Savigny storico del diritto romano, filologo e antiquario, ma il giurista alle prese con i problemi pratici del suo tempo. Naturalmente, vi sono antichisti che sono anche, a pieno titolo, storici della cultura giuridica moderna; e altri a cui piacerebbe molto di esserlo. La mia situazione personale è alquanto diversa. Io so bene due cose. La prima, è che lo storico del mondo antico ha di fronte a sé compiti così ardui da assorbire (si direbbe, riprendendo una frase di Burckhardt) la sua intera persona. Non c'è da meravigliarsene. Quanto più una cultura si sottrae a un'intuizione immediata e al fluire con-

Ringrazio i colleghi Okko Behrends, Dieter Nörr e Hans Schlosser. Al loro aiuto sono ricorso più volte, con scambi epistolari e durante i miei soggiorni, brevi o lunghi, a Göttingen, München e Augsburg. Mi è stata preziosa anche la collaborazione del dr. Tycho Mersich, del Leopold Wenger-Institut für Rechtsgeschichte dell'Università di München. Infine, devo al signor Wolfgang Strietzel, studente presso l'Institut für Römisches und Gemeines Recht dell'Università di Göttingen, un paziente confronto tra le diverse edizioni del *Lehrbuch eines civilistischen Cursus* di Hugo.

tinuo di una tradizione, e rischia persino di scomparire dalla coscienza collettiva, tanto più si complicano i piani lungo i quali raggiungerla. Questo non vuol dire, s'intende, che l'antichista (come ogni altro storico) debba sottrarsi al fascino della trasgressione o reprimere il bisogno di cambiare aria; se lo facesse, anche il suo lavoro più specifico ne risentirebbe. La seconda cosa che credo di sapere, è questa. Un'epoca della storia giuridica europea, come quella in cui Savigny è vissuto, — in cui ha scritto i suoi libri, ha svolto le sue lezioni, ha viaggiato, ha avuto maestri e allievi, amici e nemici, è stato giudice e legislatore, — richiede che si approfondiscano sempre più i legami del diritto con i mutamenti economici e i movimenti politici, con le vicende degli stati e dei gruppi sociali, che si conoscano il grado di diffusione, la rilevanza pratica delle idee, la loro influenza o ininfluenza sull'agire degli uomini. Non si tratta solo di analizzare un'opera o anche un'intera esperienza letteraria, o di seguire su un piano speculativo interessanti discussioni teoriche. Tuttavia, la domanda rimane: può un antichista dal suo angolo di osservazione, con la sensibilità maturata nello studio delle sue fonti, contribuire alla conoscenza di Savigny?

Com'è risaputo, Savigny fu anche uno storico del diritto, nel senso proprio di questa parola. In una pagina del *Beruf*, egli osserva che ci sarà un momento, — quando la scienza giuridica avrà acquistato il linguaggio tecnico efficace di cui ora è priva, — ci sarà un momento in cui « noi potremo lasciare alla storia il diritto romano ». Questo pensiero ritorna anche nel *System* ⁽¹⁾. A dire il vero, un'opera di memoria storica è già lo stesso Savigny a compierla. Ma non è la memoria rievocativa o contemplativa che ora ci interessa, quanto piuttosto quella « applicativa ». Il diritto romano era « attuale » nella Germania della prima metà dell'ottocento, ma Savigny attualizza questo diritto di là dalla vigenza pratica delle sue norme. È sintomatico come egli insista

(¹) SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814¹, in *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, herausgegeben und eingeleitet von J. Stern, Berlin 1914, rist. Darmstadt 1959, p. 150 = *Beruf*³, Heidelberg 1840, p. 133; *System des heutigen römischen Rechts* I, Berlin 1840, p. xxxi.

su istituzioni che sembrerebbero definitivamente legate al destino del mondo antico, e che ora subiscono (se così posso dire) una replica o una reincarnazione, trasformandosi in una guida di comportamenti (in senso lato) politici. Mi soffermerò su due fenomeni rilevanti della storia giuridica romana, prendendo spunto da essi (e soprattutto dal secondo) per un discorso più ampio: l'editto pretorio e la giurisprudenza. Come e perché questi fenomeni storici diventano, per Savigny e i suoi contemporanei, problemi attuali?

2. *L'editto del pretore.*

Un singolare modo di produzione normativa, nel sistema romano delle fonti, è l'editto del pretore. Alla ricerca giuridico-antiquaria del primo settecento, la redazione definitiva del testo edittole voluta da Adriano era apparsa come il segno di una nuova epoca. « Chi può meravigliarsi », scriveva Johann Gottlieb Heineccius nelle sue schede pubblicate solo dopo la morte, « che un principe così avido di leggi nuove abbia considerato uno dei suoi massimi compiti, una volta assunto il principato, quello di dare un ordine all'editto pretorio e di renderlo, da incerto, certissimo e perpetuo? ». Adriano era, agli occhi di Eneccio, un Numa redivivo; come il re antichissimo nella rappresentazione di Virgilio, egli voleva fondare con le leggi una città nuova. La storia dell'editto era importante; ma importante era anche ricostruire il suo ordine interno ⁽²⁾. Il tentativo non veniva compiuto da Eneccio per la prima volta. Esso era stato già intrapreso da Hubertus Giphanius nel tardo cinquecento, e poi da Jacopo Gotofredo nel secolo successivo; indipendentemente da Giphanius, Ranchinus (non a caso lodato da Leibniz) si era mosso nella stessa direzione ⁽³⁾.

⁽²⁾ HEINECCIUS, *Opuscula postuma* (1743, 1747²), *Opera* VII 1 (2), Genevae 1749, pp. 174, 176; VII 2, pp. 295-564. Da una nota alla *Historia iuris civilis Romani ac Germanici* (1733, 1740²), *Opera* IV (1), Genevae 1747, p. 158, si desume che alla storia e alla ricostruzione dell'editto Eneccio lavorava da anni: « Nos ipsi in schedis habemus edictum perpetuum, multorum annorum adfectum magis, quam perfectum opus ... ».

⁽³⁾ RANCHINUS, *Edictum perpetuum Salvii Juliani restitutum*, Parisiis 1597

L'editto pretorio, nella sua forma finale, era dunque per gli interpreti moderni l'opera di un principe-legislatore. Costituiva, in una parola, il suo codice. Esso realizzava dopo due secoli, come anche si diceva, il disegno concepito dal genio di Cesare. Questa prospettiva viene abbandonata (o meglio, rovesciata) da Gustav Hugo nel suo *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*. L'editto adrianeo non era altro, secondo Hugo, che l'antico editto, accresciuto e migliorato di anno in anno; il quale riceveva ora l'ultima mano, per nulla significativa (4). Savigny pone particolarmente l'accento su questo punto del *Lehrbuch*. Nella sua lunga recensione a questo libro, scritta nel 1806 (lo stesso anno in cui apparve la terza edizione del *Lehrbuch*, sedici anni dopo la prima e sette dopo la seconda), egli accoglie con entusiasmo il punto di vista di Hugo.

Questa opinione è della massima importanza, e torna particolarmente ad onore del nostro diritto romano. Infatti il diritto romano che noi conosciamo e adoperiamo, ha il suo posto nelle Pandette; il resto, sono solo aggiunte e corruzioni. Ma le Pandette, nella loro massima parte, sono editto e interpretazione dell'editto. Così ... il nucleo del nostro diritto romano è rivendicato all'epoca grande e veneranda della libera Repubblica (5).

(per me inaccessibile); GIPHANIUS, *Oeconomia juris, sive dispositio methodica omnium librorum ac titulorum totius juris civilis imperatoris Justiniani sacratissimi principis, plane nova, cui similis antehac non visa, cognitionem denique juris affectantibus apprimè necessaria*, Argentorati 1612, pp. 118-65; J. GOTHOFREDUS, *Manuale juris seu parva juris mysteria* (1651), *Opera juridica minora*, Lugduni Batavorum 1733, p. 1243; *Fontes quatuor juris civilis* (1653), *Opera juridica minora*, pp. 241-52. L'accenno di Leibniz a Guillaume Ranchin è nelle aggiunte alla *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae, Sämtliche Schriften und Briefe*, herausgegeben von der Preussischen (Deutschen) Akademie der Wissenschaften, VI *Philosophische Schriften*, I, 1930, rist. Berlin-New York 1971, II § 8 revisione D, p. 296, 16-17, § 28 revisione D, p. 313, 16-17; ma sono attentamente registrati, nelle *Aufzeichnungen für eine zweite Ausgabe der Nova methodus I* (1695-1698?); *Sämtliche Schriften und Briefe VI 2*, Berlin 1966, p. 28, anche i «propositi» di Jacopo Gotofredo.

(4) HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Berlin 1799², pp. 257 ss.; 261-2, 264; 1806³, pp. 328 ss., 332-3, 335 nt. 8.

(5) SAVIGNY, *Vermischte Schriften V*, Berlin 1850, pp. 30-31 (sono considerate le due edizioni del libro di Hugo citate alla nota precedente):

Le Pandette, dunque, racchiudono in sé uno svolgimento i cui inizi risalgono al pensiero giuridico repubblicano. Nella codificazione giustiniana, aveva osservato Savigny nelle sue lezioni marburghesi, l'«intero storico è ridiventato legge» (6). L'editto lascia ora scorgere il nucleo, anch'esso in svolgimento, di questo intero. Le Pandette si erano formate in un'epoca di decadenza; ma venivano da molto lontano. Questo loro itinerario attrae l'attenzione più che il loro disegno ultimo, su cui si era appuntata la critica radicale del giusrazionalismo. Anche il disegno definitivo dell'editto non è il punto più rilevante. Ciò che interessa è la formazione graduale di una realtà giuridica, la sua lunga durata. E la libera Repubblica ne costituisce il principio. Questo della «libera Repubblica» è un motivo che non incontriamo solo qui (in seguito avremo occasione di ritornarvi). C'è nelle parole di Savigny, io credo, la suggestione di Montesquieu e di Gibbon (di un Gibbon, si potrebbe dire, discepolo di Montesquieu) (7). Nel quarantaquattresimo capitolo del *Decline and Fall of the Roman Empire*, Gibbon aveva tracciato una rapida storia del diritto romano. Quel capitolo famoso circolava in Germania sin dal 1789, nella traduzione tedesca di Hugo, ed era notissimo ad Savigny, che lo cita nella *Juristische Methodenlehre* accanto all'*Esprit des lois*. Il proposito di descrivere la storia giuridica di Roma aveva costretto Gibbon a interrompere gli annali di una monarchia nel suo declino, per respirare «l'aria pura e corroborante della Repubblica» (8). Savigny lo sapeva, e perciò il ten-

(6) SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm, herausgegeben von G. Wesenberg, Stuttgart 1951, p. 32.

(7) «Without Montesquieu», scrive H. R. TREVOR-ROPER, *Gibbon and the Publication of 'The Declin and Fall of the Roman Empire' 1776-1976*, *The Journal of Law and Economics* 19, 1976, p. 494. «we may confidently say, there would have been no Gibbon». Il rapporto di Gibbon con Montesquieu, su cui ritorna in più occasioni il libro ormai classico di G. GIARRIZZO, *Edward Gibbon e la cultura europea del settecento*, Napoli 1956, è però tutt'altro che semplice. Quanto agli ideali repubblicano-ciceroniani in Gibbon, vi insiste M. BARIDON, *Edward Gibbon et le mythe de Rome. Histoire et idéologie au siècle des lumières*, Paris 1977, p. 9.

(8) GIBBON, *The History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, ed. by J. B. Bury (London 1909-14^a), p. 471 = *Storia della decadenza e caduta dell'impero romano* II, Torino 1967, p. 1662.

tativo di Gibbon gli sembrava contraddittorio nel quadro della sua opera e in fondo non riuscito. Il tempo della Repubblica è il « punto vero » per farsi un'idea del diritto romano ⁽⁹⁾.

Il diritto è una parte della storia, e la scienza giuridica può essere vista come ausiliaria di altre scienze, della storia appunto e della politica. Ma si dà anche l'opposto. La storia può svolgere una funzione ausiliaria, e la scienza giuridica (che è in sé stessa una scienza storica) può « chiedere consiglio » alla storia ⁽¹⁰⁾. L'editto del pretore non è solo un momento della costituzione politica romana; è anche un esempio che i moderni potrebbero imitare. Vi sono dei casi, Savigny era pronto a riconoscerlo, in cui il ricorso a una legislazione è inevitabile per eliminare dubbi e incertezze, e per portare alla luce il « diritto effettivo », la « reale volontà del popolo ». Ora sarebbe opportuno se, in determinate circostanze, questa legislazione si svolgesse nei modi dell'attività edittale pretoria ⁽¹¹⁾.

Le circostanze non rimangono imprecisate. Nei Länder dove non vi sono codici, osserva Savigny, e dove è valso sinora il diritto comune e il diritto locale (solo interrotti dalla breve vigenza del Code Napoléon), la condizione del « diritto civile », del « *bürgerliches Recht* », dipende da tre elementi: in primo luogo da una sufficiente produzione normativa, poi da un personale amministrativo adeguato, infine da una forma idonea (non necessariamente unitaria) di processo ⁽¹²⁾. Su nessuno di questi tre piani un codice si rivela opportuno. Tutto può essere affidato alla scienza giuridica, il cui « rigoroso metodo storico » rende realmente impiegabili come « fonti » il diritto comune e i diritti locali ⁽¹³⁾. Essa ha altresì un compito pedagogico. Da una scienza giuridica seriamente coltivata e diffusa come un bene comune di tutti, e non solo da quei pochi che saranno poi chiamati a svolgere davvero una funzione creativa, dipende anche la formazione del perso-

⁽⁹⁾ SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, p. 35.

⁽¹⁰⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 80 = *Beruf*³, p. 16. Un esempio è alle pp. 100-1 = 50-51.

⁽¹¹⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 81 = *Beruf*³, p. 17.

⁽¹²⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 136 ss., 140, 147-8 = *Beruf*³, pp. 111 ss., 117, 130-1. Sulla situazione processuale v. anche pp. 94-95 = 40-41.

⁽¹³⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 140 = *Beruf*³, p. 117.

nale ⁽¹⁴⁾. Tuttavia non si potrà fare a meno di ricorrere allo strumento legislativo, almeno per quanto riguarda la risoluzione delle controversie esistenti nelle fonti romanistiche e la registrazione scritta delle antiche consuetudini. In questi due campi una legislazione è ammissibile, ma essa viene ancor più circoscritta nella sua portata. Molte controversie infatti sono tali solo in apparenza, o non hanno nessuna rilevanza pratica. E quanto alle controversie che siano tali nel vero senso della parola, « è meglio deciderle nella forma di disposizioni e direttive provvisorie alle corti, piuttosto che per mezzo di leggi in senso proprio, in quanto con le prime sarebbe pregiudicato meno il possibile, migliore approfondimento da parte della teoria » ⁽¹⁵⁾. Qui il rapporto fra disposizioni e direttive provvisorie per orientare l'attività giudiziaria, da un lato, e la teoria a cui spetta di perseguire risultati più sicuri, dall'altro, già sembra implicitamente ricalcare il rapporto, che è una costante nella formazione del diritto romano, fra l'attività normativa pretoria e la giurisprudenza. Ma il modello edittale, che in questo punto rimane sottinteso, diviene esplicito subito dopo, quando Savigny prende in esame le consuetudini.

Il secondo oggetto della legislazione dovrebbe essere la registrazione scritta del diritto consuetudinario, sul quale, in questo modo, verrebbe esercitato un controllo simile a quello che si attuava a Roma con l'editto ⁽¹⁶⁾.

Una legislazione che registri un diritto consuetudinario portato alla luce da una pratica effettiva, non altera l'esistente giuridico, non ha nessuna pretesa di completezza, non condiziona il futuro. Essa non è un codice sotto altro nome. Neanche l'editto del pretore romano lo era: questo appunto Savigny si era preoccupato di chiarire otto anni prima, nella recensione al *Lehrbuch* di Hugo. Ora quelle riflessioni storico-antiquarie guidano da lontano una

⁽¹⁴⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 145, 148 = *Beruf*³, pp. 125, 130.

⁽¹⁵⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 148-9 = *Beruf*³, pp. 131-2.

⁽¹⁶⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 149 = *Beruf*³, p. 132: « Das zweyte Object der Gesetzgebung wäre die Verzeichnung des Gewohnheitsrechts, über welches auf diese Weise eine ähnliche Aufsicht wie in Rom durch das Edict ausgeübt würde ».

proposta pratica. Questa proposta, a cui Savigny non dedicava che un cenno, fu ripresa e rilanciata in un libro molto singolare, che apparve un anno dopo il *Beruf* di Savigny con un titolo significativo: *Die prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen, ein Hauptmittel unser Recht allmählich gut und volksmässig zu bilden*. L'autore, Eduard Schrader, professore di diritto civile a Tubinga e consigliere di quell'alta corte, era un allievo di Gustav Hugo. Egli si avventurava nei dettagli. Il mezzo per restituire vitalità al diritto e esaltarne l'ispirazione popolare era nell'azione continuativa di un organo intermedio fra il governo, da un lato, il popolo e i dotti (tipico motivo savigniano) dall'altro (17). Un collegio, di cui si preordinava la composizione, la procedura e la durata, avrebbe dovuto svolgere in ogni stato tedesco una funzione analoga a quella del pretore in Roma antica. Era previsto anche un collegio generale per l'intera Germania (18). Su un punto Schrader era molto attento, nel determinare le sue sottili analogie fra la realtà antica e quella a lui contemporanea. L'editto pretorio non sopprimeva le altre fonti giuridiche. Esso colmava le lacune, favoriva l'applicazione delle norme esistenti, migliorava quelle che erano divenute inidonee. Questi principii avrebbero guidato anche l'attività del collegio. «Io calcolo in

(17) SCHRADER, *Die prätorischen Edicte der Römer auf unsere Verhältnisse übertragen, ein Hauptmittel unser Recht allmählich gut und volksmässig zu bilden*, Weimar 1815 (= *Civilistische Abhandlungen*, Weimar 1816) p. 52: «Diesemnach ist es also wohl der Mühe werth, uns nach einem andern Wege umzusehen, von welchem sich hoffen lässt, dass auf ihm unserem Rechte die wahre Lebendigkeit und Volksmässigkeit gegeben werde. Ich glaube diesen gefunden zu haben in der fortgehenden Thätigkeit einer, zwischen der Regierung von der einen, dem Volke und den Gelehrten von der anderen Seite, in der Mitte stehenden Behörde, welche dadurch, dass sie aus dem Volke ausginge und dessen Theilnahme vorzüglich anspräche, zugleich aber auch durch ihre Verbindung mit der Regierung ihren Verfügungen die nöthige Festigkeit verschaffte, und so in das Volksmässige selbst einen geregelteren Gang brächte; neben welcher Behörde natürlich auch die gesetzgebende, wo sie es nöthig fände, eingreifen könnte, und ein gründliches Studium, welches durch diese Anordnung gerade besonders belebt werden müsste, vorzüglich wichtig wäre: ich meine eine, dem Prätorischen Institute der Römer ähnliche Einrichtung, von welcher näher zu handeln der Zweck dieser Schrift ist».

(18) SCHRADER, *Die prätorischen Edicte*, pp. 69-144.

primo luogo », affermava Schrader, « che attraverso le decisioni collegiali non sia abolita nessuna delle fonti giuridiche in vigore ». Come presso i Romani, tutto deve ordinarsi in modo graduale, senza il pericolo di scelte e decisioni improvvise ⁽¹⁹⁾.

Savigny stimava il « diligente e valoroso » Schrader ⁽²⁰⁾. Egli prende molto sul serio il suo progetto nella rassegna critica delle « voci pro e contro i nuovi codici », che seguì (com'è noto) il *Beruf* e formò nel 1828 la prima appendice alla sua seconda edizione. Solo alcuni punti sono considerati discutibili: la scarsissima rappresentanza, per esempio, che Schrader riservava nei collegi ai teorici; il periodo di cento anni, entro il quale erano proibite modifiche alle norme già emanate. Queste determinazioni cronologiche, nota Savigny, non sono possibili in un « tempo effimero » come il nostro: lo erano appena in altri tempi, quando « le nostre vecchie chiese, da molte generazioni, si costruivano l'una dopo l'altra sempre secondo il medesimo piano » ⁽²¹⁾. Se si prescinde da questi rilievi, Savigny approva, discutendolo a lungo, il libro di Schrader. Se ne ricorderà ancora, ma senza più nominarlo, nel *System* ⁽²²⁾. Può darsi che agli occhi di Savigny quel libro rivelasse davvero moderazione e prudenza, e (come egli scrive) un « gesunder praktischer Sinn » ⁽²³⁾. Uomini come Schrader e Savigny, è stato finemente notato, non sono « praktisch » o « unpraktisch » in assoluto, ma sempre in una certa misura e secondo il punto di vista dal quale li osserviamo ⁽²⁴⁾. Può anche darsi, però, che il consenso che Schrader manifestava all'indirizzo della Scuola storica, e la sua polemica anticodificatoria, spingessero

⁽¹⁹⁾ SCHRADER, *Die prätorischen Edicte*, pp. 80-81.

⁽²⁰⁾ Si veda la lettera del 3 agosto 1809 a Leonhard Creuzer, in A. STOLL, *Friedrich Karl v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, I *Der junge Savigny*, Berlin 1927, p. 384.

⁽²¹⁾ SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, ZGR. 3 (1), 1816 (1817), pp. 37-42 = *Beruf*³, pp. 183-6 (Beil.).

⁽²²⁾ SAVIGNY, *System* I, pp. 204-5.

⁽²³⁾ SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, p. 42 = *Beruf*³, p. 185 (Beil.).

⁽²⁴⁾ J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie. 1802-1880*, Berlin 1974, pp. 33-34, 232. Non dubita del « senso pratico » di Schrader, e di Savigny, G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978, pp. 112-3.

Savigny ad accogliere sin nei particolari, con più entusiasmo del necessario, il suo bizzarro disegno. Nessuna meraviglia, invece, che quel disegno potesse uscire dalla testa di Schrader, l'impavido e instancabile raccoglitore di manoscritti del *Corpus iuris* per una edizione che non vide mai (e non poteva vedere) la luce ⁽²⁵⁾. La Universitätsbibliothek di Tubinga li raccolse alla fine in innumerevoli fascicoli, da cui solo Mommsen seppe trarre utili notizie: « triste monumento », nota Ernst Landsberg in alcune drammatiche pagine della sua *Geschichte*, « di una diligenza dotta, costante e senza requie, ma guidata dall'errore » ⁽²⁶⁾.

3. Un « reggimento di Calmucchi »?

L'editto pretorio, dunque, non era un codice. Con l'editto si attuava nel mondo romano un controllo continuo, annualmente rivedibile, dell'intero ordinamento giuridico: Savigny insiste molto su questo punto. La brevità dell'editto non appariva arida e vuota, come accade non di rado con le leggi e i documenti medievali ⁽²⁷⁾. L'idea anacronistica che esso fosse « un codice patrio, adeguato ai bisogni del suo tempo, coerente in sé stesso e fornito di forza legislativa », era ancora sostenuta da Paul Johann Anselm Feuerbach ⁽²⁸⁾; ma, da un punto di vista storico, le critiche di Hugo e di Savigny l'avevano molto indebolita. Ciò che a loro interessa, non sono tanto i contenuti del programma pretorio, quanto la sua tecnica, il modo della sua formazione, il suo carattere sperimentale. L'editto, si potrebbe dire, è un metodo,

⁽²⁵⁾ « Man darf doch nunmehr hoffen, dass das Ganze zu Ende kommen wird »: così scriveva, nell'agosto del 1825, Friedrich Creuzer a Savigny, dopo che Schrader aveva pubblicato nel 1823 il *Prodromus corpus iuris civilis edendi (Briefe Friedrich Creuzers an Savigny, unter Mitarbeit von I. Schnack herausgegeben von H. Dahlmann, Berlin 1972, p. 351)*. Ma la speranza andò delusa.

⁽²⁶⁾ R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* III 2 (Text), München-Berlin 1910, p. 61.

⁽²⁷⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 86 = *Beruf*², p. 25.

⁽²⁸⁾ FEUERBACH, *Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische teutsche Gesetzgebung* (Vorrede a N. BORST, *Über die Beweislast im Civilprozess*, Leipzig 1816), *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg 1833, p. 147.

così come è un metodo la giurisprudenza. Bisogna non trascurare, io credo, questa insistenza di Savigny sull'aspetto tecnico-metodologico, più che sull'aspetto materiale-contenutistico, del diritto romano (29). La polemica di Anton Friedrich Justus Thibaut (come, su un altro piano, quella di Hegel) investiva soprattutto quest'ultimo aspetto: « a noi mancherà in eterno la chiave », scriveva Thibaut, per entrare nell'oscuro edificio della Compilazione giustiniana; la « farragine dei frammenti sminuzzati » rinchiude un « orribile miscuglio di decisioni sagge e assurde, logiche e illogiche », in settori fondamentali come il potere dei genitori sui figli, la proprietà e le ipoteche, la prescrizione e la successione ereditaria; un « labirinto di ipotesi audaci e oscillanti » può snodarsi senza fine, e mai il diritto abitare davvero « nella testa dei giudici e degli avvocati » (30). Thibaut riprendeva in realtà, con toni nuovi, una polemica antica. D'altra parte, proprio dalla farragine compilatoria, avvertita come tale, il pensiero giusnaturalistico aveva desunto (così si diceva) alcune « regole eterne della giustizia », o alcune materie, come la teoria dei contratti depurata dai suoi elementi aberranti. Tutto il resto si tendeva ad abbandonarlo, come « limite » o « cavillo ». Con quale risultato? Ciò che materialmente rimane, notava Savigny, è di una natura così

(29) SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 92 = *Beruf*², p. 35: « Über den materiellen Werth des Römischen Rechts können die Meynungen sehr verschieden seyn, aber über die hier dargestellte Meisterschaft in der juristischen Methode sind ohne Zweifel alle einig, welche hierin eine Stimme haben »; v. anche pp. 94, 99-100 = pp. 39, 49.

(30) THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*¹, Heidelberg 1814, pp. 16-20 = *Ueber die Nothwendigkeit*², *Civilistische Abhandlungen*, Heidelberg 1814, pp. 414-8. Il suo giudizio era diverso nella *Juristische Encyclopädie und Methodologie zum eignen Studio für Anfänger, und zum Gebrauch academischer Vorlesungen entworfen*, Altona 1797, p. 153. Nei *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts I*, 1798¹, Jena 1817², p. 136, alla forma esterna della Compilazione giustiniana è contrapposta la « materia »: la prima è « ein Werk der Thorheit und Barbarey »; la seconda, al contrario, « das Product eines langen, vielfältig geprüften Raisonnements; die Frucht der Erfahrungen und Meditationen der hellsten, durchdringendsten, gesündesten Köpfe; ein gereiftes Werk der Freiheit des Geistes, welches vielleicht weniger, als irgend eine andre Gesetzgebung durch die Spuren der Willkühr und Dummheit entstellt ist ». Si veda H. KIEFNER, *A. F. J. Thibaut, ZSS. (Rom. Abt.)* 77, 1960, p. 325 nt. 112.

generale, che si sarebbe potuto trovarlo senza nessuna educazione giuridica, e « senza scomodare in nostro aiuto leggi e giuristi da cui ci separano anche duemila anni » (31).

Il compito del presente è un altro. I libri giuridici giustinianeî, che hanno trasmesso il diritto romano all'Europa moderna, non hanno valore per sé, o soltanto per il loro contenuto normativo, ma in quanto costituiscono il tramite verso il « tempo classico ». Per gli uomini della tarda antichità, quel tempo era « perduto e irraggiungibile », « verloren und jetzt unerreichbar ». Spettava al presente il compito di recuperarlo. Il « tempo classico » è, per Savigny, il principio del terzo secolo dell'era cristiana. In questo periodo la scienza giuridica raggiunse il suo punto più alto. Ma ancora una volta, come per l'editto pretorio, bisogna risalire indietro sino alla Repubblica. Non solo la materia del diritto, ma anche il « metodo ammirevole » dei classici « ha le sue radici nel tempo della libertà » (32). Il mito della libera Repubblica continuava, dunque, a esercitare il suo fascino. Le dure parole di Thibaut (il quale finiva, in ogni modo, col contrapporre un mito ad un altro) non erano riuscite a scuoterlo: « interi blocchi del diritto più antico », egli aveva osservato, « si riconducono alla arroganza repubblicano-militaresca, all'orgoglio e all'egoismo, a una sorta di militaresca rigidezza e pedanteria » (33). Un filo continuo lega le epoche fra di loro. Come la costituzione politica, così il « diritto civile » romano si viene svolgendo in modo graduale e organico, in un intreccio di forme nuove e antiche; soprattutto il diritto civile, dove perdura più a lungo « la giusta armonia delle forze permanenti e di quelle progressive » (34).

La ricerca del « tempo classico » è l'imperativo umanistico del *Beruf*. Si tratta, secondo Savigny, di una via obbligata per la scienza giuridica moderna, che voglia ricostituire e rinnovare sé stessa. Bisogna sorprendere i giuristi romani nel loro lavoro, e proporsi l'ambizioso obiettivo di continuarlo. Non solo il loro metodo ha un significato per noi, ma anche lo stretto rapporto

(31) SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 87 = *Beruf*³, pp. 27-28 (v. anche pp. 91-92 = p. 35).

(32) SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 87-91, 163 = *Beruf*³, pp. 28, 31-33, 157.

(33) THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit*², p. 419.

(34) SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 90 = *Beruf*³, p. 32.

che essi riuscirono a stabilire con la letteratura del loro tempo. I giuristi romani sono il modello di una nuova « Bildung ». Naturalmente c'è differenza fra l'imitazione della Bildung romana e una Bildung peculiare e autentica: ma solo la prima può condurre alla seconda ⁽³⁵⁾. Savigny era anche uno storico (lo abbiamo detto) nel senso specifico di questa parola, e un filologo; egli sapeva benissimo che alla storia giuridica, come all'interpretazione giuridica, era necessaria una teoria delle fonti nel suo duplice aspetto « diplomatico » e critico-ricostruttivo ⁽³⁶⁾. Ma il rapporto con le fonti non si pone ora in termini filologici. Non serve insistere sulla difficoltà della loro costituzione critica, non importa che si abbia fra le mani una cattiva edizione delle Pandette (del resto si possono sempre adoperare, per meglio esercitarsi, più edizioni) ⁽³⁷⁾. Si deve imparare a leggere i testi direttamente (come facevano i Glossatori, i quali mancavano di intermediari); bisogna leggerli « in modo spigliato e con sensibilità letteraria », conoscerli come una terra natia, ritrovarvi « nutrimento e gioia », così come può accadere con i libri sacri ⁽³⁸⁾. Gli autori di quei testi non si distinguevano l'uno dall'altro. Il dogma della fungibilità riceve adesso una nuova formulazione ⁽³⁹⁾. Nicolaus Thaddäus von Gönner poteva dire che, in questo modo, i giuristi romani non erano diversi da un reggimento di Calmucchi, dove tutti sembrano uguali ⁽⁴⁰⁾. Ma la sua lingua tagliente colpisce Savigny

⁽³⁵⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 88, 94, 99-100, 109, 140, 141-2 = *Beruf*³, pp. 29, 39, 49-50, 66, 118, 120. Si vedano le pp. 99, 150 = 49, 133 per la contrapposizione di una « schwache Nachahmung Römischer Bildung » a una « eigenthümliche » o « ganz eigene und neue Bildung ».

⁽³⁶⁾ SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, pp. 18, 20-21, 32.

⁽³⁷⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 143-4 = *Beruf*³, pp. 122-3, da confrontare con *Juristische Methodenlehre*, pp. 22-23: « Zur Übung des kritischen Talents wäre es gut, sich schlechter Ausgaben des *Corpus juris* mit bedeutenden Fehlern zu bedienen, durch die Vergleichung mit echten Ausgaben kann man dann die Kritik bestätigen ».

⁽³⁸⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 92, 141-4, 153, 157 = *Beruf*³, pp. 35, 120-3, 140, 146. Si confronti la p. 153 = 140 del *Beruf* con *Juristische Methodenlehre*, pp. 27-28.

⁽³⁹⁾ Rimando a quanto osservo nel mio articolo *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny, Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da Giovanni Tarello, VI, 1976, p. 207-8.

⁽⁴⁰⁾ GÖNNER, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unsrer Zeit*, Erlangen 1815, p. 277: « Von den Kalmuken wissen wir ... dass Einer dem Andern

molto meno di quanto non colpirebbe molti romanisti nostri contemporanei, se leggessero ancora Gönner. Lo colpisce meno, se si tiene conto del suo intero programma giuridico-culturale.

Tuttavia i giuristi romani, per dirla con Thibaut, non avevano risposto « a domande sollevate da cittadini tedeschi »; e il loro diritto, incalzava Fuerbach, era cresciuto « su un terreno patrio, dalla radice di un unico cuore (aus Einer Herzwurzel) » ⁽⁴¹⁾. Perché allora non abbandonarli definitivamente alla storia? Per comprendere in che senso essi venissero proposti (o riproposti) da Savigny come modelli, è necessario anzitutto chiedersi quale immagine ne era stata tramandata alla cultura europea dei primi decenni dell'ottocento.

Questa immagine non appariva trattenuta nei confini di una ricerca erudito-antiquaria, come Cuiacio o Eineccio l'avevano svolta. Le « appassionate dichiarazioni » di Leibniz sui giuristi romani suscitavano in molti un « religioso stupore » ⁽⁴²⁾. Anche Gustav Hugo non ne era rimasto immune. Quelle dichiarazioni erano per lui non solo appassionate, ma anche ponderate. Nella quinta edizione della *Juristische Encyclopädie* e poi nelle edizioni successive, Hugo esalta il rigore logico degli antichi rappresentanti del ceto giurisprudenziale; e non trova di meglio, per sostenere la sua ammirazione, che richiamare una lettera del « matematico e giurista » Leibniz a Heinrich Ernst Kestner. Non era la prima volta. Egli l'aveva già implicitamente ricordata in una pagina del 1789. Del resto il nome di Leibniz si incontra spesso, o è tacitamente presente, nel discorso di Hugo ⁽⁴³⁾.

gleich, dass Alle von der Natur fabrikmässig in eine Form gedruckt zu seyn und ganze Regimente aus lauter Brüdern (fungiblen Personen) zu bestehen scheinen ».

⁽⁴¹⁾ THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit* ², 418; FEUERBACH, *Einige Worte*, p. 147.

⁽⁴²⁾ THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit* ¹, p. 18 = *Ueber die Nothwendigkeit* ², p. 416.

⁽⁴³⁾ HUGO, *Lehrbuch der juristischen Encyclopädie*, Berlin 1817 ⁵, p. 50: « An strenger Folgerechtigkeit hat einer der grössten Denker, ein Mathematiker und Rechtsgelehrter zugleich, die römischen Rechtsgelahrten mit den Mathematikern verglichen, und nicht etwa im Eifer, sondern mit wiederholter ruhiger Uebersetzung ... »; cfr. *Juristische Encyclopädie*, Berlin 1835 ⁸, p. 54. La lettera di Leib-

4. *Intermezzo leibniziano.*

Negli ultimi decenni del settecento, gli scritti di Leibniz circolavano ormai abbastanza (anche se una buona parte di quella sterminata produzione letteraria giaceva ancora negli archivi). Nel 1748, lo stesso anno in cui si pubblicava anonimo a Ginevra l'*Esprit des lois* di Montesquieu, Christian Wolff aveva sottratto all'oblio la *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae*, destinata a una larghissima diffusione postuma. Per ricostruire il giudizio di Leibniz sui giuristi romani, e i suoi molteplici influssi, bisogna muovere proprio da quest'opera. Essa era stata scritta « in fretta » e « senza apparato di libri » ottant'anni prima che Wolff la ripubblicasse. Leibniz vi era ritornato più volte nel corso della sua vita, con revisioni e aggiunte che sono importanti per la nostra analisi, ma che non videro mai la luce. Al centro della *Nova methodus* stanno le *Institutiones* giustinianee. Al metodo delle *Institutiones*, come a quello seguito nel Codice e nel Digesto, Leibniz contrapponeva un metodo nuovo. Il diritto, ordinato logicamente secondo i suoi « principii evidentissimi », avrebbe dovuto acquistare una coerenza euclidea.

L'impianto sistematico-istituzionale si fondava sulla triade « *personae, res, actiones* ». Ora esso appariva ridondante alla critica leibniziana, perché « desunto non dalle profondità del diritto, ma da quelle del fatto », e una distinzione trattenuta al « concreto » è per la scienza giuridica (egli diceva) il « principio di ogni confusione ».

Sono fatti le persone e le cose, sono termini del diritto invece la potestà, l'obbligazione e così via. D'altra parte, se si volle scegliere un metodo fattuale, perché non si andò avanti, e non si suddivisero le persone e le cose in fisiche e morali: le persone per esempio in sordi, muti, ciechi, ermafroditi, normali, uomini, donne, impuberi, minori, adulti, ricchi, poveri, nobili, magistrati, rustici, stranieri, eretici, scismatici e così via; e le cose in divisibili e indivisibili, preziose, mobili, immobili, semo-

niz a H. E. Kestner è del 1 luglio 1716, e si può vederla nell'edizione ginevrina degli *Opera omnia* curata da L. Dutens, IV 3, 1768, pp. 267-9. Per la citazione leibniziana del 1789, si veda HUGO, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniss der letzten vierzig Jahre* I, Berlin 1828, pp. 149-50, su cui J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtstheorie*, p. 252 nt. 427.

venti, tesori, monete, cose fungibili, quadrupedi, cavalli, fiere e così via? Perché non si distribuirono così i titoli giuridici, e in ognuno si spiegò quale fosse il diritto? Si riconobbe evidentemente che, seguendo un simile criterio, si sarebbero causate infinite ripetizioni, e l'oggetto non sarebbe stato ricondotto ai principii generali. Come se il geodeta ripartisse la sua disciplina non secondo la forma ma secondo la materia, e trattasse della dimensione dei poderi, dei pascoli, dei campi arenosi argillosi sassosi. Chi non riderebbe di questo nuovo Euclide? (44).

Il sistema delineato da Leibniz è diverso. Il suo concetto basilare è la *qualitas moralis*, in cui rientrano il « diritto » (in senso soggettivo) e l'« obbligazione ». « Soggetto » o « oggetto » di una *qualitas moralis* possono essere sia le persone che le cose. Sua *causa* è, accanto alla *natura*, l'*actio*, distinta nelle tre classi della *possessio*, della *iniuria* e della *conventio*; a sua volta l'*actio* ha in una *qualitas moralis* la sua fonte, e questa può garantirne la giustizia (45). Il proposito di Leibniz è di organizzare il diritto secondo linee puramente logiche. Certo, come gli studi più recenti sono venuti mostrando, egli condivide la svolta « galileiana » della scienza e della filosofia contemporanea in una direzione empirico-analitica (46). Anche il diritto, come tutta la filosofia pratica, non esclude l'esperienza. Accanto alla « giurisprudenza naturale », come accanto alla « teologia naturale », vi sono le leggi positive, dove la « volontà sta in luogo della ragione ». Il diritto civile è un fenomeno alla cui origine si trovano il fatto e la storia (47). In un certo profilo, la giurisprudenza si accosta alla medicina. Nondimeno il ruolo che l'esperienza gioca nel diritto è diverso da quello che essa gioca nella medicina, dove « una malattia è come una pianta o un animale, che richiede una storia a parte ».

(44) LEIBNIZ, *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae, Sämtliche Schriften und Briefe* VI 1, pp. 295-9, 306. Si vedano anche, a p. 300, le critiche rivolte a Johann Althusius e Hermann Vultejus.

(45) LEIBNIZ, *Nova methodus*, pp. 301-6, con la dettagliata analisi di C. VASOLI, *Enciclopedia, pansofia e riforma metodica del diritto nella « Nova methodus » di Leibniz, Quaderni fiorentini* 2, 1973, pp. 73-89.

(46) Si veda soprattutto H. SCHIEDERMAIR, *Das Phänomen der Macht und die Idee des Rechts bei Gottfried Wilhelm Leibniz*, Wiesbaden 1970, pp. 9 ss., 10, 14 ss., 35.

(47) LEIBNIZ, *Nova methodus*, pp. 294, 341.

Perciò, « la millesima parte dei libri dei giureconsulti sarebbe sufficiente », ma « non avremmo nulla da buttar via, in materia di medicina, se disponessimo di osservazioni ben circostanziate, in numero mille volte superiore rispetto a quelle di cui attualmente disponiamo »⁽⁴⁸⁾. Molto più che alle scienze empiriche, la scienza del diritto è vicina a quelle « necessarie e dimostrative, che non dipendono dai fatti, ma unicamente dalla ragione »; come la logica, la metafisica, l'aritmetica, la geometria, la cinematica, anche la scienza del diritto, può dire Leibniz, non tanto si fonda « su fatti ed esperienze », quanto serve piuttosto « a rendere ragione dei fatti e a regolarli in anticipo »⁽⁴⁹⁾. La formulazione più decisa è negli inediti *Elementa juris naturalis* del periodo moguntino:

La scienza giuridica fa parte di quelle scienze che non dipendono dagli esperimenti ma dalle definizioni, non da ciò che mostrano i sensi, ma da dimostrazioni razionali ... Poiché la giustizia consiste in una congruenza e in una proporzionalità, si può capire che qualcosa è giusto, anche se non vi sia nessuno che eserciti la giustizia e nessuno nei cui confronti essa sia esercitata; così come i rapporti fra i numeri rimangono veri, vi sia o no qualcuno che calcoli e sussistano o meno le cose da numerare, e così come di una casa, di una macchina, di uno stato, si può predire che saranno belli, efficienti e felici se esisteranno, anche se non siano per esistere mai. Perciò non bisogna meravigliarsi che i principii di queste scienze abbiano il carattere di verità eterne; essi infatti sono ipotetici, non ci dicono che cosa esista, ma che cosa consegua a un'esistenza supposta; e non derivano da una percezione sensibile, ma da una rappresentazione chiara e distinta, che Platone chiamava idea e che, espressa in parole, non è altro che la definizione⁽⁵⁰⁾.

(48) LEIBNIZ, *Nouveaux essais sur l'entendement* IV 7 § 19, 21 § 4, *Sämtliche Schriften und Briefe* VI 6, Berlin-New York 1962, pp. 426-7, 522.

(49) LEIBNIZ, *Méditation sur la notion commune de la justice*, in G. MOLLAT, *Rechtsphilosophisches aus Leibnizens ungedruckten Schriften*, Leipzig 1885, p. 61.

(50) LEIBNIZ, *Elementa juris naturalis* (1670-1671?), *Sämtliche Schriften und Briefe* VI 1, p. 460: « Doctrina Iuris ex earum numero est, quae non ab experimentis, sed definitionibus, nec a sensuum sed rationis demonstrationibus pendent ... Cum enim consistat Iustitia in congruitate ac proportionalitate quadam, potest intelligi justum aliquid esse, etsi nec sit qui iustitiam exerceat, nec in quem exerceatur, prorsus ut numerorum rationes verae sunt, etsi non sit nec qui numeret nec quod numeretur, et de domo, de machina, de Republica praedici potest, pul-

Lo splendore metafisico di questo brano non deve farci dimenticare che la logica operante nella filosofia pratica non si esaurisce, per Leibniz, nell'analisi delle connessioni concettuali, non è solo una logica pura, formale, ma (com'è stato notato) una logica dell'« oggetto », utile per la comprensione della realtà empirica ⁽⁵¹⁾. Tuttavia, la scienza del diritto si configura qui come una scienza di « cose necessarie », secondo le parole che Leibniz adopera in un altro testo mai da lui pubblicato. Non potrebbe non esserlo, perché « i fondamenti del diritto sono eterni ». Essa non esclude dal suo ambito il « per lo più » (secondo l'espressione aristotelica); ma « anche delle cose che accadono per lo più », e non solo delle cose necessarie, « può darsi una scienza di eterna verità, se diviene chiaro il loro fondamento di probabilità e il grado della probabilità stessa: come impariamo dalle dimostrazioni che i matematici fanno sul rischio » ⁽⁵²⁾.

Ritorniamo ora alla *Nova methodus*. Lo schema triadico « *personae, res, actiones* » non era stato inventato dai collaboratori di Giustiniano. Era molto più antico. Leibniz lo sapeva, e non manca di notarlo in modo esplicito in una delle aggiunte alla sua opera ⁽⁵³⁾. Certo egli non poteva vedere quello schema, come noi oggi lo vediamo, pienamente dispiegato nelle *Institutiones* di Gaio: dovevano infatti trascorrere ancora centocinquant'anni, prima che Barthold Georg Niebuhr scoprisse il manuale gaiano in un palinsesto della Biblioteca Capitolare di Verona, e potesse interpretarlo con l'aiuto di Savigny. Tuttavia, è facile supporre

chram, efficacem, felicem fore, si futura sit, etsi nunquam futura sit. Quare mirum non est harum scientiarum decreta aeternae veritatis esse, omnia enim conditionalia sunt, nec tradunt, quid existat, sed quid suppositam existentiam consequatur: Nec a sensu descendunt, sed clara distinctaque imaginatione, quam Plato Ideam vocabat, quaeque verbis expressa idem quod definitio est ... ».

⁽⁵¹⁾ H. SCHIEDERMAIR, *Das Phänomen der Macht*, pp. 52, 53-4.

⁽⁵²⁾ LEIBNIZ, *Elementa juris perpetui* (1695-1697?), *Textes inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre*, publiés et annotés par G. Grua, II, Paris 1948, p. 638. Si veda anche la lettera ad Antoine Arnauld del 14 (?) gennaio 1688, in *Die philosophischen Schriften von G. W. Leibniz*, herausgegeben von C. J. Gerhardt, II, Berlin 1879, p. 134 e quella a Johann Bernouilli del 5 marzo 1697, in *Leibnizens mathematische Schriften*, herausgegeben von C. J. Gerhardt, III 1, Halle 1855, p. 377.

⁽⁵³⁾ LEIBNIZ, *Nova methodus*, II § 8 revisione D, p. 296, 18.

che un confronto con quanto di quel manuale era stato riprodotto nel Digesto, bastasse all'occhio attento del Leibniz, com'era bastato ai suoi predecessori, per sospettare la derivazione. La sua critica colpiva, dunque, almeno indirettamente, un aspetto del pensiero classico. Ed era un aspetto per lui importante, perché il suo spirito geometrico non sottovalutava, fra le opere classiche, i libri istituzionali. Le *Quaestiones* e i *Responsa* gli apparivano dei « libri confusi », anche se in essi soprattutto si dispiegava « in pochissime linee la grande forza degli argomenti »⁽⁵⁴⁾.

Il razionalismo leibniziano non si spingeva però sino a intaccare l'immagine (appunto) « razionalistica » del giureconsulto antico. Essa era già chiara qualche anno prima della *Nova methodus*. Discutendo il tema delle « condizioni », — un tema comune, ma di grande utilità, — Leibniz aveva osservato che non era difficile ordinare i responsi dei giuristi romani in « dimostrazioni certissime e quasi matematiche », e che occorreva più fatica a mettere quei responsi insieme che non ingegno per integrarli⁽⁵⁵⁾. Alla giovanile *Disputatio juridica de conditionibus* egli ritorna più tardi, in un brano (lasciato inedito) sulla « caratteristica ». Qui il fatto che « persino i giureconsulti, nel Digesto, espongono tesi veramente dimostrate », è una prova « che si diano dimostrazioni anche fuori dell'ambito delle grandezze »⁽⁵⁶⁾. Il confronto con i matematici era, dunque, più che naturale: né Euclide né Cartesio, se avessero rivolto al diritto la loro intelligenza, « avrebbero potuto scrivere in modo più elegante, e con maggiore profondità, di un Ulpiano o di un Papiniano ». Tutti, pensava Leibniz, si sarebbero trovati d'accordo in un simile giudizio; il pericolo se

⁽⁵⁴⁾ LEIBNIZ, *Nova methodus*, pp. 296, 349.

⁽⁵⁵⁾ LEIBNIZ, *Disputatio juridica de conditionibus* (1665), *Sämtliche Schriften und Briefe* VI 1, p. 101: « Hic illud saltem praeterire non possum, tanto ingenio tantaque profunditate in reddendo jure versatos esse jurisconsultos veteres, ut in certissimas ac pene mathematicas demonstrationes eorum responsa redigendi laboris potius sit in digerendo, quam in supplendo ingenii ». Le stesse parole ricorrono anche nel proemio al terzo degli *Specimina juris* (1669), *Sämtliche Schriften und Briefe* VI, 1 p. 369.

⁽⁵⁶⁾ LEIBNIZ, *Vorarbeiten zur allgemeinen Charakteristik* (XIV), *Die philosophischen Schriften*, hrsg. von Gerhardt, VII, p. 198.

mai, egli notava, era che dei giureconsulti antichi si smarrisse a poco a poco il ricordo ⁽⁵⁷⁾. Quel confronto attraversa tutta la sua meditazione sul diritto romano, e infine ritorna nei *Nouveaux essais sur l'entendement*:

Il y a des exemples assez considerables des demonstrations hors des Mathematiques, et on peut dire qu'Aristote en a donné déjà dans ses *Premiers Analytiques*. En effèt la Logique est aussi susceptible de demonstrations, que la Geometrie, et l'on peut dire que la Logique des Geometres, ou les manieres d'argumenter, qu'Euclide a expliquées et établies en parlant des proportions, sont une extension ou promotion particuliere de la Logique Generale. Archimede est le premier, dont nous ayons des ouvrages, qui ait exercé l'art de demonstrier dans une occasion où il entre du physique, comme il a fait dans son livre *de l'Equilibre*. De plus, on peut dire que les Jurisconsultes ont plusieurs bonnes demonstrations; sur tout les anciens Jurisconsultes Romains, dont les fragmens nous ont été conservés dans les *Pandectes*. Je suis tout à fait de l'avis de Laurent Valle, qui ne peut assez admirer ces auteurs, entre autres parce qu'ils parlent tous d'une maniere si juste et si nette et qu'ils raisonnent en effèt d'une façon qui approche fort de la demonstrative, et souvent est demonstrative tout à fait. Aussi ne say-je aucune science hors de celle du droit et celle des armes, où les Romains ayent adjouté quelque chose de considerable à ce qu'ils avoient reçu des Grecs. ... Cette maniere precise de s'expliquer, a fait, que tous ces Jurisconsultes des *Pandectes*, quoyque assez éloignés quelques fois les uns du tems des autres, semblent être tous un seul auteur, et qu'on auroit bien de la peine à les discerner, si les noms des Ecrivains n'étoient pas à la tête des extraits; comme on auroit de la peine à distinguer Euclide, Archimede

(57) Esemplare è la lettera del 7 giugno 1671 a Johann Georg Graevius, in LEIBNIZ, *Sämtliche Schriften und Briefe*, I *Allgemeiner politischer und historischer Briefwechsel*, I, 1923, rist. Berlin-New York 1970, p. 156; si veda anche la lettera a Lambert van Velthuysen, del 6-16 aprile 1670, in *Sämtliche Schriften und Briefe*, II *Philosophischer Briefwechsel*, I, 1926, rist. Berlin-New York 1972, p. 40. Non meno interessanti sono quella ad Antoine Arnauld del gennaio 1688, citata alla nt. 52, e l'altra a Thomas Smith del 20-30 dicembre 1695, in LEIBNIZ, *Textes inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre*, publiés et annotés par G. Grua, II, Paris 1948, p. 637; infine le due lettere a H. E. Kestner, la prima del 5 settembre 1708, in LEIBNIZ, *Opera omnia*, a cura di L. Dutens, IV 3, pp. 253-4, e la seconda del 1 luglio 1716, che già si ebbe occasione di richiamare alla nt. 43.

et Apollonius en lisant leur demonstrations sur des matieres, que l'un aussi bien que l'autre a touchées ⁽⁵⁸⁾.

Il pensiero giuridico classico emergeva, dunque, come pensiero « matematico » dalle rovine della Compilazione giustiniana. I giureconsulti antichi erano in fondo (così si pensava) dei « razionalisti », che avevano coltivato a loro modo una scienza, che ora veniva intesa nel suo pieno valore. Il giusnaturalismo tardo-seicentesco e settecentesco poteva proclamarsi loro erede.

5. *Il « calcolo dei concetti ».*

Non solo Montesquieu o Gibbon, ma anche Leibniz è fra gli « autori » di Savigny. Egli subì il fascino di quell'uomo « solitario nel suo carattere, nell'impegno e nel sapere universale ». Nei mesi che precedono la pubblicazione del *Beruf*, ne veniva leggendo la biografia tracciata da Johann Georg von Eckard: così apprendiamo da una lettera a Jacob Grimm ⁽⁵⁹⁾. Con Eduard Schrader, che in questa materia era un esperto, Savigny discuteva (sia pure da « laico ») di « giurisprudenza matematica », rifacendosi al metodo leibniziano in una questione molto particolare ⁽⁶⁰⁾. Nel *Beruf* la *Nova methodus* è ricordata in un solo punto, a proposito della raccolta sistematica dei casi giuridici ⁽⁶¹⁾. Ma la presenza di Leibniz si avverte anche altrove. Non c'è dubbio che Savigny pensasse a lui, quando scriveva queste parole sui giuristi romani:

I concetti e le massime della loro scienza appaiono a loro non come prodotti dal loro arbitrio, sono enti reali, il cui esi-

⁽⁵⁸⁾ LEIBNIZ, *Nouveaux essais* IV 2, § 12, pp. 370-1.

⁽⁵⁹⁾ Questa lettera, del 29 aprile 1814, è in A. STOLL, *Friedrich Karl v. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, II *Professorenjahre in Berlin* (1810-1842), Berlin 1929, p. 100. Lì si trovano anche le parole su Leibniz, riferite poc'anzi. Quanto alla biografia cui si accenna nel testo, essa fu edita da Christoph Gottlieb von Murr nel 1779 (si vedano le notizie in Stoll). Del manoscritto di Eckard si era servito, nel 1740, un altro biografo del Leibniz, il Lamprecht, nel suo *Leben des Freyherrn Gottfried Wilhelm von Leibniz an das Licht gestellt*.

⁽⁶⁰⁾ È istruttiva la lettera del 16 luglio 1817, in A. STOLL, *Friedrich Karl v. Savigny*, II, pp. 223 ss., 225.

⁽⁶¹⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 146 = *Beruf*², p. 127.

stere e la cui genealogia sono divenuti a loro noti attraverso una lunga, intima frequentazione. Perciò il loro intero procedimento ha una sicurezza, che non si trova se non nella matematica, e si può dire senza nessuna esagerazione che essi calcolano con i loro concetti (62).

Se la reminiscenza leibniziana è sicura, più difficile da stabilire è il suo peso nella riflessione di Savigny. Si potrebbe parlare (come si fa spesso) di un residuo giusrazionalistico, ma io credo che l'indagine debba andare più a fondo. Il calcolo dei concetti di cui parla Savigny ha poco o nulla a che fare, mi sembra, con il procedimento assiomatico-deduttivo dell'ermeneutica leibniziana, non postula la (tendenziale) riduzione della scienza giuridica, come della geometria o della fisica, a un modo di essere della logica generale. Il paragone con la matematica è ora non più di una metafora, ha un valore evocativo, non programmatico e metodologico. È necessario esaminare un altro luogo del *Beruf*:

In ogni triangolo vi sono delle determinazioni, dal cui collegamento seguono necessariamente tutte le altre: attraverso queste determinazioni, per esempio attraverso due lati e l'angolo compreso, è dato il triangolo. In modo simile ogni parte del nostro diritto ha elementi, attraverso i quali sono dati gli altri: noi possiamo nominarli principii-guida. Intendere questi principii-guida, e, movendo da essi, riconoscere la connessione intrinseca e il modo dell'affinità di tutti i concetti e le proposizioni giuridiche, è uno dei compiti più difficili della nostra scienza; ed è proprio ciò che dà il carattere scientifico al nostro lavoro (63).

(62) SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 88 = *Beruf*³, p. 29: « Die Begriffe und Sätze ihrer Wissenschaft erscheinen ihnen nicht wie durch ihre Willkühr hervorgebracht, es sind wirkliche Wesen, deren Daseyn und deren Genealogie ihnen durch langen vertrauten Umgang bekannt geworden ist. Darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine Sicherheit, wie sie sich sonst ausser der Mathematik nicht findet und man kann ohne Übertreibung sagen, dass sie mit ihren Begriffen rechnen ».

(63) SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 84 = *Beruf*³, p. 22: « In jedem Dreyeck nämlich giebt es gewisse Bestimmungen, aus deren Verbindung zugleich alle übrige mit Nothwendigkeit folgen: durch diese, z. B. durch zwey Seiten und den zwischenliegenden Winkel, ist das Dreieck gegeben. Auf ähnliche Weise hat jeder Theil unsres Rechts solche Stücke, wodurch die übrigen gegeben sind: wir können sie die leitenden Grundsätze nennen. Diese heraus zu fühlen, und von ihnen ausgehend den innern Zusammenhang und die Art der Verwandtschaft aller juristi-

Il ragionamento analogico spinge Savigny a un esempio geometrico. Qualcuno ha voluto ricondurre la sua maniera di esprimersi a una suggestione cartesiana ⁽⁶⁴⁾; ma così si rischia, forse, di inseguire le ombre. Quello dell'analogia è un tema troppo complesso per ridurlo in poche battute. In ogni modo, l'esempio geometrico sembra privo di conseguenze. Manca ogni legame sia con l'analogia intesa nel senso più proprio e ristretto di proporzione o eguaglianza di rapporti, sia con l'analogia intesa nel senso di estensione probabile di un dato conoscitivo o regolativo attraverso il riscontro di simiglianze generiche fra situazioni differenti. D'altra parte, possiamo confrontare le parole del *Beruf* con una pagina del *System*:

Ogni applicazione dell'analogia ha per presupposto la intrinseca coerenza del diritto; solo, questa non è sempre una coerenza puramente logica, come il semplice rapporto tra causa ed effetto, ma è nello stesso tempo una coerenza organica, che risulta dall'intuizione complessiva della natura pratica dei rapporti giuridici e dei loro tipi ⁽⁶⁵⁾.

L'accentuazione del momento pratico-tipologico ci porta su un piano diverso da quello logico-dimostrativo. Il *Beruf* era già in questa linea, se denomina « organico » quel modo di integrazione giuridica che « da un punto dato ... conclude ad un altro con sicurezza scientifica » ⁽⁶⁶⁾. Certo il punto di vista del *Beruf* era

schen Begriffe und Sätze zu erkennen, gehört eben zu den schwersten Aufgaben unsrer Wissenschaft, ja es ist eigentlich dasjenige, was unsrer Arbeit den wissenschaftlichen Character giebt ».

⁽⁶⁴⁾ D. STEPHANITZ, *Exakte Wissenschaft und Recht. Der Einfluss von Naturwissenschaft und Mathematik auf Rechtsdenken und Rechtswissenschaft in zweieinhalb Jahrtausenden. Ein historischer Grundriss*, Berlin 1970, p. 105 e nt. 365, che rimanda a un vago rilievo di R. GMEYER, *Savigny und die Entwicklung der Rechtswissenschaft*, Münster 1962, p. 22.

⁽⁶⁵⁾ SAVIGNY, *System I*, p. 292: « Jede Anwendung der Analogie beruht auf der vorausgesetzten inneren Consequenz des Rechts: nur ist diese nicht immer eine blos logische Consequenz, wie das reine Verhältniss zwischen Grund und Folge, sondern zugleich eine organische, die aus der Gesamttanschauung der praktischen Natur der Rechtsverhältnisse und ihrer Urbilder hervorgeht ». Non renderemmo *Gesamttanschauung* con « concetto complessivo », come fa Scialoja nella sua traduzione.

⁽⁶⁶⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 114 = *Beruf*³, p. 74.

lontano dal positivismo legislativo della *Juristische Methodenlehre*, in cui l'analogia si giustifica sul presupposto (di origine tardo-giusnaturalistica) che « la regola speciale, espressa nella legge, può essere considerata anche come rappresentativa di una regola generale non espressa, ma inclusa nella legge conformemente al senso » (67).

I concetti sono « enti reali » o « essenze effettive », *wirkliche Wesen*, non si confondono con le definizioni. Le definizioni dei giuristi romani, nota Savigny, « sono nella loro gran parte molto imprecise, senza che abbia minimamente a soffrirne l'acutezza e la sicurezza dei concetti » (68). Verso la definizione, — « caratteristico caposaldo », secondo le parole di Cassirer, della dottrina logica leibniziana del metodo (69), — Savigny ha la stessa tolleranza, e insieme la stessa diffidenza, che verso ogni formula generale (70). Per lui tutte le formule generali (si potrebbe dire, parafrasando Robert Musil nel suo studio su Mach) conducono « l'esistenza, in un certo senso irresponsabile, dell'aforisma » (71). Non è là che si coglie l'essenza del diritto. Se mai, là si annida il pericolo di un esito formalistico o « astratto » (nell'accentuazione negativa che il termine ha per Savigny (72)). È un pericolo

(67) K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Heidelberg-New York 1979⁴, p. 12-13. Della *Juristische Methodenlehre* si vedano almeno le pp. 39-42.

(68) SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 88 = *Beruf*³, pp. 29-30. Un rilievo diverso è dato, nella *Juristische Methodenlehre*, p. 37, alle « definizioni » e alle « distinzioni » in cui si risolvono i « concetti » impliciti in una « proposizione giuridica ».

(69) E. CASSIRER, *Das Erkenntnisproblem in der Philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit* II, Berlin 1922³, p. 127 = *Storia della filosofia moderna* II, Torino 1953, p. 154.

(70) SAVIGNY, *System* I, p. 47.

(71) R. MUSIL, *Sulle teorie di Mach*, tr. it. di M. Montinari, Milano 1973, p. 9.

(72) Quello di vivere in « Abstractionen », nota SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, p. 14 = *Beruf*³, p. 170, è il difetto caratteristico della nostra epoca. Anche i codici non possono rimanerne immuni. Si pensa che, nella loro « reine Abstraction », essi servirebbero « per tutti i popoli e tutti i tempi »: un obiettivo illusorio, com'è illusoria la loro « Vollständigkeit » e la « mechanische Sicherheit » che dovrebbe derivarne per l'amministrazione della giustizia (*Beruf*¹, p. 74 = *Beruf*³, p. 5). Un « abstracter Begriff » è lo stato: per il piacere di questa « Abstraction » ci dovrebbe essere tolto quanto di dignitoso si è conservato qua è là nei nostri rapporti pubblici? (*Stimmen*, p. 22 = *Beruf*³, pp. 174-5). Su un altro

sempre temuto: Savigny era incantato, ma insieme impaurito, dalla « perfezione formale » della scienza giuridica ⁽⁷³⁾. L'essenza del diritto è nel concetto. Il concetto esprime la « forma individuale del molteplice » e la sua unità ⁽⁷⁴⁾; del concetto può aversi una « scharfe, individuelle Auffassung », così come una « scharfe, individuelle Anschauung » può aversi del rapporto giuridico ⁽⁷⁵⁾. Nel modo in cui il *Beruf* lo delinea, il concetto prepara e anticipa la nozione di « istituto » definita nel *System*. Come l'istituto, il concetto non dovrebbe mai perdere di vista il concreto. Certo, i concetti presuppongono un'intelligenza che astrae, hanno bisogno del discorso (scritto o orale) per essere comunicati, partecipano dell'artificiosa complicazione del nostro mondo, del nostro « künstlich verwickeltes Daseyn »; non hanno né possono avere l'« evidenza sensibile », la « sinnliche Anschaulichkeit », delle azioni simboliche in cui si esprime il formalismo giuridico primitivo. È un punto quest'ultimo, sul quale anche Max Weber pone l'accento, con una terminologia che sembra riecheggiare Savigny senza nominarlo. Eppure nei concetti perdura la traccia di una vita piena, di una intuizione immediata dei rapporti giuridici. Non è un caso che proprio i giuristi romani, i quali « calcolano

piano « Abstraction » può dirsi il procedimento, come Savigny chiarisce nel *System* I, pp. 9, 11, 292, attraverso cui la « regola giuridica », e così la « legge », viene ricavata da un « istituto giuridico ». La « Anschauung des Rechtsinstituts » costituisce la base della regola. L'indagine sull'uso di « Abstraction » in Savigny, e sui termini affini o contrapposti, andrebbe approfondita oltre i limiti di una esemplificazione.

⁽⁷³⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 89 = *Beruf*³, p. 30. Questo atteggiamento si incontra anche nel *System* I, pp. 46-48, ed è colto molto bene da W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main 1958, pp. 35. 82-83 (è piena di sviste ed errori la traduzione italiana di questo libro); si veda anche H. COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX. Anales de la catedra Francisco Suarez* 18-19, 1978-1979, pp. 95-96 = *Neue Juristische Wochenschrift* 32, 1979, p. 2020.

⁽⁷⁴⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, p. 146 = *Beruf*³, pp. 127-8. « Das Zurückführen des gleichzeitig Mannichfaltigen auf die ihm inwohnende Einheit », scrive Savigny nella recensione a Gönner, *ZGR*. I (3), 1815, p. 395 = *Vermischte Schriften* V, p. 141, « ist das systematische Verfahren, welcher Ausdruck nicht ... für ein blosses Ordnen nach formellen, logischen Rücksichten gebraucht werden sollte ».

⁽⁷⁵⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 123-4 = *Beruf*³, p. 90.

con i loro concetti », abbiano custodito a lungo anche le « forme » del diritto più antico ⁽⁷⁶⁾.

Il discorso storico-metodologico di Savigny non tiene nascoste le persuasioni profonde da cui muove. Il diritto non ha un'esistenza separata, è solo un lato della vita. Nella realtà delle cose, il diritto, la lingua, il costume, la costituzione politica formano un tutto, anche se noi li comprendiamo distinguendoli ⁽⁷⁷⁾. Queste proposizioni del *Beruf* fanno ancora sentire la loro eco nel *System*. Qui il diritto, sull'esempio di Kant, è riconosciuto nella sua autonomia, nel suo « selbständiges Daseyn » ⁽⁷⁸⁾. Ma sotto lo sguardo del giurista come « perfetto teorico », osserva Savigny, dovrebbero stare « tutti i rapporti etico-religiosi, politici, economici della vita reale » ⁽⁷⁹⁾. Un teorico come Savigny ha mancato però

⁽⁷⁶⁾ Tento di approfondire il discorso di SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 76-77, 86, 89-90 = *Beruf*³, pp. 9-11, 25-26, 31-32; *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, pp. 13-14 = *Beruf*³, p. 170, senza forzarlo. Quanto a Weber, il richiamo è a *Wirtschaft und Gesellschaft*, besorgt von J. Winckelmann, Tübingen 1972⁵, p. 396: nell'ambito della razionalità formale del diritto, « können die rechtlich relevanten Merkmale sinnlich anschaulichen Charakter besitzen ».

⁽⁷⁷⁾ SAVIGNY, *Beruf*¹, pp. 75-76, 88-89 = *Beruf*³, pp. 8, 30.

⁽⁷⁸⁾ SAVIGNY, *System* I, pp. 54, 331-2. L'ascendenza kantiana di questo punto di vista è dimostrata soprattutto da F. WIEACKER, *Friedrich Carl von Savigny*, ZSS. (Rom. Abt.) 72, 1955, pp. 6, 30-31 = *Gründer und Bewahrer. Rechtslehrer der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen 1959, pp. 111, 135-6; *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967², pp. 353, 385, 397, 431, e da H. KIEFNER, *Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert, herausgegeben von J. Blühdorn und J. Ritter, Frankfurt am Main 1969, pp. 18-25. In che modo però, e entro quali limiti, Kant eserciti il suo influsso su Savigny, resta un « heikles Problem » come nota J. RÜCKERT, *August Ludwig Reyschers Leben und Rechtslehre*, p. 330 e nt. 109, se è vero che l'« effetto delle parole simili » può essere « addirittura contrario ». Osservazioni notevoli per un'analisi attenta alle differenze si trovano anche in J. SCHRÖDER, *Wissenschaftstheorie und Lehre der « praktischen Jurisprudenz » auf deutschen Universitäten an der Wende zum 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1979, pp. 161-8.

⁽⁷⁹⁾ SAVIGNY, *System* I, p. XXI. Questa che, con G. DILCHER, *Der rechtswissenschaftliche Positivismus. Wissenschaftliche Methode, Sozialphilosophie, Gesellschaftspolitik*, La formazione storica del diritto in Europa. Atti del terzo congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto I, Firenze 1977, pp. 131-2, si potrebbe chiamare l'« apertura metodica » di Savigny, ha il suo polo contrario

di interrogarsi davvero su di essi, di comprenderne le contraddizioni, di penetrare oltre l'« apparenza ». Il diritto è per lui (oserei dire) un fenomeno fondamentalmente linguistico-letterario. L'« essenza dell'uomo stesso », che egli invoca ⁽⁸⁰⁾, ha bagliori mitici. Le condizioni materiali sono rimaste inaccessibili, occultate da involucri rilucenti, come lo « spirito del popolo » o il dominio della volontà individuale ⁽⁸¹⁾. Gli studi odierni hanno molto insistito sugli esiti formalistici del pensiero di Savigny ⁽⁸²⁾. Anche la sua complessità non è stata (e non deve essere) dimenticata. Si potrebbe dire, con Alf Ross, che ci troviamo di fronte a un duplice sincretismo. Da un lato, non si supera la problematica eticizzante, giusnaturalistica, e si confonde questo punto di vista con quello sociologico, almeno nella posizione dei problemi; dall'altro lato, questi due punti di vista, il giusnaturalistico e il sociologico, sono confusi con quello teoretico-conoscitivo ⁽⁸³⁾. Certo, l'essenzialismo storico-dogmatico di Savigny termina in una sorta di « Naturrecht ». Ma qui bisogna stare molto attenti a non giocare con le parole. Questo « Naturrecht » è, per adoperare la formula di Weber, un « Naturrecht des historisch Gewordenen ». Il « nuovo assioma giusnaturalistico », come Weber sapeva benis-

nell'affermazione « positivistica » di B. WINDSCHEID, *Die Aufgaben der Rechtswissenschaft* (1884), *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, herausgegeben von P. Oertmann, Leipzig 1904, p. 112, secondo cui le « ethische, politische, volkswirtschaftliche Erwägungen », o una loro « Kombination », non sono « Sache des Juristen als solchen ».

⁽⁸⁰⁾ SAVIGNY, *System* I, p. 386.

⁽⁸¹⁾ I concetti di « popolo » e di « individuo », fondamentali in Savigny e nel pensiero giuspubblicistico che fa capo a lui, sono nuovamente indagati da M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano 1979, del quale si veda anche *Per l'interpretazione della giuspubblicistica tedesca dell'ottocento: problemi e prospettive*, *Quaderni fiorentini* 5-6, 1976-1977, pp. 1097-1113 (dove sono discussi gli studi di Wilhelm, Böckenförde e von Oertzen).

⁽⁸²⁾ Particolarmente incisivo E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts*, *Collegium Philosophicum. Studien Ritter*, Basel-Stuttgart 1965, pp. 19-21 = *Staat Gesellschaft Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main 1976, pp. 16-18.

⁽⁸³⁾ Ross, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Leipzig-Wien 1929, p. 141.

simo, non ha molto in comune con un « pensiero fondato su regole astratte o produttivo di tali regole »; non dipende dalle premesse ontologiche del diritto naturale classico e cristiano né condivide i postulati del giusrazionalismo moderno ⁽⁸⁴⁾. Ma non spetta a uno storico della cultura giuridica antica spingersi più oltre in questa analisi. Io ho voluto solo mostrare come un duplice motivo antichistico (quello dell'editto pretorio e della giurisprudenza romana) sia servito per un'operazione di politica del diritto.

(84) Cfr. M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, pp. 497-8.

ALDO MAZZACANE

PROSPETTIVE SAVIGNYANE VECCHIE E NUOVE: I CORSI INEDITI DI METODOLOGIA

1. L'interpretazione complessiva del pensiero di Savigny ha posto e continua a porre non poche difficoltà agli storici. Basta leggere le recensioni che hanno accompagnato via via la pubblicazione di studi significativi, i reciproci rilievi critici con cui gli autori hanno annotato i propri lavori, le rassegne e i bilanci tracciati periodicamente, per cogliere la distanza che separa le diverse ricostruzioni tra loro. Anche a scorrere soltanto i titoli più recenti (1), è facile constatare, proprio attorno ai medesimi temi, una disparità di fondo nei metodi e negli obiettivi, una differenza sostanziale nelle stesse 'domande' poste di volta in volta all'opera savignyana.

Il lungo persistere dell'interesse, col riprodersi di difficoltà e di contrasti, è questione di per sé complessa, che abbraccia a sua volta una serie d'interrogativi ai quali non si potrà dare risposta, senza affrontare i nodi centrali, teorici e storici insieme, della cultura giuridica dell'Occidente che dal primo Ottocento si stende in pratica fino a noi.

Come fondatore di un 'paradigma scientifico' destinato ad eccezionale fortuna, che ha dominato per tutto il secolo XIX, ha esercitato il suo peso nella prima metà del Novecento ed ha cono-

(1) Per una bibliografia completa degli studi savignyani v. da ult. G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, 1978, pp. 207-221. Molto utile è inoltre la rassegna di K. LUIG e B. DÖLEMEYER, *Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 8 (1979), pp. 509-559, nella quale i titoli sono elencati con una breve sintesi del contenuto e con annotazioni critiche prudenti ed equilibrate. Ad essa rinvio in generale, limitando i riferimenti bibliografici all'indispensabile.

sciuto in parte ritorni e riprese anche oltre quel termine ⁽²⁾, Savigny è un oggetto storiografico quanto meno bifronte. Per chi voglia afferrarne l'immagine, si presentano inestricabilmente connesse da un lato l'individualità di studioso, con la sua biografia intellettuale, con i prestiti ed i condizionamenti che gli derivavano da una tradizione disciplinare e da un ambiente culturale, con le sue dirette esperienze umane e politiche; dall'altro la struttura teorica che riunì in un insieme le sue dottrine e le letture che ne vennero date successivamente, sino a formare un robusto organismo di opinioni comuni, di giudizi e di metodi generalmente accettati nel mondo non isolato né chiuso della giurisprudenza del secolo scorso.

Conseguenza e premessa del suo assorbimento nella corrente ideale che si vuole attraversi ed unifichi la 'giurisprudenza dei concetti', la Pandettistica, il positivismo giuridico, a volte per sbrigative sovrapposizioni, più spesso per difficoltà obiettive nel distinguere atteggiamenti affini, il pensiero di Savigny è stato

(²) Si vedano, tra i tanti, i giudizi di K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin - New York 1975³, p. 8: « Wir können auch sagen, daß Savigny eine Epoche der Rechtswissenschaft eingeleitet hat, in der wir uns auch heute noch befinden [...] wir meinen damit die Epoche, in der sich die Rechtswissenschaft als eine historische und philosophische Wissenschaft zugleich und dabei vermöge ihrer Methode, als etwas durchaus eigenes begriff »; e di F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, trad. it. di U. Santarelli e S. A. Fusco, Milano, 1980, vol. II, p. 44: « La grande scienza civilistica del XIX secolo si rivela in tal modo come frutto della confluenza e della singolare sintonia delle più disparate correnti spirituali. Eppure, nella sua rigorosa compiutezza metodologica, essa rimane ancor oggi, anche dopo il venir meno di quasi tutti i suoi presupposti culturali e sociali, il modello esemplare del tipo di formazione scientifica del giurista, continuando al tempo stesso ad imporre la sua impronta all'intero fenomeno della tradizione giuridico-culturale della nostra epoca ». Da ult. H. COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, « Ius Commune », 8 (1979), pp. 9-23, indicando le principali lacune nella conoscenza attuale di Savigny e prospettando direzioni d'indagine, ha insistito sulla sua importanza come « fondatore della Pandettistica », e più in generale come creatore di una visione del diritto, « dem Geist europäischer Rechtskultur sehr gemäße ». Proprio per questo, nonostante l'indubbio « processo di emancipazione da Savigny », Coing ribadiva, richiamando esplicitamente la fertilità ermeneutica della nozione di Kuhn di 'paradigma scientifico': « Unverändert bleibt aber angesichts seiner Breiten- und Tiefenwirkung die Aufgabe, ihn als Begründer einer Rechtstheorie von großen geschichtlichen Wirksamkeit zu betrachten ».

visto prevalentemente attraverso il filtro del moderno formalismo giuridico, che ha costituito a lungo l'elemento dominante sull'orizzonte delle riflessioni intorno al diritto. Si è perciò insistito di volta in volta sul suo contributo alla costruzione di quel modello, o sulle indicazioni che esso forniva per avviarne il superamento, sugli spunti e le « contraddizioni » dell'opera che autorizzavano svolgimenti in una direzione diversa. Anche lo studio dello specifico itinerario intellettuale percorso dall'autore ha obbedito in genere alle stesse preoccupazioni e si è imbattuto nelle medesime alternative.

La storiografia savignyana, in sostanza, si è posta quasi sempre in un rapporto di continuità con l'opera che analizzava, ne ha affrontato l'indagine, implicitamente o in modo più dichiarato, per sciogliere i nodi che soffocavano la giurisprudenza contemporanea, per definire una risposta efficace ai quesiti concernenti la scienza giuridica e il ruolo dei giuristi nel tempo proprio di chi scriveva. L'interrogativo formulato dal Kantorowicz quasi tre quarti di secolo addietro — *Was ist uns Savigny?* ⁽³⁾ — si può dire abbia attraversato e ispirato la maggior parte delle ricerche, spesso moltiplicandone l'interesse e l'incisività, ma conducendole anche, alla fine, verso irrigidimenti interpretativi in cui rischiano di riflettersi, senza reali progressi, sterili contrapposizioni intorno agli stessi argomenti e pesanti condizionamenti ideologici.

Oggi quella domanda non è più attuale ⁽⁴⁾: o almeno il 'metodo' savignyano non costituisce più, né come obiettivo polemico, né come suggerimento operante, un punto di riferimento adeguato per affrontare i problemi odierni della trasformazione dello Stato e degli ordinamenti. Perciò non può essere in causa né la proposta di un impossibile 'ritorno a Savigny', né l'aspirazione ingenua a 'smascherare', attraverso l'analisi del suo pensiero, la natura ideologica del diritto moderno.

⁽³⁾ È il titolo del celebre articolo apparso in « *Recht und Wirtschaft* », 1 (1911), pp. 47-54, 76-79 (ri pubbl. ora in H. U. KANTOROWICZ, *Rechtshistorische Schriften*, hg. v. H. Coing u. G. Immel, Karlsruhe, 1970, pp. 397-417).

⁽⁴⁾ Lo sottolinea bene H. KIEFNER, *Der junge Savigny (Marburg 1795-1808). Zu den Ursprüngen seiner Konzeption einer « Philosophie des positiven Rechts »*, in: *Akademische Feier aus Anlaß der 200. Wiederkehr des Geburtstags von F. C. v. Savigny*, als Ms. hg. v. H. G. Leser, Marburg, 1979, pp. 15-16.

Se va opportunamente scemando la suggestione di facili attualizzazioni, tanto più matura appare ormai l'esigenza di riesaminare in modo analitico e puntuale, secondo un interesse non certo meramente biografico, l'intera esperienza intellettuale di Savigny, nei suoi percorsi e nei suoi risvolti, attraverso gli anelli, le mediazioni, i condizionamenti che la collegavano con un mondo culturale e politico ricco e variegato, in un periodo tra i più complessi della storia tedesca ed europea. La comprensione stessa dell'opera sembra richiedere un maggior scrupolo nel distinguere le diverse fasi della sua genesi e dei suoi svolgimenti, mentre l'attenzione degli studiosi tende giustamente a spostarsi dalle grandi visioni generali, dai momenti di sintesi, alle specifiche tecniche giusciviltistiche adoperate, alle articolazioni dottrinali, al rapporto tra fondamenti epistemologici e costruzione di uno specialismo scientifico destinato a 'durare' oltre il tempo dell'autore ed a proiettarsi al di là dell'ambito del diritto privato, esercitando una decisiva influenza in tutti i campi del sapere giuridico. In altri termini, appare sempre più chiaro che senza rinunciare all'apporto di concezioni teoriche, né a precisare visioni interpretative d'insieme, è ormai necessario e possibile superare il rischio di formulazioni ripetitive, inevitabilmente tautologiche qualunque sia la bandiera prescelta, che si accompagnano alle prese di posizione più indulgenti verso i motivi di schieramento che verso il bisogno di approfondire e distinguere.

Tuttavia, non appena si imbecca la strada di un'indagine impregiudicata, si avverte anche, nonostante la messe di contributi validissimi, l'esistenza di un campo assai vasto di aspetti mal noti o inesplorati. Sarà forse un brillante paradosso, ma non è certo ingiustificato che si possa parlare ancor oggi di un « Savigny sconosciuto » ⁽⁵⁾.

2. Il recente acquisto da parte della Universitätsbibliothek di Marburg dell'archivio privato di Savigny, conservato in passato presso gli eredi in Trages e poco o punto accessibile agli studio-

⁽⁵⁾ Cfr., in questi stessi « Atti », J. RÜCKERT, *Der unbekannte Savigny. Offene und verdeckte Lücke unserer Savignykenntnis.*

si ⁽⁶⁾, cade dunque in un momento particolarmente opportuno per il proseguimento delle ricerche e trova gli storici attrezzati e sensibili a coglierne l'importanza.

Il *Savigny's Nachlaß*, infatti, offre un materiale ricco e abbondante, che non va accostato con un entusiasmo acritico per l' 'inedito', ma che non potrà neppure essere trascurato d'ora in avanti da chi intenda ripercorrere il complesso itinerario attraverso il quale si venne costruendo l'opera savignyana.

Il fondo è in corso d'inventariazione e solo il suo ordinamento definitivo potrà consentire un giudizio esauriente. Perciò mi limito a qualche breve considerazione, formulando l'auspicio che sorgano presto, in Germania ed altrove, iniziative di pubblicazione scientificamente adeguate alla rilevanza e alla difficoltà del compito.

Innanzitutto, ci viene restituita la parte essenziale di un vasto carteggio, di cui erano noti soltanto alcuni frammenti, sia pure cospicui, rintracciati prevalentemente in raccolte diverse da quella in questione. Muovendo dal fondo di Marburg, sarà più facile reperire le tessere ancora disperse dell'intero mosaico, non solo in Germania, ma anche in altri paesi. Si pensi all'Italia, dove il recupero sistematico dei carteggi potrebbe richiamare l'attenzione su un tipo di documenti pressoché ignorati finora ⁽⁷⁾, e così segnare l'inizio di una ricognizione critica delle fonti relative alla storia della cultura giuridica nel secolo XIX; potrebbe incoraggiare la ricerca e la pubblicazione di materiali ed opere strumentali, capaci di porre gli studi su basi meno provvisorie e parziali di quanto

⁽⁶⁾ Dopo che A. STOLL, *F. K. Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, I. *Der junge Savigny*, Berlin, 1927, p. VIII, ne aveva segnalato l'esistenza, rammaricandosi di non avervi potuto attingere per la sua opera, l'archivio di Trages è poi affiorato successivamente in diverse occasioni, che non si possono qui ricordare, di cessioni parziali o di pubblicazioni limitate a singoli gruppi di lettere (a me comunque, nel 1975, non riuscì di prenderne visione). A quanto è dato valutare, esso è giunto a Marburg nella classificazione data ai documenti da Savigny stesso.

⁽⁷⁾ Un esempio significativo del loro interesse verrà fornito tra breve dalla pubblicazione nella « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* », a cura di D. Maffei, della corrispondenza tra Savigny e Capei. A cura mia, e con la collaborazione di P. Balestreri, P. Bozzoli, A. De Nitto, A. De Rosa, G. Girardi, è in corso di completamento l'edizione delle oltre quattromila lettere indirizzate da italiani a Carl Joseph Anton Mittermaier.

sia stato possibile nel passato; potrebbe infine fornire elementi preziosi di riflessione sulla storia delle correnti giuridiche attive nel nostro paese, nei loro rapporti con le dottrine, le ideologie, gli indirizzi ideali seguiti in Europa.

Il carteggio conservato da Savigny e da lui selezionato in base a un giudizio d'interesse scientifico delle lettere andrà dunque esplorato in profondità, sia per avere un quadro dettagliato della sua biografia intellettuale, delle sue scelte culturali e delle sue inclinazioni politiche, sia per arricchire l'immagine di molti ambienti e di personalità di rilievo nella società colta e influente in Germania lungo tutta la prima metà dell'Ottocento ed oltre. Si pensi soltanto, per citare un po' a caso tra i carteggi del tutto sconosciuti, al contributo che potrà venire da una conoscenza di quelli con Gerlach e con Niebuhr, con gli uomini della Paulskirche, con giuristi come Beseler, Eichhorn, Gönner, Haubold, Hufeland, Mittermaier, Rudorff, Thibaut, ecc.; con gli studiosi della generazione successiva: Bekker, Dernburg, Hänel, Holtius, Mommsen, Vangerow, Windscheid, tra i tanti. Si pensi alle attese che suscita l'intestazione di un nutrito fascicolo, *Verhandlungen über die Zeitschrift*, contenente tra l'altro uno scambio epistolare con Jacob Grimm ⁽⁸⁾.

Un secondo gruppo di inediti resi ora disponibili è rappresentato dai corsi universitari, per lo più di Istituzioni e Pandette, ma dedicati talvolta anche ad altre materie. Conservati in redazioni sempre accurate, spesso ampiamente elaborate, costituiscono a volte opere in sé compiute ⁽⁹⁾. Integrandoli con un recupero sistematico dei quaderni di allievi (di alcuni si ha da tempo notizia), diverrebbe possibile ricostruire l'intero *corpus* dell'attività didattica svolta da Savigny per un cinquantennio all'incirca, e misurare così esattamente non solo l'evolvere delle sue dottrine, ma le stesse caratteristiche di un insegnamento che ebbe grande influenza sull'organizzazione degli studi e sulla formazione di intere generazioni di giuristi.

⁽⁸⁾ Ub. MARBURG, *Savigny's Nachlaß*, Mat. 27 (ora e in seguito utilizzo le signature di un elenco provvisorio dei documenti).

⁽⁹⁾ È il caso, ad esempio, di un corso di Pandette di circa duemila pagine: *ibid.*, Mss. 8-9-10.

Tuttavia la parte per certi versi più rilevante del *Nachlaß*, sicuramente quella più faticosa ed ingrata per i futuri studiosi o editori, è costituita dalla vasta raccolta di materiali preparatori alle singole opere. Nello studio di questi documenti v'è la possibilità — starei per dire — di sorprendere Savigny al suo tavolo di lavoro, di cogliere momento per momento l'intreccio delle letture, delle osservazioni e delle annotazioni con la tessitura delle opere mature, il loro impianto filologico, il loro rapporto coi temi più dibattuti dell'epoca. Alcuni presentano un interesse autonomo: così quello intitolato *System. Projekt einer compendiarischen Bearbeitung*, e lo studio sulla *Einführung, Verbreitung und Entwicklung des Römischen Rechts in verschiedenen Ländern* ⁽¹⁰⁾. Così le copiose osservazioni su *Die kirchliche Bewegung* ⁽¹¹⁾ e le note, peraltro brevi et eterogenee, che servirono per il *Beruf*, raccolte sotto l'indicazione: *Politik und neuere Legislationen* ⁽¹²⁾. Altri invece sono materiali preparatori in senso stretto, come i frammenti e gli appunti relativi alle fonti giuridiche romane e altomedievali (in cui spicca la collaborazione di Niebuhr), ai glossatori (collaborazione di Grimm), a Cuiacio, ecc. Tutta l'intelaiatura degli scritti romanistici e della *Storia* di Savigny, la sua filologia, vi può essere analizzata minuziosamente e in modo forse definitivo ⁽¹³⁾. Un discorso analogo può esser fatto per i documenti che si legano alle opere dogmatiche: il *Possesso*, le *Obbligazioni*, il *Sistema* ⁽¹⁴⁾. Per quest'ultimo soprattutto, come è noto avaro di citazioni e rinvii bibliografici, il ricchissimo fondo di Marburg può offrire un sussidio interpretativo inesauribile, non solo per l'abbondanza dei testi rifluiti direttamente nell'opera, ma anche per i numerosi fascicoli di *Adversaria*, di osservazioni bibliografiche, riflessioni ed appunti ⁽¹⁵⁾ su materie apparentemente trascurate nel disegno

⁽¹⁰⁾ *Ibid.*, rispettivamente Mat. 21 e Mat. 23.

⁽¹¹⁾ *Ibid.*, Mat. 34.

⁽¹²⁾ *Ibid.*, Mat. 13.

⁽¹³⁾ Cfr. specialmente *ibid.*, Ms. 850 (84-87 e 92-93); Mat. 1-6, 10, 12, 16-18, 24, 31.

⁽¹⁴⁾ Oltre ai manoscritti e alle bozze di stampa di ciascuna di esse, si conservano tra l'altro materiali preparatori sul diritto delle obbligazioni (*ibid.*, Mat. 7), sul possesso (Mat. 25-26), sul « diritto romano attuale » (Ms. 7).

⁽¹⁵⁾ Cfr. in particolare, *ibid.*, Mss. 6, 15-18; Mat. 8-9, 14, 32.

definitivo (diritto feudale, diritti particolari, codici, ecc.), che consentono di seguire la genesi e lo sviluppo delle dottrine, di coglierne appieno il carattere 'progettuale' e propositivo.

L'iniziativa di un'edizione critica, dunque, per quanto onerosa e difficile, mi sembra particolarmente opportuna; anzi, decisiva: non solo per il progresso degli studi savignyani, ma per la conoscenza stessa di una parte considerevole della cultura giuridica del secolo scorso, che costituisce ancora un elemento importante della coscienza giuridica contemporanea. Un sondaggio sui manoscritti inediti — e finora ignoti — di *Methodologie* ⁽¹⁶⁾, da me compiuto senza pretese di completezza (sarebbe necessario un esame che includesse almeno i corsi inediti di Istituzioni e quelli universitari più in generale), può forse contribuire ad incoraggiare istituti e studiosi verso un'impresa editoriale che richiederà tempo, dedizione, energie.

3. Nel 1933 Hermann Kantorowicz, annunciandone come prossima la pubblicazione, poi non più realizzata, richiamava l'attenzione su un quaderno di appunti di Jacob Grimm, che raccoglieva le lezioni di metodologia giuridica tenute a Marburg da Savigny nell'anno accademico 1802-1803. Nella breve nota ⁽¹⁷⁾, Kantorowicz poneva due problemi soprattutto, per la cui soluzione il quaderno gli pareva offrire preziosi elementi. Da un lato quello del rapporto tra le concezioni di Savigny e la filosofia del suo tempo, dall'altro quello del rapporto tra la metodologia illustrata nella prefazione al *Sistema* e l'impostazione dei primi scritti programmatici dell'autore. Sul primo punto, modificando il proprio precedente giudizio, molto restrittivo, lo studioso indicava, oltre all'influenza di Schelling già riconosciuta in passato, quella di Fichte, documentata dal manoscritto, e soprattutto una profonda, sostanziale influenza di Kant. Sul secondo, sottolineava la continuità tra gli orientamenti dell'opera tarda e i programmi

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, Ms. 14.

⁽¹⁷⁾ H. U. KANTOROWICZ, *Savignys Marburger Methodenlehre*, « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », Romanistische Abteilung, 53 (1933), pp. 465-71 (ora in *Rechtshistorische Schriften*, cit., pp. 457-63).

giovanili, già suggerita da alcune lettere del principio del secolo e confermata con forza dalla inedita *Metodologia*.

Come si sa, le due questioni sono ritornate frequentemente nella storiografia successiva e non possono considerarsi neppure adesso del tutto esaurite. Esse non riguardano infatti aspetti di mera filologia, ma coinvolgono l'intera valutazione da dare dello storicismo di Savigny come cerniera tra le ricerche del tardo giusnaturalismo ed il formalismo giuridico dell'Ottocento che da lui prese le mosse. Non si è trattato pertanto di una disputa tra specialisti in tema di critica testuale, ma dell'intera visione del costituirsi della moderna scienza del diritto: una visione che è stata chiamata in causa più volte nel nostro secolo di fronte alle ricorrenti 'crisi' degli ordinamenti.

Utilizzata da Thieme nei suoi studi sul « giovane Savigny » (18) e pubblicata integralmente nel 1951 a cura di Gerhard Wesenberg (19); posta al centro di una notissima monografia di Marini (20), la *Juristische Methodenlehre* del 1802-1803 (il titolo è dell'editore) si è conquistata un posto di tutto rilievo nelle ricerche sulle dottrine dell'autore, sul loro impianto teorico, sulle concezioni complessive del diritto e della giurisprudenza che ne caratterizzavano l'insegnamento.

Rispetto ai due temi proposti dal Kantorowicz, molti passi innanzi sono stati compiuti. Per prima cosa, è stata individuata in modo convincente la collocazione della *Methodenlehre*, al di là di un certo eclettismo e di un riferimento non sempre rigoroso alle correnti filosofiche contemporanee, all'interno di un orizzonte fondamentalmente kantiano (21), che tuttavia non esclude la pre-

(18) H. THIEME, *Zwischen Naturrecht und Positivismus. Zur Methode des jungen Savigny*, « Deutsche Juristenzeitung », 41 (1936), pp. 154-57; ID., *Der junge Savigny*, « Deutsche Rechtswissenschaft », 7 (1942), pp. 53-64.

(19) F. K. von SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*. Nach der Ausarbeitung des Jacob Grimms hg. v. G. Wesenberg, Stuttgart, 1951 (d'ora in avanti JM).

(20) G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966.

(21) V. per tutti, da ult., H. KIEFNER, *op. cit.*, in partic. p. 27 ss. V. anche ID., *Der Einfluß Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in: *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, hg. v. J. Blühdorn u. J. Ritter, Frankfurt a. M., 1969, p. 3 ss.; e W. WILHELM, *Savignys überpositive Systematik*, ivi, pp. 123-24.

senza di debiti e stimoli di provenienza diversa, la cui esatta portata, peraltro, è ancora da precisare.

Sul secondo aspetto, l'itinerario della storiografia è stato più incerto e meno omogeneo, sicché la scoperta degli autografi di cui d'ò notizia potrà avere un'importanza non trascurabile.

Abbandonata la vecchia contrapposizione tra 'due Savigny' — uno giovanile 'storicista' ed uno tardo e 'sistematico' —, che soprattutto in Italia, per merito di Solari (22), aveva avuto particolare fortuna, si è comunque accennato ancora alle « contraddizioni » (23) o, in modo più elegante e sfumato, alle « ambiguità » dipendenti dallo scarto esistente tra scritti programmatici ed opere effettivamente realizzate (24). Con termine forse più esatto e calzante, Mario Bretonne ha parlato recentemente di « aporie » nel pensiero di Savigny, rifiutando un suo appiattimento entro un unico schema interpretativo, che venisse applicato indistintamente, dalla *Metodologia* al *Sistema* (25). Difatti su un altro versante, muovendo dallo studio innovatore di Wilhelm (26), le cui tesi furono autorevolmente riprese nella monumentale *Privatrechtsgeschichte* di Wieacker (27), si è manifestata con sempre maggiore insistenza l'inclinazione a collocare l'opera di Savigny lungo le linee di una continuità, dalla giovinezza alla maturità alla vecchiaia, segnata dal dominio del formalismo giuridico (28). Con ciò

(22) G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*, II. *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, pp. 55-89, 152-300.

(23) Cfr. per esempio G. WESENBERG, *Vorwort des Herausgebers*, in JM, p. 7.

(24) Cfr. W. WILHELM, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, trad. it. di P. L. Lucchini, Milano, 1974, p. 30 ss.; F. WIEACKER, *op. cit.*, in partic. II, p. 71 ss.

(25) *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, « Materiali per una storia della cultura giuridica », 6 (1976), pp. 187-213.

(26) Mi riferisco al notissimo libro cit. sopra, nt. 24, la cui edizione tedesca è del 1958.

(27) Com'è noto, la seconda edizione dell'opera, del 1967, è di molto ampliata, nella parte su Savigny e la Scuola storica, rispetto alla prima del 1952. V. anche F. WIEACKER, *F. C. von Savigny*, nel vol. *Gründer und Bewahrer. Rechtslehren der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte*, Göttingen, 1958, pp. 107-143; ID., *Wandlungen im Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe, 1967.

(28) V. per tutti F. GONZALES VICÉN, *Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo*, « Anales de filosofía del derecho », 8 (1961), p. 3 ss.; E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule und das Pro-*

si limitava notevolmente la portata dello storicismo savignyano, sul quale insisteva invece Marini ⁽²⁹⁾, e l'impegno veniva rivolto a porre in luce il significato politico delle idee del maestro, a rintracciare l'atto di nascita di un sapere giuridico 'separato' ed a chiarirne la funzionalità ideologica rispetto al processo di formazione in Germania della società e dello Stato borghese. Non a caso, il rapporto tra storia e sistema nel pensiero di Savigny ed il confronto tra la Scuola storica e Hegel sono stati al centro di molte riflessioni recenti ⁽³⁰⁾.

Com'è evidente, tali questioni investono l'opera savignyana nel suo complesso e richiedono un'analisi approfondita dello stesso quadro epistemologico che ha guidato le interpretazioni del secolo scorso e degli anni più vicini a noi. Perciò nessun giudizio definitivo potrà fondarsi sui soli scritti programmatici, sia pure integrati da rilevanti inediti, come quelli che intendo presentare. Ciò è tanto più vero in quanto proprio lo studio di precisi contenuti tecnico-giuridici e di specifiche costruzioni dogmatiche sta mostrando di poter rivelare la complessità dell'organismo teorico che sorregge le opere tarde, il suo arricchimento rispetto ai lavori giovanili e l'effettivo carattere del 'progetto' savignyano ⁽³¹⁾.

Tuttavia i manoscritti ritrovati ora a Marburg e dedicati espressamente alla metodologia giuridica consentono di documentare con precisione non solo la continuità dell'impegno metodologico dell'autore, ma anche il suo tentativo di definire via via il ruolo e l'autonomia della giurisprudenza a partire da una rifondazione del diritto come scienza. Essi sono costituiti dagli appunti autografi per dei corsi universitari, accuratamente ordinati secondo

blem der Geschichtlichkeit des Rechts, in: *Collegium Philosophicum. Studien J. Ritter*, Basel-Stuttgart, 1965, pp. 9-36; F. WIEACKER, *Storicismo e formalismo alle origini della scienza giuridica moderna*, in: *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, 1978, vol. IV, pp. 891-910; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, ivi, pp. 513-57.

⁽²⁹⁾ V. da ult. la monografia cit. alla nt. 1, che « riprende e conclude » idee e ricerche sviluppate in studi precedenti.

⁽³⁰⁾ Cfr., in questi stessi « Atti », G. MARINI, *Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente*.

⁽³¹⁾ Per l'indicazione di scritti volti in questa direzione rinvio alla bibliografia cit. di LUIG e DÖLEMEYER.

tre distinte intestazioni: 1) « Methodologie, Winter 1802 »; 2) « Methodologie. Zweyter Versuch. Sommer 1809 (als Einleitung der Pandekten) »; 3) « Nachträge zur zweyten Versuch der Methodologie, benutzt bey dem Pandektenvortrag, Berlin Sommer 1811 », che raccoglie numerose *Einleitungen zu Pandekten*, a partire dal 1812. Vi è inoltre un foglio scritto su entrambi i lati, con grafia fitta e minuta, contenente considerazioni metodologiche ed intitolato: « Pfandrecht. Wintersemester 1810 » (32).

Sono dunque riconoscibili il corso di Marburg del 1802-1803, già noto attraverso la redazione di Jacob Grimm; un corso tenuto a Landshut nel 1809; un frammento metodologico del 1810; le lezioni svolte per introdurre il corso di Pandette a Berlino, dal 1812 fino al 1841-42. Un dubbio sorge a proposito del corso berlinese del 1811 (momento chiave, come vedremo, nello sviluppo delle idee sul 'metodo'): se debbano considerarsi perduti gli appunti di quell'anno, o se invece — come mi sembra più probabile — dall'intestazione sopra riportata debba dedursi che Savigny utilizzò allora lo schema di Landshut.

Il primo ha ormai un interesse minore per quanto sia più esteso degli altri. Organizzato in forma di appunti molto sintetici, con espressioni schematiche e spesso molto succinte, reca ai margini il segno di suddivisioni e numerazioni corrispondenti con la distribuzione degli argomenti nelle lezioni di due corsi identici. In calce reca la data conclusiva del 10 marzo 1803.

Rispetto alla redazione di Grimm, più ampia e diffusa nei chiarimenti, costituisce come un'intelaiatura o un sommario. Talvolta la stessa essenzialità della scrittura, con la perentorietà delle affermazioni, conferisce un significato più netto alle idee testimoniate da Grimm, superando qualche sintomo di incertezza e qualche disfunzione nell'ordinamento della materia, che può avvertirsi negli appunti dell'allievo. Questi ultimi sono però molto più ricchi di illustrazioni e precisazioni, evidentemente fornite da Savigny a voce.

(32) In attesa dell'ordinamento definitivo, i manoscritti verranno citati come *Methodologie I*, *Methodologie II* e *Einleitung* (seguito dall'indicazione dell'anno di inizio del corso). La numerazione dei fogli è quella originale di Savigny per ciascun testo.

Risulta così confermata l' 'autenticità' del testo di Grimm, non solo nel senso di una sostanziale corrispondenza con le idee del maestro, del resto mai posta realmente in dubbio, ma nel senso ancora — come ha sostenuto Wieacker, contro le opinioni che riconoscevano invece un qualche spazio alla rielaborazione di Grimm — che il testo riproducesse molto fedelmente il tenore delle lezioni esposte da Savigny ⁽³³⁾.

L'acquisto di gran lunga più rilevante è costituito però dal recupero del corso del 1809 e delle *Einleitungen* degli anni successivi. Con meticolosità caratteristica, Savigny ha annotato al margine dei manoscritti le date di tutti gli anni in cui ha ripetuto le sue lezioni e le date delle singole aggiunte. Si può così constatare che dal 1809-10 fino al 1841-42 l'autore ha sempre tenuto un corso metodologico come introduzione a quello di Pandette (certe lacune nelle date indicate si possono variamente spiegare, e comunque non modificano il dato principale), via via integrandolo o arricchendolo con modifiche anche sensibili, ma secondo un filo di riflessioni sostanzialmente omogenee.

Tra la *Juristische Methodenlehre* e la prefazione al *Sistema* si svolge dunque un itinerario continuo: le pagine di quest'ultima racchiudono la formulazione definitiva, lungamente preparata, di idee fissate già molto presto nel loro impianto complessivo ⁽³⁴⁾. Quanto Savigny ebbe a scrivere intorno al 'metodo' della scienza giuridica non è per molti versi che uno sviluppo o una rinnovata esposizione, attraverso scarti, correzioni ed aggiunte, di ciò che egli aveva così precocemente intuito nella *Methodologie* del 1802.

Si tratta di un elemento risultante in modo perentorio e non più contestabile: il ripetersi nella prefazione di tesi e concetti esposti nei manoscritti è un dato con cui dovrà misurarsi ogni futuro interprete di Savigny che voglia illustrare il senso di quella continuità senza trascurare i passaggi interni e i ripensamenti attraverso i quali si venne attuando.

⁽³³⁾ Cfr. *Storia*, cit., p. 60.

⁽³⁴⁾ Savigny stesso ne era ben consapevole; cfr. la lettera a Bang del 1840, quando apparve il *Sistema*: (es ist) « eine eigenthümliche Freude, Gedanken, die man seit 40 Jahren gepflegt, getragen, ausgebildet hat [...], nun zu einer Art von Abschluss zu bringen, so in Zusammenhang reif werden zu lassen » (in: A. STOLL, *op. cit.*, II. *Professorenjahre in Berlin 1810-1842*, Berlin, 1929, p. 522).

Emergono però anche altri aspetti che, senza offrire novità clamorose, richiamano l'attenzione su questioni già sollevate, ma insufficientemente dibattute; su temi e precisazioni terminologiche di rilievo per una comprensione più esatta delle concezioni di Savigny e della loro evoluzione.

4. Innanzitutto risulta con molta chiarezza quale fosse la natura del corso, la sua intenzione e destinazione diretta. È una osservazione forse banale, eppure mai posta sufficientemente in rilievo, che queste lezioni di Savigny s'iscrivevano fino in fondo in un progetto didattico e in una visione nuova e complessiva dell'insegnamento e degli studi universitari. La ricchezza e la novità di tale visione si nutrivano certo di riflessioni ed elaborazioni di teoria giuridica, ma il loro intreccio va posto nel giusto fuoco. Le diffuse considerazioni sullo « studio accademico », testimoniate già dalla redazione di Grimm e molto ampie anche nei manoscritti, così come le lunghe discussioni bibliografiche, non sono una sorta di appendice affiancata a un'indagine di natura teoretica, e nemmeno il tributo pagato ad obblighi amministrativi ⁽³⁵⁾, bensì il risultato di un'impostazione generale, che riconosceva alla riorganizzazione delle università un compito decisivo nella rifondazione dell'autonomia delle scienze ⁽³⁶⁾, con tutto ciò che questo può significare per comprendere il ruolo attribuito da Savigny alla cultura come elemento di direzione della società.

Lungi dal porsi obiettivi di astratta teoria, il corso intendeva dunque fornire indicazioni precise su come condurre uno studio giuridico che mirasse a raggiungere una « selbständige Ansicht der Wissenschaft » attraverso un insegnamento di spirito liberale, fondato sul riconoscimento del « naturale legame interno tra le scienze » e capace perciò di formare giureconsulti liberi nelle loro

⁽³⁵⁾ L'*Index Lectionum* dell'Università di Marburg annota per il semestre invernale del 1802: « Eine öffentliche Anleitung zum eigenen Studium der Jurisprudenz giebt wöchentlich in zwei Stunden Herr Doktor von Savigny und verbindet damit eine kritische Übersicht der neuesten juristischen Literatur » (cfr. H. U. KANTOROWICZ, *S's. Methodenlehre*, cit., p. 465).

⁽³⁶⁾ Cfr. JM, pp. 69-70; cfr. anche *Methodologie II*, cc. 24r-25v, con l'appunto (c. 25r): « Große Idee der Deutschen Universitäten, von Ausland gar nicht gefasst » (qui come in seguito le sottolineature sono di Savigny).

valutazioni e nel modo di svilupparle, che si sollevassero quindi ben al di sopra delle meschinità e delle pedanterie dei meri pratici (37). Per questo occorre una ricognizione dell'oggetto proprio del sapere giuridico, un bilancio critico dei contributi disponibili, delle fonti e degli indirizzi antichi e recenti, stabilendo una guida nella folla dei libri e individuando i criteri con cui adoperarli (38). In proposito Savigny è molto esplicito: « Der Zweck dieser Vorlesungen — affermava nel 1802 — ist nun, zu veranlassen, sich über das Studium unserer Wissenschaft Rechenschaft zu geben, wobei die Charakteristiken einzelner Gelehrter benutzt werden sollen » (39). Nel 1809 il discorso è già più preciso e si svolge tutto intorno al diritto romano, come elemento centrale della coscienza giuridica contemporanea, guadagnando in determinatezza del proprio oggetto quanto perdeva nella drastica semplificazione delle fonti dell'esperienza giuridica. Ma anche nel corso di Landshut è ribadita l'esigenza preliminare di fare il punto delle conoscenze. Savigny infatti scriveva:

Die Vorlesung über Pandecten, d.h. der detaillirte Vortrag des Justinianischen Rechts, wird gewöhnlich, und nicht mit Unrecht, als Mittelpunkt des juristischen Studiums betrachtet. Es ist daher hier eigentlich der Ort, die Natur und Methode unsrer Wissenschaft in Erwägung zu ziehen. Diese Betrachtung ist erst jetzt möglich, da durch frühere Vorlesungen über Encyclopädie und Institutionen der Gegenstand fremd zu seyn aufgehört hat: sie ist jetzt nöthig, da hier der Grund zu dem übrigen Studium gelegt werden soll, dieses aber auf eine gründliche und wissenschaftliche Weise nur von demjenigen geschehen kann, der sich einer bestimmten Methode bewußt ist, nach welcher hier verfahren werden soll.

(37) *Ibid.*; cfr. anche *Methodologie I*, c. 56: « Wie wenn überhaupt ohne Universitäten studiert würde? Wir sollen zu jedem möglichen Zweck wissenschaftlicher Studien eine selbständige Ansicht derselben bekommen, über ihr stehen, sie mit Freiheit behandeln können. Gewöhnliches Vorurtheil der practischen Untüchtigkeit der Gelehrten. Pedanterey der Geschäftsroutine, im Gegensatz der Gelehrten ». Molto importanti, nello stesso senso, anche le ampie considerazioni appuntate in *Methodologie II*, cc. 247-250.

(38) A questo aspetto è dedicata gran parte della *Metodologia* del 1802 e del 1809; esso ritorna ampiamente anche negli appunti successivi.

(39) JM, p. 11.

Also: wie soll Jurisprudenz studiert werden? Das die Aufgabe der eigentlichen Methode - beschränkter gewöhnlicher Begriff. Man studiert sie zuerst und hauptsächlich auf Universitäten, dann aus Büchern; beides setzt eine Zeit voraus, in welcher keine Vorlesungen und keine Bücher existirt, denn der erste Lehrer und der erste Schriftsteller mußte wohl unmittelbar aus den Quellen schöpfen. Also giebt es ein absoluter Zustand der Wissenschaft, abstrahirt von jenen Hilfsmitteln, diese treten zu jenem nur noch hinzu, und selbst ihr Gebrauch muß durch jenen bestimmt werden.

Also: 1) absolute Methodik der Jurisprudenz - d.h. Grundsätze, nach welchen sie zu bearbeiten ist unter bloßer Voraussetzung der Quellen, ganz abstrahirt von aller zufälligen Erleichterung durch Bücher und Vorlesungen.

2) literarische Methodik - d.h. planmäßige Verwendung von Büchern zu Erreichung jenes Zwecks.

3) academische Methodik - d.h. planmäßige Verwendung von Vorlesungen etc.

Die erste liegt den zwey andern zum Grund und bedingt sie ⁽⁴⁰⁾.

Il passaggio da una prima familiarizzazione con la materia ad uno studio scientifico del diritto romano era dunque possibile solo a partire da una precisa consapevolezza metodologica, da un riconoscimento della natura e del metodo della scienza giuridica, dalla capacità di pensarla appieno — come aveva chiarito fin dal 1802 — « nach den eigenen Gesetzen ihrer Natur » o secondo un suo « ideale » ⁽⁴¹⁾. Occorreva perciò affrontare sia le fonti in sé, rappresentandosele per astrazione come davanti al « primo maestro » o al « primo scrittore », sia in rapporto all'impiego dei vari strumenti ausiliari a disposizione (letteratura, corsi universitari, ecc.), secondo un procedimento di acquisizione ed elaborazione dei dati unitario e orientato verso la loro unificazione. La complessità della concezione savignyana s'intravede perfettamente dall'esempio addotto:

Beispiel: wer über Eigenthum oder Intestaterbfolge Bücher lesen will, muß wenigstens die Aufgabe dieser Bücher und die

⁽⁴⁰⁾ *Methodologie II*, c. 17-v.

⁽⁴¹⁾ JM, p. 11; e *Methodologie I*, c. 2: « Wichtigkeit der Methode, d. h. der Richtung der geistigen Kraft zu allem Gelingen und wissenschaftlichem Arbeiten. Begriff des Ideals ».

Gesetze der Auflösung (wenn gleich nicht die Auflösung selbst kennen; er muß also wissen wie ein Buch hierüber geschrieben werden müßte, und die Bücher die er liest muß er bloß als Beyträge und Fragmente eines idealen Buchs über den Gegenstand (das er sich gleichsam jetzt selbst ausarbeitet) betrachten ⁽⁴²⁾).

Il problema epistemologico del rapporto tra *dati* e *principi* era qui impostato con un timbro innegabilmente kantiano, superando, nella visione di un processo unitario, le difficoltà del passaggio dalla pura raccolta dei materiali alla costruzione di un insieme sintetico, che aveva affaticato le scuole tardo-settecentesche in Germania ⁽⁴³⁾, ferme ad una prospettazione logicamente e cronologicamente successiva dei due momenti.

Si tenga per un momento da parte questo aspetto del pensiero di Savigny: certo è che anche nel corso del '9, come in quello del '2, è largamente presente l'intenzione di riordinare gli elementi che costituiscono l'orizzonte del sapere giuridico. Esso infatti ha ad oggetto una materia già esistente, da selezionare e raccogliere accertandone la consistenza attraverso la lettura critica dell'intera produzione letteraria e didattica. Perciò anche nel secondo ciclo di lezioni, al pari del primo, uno spazio assai ampio è riservato alle discussioni bibliografiche ed alla definizione di un corretto iter universitario. Lo stesso termine *Rechenschaft*, adoperato già a Marburg, ricorre ancora sia nel 1812, sia in una nota del 1833: « Jeder denkende Mensch wünscht bey Eintritt in eine bedeutende wissenschaftliche Arbeit sich Rechenschaft geben zu können über das Verhältnis dieser speciellen Arbeit zu dem Ganzen seiner Wissenschaft » ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ *Methodologie II*, cc. 10-21.

⁽⁴³⁾ V. da ult. le precise osservazioni di G. VALERA, nell'*Introduzione* all'antologia *Scienza dello Stato e metodo storiografico nella Scuola storica di Gottinga*, a c. di G. Valera, Napoli, 1981. Per un utile bilancio critico dei dibattiti metodologici nella giurisprudenza tedesca alla fine del Settecento v. anche H. U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin, 1978.

⁽⁴⁴⁾ *Einleitung 1812*, c. 11; e *Einleitung 1827*, c. 2 (aggiunta marginale datata 1833): « darum hier genaue Rechenschaft nöthig über Bestimmung und Einrichtung gerade dieser Vorlesung in Zusammenhang mit dem ganzen Rechtsstudium ».

L'aver insistito su questa impostazione di Savigny non è senza motivo. Può infatti contribuire a collocare meglio alcune sue enunciazioni, non sempre piane, sia sottolineando l'aspetto per così dire 'ricognitivo', di acquisizione di un materiale dato attraverso l'impiego ordinato degli strumenti delle nuove scienze ausiliarie, che è indubbiamente presente nella prospettiva metodologica savignyana, sia segnando lo spazio in cui è definito il suo carattere 'progettuale', di ricostruzione ed elaborazione del materiale stesso. Senza anticipare conclusioni definitive, che richiederebbero l'analisi per esteso di gran parte dei manoscritti, con ciò interferendo nella paziente fatica di chi ne curerà l'edizione critica ⁽⁴⁵⁾, mi limito a richiamare brevemente alcuni temi, sui quali gli inediti possono aggiungere ulteriori elementi. Il più complesso è senza dubbio la celebre definizione della giurisprudenza come scienza storica e sistematica al tempo stesso, contenuta nella *Metodologia* del 1802-1803 e variamente riesposta a più riprese nei corsi successivi, dei quali leggerò qualche passo che può meglio chiarire la natura del metodo *storico* propugnato da Savigny.

5. Di recente Hans Kiefner ha compiuto una penetrante analisi di quel testo, dimostrando in modo convincente come il concetto di storia che vi compare non vada inteso nel senso dello storicismo idealistico ottocentesco, né in quello della giurisprudenza antiquaria o «elegante», ma vada interpretato alla luce di una lunga tradizione di significati attribuiti alla coppia conoscenza storica - conoscenza filosofica fin dall'antichità, e presente ancora nello stesso Kant ⁽⁴⁶⁾. Proprio nella *Critica della ragion pura* si legge infatti la distinzione tra conoscenza storica e conoscenza razionale come distinzione tra *cognitio ex datis* e *cognitio ex principiis*, che riecheggia e riformula quella di origine aristotelica tra *ἱστορία* e *φιλοσοφία*.

Conoscenza storica dunque è per Savigny nel 1802 ogni conoscenza dei dati obiettivi: «Alles Wissen von einem objektiv Ge-

⁽⁴⁵⁾ La promette il Dr. Kadel, della Universitätsbibliothek di Marburg. In attesa di questa edizione, la trascrizione completa dei corsi, che ho effettuato per mio conto, non è destinata per ora alla pubblicazione.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. H. KIEFNER, *Der junge Savigny*, cit., pp. 20-26.

geben nennt man historisches Wissen » (47), affermava allora, ed a questa concezione terrà fede in gran parte anche nelle lezioni più tarde. Il 'dato' della scienza giuridica è però qualcosa di più complesso del mero positivo, della pura e semplice empiria costituita dalla legge o dall'« arbitrio » di un legislatore. Su questo nodo si va svolgendo la riflessione di Savigny, che già nel testo del '2 rivela le sue inquietudini e le sue tensioni interne. Non a caso il termine stesso di *Gesetzgebungswissenschaft*, certamente insolito se non addirittura nuovo, di significato sufficientemente ambiguo, tanto da essere in seguito abbandonato (48), sembra esprimere l'intenzione di trovare anche sul piano lessicale una formulazione adeguata per indicare la giurisprudenza come scienza non di singole fonti legislative, ma dell'intero sistema normativo, dell'intero diritto come fatto divenuto e costituito.

Nel corso del 1809, benché già compaia un accenno al paragone reso famoso dal *Beruf* tra diritto e lingua (49), l'accento è ancora sulla giurisprudenza come studio di un patrimonio dato, e perciò storico solo in questo senso:

Aufgabe: es ist gegeben das Gesetzbuch (hier: das Justinianische Recht) und nichts weiter. Wie ist dies zu behandeln? Wie ist die Entwicklung und Darstellung unsrer Wissenschaft aus ihm möglich? (NB. das alles geht zunächst auf das Römische Recht, das meiste paßt aber auf jede Gesetzgebung überhaupt).

Die vollendte Darstellung unsrer Wissenschaft beruht auf 3 Operationen, nach 3 verschiedenen Ansichten der Gesetzgebung:

1. Philologische Ansicht. Die Gesetze im einzelnen und als einzeln betrachtet. Interpretation.

2. Systematische Ansicht. Der Inhalt der Gesetze als ein gleichzeitiges Ganze betrachtet, nach dem innern Zusammenhang der Begriffe und der Grundsätze. System.

3. Historische Ansicht. Der Inhalt der Gesetzgebung als ein successives Ganze betrachtet, nach dem Gesetz der histori-

(47) JM, p. 14.

(48) Negli appunti del 1809 appare cancellato e sostituito in un punto. Nei corsi successivi è del tutto abbandonato. Come è noto, non si ritrova nelle opere a stampa più tarde.

(49) *Methodologie II*, c. 5r: « die Jurisprudenz Beschäftigung der Edelsten und Weisesten im Volke. Sprache und Jurisprudenz gegenseitig durcheinander gebildet ».

schen Entwicklung, also nach dem nothwendigen Zusammenhang verschiedener Zeiten desselben Volkes. *I n n e r e R e c h t s - g e s c h i c h t e*.

Keine dieser 3 Operationen kann rein für sich bestehen (Erklärung durch Beyspiele). Jede ist nur ein Element der ganzen, vollendeten Wissenschaft. Diese ist selbst nichts anderes, als das System in seiner historischen Entwicklung und aus unmittelbarer, vollständiger Anschauung der Quellen geschöpft ⁽⁵⁰⁾.

Eliminato il riferimento al rapporto tra fonti giuridiche e funzione legislativa dello Stato presente nel corso di Marburg, dove aveva sollecitato significative osservazioni sulla complessità della costituzione moderna, di origine feudale ⁽⁵¹⁾, il patrimonio normativo preso in considerazione è solo il diritto romano, anche se non si esclude l'applicabilità teorica dei criteri indicati « auf jede Gesetzgebung überhaupt ». La scienza « rappresenta » e « sviluppa » questo patrimonio come un tutto unico sia sotto il profilo sincronico sia diacronico, per mezzo di operazioni da intendersi — Savigny lo ripeterà di continuo nei corsi — come « elementi, non parti separate e indipendenti » ⁽⁵²⁾. La considerazione filologica delle singole norme, la considerazione sistematica, consistente nel ricostruire il nesso interno dei concetti e principi, e la considerazione storica, consistente nel rintracciare

⁽⁵⁰⁾ *Methodologie II*, c. 27-v.

⁽⁵¹⁾ JM, p. 13: « Ein großer Teil des Staatsrecht muß jetzt auf ähnliche Weise wie das Privatrecht behandelt werden, z.B. ein Gutsherr hat Jurisdiktion so wie jedes andere Privatrecht - denn in allen neueren Staaten existiert ein Verhältnis, das älter ist als unser Staatsrecht: die Lehnverfassung; das Staatsrecht der älteren Zeiten war reiner ». L'esame del tema dello Stato, adombrato in queste lezioni, condurrebbe troppo lontano. Basti dire che già nel 1802 è segnata la distinzione tra la sua attività legislativa e l'insieme di regole che formano l'ordinamento e che la scienza giuridica costituisce nella sua autonomia. La 'legge' non è il singolo atto di volontà dello Stato, che perciò, nonostante qualche oscillazione in seguito cancellata, è visto soprattutto nel suo ruolo di garante e di 'medio', capace di assicurare la funzione dell'ordinamento tra gli individui. Savigny è però consapevole anche, con Fichte, del nesso diritto-politica (JM, p. 48 s.) ed in questo senso sembra richiamare, nella *Methodologie* del 1809, il rapporto tra « storia dello Stato » e « giurisprudenza », a suo avviso più presente ai giuristi che non agli storici (c. 13r).

⁽⁵²⁾ *Einleitung 1812*, c. 3r.

il nesso necessario tra le epoche che configura il patrimonio normativo come un tutto disposto attraverso il tempo, concorrono a formare una scienza compiuta, che perciò non è altro che il sistema nel suo aspetto diacronico e si fonda sulla visione immediata e diretta di tutte le fonti. Il concetto di *Anschauung* è l'elemento decisivo dell'esposizione, racchiude in sé il criterio di scientificità e di evidenza, fa derivare dal « tutto », dall'unità, l'attitudine costruttiva della giurisprudenza. Compare, certo, il riferimento alla « legge dello sviluppo storico », ma più che includere categorie come la diversità e il mutamento, tende a ripristinare l'unità di un continuum, scopre il nesso che unifica l'ordinamento attraverso il tempo, mira a tener ferma la sua connessione sistematica oltre le modifiche di singole regole. La « historische Betrachtung und Behandlung der Jurisprudenz selbst, überall unentbehrlich, am meisten im Römischen Recht » — annota Savigny ⁽⁵⁴⁾ — obbedisce al criterio di distinguere tra le fonti (« historische Trennung nach Verschiedenheit der Quellen ») per coglierne in generale la portata e i « risultati pratici », ed al criterio di rintracciare in esse ciò che le collega: « historische Verbindung des historischen Gleichartigen. Die Gesetzgebung soll in ihrer historischen Entwicklung vollständig dargestellt werden; diese Darstellung muß sich durchaus nicht beschränken auf einzelne historische Reihen (z. B. Geschichte der Usucapion), was zu beschränkten Resultaten, ja zu Irrthümern führt, sondern, sie muß das System im Ganzen in seiner historischen Entwicklung betrachten. Das unumgänglich nöthig, wegen der Wechselwirkung der verschiedensten Theile des Systems. Beyspiele: a) usucapio modificirt durch longi temporis praescriptio; b) Anwendung der bonorum possessio intestati im neueren Recht ». Essa dunque serve a comprendere la collocazione di una fonte o una norma « in un punto » (c. 3^r) del tutto, a riassumere le

⁽⁵³⁾ Un'analisi particolarmente lucida e penetrante del concetto savignyano di *Anschauung*, sullo sfondo della sua assolutizzazione nel pensiero post-kantiano (p. es. Fichte) e del suo diffusissimo uso nella cultura tedesca dell'Ottocento, è stata compiuta da D. NÖRR, nella relazione ancora inedita *Savignys Anschauung und Kants Urteilskraft*, letta nell'ottobre 1980 al Rechtshistorikertag di Augsburg.

⁽⁵⁴⁾ *Methodologie II*, cc. 13^r-14^r.

modifiche del regime normativo via via intervenute entro schemi strutturali costanti. L'esempio addotto per illustrare l'impiego della trattazione storica nell'interpretazione è in tal senso illuminante:

Beispiel: L. 6 de public. in rem act. [...] Historische Behandlung - Zeit des Paulus. Warum nur publiciana und nicht vindicatio? etwa weil der auctor derelinquens nicht Eigenthümer war? Davon sagt aber Paulus nichts. Das ducere ist hier völlig gleich eine unfeyerliche traditio, diese konnte aber an einen Slaven (res mancipi) nur Prätorianisches Eigenthum übertragen ⁽⁵⁵⁾.

Lungi dall'essere il risultato di un esame di condizioni e circostanze determinate, dell'approfondimento del suo legame con epoche e società definite, il dato normativo qui ricostruito scaturisce dall'incontro tra elementi testuali e schemi sistematici, che non si innalzano sui primi, ma rappresentano al contrario la via per avvicinarsi ad essi e per consentirne l'elaborazione in un rapporto vivo tra l'interprete e la sua fonte.

La storia infatti non è un deposito di materiali, una raccolta di esempi. Ha un preciso valore per il presente:

Ein großer Theil der Pandecten und des Codex besteht aus ganz speciellen Entscheidungen, die aber nun dastehen, um eine allgemeinere Regel auszusprechen [...] Der eigentliche Inhalt einer solchen Stelle für uns, insofern sie als Theil der Gesetzgebung und zugleich indem sie historisch als Quelle der Rechtskunde darsteht, ist demnach jene Regel, entkleidet von diesen speciellen Bestimmungen, die nur zum scheinbaren Inhalt der Stelle gehören. Der Interpret hat also in dem Besonderen diese allgemeine Regel aufzusuchen, das geschieht durch Abstraction von dem Besonderen, und die Kunst besteht darin, diese Abstraction weit genug und nicht zu weit fortzusetzen, was oft in der Anwendung schwer seyn kann ⁽⁵⁶⁾.

L'analisi storica dunque non cerca nei testi il documento per comprendere epoche passate, ma li studia per precisare il sistema

⁽⁵⁵⁾ *Ibid.*, cc. 3v-4r.

⁽⁵⁶⁾ *Ibid.*, cc. 5v-6r.

attuale, per cogliervi quel contenuto « più generale » che li rende parte, « per noi », dell'ordinamento. Anche l'analisi storica obbedisce perciò a regole di astrazione e anziché riferire le norme a circostanze e condizioni determinate le spoglia proprio di tali caratteristiche.

6. È la riflessione su questi aspetti, sulla natura del diritto come un tutto unico attraverso il tempo e sulla sua vivente continuità, che conduce Savigny ad affrontare il problema della sua origine nell'introdurre il corso di Pandette a Berlino nel 1812. Il testo è molto importante e merita di essere citato in modo esteso:

Jeder denkende Mensch wünscht bey Eintritt in eine bedeutende wissenschaftliche Arbeit sich Rechenschaft geben zu können über das Verhältnis dieser speciellen Arbeit zu dem Ganzen seiner Wissenschaft. So denn bey dem Anfang des Vortrags über Pandecten welcher in manchem Sinne die Mitte des juristischen Studiums ist, natürlich die Frage aufgeworfen: wie entsteht überhaupt Rechtswissenschaft? um von da aus das Verhältnis unsrer Vorlesung zu dieser Entstehung übersehen zu können. Diese Frage führt zurück auf die höhere: wie entsteht Recht?

[...] *Entstehung des Rechts*. Gewöhnlicher Grundirrtum, das Recht entstehe durch die Willkühr von Gesetzgebern, es könne also in jedem Augenblick so oder auch anders seyn, d.h. sein Inhalt sey ganz zufällig. Beyspiele.

Das positive Recht jedes Volks bildet sich von innen heraus, es entsteht und wächst mit dem Volk selbst, seine erste Entstehung, die Erzeugung seiner Grundideen, eben so geheimnisvoll wie der Anfang aller Völkergeschichte, und nur die Entwicklung dieses ersten Keims einer historischen Ergründung fähig. [...] Demnach ist das Recht jedes Volks seiner innern Natur nach *Gewohnheitsrecht*, Gesetze können es nicht hervorbringen, wohl aber reinigen, fixiren, erhalten, auch wohl mißverstehen und verderben; ihr Einfluß nicht groß, weit größer der Einfluß der eigentlichen Jurisprudenz, sobald diese nicht mehr Gemeingut aller Bürger ist, sondern als eine besondere Kunst oder gar als Wissenschaft getrieben wird ⁽⁵⁷⁾.

Da tali premesse deriva non solo che il diritto di ogni popolo va concepito « in steter Entwicklung und Fortbildung », ma anche

⁽⁵⁷⁾ *Einleitung 1812*, c. 17-v.

che, scaturendo « da un'interna necessità », « muß es einen inneren Zusammenhang haben, ein vollständiges Ganze bilden » (58). Ne è determinato il carattere stesso della scienza giuridica:

Entstehung der Rechtswissenschaft. Ihr Character nothwendigerweise bestimmt durch die eben beschriebene Entstehung des Rechts. Sie ist ein systematisches Ganze, weil nur dann die innere Einheit erkannt und ausgesprochen wird, welche dem Recht selbst inwohnt. Sie ist Geschichte, weil das Recht selbst in steter Bewegung und Entwicklung existirt, folglich auch nur so begriffen werden kann. Endlich welche sind ihre Quellen zu Erforschung des Rechts?

Zwey mögliche Fälle:

1) das Recht selbst noch lebendig geübt von und in dem Volk in welchem es entstanden ist - dann diese wirkliche Erscheinung aufzulassen und gereinigt von Mißverständniß und Zufälligkeiten auf ihre Idee zurück zu führen [...]

2) oder das Recht dauert zwar fort, aber unter andern Verhältnißen in andern Völkern als worin es entstand (Vergleich mit todten Sprachen) - dann die wissenschaftliche Darstellung seines ursprünglichen Lebens nur auf einem viel künstlicheren Wege möglich.

Quellen sind nunmehr alle historische Monumente welche aus jenem lebendigen Rechtszustande unmittelbar hervorgegangen sind, und in welchen er sich spiegelt; aus ihnen allein Anschauung desselben zu erhalten (59).

Come si vede, sono i temi che Savigny affronterà diffusamente in pagine giustamente celebri del *Beruf*. Qui ci si deve limitare ad osservare che essi appaiono ancora negli appunti del 1813-1814, ma che tendono a scomparire, o comunque a ripresentarsi solo in riferimento al « jezigen lebhaften Streit der Ansichten » (1815-1816), alle polemiche tra indirizzi diversi, « hier nicht zu ergründen, aber doch zu beruhen » (1817-1818). Soprattutto, l'elemento più duraturo delle riflessioni dell'epoca del *Beruf* rintracciabile negli appunti metodologici successivi è la concezione del diritto romano non soltanto come modello, ma come organismo « vivente », e perciò come elemento che va continuamente ringiovanito e sviluppato.

(58) *Ibid.*, c. 1v-2r.

(59) *Ibid.*, c. 2r-v.

Lo studio del diritto romano infatti, in particolare delle Pandette, è una « Anleitung zum eigenen Produciren », in cui interpretazione e sistema si pongono « in unzertrennter Verbindung »: « alles kommt darauf an, den todten Buchstaben zu beleben, den ganzen Zusammenhang von Gedanken hervorzubringen, aus welchen dieses einzige Monument als integrierender Theil hervorgegangen ist, und dann dieses einzelne zu erschöpfen, vollständig darzustellen was eigenes und neues ihm inwohnt » ⁽⁶⁰⁾. Ciò comporta una sorta di lettura partecipe, un vivere con le fonti e immergersi nel loro spirito:

Wer Leben und Character eines merkwürdigen Menschen kennen lernen will, muß freylich einzelne facta kennen, kann dazu Urkunden brauchen: den wahren inneren Zusammenhang, das eigentliche, lernt er so nicht. Ganz anders wenn er mit ihm lebt, ihn handeln sieht, Briefe, Schriften von ihm liest, so wird er eine Anschauung seines Wesens gewinnen. Ganz so das Lesen unsrer Quellen des Römischen Rechts; nicht ihr ausziehbarer Inhalt ist die Hauptsache, sondern ihre ganze literarische Eigenthümlichkeit, ihre Methode, wir müßen uns so hinein lesen, daß wir in ihrer Art denken und arbeiten, und diese Art überall weiter hintragen können ⁽⁶¹⁾.

Nel 1818-19 Savigny ritorna sul contrasto che oppone in Germania le scuole giuridiche intorno al modo di considerare il diritto romano e che gli appare « in enger Verbindung mit einem Streit über die allgemeinsten Ansichten unsrer Wissenschaft ». Il conflitto rimane insoluto nelle sue note ed egli si limita a ribadire:

Ganz verschieden von dieser Behandlung [*die praktische Methode*] ist die andere, welche man die *historische* nennt, und welche von dem Grundsatz ausgeht, das Römische Recht in seinem lebendigen Werden aufzufassen und darzustellen, dergestalten daß wir darauf ausgehen, das juristische Leben und Denken der Römer in Gedanken gleichsam von neuem anzufangen ⁽⁶²⁾.

Due anni dopo invece è già pronto a tagliare con risolutezza i contrasti. Lo studio del diritto romano è a suo avviso il centro

⁽⁶⁰⁾ *Einleitung* 1812, c. 4r.

⁽⁶¹⁾ *Einleitung* 1813, c. 2r.

⁽⁶²⁾ *Einleitung* 1818, c. 1r.

d'ogni formazione giuridica, per la quale « alle andere Formen der Mittheilung nur Vorarbeiten sind » ⁽⁶³⁾. Le Pandette, a loro volta, ne rappresentano la parte essenziale e non possono essere considerate, come vorrebbe l'indirizzo « pratico », al pari di un mero « *Aggregat von Rechtsregeln, unmittelbar zu erlernen und gleichsam mechanisch anzuwenden* ». Va colto in esse un « principio vivente » per sviluppare il lavoro della scienza giuridica nello spirito dei giuristi classici:

Wir müßen, anstatt der fertigen Regeln, vielmehr die Methode suchen, woraus auch die Regeln stets neu sich erzeugen. Erklärung und Beyspiele in Anwendung auf Römisches Recht, wir sollen der Entstehung der vorhandenen Regeln nachforschen, um so des in ihnen wohnenden lebendigen Principis uns zu bemeistern, um Sinn und Geist der alten Juristen fortarbeiten zu können, und also ihre (nicht etwa zufällig, sondern nothwendig) unvollendete Arbeit fortzusetzen ⁽⁶⁴⁾

Il tema del diritto romano, della sua vigenza in una Germania sospesa tra il vecchio ordine cetuale e l'emergere di nuovi rapporti, è affrontato nel corso del 1824-25 con una lucidità ed una chiarezza forse mai raggiunta altrove. La ragione dell'inatteso, « *glücklicher Zustand* » degli studi di diritto romano in Germania sta soprattutto nel fondamento romanistico dei concetti e principi che innervano le nuove forme giuridiche e nella compiutezza da esso raggiunta nell'ambito del diritto privato, quale non può riconoscersi in nessun'altra nazione. Questo stato di cose definisce perciò senza equivoci l'atteggiamento di *scelta* che l'interprete deve operare entro le fonti, pur ponendosi in un rapporto di continuità con esse ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ *Einleitung 1821*, c. 1.

⁽⁶⁴⁾ *Ibid.*, c. 2-3.

⁽⁶⁵⁾ Il testo, di grande importanza, sollecita numerose riflessioni. In attesa dell'edizione critica, lo riproduco qui per intero (*Einleitung 1824*, cc. 1-4): « In jeder Wissenschaft finden sich längere oder kürzere Zeiträume, worin die Art der Behandlung und der Mittheilung unverändert fort dauert, und selbst von der Eigenthümlichkeit einzelner Lehrer nur wenig Einfluß erfährt. Vortheil eines solchen Zustandes: gleichsam mechanischer Regelmäßigkeit, verminderte Gefahr aus der Oberflächlichkeit einzelner Lehrer - Nachtheil desselben: Mangel an Leben in der Mittheilung und Bearbeitung der Wissenschaft, in welcher nun der in

Da tali premesse discende naturalmente « daß eine ausführliche

früheren Zeiten erworbene Besitz höchstens erhalten, aber nicht durch neuen Erwerb vermehrt wird.

Ein solcher Zustand ist in unsrer Rechtswissenschaft schon seit längerer Zeit nicht zu finden. Wenn ich an die Zeit zurückdenke, in welcher ich mit derselben die erste Bekanntschaft angeknüpft habe (d.h. etwa 30 Jahre rückwärts), und wenn ich den Zustand dieser Zeit mit dem gegenwärtigen vergleiche, so ist die Verschiedenheit ungleich größer, als nach dieser kleinen Zahl von Jahren erwartet worden dürfte. Äußerlich und scheinbar war der Zustand des Römischen Rechts weit günstiger als der gegenwärtige. Damals war das Römische Recht fast überall die Grundlage des praktischen Rechts überhaupt, und die genaue Kenntniß desselben war aus diesem Grunde von unmittelbarer Wichtigkeit und Unentbehrlichkeit. Seit jener Zeit hat es in einem großen Theil von Deutschland diese unmittelbare Wichtigkeit verloren, und indem so das praktische Interesse auf andere Rechtsformen hingelenkt worden ist, möchte man erwarten, der Eifer für das Römische Recht werde überhaupt erloschen seyn. Und gerade das Gegentheil ist geschehen. Denn in keiner Zeit ist in Deutschland das Römische Recht mit so viel lebendigem Eifer und so glücklichem Erfolg bearbeitet worden, als eben in diesem Zeitraum. Dieses frische Leben in unsrer Wissenschaft bloß dem glücklichen Zufall zuschreiben zu wollen, daß eine Anzahl höchst wichtiger Quellen neu entdeckt wurde, würde ganz irrig seyn; vielmehr ist die Entdeckung, und noch mehr die Benutzung derselben, gerade umgekehrt durch jenen erneuerten Eifer bewirkt worden. In der That aber sind innere und wesentliche Gründe vorhanden, um deren willen das Interesse am Römischen Recht, auch über die Zeit seiner praktischen Geltung hinaus, fort dauern kann; diese inneren und wesentlichen Gründe sind in unsren Zeiten mehr als früher erkannt und gewürdigt worden, und hieraus erklärt sich das erhöhte Interesse, welches sich dem Römischen Recht so glücklich als unerwartet zugewendet hat.

Der eine Grund: die Begriffe und Grundsätze des Römischen Rechts liegen mehr oder weniger allen neu entstandenen Rechtsformen (z.B. unsrem Civilrecht) zum Grunde, so daß für dieselben eine wissenschaftliche Kenntniß durchaus nur auf dem Gebiet des Römischen Rechts erworben werden kann.

Der zweyte Grund: das Privatrecht ist bey den Römern zu einer Ausbildung und Vollendung gelangt, wie bey keiner andern Nation, weshalb in den classischen Werken der Römischen Juristen auch für den gegenwärtigen Juristen ein Grad der Bildung zu gewinnen ist, der durch keine andere Schule ersetzt werden kann.

Die Beachtung dieser Gründe führt zugleich zur Antwort auf eine der wichtigsten Fragen, die sich uns gleich bey dem ersten Eintritt in unsre Wissenschaft aufdrängt, auf die Frage nach der richtigen *Auswahl*, die hier zu treffen ist. - Nothwendigkeit einer solchen sorgfältigen und planmäßigen Auswahl überhaupt: sie geht schon hervor aus dem ungeheuren Material, welches in unsrer Wissenschaft seit 700 Jh. aufgehäuft worden ist, und wovon die kurze Zeit eines akademischen Vortrags doch nur einen geringen Theil umfassen kann ».

Dogmatik des Römischen Rechts unentbehrlich und gewißermaßen der Mittelpunkt für das gesamte juristische Studium sey» ⁽⁶⁶⁾. Negli anni a venire, infatti, Savigny proporrà come oggetto delle sue lezioni « eine ausführliche Dogmatik des Römischen Rechts, gewöhnlich, und so auch von wir, Pandekten genannt » ⁽⁶⁷⁾, lasciando agganciata, con molta fortuna, la scienza giuridica ad un rapporto, in gran parte irrisolto, tra *storia* e *sistema* ⁽⁶⁸⁾.

⁽⁶⁶⁾ *Einleitung* 1825, c. 1.

⁽⁶⁷⁾ *Einleitung* 1827, c. 2.

⁽⁶⁸⁾ Sul rapporto tra storia e sistema considerazioni di rilievo si leggono nella *Einleitung* 1827 (e ss.), c. 3 ss.

FRANCA DE MARINI AVONZO

LA FILOLOGIA ROMANISTICA DI SAVIGNY

Il tema che intendo trattare richiede qualche osservazione preliminare. Mi propongo di studiare Savigny filologo in senso stretto, e cioè come interprete ed emendatore di testi (ovviamente, testi giuridici romani); non mi propongo invece di studiare lo « storicismo » o il « classicismo » di Savigny, secondo un'accezione più ampia di filologia che nella Germania della restaurazione era già metodologicamente ben fondata e concretamente ricca di risultati ⁽¹⁾, ma che non aveva ancora avuto alcun riscontro nel campo degli studi giuridici. Qui, nonostante il successo anche accademico e programmatico della nuova concezione wolfiana dell'*Altertumswissenschaft* ⁽²⁾, la filologia era ancora intesa esclusivamente come « erudizione » ⁽³⁾; e grossolanamente si può dire che all'interno dell'erudizione giuridica si contrapponevano due metodi: quello erudito-antiquario risalente all'umanesimo, della cosiddetta *cultior iurisprudentia*, e quello razionalista e sistematizzante, rivolto a conciliare la casistica delle fonti per farne

(1) Sulla storia della filologia del periodo qui inquadrato esiste un recente vivo interesse. V. per tutti B. BRAVO, *Philologie, histoire, philosophie de l'histoire. Etude sur J. G. Droysen historien de l'antiquité*, Wrocław-Varsovie-Cracovie, 1968; E. J. KENNEY, *The Classical Text. Aspects of Editing in the Age of the Printed Book*, Berkeley, Los Angeles, London, 1974; ambedue con ampia bibliografia e con il pieno riconoscimento del fondamentale impulso dato a questi studi da A. MOMIGLIANO in molti dei suoi *Contributi alla storia degli studi classici*, voll. 6, Roma, 1955-1975 e da S. TIMPANARO, *La genesi del metodo del Lachmann*, Firenze, 1963; e ora *Contributi di filologia e di storia della lingua latina*, Roma, 1978.

(2) Cfr. BRAVO, *op. cit.*, pp. 67 s., 71-75.

(3) Cfr. BRAVO, *op. cit.*, pp. 29 s., 40-43, 50.

emergere i principi su cui costruire le regole del diritto privato (4). Naturalmente, la distinzione che conta è sempre quella tra veri studiosi e studiosi mediocri; la classificazione indicata può servire solo a caratterizzare le medie culturali. Vedremo che anche come filologo Savigny sfugge ad ogni facile schematizzazione; il suo lavoro sulle fonti richiede un'indagine più precisa ed individualizzante.

D'altra parte, una ricerca su Savigny filologo non può essere svolta come ricerca di un lavoro filologico in senso professionale, che per il motivo anzidetto sarebbe insensato chiedere ad un romanista della prima metà dell'Ottocento: mi propongo invece di analizzare quanto e come, nello studio delle fonti romane, egli si sia servito della filologia formale che circolava al suo tempo e nel suo ambiente. Aveva studiato a Marburg e Göttingen, ed aveva frequentato gli intellettuali di Heidelberg: queste università, sedi tradizionali della vecchia cultura giuridica tedesca (5), erano anche i centri in cui, negli anni della sua formazione, tutto il settore degli studi antichi veniva rinnovandosi in profondità.

A Göttingen, la scuola di C. G. Heyne e di F. A. Wolf, era ancor vivo il ricordo del gesto con cui quest'ultimo aveva clamorosamente rivendicato l'autonomia della disciplina filologica (6): e a Wolf Savigny dedicherà parole molto lusinghiere, recensendo nel 1808 la prima edizione della Tavola alimentare di Traiano (7).

(4) Per una visione un po' più ampia, v. H. COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in *Ius Commune*, VIII, *Vorträge zum 200. Geburtstag von F. C. von Savigny*, 1979, pp. 9-23 = *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX. Anales de la Catedra Francisco Suarez*, n. 18-19, 1978-79, pp. 83-100; e qui il saggio di M. BRETONE.

(5) La raccolta più completa di notizie è ancora quella di E. LANDSBERG, in STINTZING-LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Hb. 2, nei capitoli relativi a G. Hugo (p. 1-31) ed allo stesso Savigny (pp. 186-199); pregevole sintesi in G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, 1978, pp. 11-71.

(6) Per segnalare la sua avversione ad ogni forma di teologia si era iscritto a Göttinga come semplice *studiosus philologiae*; sul valore sintomatico di tale gesto (che tuttavia non era del tutto nuovo: cfr. KENNEY, *op. cit.*, p. 98, nt. 1) cfr. U. VON WILAMOWITZ-MOELLENDORFF, *Storia della filologia classica* (1921), tr. id. F. CODINO, Torino, 1967, p. 98.

(7) *Recension von: F. A. Wolf von einer milden Stiftung Trajan's, vorzüglich*

Già a Marburg era diventato amicissimo di F. Creuzer (8), poi insegnante ad Heidelberg dove a partire dal 1809 A. Böckh poneva le basi della sua « enciclopedia filologica », il best-seller su cui si formeranno per tutto il secolo gli studiosi dell'antichità (9). Le lettere, recentemente pubblicate (10), che Creuzer scrisse a Savigny dal 1799 al 1850, mentre il suo più fortunato amico passava di successo in successo, attestano una continuità di interessi per i problemi di metodo e di indagine che i filologi del tempo andavano impostando (11).

Nel 1810, chiamato a Berlino da W. v. Humboldt, si legava a B. G. Niebuhr, ne apprezzava subito la critica delle fonti (12), e partecipava almeno indirettamente alle polemiche che in quegli anni divisero gli storici antichi (13). Nella nuova università insegnava dal 1825 anche K. Lachmann: la sua famosa edizione di Lucrezio, connessa all'enorme diffusione del cosiddetto « metodo del Lachmann », uscirà solo nel 1850 (14); ma già negli anni Venti egli aveva non solo affermato la necessità di fornire un rigoroso

nach Inschriften. Nebst der Lateinischen Stiftung-Urkunde (1809), ora in *Vermischte Schriften*, Berlin, 1850 (rist. Aalen, 1968), V, p. 57 s.

(8) Una rivalutazione della filologia del Creuzer risale ad A. MOMIGLIANO, *Friedrich Creuzer and Greek Historiography* (1946), in *Contributo alla storia degli studi classici*, Roma, 1955, pp. 233-248; per le sue lettere a Savigny, v. nt. 10.

(9) Cfr. BRAVO, *op. cit.*, pp. 78-96.

(10) H. DAHLMANN - I. SCHNACK, *Briefe Friedrich Creuzers an Savigny (1799-1850)*, Berlin, 1972.

(11) Cfr. H.-E. H. JAEGER, *Note savignicienne I. La pauvre philologie face à la toute puissante histoire du droit. A propos de l'édition récente des lettres de Frédéric Creuzer à Savigny*, in *Archives de Philosophie du Droit*, XIX, 1974, pp. 407-424, e specialmente le lettere citate e commentate alle pp. 413, 419-422.

(12) Sui rapporti tra Savigny e Niebuhr aspettiamo l'annunciato contributo di G. Giarrizzo; v. intanto BRAVO, *op. cit.*, p. 47; M. BRENONE, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in *Dottrine storiche del diritto privato. Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. TARELLO, VI, 1976, p. 202, nt. 34.

(13) Nel 1826 Böckh e Niebuhr ruppero i rapporti in seguito ad una polemica forse prevalentemente determinata da calcoli accademici, ma certo indotta anche da motivi più profondi: Böckh stava in qualche modo dalla parte di Hegel e di Gans, cui Niebuhr si contrapponeva insieme a Savigny. Su queste ostilità di scuola v. da un lato BRAVO, *op. cit.*, pp. 87-90; dall'altro MARINI, *op. cit.*, pp. 149-153.

(14) Cfr. TIMPANARO, *Genesi*, cit., pp. 56-72; KENNEY, *op. cit.*, pp. 103-113, 130-133.

fondamento diplomatico alla critica del testo, ma aveva anche introdotto un indirizzo scientifico, appreso dai filologi classici, negli studi germanistici sulla letteratura medievale ⁽¹⁵⁾: un interesse di cui forse qualche eco è presente nella *Storia del diritto romano nel medioevo*, che Savigny pubblicò tra il 1815 ed il 1831 ⁽¹⁶⁾.

Questa serie di persone e di circoli frequentati da Savigny giustifica la proposta d'indagine che ho formulato. Come è ovvio, la mia speranza è quella di poter rintracciare nel suo lavoro di giurista l'impiego, magari non sistematico ⁽¹⁷⁾, delle novità metodologiche introdotte dai suoi amici nella critica dei testi letterari classici, ma qualunque risultato sarà utile ad una valutazione del modo in cui egli concepiva l'uso delle fonti in rapporto alla sua concezione storica del diritto. Illustrerò questo aspetto del pensiero di Savigny con qualche esempio delle sue congetture e delle sue interpretazioni, distinguendo: I) il lavoro su singoli testi ritrovati e pubblicati con il suo contributo: II) l'esegesi di passi giurisprudenziali del *Corpus Iuris*.

2. Sul primo punto, Savigny si presenta come erede della Scuola culta. Nell'articolo programmatico apparso sul primo fascicolo della *Rivista per la scienza storica del diritto*, aveva invitato gli studiosi ad adoperarsi soprattutto nella ricerca e nella pubblicazione di nuove fonti ⁽¹⁸⁾. Nel 1815 tale invito era rivolto in parti-

⁽¹⁵⁾ Cfr. TIMPANARO, *Genesis*, cit., pp. 28-35.

⁽¹⁶⁾ Non posso certo giudicare questa parte del lavoro di Savigny; sugli aspetti filologici della *Storia* ho ricordato alcuni giudizi critici nella *Introduzione* a SAVIGNY, *Antologia di scritti giuridici*, Bologna, 1980, p. 31 s.; essi tuttavia non mi sembrano escludere nel suo modo di studiare i Glossatori un atteggiamento « lachmanniano », nel senso indicato da TIMPANARO, *Genesis*, cit., p. 33, e cioè secondo un metodo più scientifico del semplice « ritorno al Medioevo » che caratterizzava molti studi dell'epoca.

⁽¹⁷⁾ Ho presente l'osservazione con cui A. MOMIGLIANO, *Rec. a A. Bernardini - G. Righi. Il concetto di filologia e di cultura classica nel mondo moderno*, in *Contributo*, cit., pp. 393-395, richiama l'attenzione sulla « necessità di studiare insieme i metodi e le scoperte », e cioè di non trascurare il modo in cui è svolta l'analisi dei documenti per discutere solo che cosa sia la filologia.

⁽¹⁸⁾ *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, ora in *Vermischte Schriften*, cit., I, pp. 105-126.

colare ai medievisti, che allora avevano a disposizione solo una piccola parte del materiale manoscritto; per quanto riguarda le fonti romane invece si poteva pensare che la grande stagione delle scoperte di nuovi testi, iniziata dagli umanisti, si fosse conclusa con loro. Ma la passione per la ricerca, che Savigny aveva in comune con gli storici del primo Ottocento ⁽¹⁹⁾ e che voleva stimolare in tutti, doveva procurare grandi sorprese anche in campo romanistico. Tra queste, la più travolgente fu certo la scoperta delle *Istituzioni* di Gaio, che egli riconobbe nelle prime pagine del palinsesto veronese trascritte dal Niebuhr, il quale invece dubitativamente le attribuiva ad Ulpiano. Ad esse si aggiunsero altri ritrovamenti minori e tuttavia importanti, come ad es. i frammenti veronesi anonimi *de iure fisci*, che in realtà sono ancora anonimi solo perché nessuno li ha più studiati con criteri moderni: Savigny li pubblicò sulla *Rivista*, notando un'analogia tra i §§ 1-2 ed un passo di Paolo in D. 49. 14. 13, che meriterebbe di essere seguita e riesaminata a fondo ⁽²⁰⁾. Inoltre si devono ricordare la pubblicazione dei frammenti di Ulpiano rinvenuti a Vienna; il commento alla *pro Tullio* di Cicerone pubblicata da Angelo Mai e quello al codice Ambrosiano contenente parti sconosciute del Teodosiano integro, indipendente cioè dal *Breviarium Alaricianum* ⁽²¹⁾.

Per esemplificare l'importante contributo dato da Savigny a quest'ultima grande stagione di scoperte, mi fermerò su questo testo, che illustra molto bene quel momento della nostra cultura.

Amedeo Peyron e Karl Wenck ⁽²²⁾ ci hanno tramandato il ricordo dell'eccitazione che tra il Sette e l'Ottocento si era sparsa

⁽¹⁹⁾ Sulle ricerche di manoscritti dal Cinque all'Ottocento cfr. KENNEY, *op. cit.*, pp. 75-96; in particolare sull'importanza delle guerre e delle rivoluzioni nello stabilizzare i depositi di materiali e nel renderli generalmente accessibili, pp. 94, 102.

⁽²⁰⁾ Da molto tempo ho indicato l'opportunità di riprendere questo spunto in una nuova ricerca della paternità dello scritto, condotta mediante l'analisi del suo linguaggio: cfr. F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della « res litigiosa » nel diritto romano*, Milano, 1967, pp. 306-308; oggi sarebbe anche possibile, a questo scopo, servirsi dello strumento offerto da T. HONORÉ - J. MENNER, *Concordance to the Digest Jurists*, Oxford, 1980.

⁽²¹⁾ Su questi ed altri contributi del Savigny cfr. la mia *Introduzione all'Antologia*, cit., p. 30 s. e note 51-59.

⁽²²⁾ A. PEYRON, *Codices Theodosiani fragmenta inedita ex codice palimpsesto*

per tutta l'Europa insieme alla speranza, diffusa da Gustav Hugo, di poter rintracciare in biblioteche francesi o spagnole qualche manoscritto del Teodosiano integro: l'umanista Ludovic Le Mir ne aveva posseduto almeno uno, che risultava essere stato utilizzato anche dal Cuiacio prima di sparire dalla circolazione ⁽²³⁾. Quelle speranze furono, sul momento, deluse dal resoconto del viaggio di Haenel che, a quanto pare, avrebbe avuto la disgrazia di rovinare un palinsesto promettente trovato a Toledo ⁽²⁴⁾; ma Savigny, che non si arrendeva, nel 1819 e nel 20 esortava personalmente W. F. Clossius ⁽²⁵⁾ alla ricerca in Italia, e scriveva anche ad Hugo segnalandogli la probabile esistenza di materiali giuridici antichi nella Biblioteca Ambrosiana ⁽²⁶⁾. Clossius raccolse l'invito, nel 1820 venne a Milano ed identificò tra le pergamene del C. 29 *inf.* alcune parti del tanto atteso Teodosiano genuino ⁽²⁷⁾. Come sempre Savigny fu raggiunto tra i primi dalla notizia e contribuì all'*editio princeps* del 1824, leggendo insieme a C. A. Klenze ⁽²⁸⁾ la parte finale dei cosiddetti *Gesta senatus Romani de Theo-*

bibliothecae R. Taurinensis Athenaei, in *Memorie della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, XXVIII, 1824, pp. 137-143 (per l'edizione, pp. 155-130): sul Peyron v. soprattutto S. TIMPANARO, *La filologia di Giacomo Leopardi*, Firenze, 1955, pp. 189-197, che tuttavia purtroppo non si occupa dei testi teodosiani; C. F. C. WENCK, *Codicis Theodosiani libri V priores*, Lipsiae, 1825, pp. III-IV: su queste edizioni cfr. G. HAENEL, *Codex Theodosianus ad LIV librorum manuscriptorum et priorum editionum fidem*, Bonnae, 1842, pp. XXI-XXVI.

⁽²³⁾ Per la ricostruzione di questa vicenda cfr. HAENEL, *Codex Theodosianus*, cit., p. XXIX s., nt. 168.

⁽²⁴⁾ Sui viaggi di ricerca compiuti da Haenel dal 1821 al 1828 cfr. LANDSBERG, *op. cit.*, 3-2, *Noten*, p. 213, nt. 2; un cenno alla loro risonanza in KENNEY, *op. cit.*, p. 89, nt. 5. Per l'infortunio di Toledo cfr. quanto afferma il Clossius (*op. cit.* a nt. 26), p. VI, nt. XX.

⁽²⁵⁾ Sull'autore (1795-1838; il cognome è tedesco, e non latinizzato da un originale Closs come spesso si ritiene), cfr. LANDSBERG, *op. cit.*, 3-2, *Text*, p. 60 s., *Noten*, p. 22 nt. 39.

⁽²⁶⁾ W. F. CLOSSIUS, *Theodosiani Codicis genuini fragmenta ex membranis bibliothecae Ambrosianae mediolanensis*, Tübingen, 1824; cfr. *Praefatio*, pp. VI-VIII. Una copia di questa rara edizione si trova alla Biblioteca Ambrosiana, cui fu donata da Haenel nel 1825.

⁽²⁷⁾ Per la descrizione del manoscritto v. *l'ediz. cit.*, pp. XI-XIII; ora T. MOMMSEN, *Theodosiani libri XVI*, I. 1. *Prolegomena*, Berolini, 1905, pp. LXXXIII-LXXXVIII.

⁽²⁸⁾ Su Klenze, allievo e collaboratore di Savigny anche nella redazione della *Zeitschrift*, cfr. LANDSBERG, *op. cit.*, 3-2, *Text*, p. 293, *Noten*, p. 123, nt. 30.

dosiano publicando ⁽²⁰⁾, che venivano allora conosciuti per la prima volta.

Come è ora noto, essi contengono il verbale della seduta del senato romano, presieduto dal prefetto del pretorio Anicio Fausto, il quale riferendo di aver ricevuto a Costantinopoli una copia del codice Teodosiano dalle mani dell'imperatore Teodosio provvedeva alla pubblicazione in Occidente. Il verbale, sottoscritto dallo *scriba senatus Laurentius* il 25 dicembre 438, è seguito da un rescritto indirizzato ai costituzionari Flavio Anastasio ed Ilario Martino, con il quale Valentiniano III nel 443 attribuiva ad essi, in esclusiva e sotto la loro sola responsabilità, la facoltà di preparare le nuove copie del codice necessarie per la sua diffusione. Nel manoscritto Ambrosiano, la fine dei *Gesta* e l'inizio del rescritto si trovano in una serie di righe copiate senza intervallo e con alcune sigle corrotte, relative ai nomi delle persone ricordate ⁽³⁰⁾; in particolare è illeggibile nella pergamena l'*inscriptio* della costituzione di Valentiniano: tale corruzione, non ancora emendata in maniera del tutto soddisfacente, rendeva più difficile anche il problema della datazione ⁽³¹⁾.

⁽²⁰⁾ Questo titolo si è ora generalizzato sulla base dell'ediz. del Mommsen; il ms. Ambrosiano non ne reca alcuno: CLOSSIUS, *ed. cit.*, pp. XII, 157, 159, denominava il testo *Gesta in senatu urbis Romae de recipiendo Theodosiano codice*, seguito da WENCK, *ediz. cit.*, p. 3 (con l'erronea indicazione *cod. Ambr.*) e da HAE-NEL, *ediz. cit.*, p. 6; P. KRÜGER, *Codex Theodosianus, I. Libri I-VI*, Berolini, 1823, p. 1 lo indica come *Gesta senatus urbis Romae*.

⁽³⁰⁾ V. l'apografo in C. BAUDI A VESME, *In difficiliora duo loca e fragmentis Codicis Theodosiani a Clossio repertis coniecturae criticae*, in *Memorie della Reale Accademia delle Scienze di Torino*, s. II, II, 1840, p. 63.

⁽³¹⁾ Nelle edizioni moderne del Mommsen e del Krüger l'*inscriptio* è emendata in DOMINI [NOSTRI] IMPP. CAESARES FLAVIO ANASTASIO ET HILARIO MARTINO, dove i nomi propri indicano come destinatari del rescritto i due *constitutionarii* citati anche nei *Gesta* (§ 3 senza nome, §§ 1 e 7 con i nomi *Anastasius* e *Marcus*). La lezione è insoddisfacente per l'omissione dei nomi degli imperatori, che in questo unico testo sono indicati solo come *Caesares*, e a mio avviso anche per il mancato emendamento di *Martino* in *Marcio* (con la conseguente correzione di *Marcio* e *Marcii* tramandati ai §§ 1 e 7 in *Martino* e *Martini*: cfr. invece BAUDI DI VESME, *art. cit.*, p. 78, con ottimi argomenti; tuttavia i *constitutionarii* sono registrati come *Flavius Anastasius* ed *Hilarius Martinus* anche in J. R. MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II (395-527), Cambridge, 1980, pp. 81 e 731). Nel ms. Ambr. si legge invece *domini im̄p̄r̄s et caesaribus flavii*: questa

Come ho detto, è merito di Savigny aver dato di queste righe una prima lettura, che permetteva di distinguerne i due elementi; ma essa conteneva alcune congetture molto audaci e comunque insufficienti a risolvere tutti i problemi del rapporto tra i *Gesta senatus* ed il rescritto ai costituzionari ⁽³²⁾. Negli anni successivi, quella specie di multinazionale umanistica che aveva atteso con ansia i nuovi testi pregiustiniani si mise al lavoro su questo problema: tra gli altri, diedero un notevole contributo G. Haenel con la sua edizione del Teodosiano del 1837, e C. Baudi di Vesme, con un articolo del 1840, per allora conclusivo ⁽³³⁾.

Anche Savigny ritornò sul testo per tener conto di questi interventi, adeguandosi alle nuove letture e difendendo in un singolo punto la sua precedente ⁽³⁴⁾. Sul piano strettamente filologico si deve dire che la *subscriptio* di *Laurentius* era stata male interpretata da Savigny, come egli stesso riconobbe; ma due delle sue congetture ⁽³⁵⁾ sono entrate nelle moderne edizioni del Momm-

lezione, riallacciata alla *subscriptio* di *Laurentius* anziché all'inizio del testo successivo, veniva interpretata come relativa alla sua datazione, conducendo a ricercare un anno in cui due imperatori (il nome *Flavius* apparteneva a tutti a partire da Costantino) fossero consoli insieme, ciò che era avvenuto nel 458 e nel 462. Anche la voce *Anastasio* fece pensare all'imperatore di questo nome e portò, con una congettura particolarmente pesante, ad abbassare la data del testo all'a. 517 in cui egli era console. L'esame più completo di tutte le opinioni in BAUDI DI VESME, *art. cit.*, pp. 65-73.

⁽³²⁾ Lo stesso Clossius, pur accettando la lettura di Savigny e Klenze nella sua edizione, esprime qualche riserva: cfr. *ediz. cit.*, p. 127, nt. 19; altre critiche in HAENEL, *ediz. cit.*, cc. 88-90, nt. f, e in BAUDI DI VESME, *art. cit.*, p. 73.

⁽³³⁾ L'edizione di Haenel (*cit.* a nt. 22) apparve in veste definitiva nel 1842, ma aveva già avuto una pubblicazione parziale nel 1837; per il Baudi v. nt. 30.

⁽³⁴⁾ *Über die Gesta Senatus vom Jahre 438* (1838); *Nachtrag* (1849), ora in *Vermischte Schriften*, *cit.*, III, pp. 255-278.

⁽³⁵⁾ Nel § 4 dei *Gesta* è contenuta la costituzione con cui Teodosio nel 435 aveva commissionato il suo Codice (ora anche in *Cod. Theod.* I. I. 5, dal palinsesto Torinese pubblicato dal Peyron: cfr. nt. 22). Savigny leggeva insieme ad Hugo (cfr. CLOSSIUS, *ediz. cit.*, p. 126, nt. 11) il brano *Ex his autem monstrabit* (p. 7 ss., ll. 82-88 CLOSSIUS; p. 2, ll. 17-21 MOMMSEN) ristabilendo la punteggiatura e correggendo *singulos* in *titulos*, poi parzialmente confermato dal ms. Tor. (cfr. *ediz. cit.*, p. 157: *singulos titulos*). Inoltre nel rescritto ai costituzionari (p. 19, l. 16 CLOSSIUS; p. 4, l. 28 MOMMSEN), il ms. Ambr. ha la parola *conspicione*, emendata in *confectione* nelle edizioni citate. BAUDI DI VESME, *art. cit.*, p. 81 s. difendeva

sen e di Paolo Krüger. Soprattutto, nella sua analisi egli ebbe sempre il merito di cercare una spiegazione delle difficoltà testuali attraverso lo studio storico dei diversi uffici imperiali ai quali competeva preparare le copie delle leggi: traeva cioè i suoi argomenti *ex historica interpretatione*, per usare le parole con cui si esprimeva Baudi di Vesme, seguendolo con migliori risultati sulla stessa strada ⁽³⁶⁾. E come vedremo, Savigny ebbe sempre presente questo criterio metodico.

Dalla vicenda che ho ricordato emerge anche una nota di tipo personale. L'entusiasmo per la ricerca si accompagna in Savigny ad una grande generosità nel comunicare notizie, dati e scoperte ⁽³⁷⁾ e ad una grande probità nel riconoscere il meglio delle interpretazioni altrui, senza nessuna chiassosa polemica del genere di quella che aveva accompagnato l'uscita del *Beruf* ⁽³⁸⁾.

3. Sul secondo punto, relativo all'interpretazione di passi giurisprudenziali ed al problema delle interpolazioni nel Digesto, la filologia di Savigny richiede un esame più articolato. È già notissimo che qui egli sembra guidato da due pregiudizi: anzitutto; con una frase famosa, giudicava i singoli giureconsulti come « persone fungibili », che avrebbero lavorato in un'unica direzione con impegno comune e coerente ⁽³⁹⁾; inoltre pensava che il loro pensiero fosse conservato quasi identico nelle Pandette giustinianee. L'identificazione delle Pandette con gli scritti dei giuristi corre dalle lezioni giovanili tenute a Marburg, attraverso tutta la sua opera e fino al *Sistema*, dove i singoli testi contenuti nel Digesto

la lezione tramandata, mentre Savigny, *art. cit.*, p. 276 s. riusciva a imporre la congettura precedente.

⁽³⁶⁾ BAUDI DI VESME, *art. cit.*, p. 71.

⁽³⁷⁾ Così diverso ad es. da Angelo Mai: su quest'ultimo v. il giudizio di S. TIMPANARO, *Filologia di G. Leopardi*, cit., pp. 43-49, 124-126; ID., *Classicismo e illuminismo nell'Ottocento italiano*, Pisa, 1965, p. 79.

⁽³⁸⁾ Le opere e le vicende legate alla polemica contro i codici sono notissime e meglio ricordate in altri saggi di questo volume. Per qualche indicazione sommaria v. comunque la mia *Introduzione all'Antologia*, cit., p. 13-16.

⁽³⁹⁾ *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1814), in THIBAUT-SAVIGNY, *Ein programmatischer Rechtstreit auf Grund ihrer Schriften*, a cura di J. STERN, Berlin, 1914 (rist. Darmstadt, 1959), p. 163: ma il pensiero ricorre in tutto lo scritto.

sono considerati, con espressione tipicamente giusnaturalistica, « come un'unica grande legge di Giustiniano » (40).

È dunque certo, e abbastanza ovvio per quanto riguarda il *Sistema*, che l'orientamento dommatico presente nella maggior parte del lavoro romanistico di Savigny lo ha portato a trascurare quasi completamente il problema delle stratificazioni testuali del *Corpus Iuris*; tipica in questo senso, e profondamente astorica, l'esclusione delle fonti pregiustinianee e in genere dei testi ritrovati in età recente: tutto ciò che non era conosciuto al momento della recezione doveva essere tralasciato nella ricostruzione sistematica (41).

Ma sarebbe semplicistico pensare che questa adesione ai materiali giustiniani tramandati, necessaria allo scopo dell'attualizzazione del diritto romano, ci esoneri dall'indagare l'atteggiamento critico di Savigny anche rispetto a tali materiali: viceversa, tutta quanta la sua metodologia gli imponeva di mettere l'analisi testuale della casistica antica al servizio della dommatica moderna. Così egli dice esplicitamente, ad es. a proposito della classificazione delle azioni, che alcune distinzioni fatte dai giuristi « si riferiscono alla forma del processo romano, ed hanno quindi una natura piuttosto storica; nel sistema del diritto attuale esse non hanno alcuna viva esistenza, ma senza la loro conoscenza non è possibile comprendere le nostre fonti giuridiche » (42). Oppure afferma che un caso particolare di acquisto per mezzo di schiavi non può essere considerato come parte ancora viva del diritto attuale, che non conosce la schiavitù, e tuttavia lo studia a lungo per costruire la sua teoria dell'eredità giacente (43). Dunque, se

(40) *System des heutigen Römischen Rechts*, voll. 8, Berlin, 1840-49, I, p. 255. Per alcune precedenti manifestazioni della stessa idea v. ad es. *Juristische Methodenlehre* (1802), *nach der Ausarbeitung des Jacob Grimm*, a cura di G. WESENBERG, Stuttgart, 1951, p. 28 (cfr. nt. 72); *Beruf*, cit., pp. 87 s., 91 s. (qui un po' più preciso), 141.

(41) *System*, cit., I, pp. 66-75. Sarebbe uno « storicismo » malinteso quello che volesse giustificare tale impostazione dicendo che essa era allora corrente nella pratica: lo stesso SAVIGNY, *loc. cit.*, note *h-m*, ricorda e combatte l'opinione di alcuni suoi contemporanei che su questo punto mostravano una maggiore sensibilità.

(42) *System*, cit., V, p. 12, cfr. p. 136.

(43) *System*, cit., II, pp. 366-373.

l'esposizione sistematica presuppone lo studio storico delle fonti, nell'Ottocento questo non poteva prescindere da un giudizio sul problema delle interpolazioni nel Digesto. E infatti certamente Savigny non lo ignorava (44).

G. Wesenberg ha fatto nel 1952, sulla base dell'*Index Interpolationum*, un prospetto delle numerose alterazioni giustiniane individuate da Savigny negli scritti dei giuristi; ha analizzato quali criteri usasse per accertare l'interpolazione e quali conclusioni traesse da tali accertamenti in ordine alle tendenze generali dei compilatori. L'autore, che studiava espressamente « Savigny als Interpolationenforscher » (45), individuava nella sua critica delle fonti una lettura lineare del passaggio dal diritto classico al diritto giustiniano: negli anni Cinquanta una lettura di questo genere andava rivalutandosi nei confronti degli eccessi in cui era caduto l'indirizzo bizantinistico, ed è stato molto opportuno rintracciare quella tendenza alle origini della Scuola storica, che nel suo complesso doveva poi abbandonarla (46).

Per quanto riguarda più specificamente l'analisi degli strumenti filologici usati da Savigny come « interpolazionista », i risultati di Wesenberg mi sembrano coincidere in linea di massima con quanto ho sopra anticipato concludendo l'esame del commento ai nuovi testi teodosiani del manoscritto Ambrosiano. In molti casi, un'esegesi ancor oggi accettabile gli era suggerita dal suo acuto spirito storico, dalla sua visione generale degli sviluppi del diritto e dalla sua eccezionale conoscenza di tutta la documentazione romana (47). In questo senso si possono anzitutto

(44) Esso è trattato espressamente in *System*, cit., I, p. 257 s., dove Savigny mostra di sottovalutare sia l'importanza delle interpolazioni nel Digesto, sia la possibilità di riconoscerle. Cfr. anche *Recension des Lehrbuchs der Geschichte des Römischen Rechts von Gustav Hugo*, 2ª e 3ª ed. (1806), in *Vermischte Schriften*, cit., V, p. 31 s.

(45) È questo il titolo del contributo di G. WESENBERG, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, R. A., LXIX, 1952, pp. 439-448.

(46) Sulle vicende dell'interpolazionismo nella critica delle fonti giuridiche romane, v. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* 2, Torino, 1961, pp. 643-660; cfr. anche E. SACHERS, *Die historische Schule Savigny's und das römische Recht*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano* (Bologna), Pavia, 1935, II, pp. 234-244.

(47) Una prova commovente della cultura di Savigny, notoriamente vastis-

ricordare alcuni risultati sicuri raggiunti confrontando gli scritti dei giuristi con la legislazione imperiale: Savigny pensava, e oggi dobbiamo dargli ragione (48), che Triboniano non li avesse alterati per introdurre nuove dottrine, che a suo avviso il tardo impero non aveva prodotto. Piuttosto li aveva aggiornati per tener conto delle novità organizzative e processuali, che sono ben riconoscibili nelle costituzioni dei secoli dal IV al VI. Così Savigny dimostra interpolati numerosi passi, che qui non richiamo perché in realtà con questo tipo di lettura egli non fa altro che adoperare con diversa consapevolezza critica uno strumento metodico già risalente ai Glossatori (49).

Più interessante e più originale è un'altra serie di valutazioni compiute in aderenza alla sua concezione storica generale. Savigny giudica interpolati alcuni passi in cui, pur in mancanza di una modifica legislativa del diritto precedente che permetta di accertare l'interpolazione, questa risulta con altrettanta sicurezza da una perfetta conoscenza delle istituzioni giuridiche e della loro trasformazione avvenuta consuetudinariamente nella prassi processuale. Così ad es. afferma essersi verificato per l'identificazione di *ager emphyteuticarius* con *vectigalis* (50); per l'eliminazione di regole legate alla procedura formulare, sostituita gradualmente dalla *cognitio extra ordinem* (51); per l'introduzione di nuovi istituti nell'ambito della stessa *cognitio* (52): interpolando questi passi, Triboniano legalizzava un uso già affermato nei tribunali.

simas, è ora in una lettera del 22 aprile 1827, scritta a Pietro Capei, dove ricostruisce a memoria (« le peu de choses qui me vient en tête faute de livres et de papiers ») la storia del matrimonio dei plebei, citando con ampiezza le fonti: cfr. D. MAFFEI, *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, in corso di pubblicazione sulla *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, R.A., 1980.

(48) Mi riferisco ai risultati del magistrale lavoro di T. HONORÉ, *Tribonian*, London, 1978: cfr., in sintesi, pp. 247-254.

(49) Cfr. qualche esempio nel mio corso *Critica testuale e studio storico del diritto* 2, Torino, 1973, pp. 158-161; per l'uso di questo criterio in Savigny, WESSENBERG, *art. cit.*, pp. 442-445.

(50) D. 6. 3 tit.; Macer, D. 2. 8. 15. 1; Paul., D. 6. 2. 12. 2: *Das Recht des Besitzes* (1803), 7^a ed. postuma a cura di A. F. RUDORFF, Wien, 1865, p. 117, nt. 3, p. 66 nt. 1.

(51) Paul., D. 3. 5. 46 (47). 1: *System*, cit., V, p. 64, nt. e = p. 72, nt. h.

(52) Ulp., D. 6. 1. 68: *System*, cit., V, p. 123, nt. d (esecuzione *manu militari*);

Questi esempi mi sembrano interessanti non solo perché qui la prova dell'alterazione è raggiunta attraverso lo studio storico delle trasformazioni dell'ordinamento giudiziario ⁽⁵³⁾, ma anche perché mostrano l'uso metodico di un elemento essenziale del pensiero giuridico di Savigny: qui la concezione dell'origine e dello sviluppo spontaneo del diritto, cui successivamente la legislazione fornisce la formula tecnica, diventa per lui anche uno strumento « scientifico » per l'esegesi delle fonti giustiniane.

4. Se negli esempi esaminati fin qui Savigny valuta correttamente i passi giurisprudenziali del Digesto, con strumenti filologici tradizionali o con strumenti ricavati dalla sua stessa nuova interpretazione storica del diritto, per completare l'analisi della sua critica testuale si devono ora esaminare i casi forse molto più numerosi ⁽⁵⁴⁾ in cui viceversa l'alterazione di un testo viene ipotizzata oppure respinta in base a criteri di necessità sistematica che lo conducono a preferire spiegazioni conciliative. Da questo spoglio risulta che il criterio prevalente nella sua esegesi corrisponde a quei pregiudizi che ho sopra ricordato, e che sono non solo oggi storicamente inaccettabili, ma anche inescusabili per il tempo in cui egli operava: troppo spesso l'interpretazione tende a risolvere le contraddizioni dei passi giurisprudenziali, per riportarli ad una originaria astratta unità concettuale. Per esemplificare questo atteggiamento ho scelto qualche caso che mi sembra

¹La stessa idea è usata anche per interpretare i seguenti testi in tema di prescrizione della rivendica: Iav., D. 41. 3. 21; Iul. in Ulp., D. 12. 2. 13. 1; Scaev., D. 41. 4. 14; Gai., D. 21. 2. 54; *System*, cit., IV, p. 492 s. e nt. b. Ma qui la formulazione è ambigua e Savigny, pur forse pensando che i passi citati fossero stati interpolati in seguito a Sev. e Ant., C. 7. 33. 1 (a. 202), non lo afferma esplicitamente. Allo stesso modo spiega poi un altro caso di prescrizione della rivendica, per conciliare Iust., C. 1. 2. 23 (a. 530) e Nov. III (a. 541).

⁽⁵³⁾ A questo aspetto si ferma WESENBERG, *loc. cit.*, dove esamina alcuni degli esempi qui citati e ne richiama anche altri.

⁽⁵⁴⁾ Ho ricercato anche quei passi inclusi nell'*Index Interpolationum*, che il Wesenberg esclude dal suo studio in quanto Savigny vi esercita solo una critica congetturale oppure vi respinge precedenti ipotesi di interpolazione (cfr. *art. cit.*, p. 440 s.). Il mio spoglio è tuttavia incompleto e non sistematico, poiché ho cercato soprattutto di rileggere quelle parti del *Sistema* che conosco meglio anche sotto il profilo delle dottrine sostanziali.

particolarmente significativo almeno per uno dei due seguenti motivi: o si tratta di passi già meglio studiati dal più filologo tra i giuristi dell'Umanesimo, il Fabro; oppure sono relativi ad istituti come la classificazione delle azioni, la forma del processo, l'eredità giacente, rispetto ai quali ho sopra richiamato le parole con cui Savigny affermava di volerli studiare storicamente, per comprendere con esattezza le fonti.

Il punto più basso della sua esegesi si trova in alcuni giudizi su frammenti contraddittori con altri dello stesso o di diverso autore, dove l'antinomia viene risolta ipotizzando un intervento compilatorio, non altrimenti giustificato se non come « necessario » ai fini della conciliazione. Un esempio è costituito dall'analisi di D. 13. 1. 4, un passo veramente difficile dove Ulpiano, a differenza che in altri luoghi, sembra considerare la *condictio furtiva* come un'*actio ex delicto* ⁽⁵⁵⁾. Savigny non discute l'ipotesi di interpolazione suggerita da A. Favre, che risolveva la difficoltà con un criterio interno al passo, in modo accettato anche da P. Krüger ⁽⁵⁶⁾, ma si adegua alla lettura del Pothier, la cui interpretazione era viceversa di carattere sistematico, e introduce un complesso ragionamento che conclude con questa affermazione: « Certamente qui si aggiunge al passo qualcosa di cui esso non parla, e questo procedimento può essere giustificato qui solo dalla necessità della conciliazione. Senza dubbio l'apparenza di una contraddizione è sorta solo dal modo goffo con cui i compilatori hanno estratto il passo » ⁽⁵⁷⁾.

Ancora un esempio di carattere più generale. In D. 46. 1. 60 Scevola discute un caso di obbligazione fideiussoria relativa ad un debito naturale, che risolve con le parole *teneri fideiussorem respondit*, mentre in D. 46. 1. 37 Paolo conclude un caso analogo con le parole *fideiussor non tenetur*. Savigny non accenna alla possibilità di uno sviluppo storico o a quella che Scevola e Paolo esprimessero pareri differenti, né si preoccupa di controllare l'uso linguistico dei due autori ⁽⁵⁸⁾. Invece concilia i passi distinguendo

⁽⁵⁵⁾ Ora v. per tutti M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I², München, 1971, p. 606, nt. 6 con bibliografia.

⁽⁵⁶⁾ Nelle ediz. scolastiche del Digesto a cura di P. KRÜGER, *ad h.l.*

⁽⁵⁷⁾ *System*, cit., V, p. 563.

⁽⁵⁸⁾ Per la scelta delle varianti nei manoscritti secondo criteri interni, che

le fattispecie dal punto di vista processuale: nel primo frammento si trattava di un caso in cui il *fideiussor* è veramente obbligato, mentre nel secondo è ipotizzabile un caso in cui egli sarebbe obbligato *ipso iure*, ma è liberato da un'*exceptio*; poi commenta: « *teneri* vien preso qui in un senso diverso dal testo precedente; ma ambedue i significati si riscontrano generalmente sicché deve intendersi ciascuno di essi secondo quel che richiede la necessità dell'interpretazione di un testo » (59).

Altrettanto poco scrupolosa, per ritorcere contro Savigny la sua opinione intorno al metodo critico del Fabro (60), è la maniera in cui la stessa « *Nothwendigkeit der Vereinigung* » lo guida nella scelta delle varianti dei manoscritti, che vengono selezionate in base alla convenienza delle soluzioni pratiche piuttosto che in base ad un accertamento di quale tra le lezioni tramandate fosse da ritenere originale. Anche qui gli esempi sono numerosi: scelgo il primo dal tema dell'eredità giacente.

È noto che i giuristi romani avevano dato diverse soluzioni al problema della titolarità del patrimonio ereditario nel periodo anteriore all'accettazione da parte dell'erede, affermando ora che la stessa eredità è *domina*, ora che essa sta al posto del defunto, ora che essa sta al posto dell'erede futuro (61). Quest'ultima soluzione sta in D. 46. 2. 24, un passo di Pomponio che nella *Flo-*

implicavano l'uso del criterio analogistico anche nell'interpretazione del pensiero dei poeti, già nei grammatici antichi e poi nella cultura umanistica, v. soprattutto G. PASQUALI, *Storia della tradizione e critica del testo* 2, Firenze, 1962, pp. 122-126, 240 s.

(59) *System*, cit., V, p. 399, nt. f. Per comprendere la questione si devono leggere almeno i §§ 250 e 251, pp. 384-400: infatti l'interpretazione dei due passi, e soprattutto di quello di Scevola, è in realtà molto complessa, e certo i due giuristi trattavano ipotesi differenti, tanto che oggi (e questo è inopportuno) essi non vengono affatto collegati: cfr. M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano, 1958, pp. 263-264; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I. *Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 78 s.; ma la conciliazione ed il commento fatti da Savigny mi sembrano ugualmente significativi della sua disinvoltura nei confronti dell'uso linguistico di autori di generazioni diverse, che direbbero la stessa cosa usando espressioni contrapposte (*teneri* - *non tenetur*).

(60) *System*, cit., IV, p. 189 a proposito del passo cit. oltre, nt. 63.

(61) Cfr. R. ORESTANO, *Il problema delle fondazioni in diritto romano*, Torino 1959, pp. 189-205.

rentina si legge: (*stipulatio*) *transit ad heredem, cuius personam interim hereditas sustinet*. Savigny, che vuole unificare tutte le soluzioni antiche, lo commenta affermando: « la contraddizione di questo passo, secondo la lezione fiorentina qui riprodotta, con i passi precedenti, è così palese e insolubile, che pertanto è senza dubbio da preferire la *Vulgata* che rimuove la contraddizione: *transit ad heredem illius cuius personam* » (62).

Al contrario una lezione medievale, conservata in alcune edizioni, viene respinta in un caso dove era certamente migliore della lezione fiorentina. In D. 24. 1. 23 Ulpiano riferisce approvandola (*recte*) un'opinione di Papiniano che è contraddittoria con il resto di questo e con un altro frammento di Ulpiano stesso. È ancora merito del Fabro aver ricostruito con molta finezza l'originale del giurista attraverso l'esame di una glossa che si adattava bene solo ad un testo che non contenesse il *recte* (63): qui l'autore usava un tipo di emendamento impiegato anche dal Cuiacio nel confrontare i manoscritti del Digesto con i Basilici, che per quanto posteriori potevano talvolta portare a riconoscere la verità di un testo nascosta dietro l'errore della tradizione (64). Quanto a Savigny, pur ammettendo come « verosimile che la parola mancasse nei manoscritti dei Glossatori », aggiunge anche che « noi però siamo assolutamente costretti a conciliare quei passi », conservandone tutti i contenuti; trova quindi la conciliazione, per lui necessaria ma per noi arbitraria, nell'ipotesi che Ulpiano approvasse col *recte* solo una parte del pensiero espresso da Papiniano, mentre la sua opposizione al resto del parere commentato sarebbe stata introdotta da un *non recte* o da un *contra*, poi cancellati dai compilatori per adeguarsi al precetto di Costantino, rivolto ad invalidare le critiche a Papiniano (65).

(62) *System*, cit., II, p. 366, nt. e.

(63) A. FABRI *Coniecturarum iuris civilis libri viginti* (1590-91), Lugduni, 1661, p. 34.

(64) Cfr. H. E. TROJE, *Graeca leguntur*, Köln-Wien, 1971, pp. 109-122.

(65) *System*, cit., IV, pp. 187-193; le frasi citate nel testo alle pp. 189 e 192. In realtà a p. 191 sembra potersi leggere un certo imbarazzo per questa ipotesi, che è veramente disperata perché se Triboniano avesse voluto seguire la regola di Costantino avrebbe dovuto cancellare la soluzione con cui Ulpiano divergeva da Papiniano, e non solo la parola introduttiva.

Questi esempi mostrano che la critica testuale praticata da Savigny per interpretare la casistica delle fonti trascura completamente quello studio individuale degli autori antichi che nel suo tempo era già acquisito come uno strumento filologico indispensabile. Ripeto ancora che non intendo valutare la sua opera alla luce di criteri odierni o comunque a lui successivi: certo, Wilamowitz e soprattutto Giorgio Pasquali non avevano ancora insegnato che l'esercizio della filologia esige la conoscenza della personalità tutta intera dei maestri del passato, non solo di questo o quel contributo; ma il giudizio su Savigny, per questa parte negativo, si basa sul confronto con gli standards culturali del primo Ottocento.

È forse opportuno ricordare che a partire dagli studi umanistici di J. Cujas o di A. Agustin, fino a quelli settecenteschi di J. G. Heinecke o di E. Otto, un notevole interesse per i singoli autori si era diffuso anche nella scienza giuridica. Nel 1817 E. Spangenberg poteva elencare oltre 150 titoli di opere espressamente dedicate a 41 giuristi romani, da Quinto Mucio ad Erennio Modestino⁽⁶⁶⁾. In maniera un po' brutale, lo Schulz liquidava rapidamente questa letteratura come solo bio-bibliografica e quindi semplicemente non esistente dal punto di vista di una storia della giurisprudenza⁽⁶⁷⁾. Certo la sensibilità a tale tipo di ricerca era allora più sommaria della nostra: ma esisteva. Spesso quelle indagini partivano da una considerazione autonoma della vita, della personalità e dello stile del giurista studiato, per arrivare anche a ricostruire l'ordine originale dei suoi scritti; spesso tali elementi erano usati al fine di una più corretta esposizione del suo pensiero giuridico⁽⁶⁸⁾. A Savigny mancò sempre questo gusto per l'interpretazione del singolo giurista antico.

⁽⁶⁶⁾ E. P. J. SPANGENBERG, *Einleitung in das Römisch-Justinianeische Rechtsbuch oder Corpus Iuris Civilis Romani*, Hannover, 1817 (rist. Aalen, 1970), pp. 202-217. A questa elencazione, relativa ai giuristi escerpiti nel Digesto, l'autore aggiunge altre notizie bibliografiche sui giuristi più antichi, e sulle opere estranee al Digesto stesso, i cui frammenti erano pure stati considerati in tentativi di ricostruzione degli scritti originali.

⁽⁶⁷⁾ F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana* (1946), tr. it. G. NOCERA, Firenze, 1968, p. 10 s., e nt. 3.

⁽⁶⁸⁾ Indagini del primo tipo sono le notissime *Recitationes* del Cuiacio; un

5. La mia esemplificazione è solo di carattere formale, e inoltre è troppo ridotta. Molti altri spunti si possono trovare nello stesso *Sistema*, che andrebbero discussi uno ad uno, con l'aiuto di un filologo professionista quale io non sono, e che dovrebbero comprendere anche lo studio dell'utilità che Savigny intendeva trarre dalle sue interpretazioni testuali ai fini della grande opera di sistemazione del diritto privato.

Comunque mi permetto un'osservazione finale. Io temo di essere rimasta tra gli ultimi a non vedere né la possibilità né il vantaggio di un'altra conciliazione: quella tra storia e sistema ⁽⁶⁹⁾; forse per questo motivo anche come filologo Savigny a me pare contraddittorio. Lavorava bene su testi singoli; bene anche su testi la cui comprensione richiedesse una vera signoria sulla storia delle istituzioni; la sua preparazione filologica era eccellente pur non essendo professionale. Era proprio la sua attività di giurista a precludergli l'uso completo di quella capacità quando si trattava di interpretare il pensiero dei giureconsulti antichi. Torna alla mente il giudizio con cui il Mommsen si pronunciava sul Lachmann: « Emendava bene, peccato che non capiva le cose » ⁽⁷⁰⁾. Questa è l'opinione di un grande giurista su un grande filologo; al contrario, se un vero filologo dovesse esprimere un parere sul lavoro di Savigny richiamerebbe forse l'attenzione sulla necessità di essere « critici non solo *di cose* ma anche *di parole* » ⁽⁷¹⁾. E tuttavia, un trattamento pienamente filologico del Digesto avrebbe messo del tutto in crisi il suo stesso programma di attualizzazione del diritto romano, basato sulla volontà di creare un diritto pri-

modello di ricerca in cui lo studio del linguaggio dei giuristi è sorprendentemente approfondito mi sembra ad es. costituito da C. G. HAUBOLD, *De responsorum mediorum in Digestis obviourum interpretatione observationes* (1805), in *Opuscula Academica* a cura di C. F. C. WENCK e F. C. G. STIEBER, voll. 2, Lipsiae, 1825-29, II, pp. 247-298.

⁽⁶⁹⁾ Un cenno sulla recente tendenza a ristabilire unità e coerenza tra i vari aspetti dell'opera di Savigny nella mia *Introduzione* all'*Antologia*, cit., pp. 19-22.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. U. VON WILAMOWITZ-MOELLENDORF, *op. cit.*, p. 116. Come è noto, Lachmann e Mommsen lavorarono insieme all'edizione dei *Gromatici*, il cui primo volume uscì nel 1848.

⁽⁷¹⁾ TIMPANARO, *Filologia di G. Leopardi*, cit., p. 45, cita questa espressione usata ad altro proposito, e cioè contro la filologia del Mai, da Amedeo Peyron.

vato uniforme per tutti gli stati tedeschi, senza ricorrere alla legislazione: una crisi di quel genere era stata aperta dagli umanisti, e già in un passo giovanile contro Cuiacio Savigny sembra suggerire che non era il caso di riprovarci (72). D'altra parte, non è scandaloso riconoscere uno spirito utilitarista in qualunque movimento di ritorno alle fonti antiche, poiché sappiamo bene che fin dai suoi inizi la filologia classica fu organizzata per servire le esigenze del Rinascimento (73), e Savigny non fa che usare i suoi strumenti nella stessa maniera, per servire le esigenze del suo tempo.

Da quel che ho detto non vorrei invece trarre alcuna conclusione sulla valenza ideologica della filologia: intorno a questo tema si sta avviando un dibattito strisciante che non capisco bene (74). Mi parrebbe tanto banale quanto ovvio dire che nel lavoro di tipo erudito Savigny si mostra più filologo che nel lavoro di tipo sistematico. E altrettanto ovvio mi pare che, come programma politico, quello della restaurazione del diritto romano attuale, basato su una cattiva filologia, fosse più avanzato del progetto di recupero e di pubblicazione di tutte le fonti giuridiche romane, basato su una buona filologia. Ma questo non significa che la buona erudizione classicista sia di per sé reazionaria, o viceversa, né che la cattiva critica razionalista sia sempre progressiva, o viceversa.

(72) Si tratta del passo della *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 28 (già richiamato a nt. 40), in cui Savigny critica la Scuola culta, e in particolare Cuiacio, per aver studiato la giurisprudenza romana ricostruendo gli scritti dei vari autori, ma trascurando la loro interpretazione sistematica, cioè senza considerare i materiali giurisprudenziali come un tutto unico.

(73) Cfr. R. R. BOLGAR, *The classical heritage and its beneficiaries*, Cambridge, 1963, p. 255 sul Petrarca, in generale pp. 265-268; R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., pp. 46 s., 159-162.

(74) Sul tema, con spunti spesso fortemente polemici, v. ad es. H. E. TROJE, *Europa und griechisches Recht*, Frankfurt a. M., 1971, pp. 10-14, 24-26 (su Savigny, p. 19 s.); A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, in *Scritti Pugliatti*, voll. 4, Milano, 1978, IV, pp. 517-521; S. CAPRIOLI, *Satura lanx 13. Una lettera per Accursio, ovvero filologia mistica*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 8, 1979, pp. 307-313; e soprattutto L. CANFORA, in molti contributi pubblicati su *Quaderni di storia*, I-VI, 1975-80, e ora nel volume *Ideologie del classicismo*, Torino, 1980.

MASSIMO BRUTTI

LA SOVRANITÀ DEL VOLERE NEL SISTEMA DI SAVIGNY

1. Il *System des heutigen römischen Rechts* di Savigny è stato ed è tuttora oggetto di dibattito storiografico e di contrastanti valutazioni. Alcuni autori sostengono che le categorie utilizzate da Savigny in questa opera derivino direttamente dagli schemi del giusrazionalismo. Un vero e proprio mutamento di prospettiva, tra gli anni 30 e 40, avrebbe indotto il giurista di Francoforte a non affermare più il primato dello studio storico e a recuperare nel lavoro giurisprudenziale motivi d'impronta filosofica (come quelli kantiani) che avevano segnato la sua formazione e che troviamo espressi nel corso sulla *Methodenlehre* (1).

(1) Cfr. F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlin 1840-49 (in otto volumi), trad. it. di V. Scialoja, Torino 1886-96, che ho tenuto presente nel corso dell'indagine, ma dalla quale spesso mi sono allontanato. (D'ora in avanti le citazioni dal *System*, che saranno frequenti, recheranno soltanto l'indicazione del volume, da I a VIII, e le pagine dell'edizione tedesca).

« Già la parola 'sistema' usata nel titolo, e mutuata dalle intitolazioni consuete alle opere prodotte nell'ambito dell'indirizzo filosofico, pone il problema della coerenza con i precedenti scritti metodologici: e si è molto discusso in che modo la 'storia' sia conciliabile con il 'sistema', se l'ultima opera rappresenti un tradimento dello storicismo sostenuto nelle prime, se in essa siano presenti nuove influenze, e in particolare quella di Puchta ». Così F. DE MARINI, *Introduzione a Savigny. Antologia di scritti giuridici*, Bologna 1980, p. 19 ss. Non è possibile ricomprendere nella categoria dello « storicismo » tutti gli scritti metodologici anteriori al '35. Cfr. F. K. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre nach der Ausarbeitung des J. Grimm* (1802-03), herausg. v. G. Wesenberg, Stuttgart 1951, spec. p. 17; 35 ss. Vi è già qui una riflessione sul sistema. Secondo F. DE MARINI, *op. cit.*, p. 21 s., il significato di questo concetto cambia per Savigny, anche se egli rivendica la continuità del proprio pensiero. Sul kantismo presente nella *Methodenlehre*, v. *infra*, p. 271 e nt. 17; e cfr. G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1965, p. 133 ss.; 141 ss. Muovendo dall'esame di questa opera,

D'altra parte, la cesura che s'immagina nella storia interna del pensiero savigniano contribuisce a sostenere l'ipotesi di una continuità più profonda tra le sistematiche del tardo settecento e quelle della civilistica tedesca contemporanea ⁽²⁾. Entro tale prospettiva, la disposizione piramidale dei concetti giuridici, che rappresenta l'ideale scientifico dei pandettisti ed è già perseguita da Savigny, appare come l'ultima propaggine della cultura razionalistica che ha elaborato il *Landrecht* ⁽³⁾.

« Nel giudicare dello storicismo, ne' suoi rapporti col diritto privato — ha scritto Gioele Solari — per lo più si confonde la dottrina storica, accolta e professata dal Savigny, dallo Stahl, dal Puchta, colle trattazioni sistematiche che essi ci diedero del diritto privato. Le quali si ispirano nei loro fondamenti alla civilistica tradizionale, e sono ben lungi dall'attuare quei propositi di riforma e di rinnovamento che la novità dei principii, la vivacità della polemica facevano sperare » ⁽⁴⁾.

Io stesso G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978, p. 53, solleva dubbi sulla ipotesi di un contrasto fra gli scritti d'intonazione romantica (del 1814-15, specialmente) e gli scritti sistematici. Anzi, la lettura della *Methodenlehre* aiuta a cogliere — secondo lui — il problema centrale di tutta l'opera di Savigny; quello della sistematicità presente nell'esperienza storica (*op. ult. cit.*, p. 53; 71; 115 ss.). La giurisprudenza dà coscienza del significato della propria epoca. Perciò mira, attraverso la conoscenza storica, al sistema. Sui motivi kantiani della *Methodenlehre*, v. anche J. BLÜHDORN, 'Kantianer' und Kant. *Die Wende von der Rechtsmetaphysik zur 'Wissenschaft' vom positiven Recht*, in *Kant-Studien*, 64, 1973, p. 363 ss.

⁽²⁾ Cfr. A. B. SCHWARZ, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, in *ZSS. RA*, 42, 1921, p. 578 ss.; ID., *Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium*, in *Festgabe der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich zum Schweizerischen Juristentag*, Zürich 1928 (i due scritti sono ora in *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, Karlsruhe 1960, p. 1 ss.; 99 ss.); H. THIEME, *Savigny und das deutsche Recht*, in *ZSS. GA*, 80, 1963, p. 1 ss., spec. 22 ss.; H. COING, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in *Ius commune*, 8, 1980, p. 9 ss.

⁽³⁾ Cfr. K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* ⁴, Berlin 1979, p. 17 ss. La continuità giusrazionalismo-pandettistica è sostenuta anche da G. PUGLIESE, *I pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *RISG*, III serie, 17, 1973, p. 89 ss., spec. 104 ss.; 118 ss.

⁽⁴⁾ Cfr. G. SOLARI, *Filosofia del diritto privato*. II. *Storicismo e diritto privato* (1915-16), Torino 1940, rist. 1971, p. 256 s. Nella medesima direzione R. ORNSTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano* ², Torino 1961, p. 222 ss.,

Nella visione storica e romantica, per cui i principi giuridici nascono dalla coscienza del popolo (non dalla volontà consapevole e libera dei singoli) operano, secondo Solari, istanze opposte a quelle dell'individualismo. I soggetti del diritto privato appaiono, stando alla riflessione romantica, come parti di un organismo, entro il quale si stabiliscono rapporti di subordinazione. Dalla crisi delle idee rivoluzionarie (il codice, l'uguaglianza dei soggetti, l'uniformità nell'applicazione delle leggi) prende vita, secondo il filosofo torinese, un principio nuovo, che è quello della socialità del diritto; e manca poco che Solari interpreti in senso schiettamente democratico la stessa nozione di *Volksgeist*. Essa indica comunque un processo psichico profondo, che abbraccia l'intera nazione, genera le norme e non riconosce in linea di principio limiti né assegna sfere di potere indipendente ai soggetti ⁽⁵⁾.

Con simili premesse si poteva aprire la strada ad una riforma della scienza giuridica. Se il diritto privato fosse stato concepito esclusivamente come prodotto della vita collettiva, la sua fisionomia — suppone Solari — si sarebbe di certo trasformata rispetto alle linee del razionalismo e dei codici ⁽⁶⁾. Ma Savigny — egli osserva — non osò toccare queste linee e « fu maestro ... di coloro che nella dottrina e nella pratica attesero a sviluppare i principi dei codici, a piegarli con tecnica sempre più perfetta alla logica dell'individualismo economico e giuridico » ⁽⁷⁾.

Altri autori sottolineano invece la continuità del pensiero di Savigny, dalla *Methodenlehre* al concettualismo più complesso del *System*, senza attribuire alcun valore di rottura agli scritti del 1814-15 ed anzi mettendo in luce come i programmi di indagine storica e di rinnovamento della scienza, propri di quel periodo, non abbiano trovato un'attuazione coerente ⁽⁸⁾.

Così Franz Wieacker sostiene che il progetto scientifico fissato agli albori della restaurazione sia stato tenuto fermo soltanto a

che vede le origini della pandettistica nella conciliazione tra metodo storico e metodo sistematico, di cui è artefice Savigny.

⁽⁵⁾ Cfr. G. SOLARI, *op. cit.*, p. 183.

⁽⁶⁾ Cfr. G. SOLARI, *op. cit.*, p. 284 s.

⁽⁷⁾ Cfr. G. SOLARI, *op. cit.*, p. 292 s.

⁽⁸⁾ Cfr. F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*², Göttingen 1967, p. 397 ss.

parole. L'opera di Savigny — a suo giudizio — non realizza alcuna fusione tra sistema del presente ed analisi storica. Si incontrano piuttosto nel *System* un'esegesi delle fonti romane non più volta alla prassi, come nell'*usus modernus pandectarum*, ed un'elaborazione di categorie astratte che mettono ordine nel materiale giuridico. Categorie che vogliono essere non esterne ed arbitrarie rispetto alla tradizione romanistica, ma forti di una loro intrinseca necessità ⁽⁹⁾.

L'unità interna della riflessione di Savigny viene ricondotta da Wieacker alla presenza costante di temi kantiani: l'autonomia della sfera giuridica; il diritto soggettivo come spazio della libertà; il negozio giuridico come manifestazione del volere e di una naturale attitudine del singolo a produrre o modificare rapporti di diritto. Vedremo tra poco entro quali limiti si possa utilmente stabilire una connessione tra le categorie del *System* e la dottrina di Kant ⁽¹⁰⁾. Per ora mi limito ad osservare che l'interpretazione suggerita da Wieacker porta in primo piano il giusindividualismo di Savigny.

Nel pensiero kantiano si coglie la genesi filosofica di questa ideologia, fondata sulla trascendenza del soggetto rispetto alla norma e destinata a permeare il diritto privato contemporaneo e le sue dottrine ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁾ V. *infra*, p. 271 ss.; 284 ss.

⁽¹¹⁾ Una critica di questa « rappresentazione d'un ente giuridico indipendente dall'ordinamento giuridico, d'una soggettività giuridica che il diritto oggettivo trova, per così dire, preformata » è in H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, trad. it. di R. Treves, Torino 1952, p. 77 ss. (è la II edizione di un'opera uscita in Italia, in *AG*, 110, 1933, p. 121 ss., prima ancora di essere pubblicata in lingua tedesca) = *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Wien 1934. Il primato del soggetto e della sua sfera di libertà, che le norme dovrebbero limitarsi a riconoscere come un dato naturale, ha una funzione ideologica: « sostenere l'idea che il diritto soggettivo, cioè la proprietà privata, sia, di fronte al diritto oggettivo, una categoria trascendente, un'istituzione nella quale la formazione dell'ordinamento giuridico trovi un ostacolo insormontabile ». V. anche la seconda edizione ampliata di questa opera, *Reine Rechtslehre*, Wien 1960, trad. it. e introduzione di M. Losano, Torino 1966, p. 148 ss. Mi domando: le critiche che Kelsen formula all'indirizzo dei pandettisti, i quali entificavano il *subiectives Recht*, possono essere rivolte anche a Savigny o non

È una conclusione molto simile a quella di Solari, nonostante la diversità (e la singolarità) del giudizio che questi formulava sulla concezione « sociale » espressa da Savigny nella sua polemica contro il codice e nel suo appello antiilluministico alla storia.

Le due prospettive generali che ho appena delineato non vanno d'accordo su un punto: la valutazione delle novità teoriche proposte nel *Beruf*, delle quali Wieacker ed i sostenitori della continuità limitano fortemente la portata, mentre Solari e con lui altri studiosi propensi all'antiformalismo, come Orestano e Paradisi, vi leggono una coerente dottrina storicistica del diritto, ricca ancora per l'oggi di spunti innovatori ⁽¹²⁾.

Ma nella storiografia più recente si avverte — credo — l'esigenza di rimettere in discussione entrambe queste linee interpretative.

In particolare, non mi sembra che la disputa sulla continuità del pensiero di Savigny o sull'esistenza di una svolta nella sua

vi è piuttosto nell'opera di questo una tendenza — che sarà per un certo tempo abbandonata — a ricomporre la dicotomia oggettivo-soggettivo? Io direi che vi è centralità del diritto oggettivo, come determinazione dei rapporti, entro i quali l'agire dei soggetti concretamente si manifesta ed è regolato. Su ciò v. *infra*, p. 274 ss. Cfr. R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, Bologna 1978, p. 142 ss. Assai diversa da questa è l'impostazione che privilegia il rapporto Kant-Savigny. Cfr. H. KIEFNER, *Der Einfluss Kants auf Theorie und Praxis des Zivilrechts im 19. Jahrhundert*, in *Philosophie und Rechtswissenschaft. Zum Problem ihrer Beziehung im 19. Jahrhundert*, herausg. v. J. Blühdorn u. J. Ritter, Frankfurt a. M. 1969, p. 3 ss. (spec. 13: il sistema savigniano è elaborato su un concetto fondamentale della filosofia di Kant: quello della personalità morale, la cui essenza è costituita dalla libertà). Cfr. dello stesso autore ' *Personae vice fungitur?* ' *Juristische Person und 'industrielle Corporation im System Savignys'*, in *Festschrift Harry Westermann*, Karlsruhe 1974, p. 263 ss.; ma soprattutto *Der junge Savigny (Marburg 1795-1808). Zu den Ursprüngen seiner Konzeption einer 'Philosophie des positiven Rechts'*, in *Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg an der Lahn. Akadem. Feier aus Anlass der 200. Wiederkehr des Geburtstags v. F. C. von S.*, herausg. v. H. G. Leser, Marburg 1979, p. 15 ss. Per l'analisi delle dottrine di Kant e Savigny intorno a particolari aspetti del fenomeno giuridico, cfr. W. TEGETHOFF, *Kant und Savigny. Der Einfluss des deutschen Idealismus, insbesondere Kants auf Friedrich Karl von Savigny*, Diss., Frankfurt a. M. 1952.

⁽¹²⁾ Ho già citato (ntt. 4 e 11) gli scritti di Orestano. Si veda anche B. PARADISI, *I nuovi orizzonti della storia giuridica (RISG, III serie, 6, 1952-53, p. 134 ss.)*, in *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, p. 15 ss.

biografia intellettuale sia idonea a cogliere i punti nodali della costruzione del sistema di diritto privato, le sue operazioni di giurista e l'egemonia della sua scienza, soprattutto se rimane ancorata all'immagine di un Savigny diviso tra lo storicismo individualizzante del *Beruf* e i dogmi dell'indirizzo wolfiano o kantiano, rinverditati da Arnold Heise (13).

Già più di uno ha messo in luce come l'ispirazione sistematica sia ben presente — anche se in termini generali — nel *Beruf*, mentre possiamo osservare nel *System* la preoccupazione di tener conto dei rapporti e delle reciproche influenze tra la scienza romanistica e la prassi contemporanea (14).

Non vi è quindi soltanto « storicismo » nel Savigny del 1814-15, né si può ricondurre la sua opera sistematica degli anni 30 e 40 ai modelli settecenteschi.

D'altra parte, anche le formulazioni più kantiane del *System* appaiono liminari rispetto ai dispositivi concettuali in cui si organizza e si articola la disciplina dei rapporti. Così l'idea del diritto come linea di confine tra le sfere di libertà individuali (15), di cui Wieacker ed altri autori hanno sottolineato la derivazione da Kant, ancora non dice nulla circa il nesso, definito più di una volta nel *System*, tra atti di esercizio della libertà e norme che li qualificano (16).

Le relazioni tra gli uomini per un verso si costituiscono intorno al dominio che la volontà stabilisce sul mondo esteriore; per l'altro appaiono dominate da regole di diritto. Né si può dire che la coesistenza tra le volontà risulti da una spontanea autolimitazione. « La necessità dello Stato stesso — era già scritto nella *Methodenlehre* — riposa su ciò, che tra i singoli sia inserito qualcosa che limiti, nei loro rapporti reciproci, la signoria dell'arbi-

(13) Sull'influsso di Heise, cfr. R. ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 222 ss.; e prima G. SOLARI, *op. cit.*, p. 40 ss.

(14) Sugli elementi sistematici nel *Beruf*, cfr. W. WILHELM, *op. cit.*, p. 19 ss.; A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*², Napoli 1976, p. 18 ss.; e sul sistema come unità (già nella *Methodenlehre*), p. 25 ss.

(15) I, 331 s.

(16) Cfr. W. TEGETHOFF, *op. cit.*, p. 48 ss.; 51 ss.; F. WIEACKER, *op. cit.*, p. 396 ss.; H. KIEFNER, *Der Einfluss Kants*, cit., p. 10 ss.

trio dei singoli » (17). Un passo che certo si rifà a Kant, ma che postula anche un ordine delle volontà coesistenti, fissato da un potere esterno ad esse. Così il diritto oggettivo non si risolve in semplici massime di comportamento individuale, che siano tali da trovare un reciproco, autonomo equilibrio. La categoria della *Rechtsregel* si colloca su un piano superiore rispetto all'arbitrio dei privati e mantiene sempre una sua indipendenza (18).

Proprio su questo punto, Savigny si allontana da Kant. Usa infatti schemi descrittivi diversi da quelli del filosofo, per raffigurare la genesi del diritto positivo e la rilevanza del volere individuale.

2. Non è possibile comprendere la peculiare autonomia ed il rilievo giuridico che Savigny attribuisce alla volontà dei singoli, se non partendo da alcune pagine del primo volume del *System*, nelle quali la descrizione del diritto si rivela certamente condizionata dagli assiomi kantiani, e tuttavia giunge ad un approdo ben diverso da questi.

Sono pagine che hanno un valore strategico, poiché definiscono l'essenza dei rapporti giuridici: tracciano insomma le linee del principale e più analitico schema di rappresentazione della prassi, tra quelli impiegati da Savigny.

«L'uomo si trova circondato dal mondo esteriore, e l'elemento più importante in questo suo ambiente è per lui la rela-

(17) F. K. VON SAVIGNY, *Juristische Methodenlehre*, cit., p. 14.

È assai significativa la prima parte di questo corso giovanile. Ha come titolo «Darstellung der Gesetze der absoluten Bearbeitung der Rechtswissenschaft» (p. 13 ss.). L'esistenza dello stato e la sua attività legislativa (alle quali corrispondono rispettivamente le due categorie del diritto pubblico e del privato) appaiono come necessità e sono dedotte dalla nozione di *Herrschaft der Willkür einzelner*. Qui è il motivo di origine kantiana: nella considerazione di un nesso reciproco tra arbitrio e legge; nell'affermazione esplicita del giovane Savigny per cui «Die freie Existenz und Unabhängigkeit des einzelnen vom Willen anderer muss in jedem Staate notwendig behauptet werden». Ma il luogo teorico che resta incerto nella *Methodenlehre* è proprio il rapporto tra stato e volontà individuale, tra formazione del diritto e arbitrio. In ognuna di queste due coppie concettuali qual è il termine che dipende dall'altro? Non si capisce se il primato tocchi alla libertà o all'autorità, mentre nel Savigny maturo spetta evidentemente all'autorità.

(18) I, 14.

zione [*die Berührung*] con coloro che gli sono simili per la loro natura e i loro fini. Se esseri liberi devono convivere in una tale relazione, aiutandosi reciprocamente e senza ostacolarsi nel loro sviluppo, ciò è possibile solo mediante il riconoscimento di una invisibile linea di confine, entro la quale la esistenza e l'attività di ciascuno possano godere di uno spazio libero e sicuro. La regola, che fissa quel confine e determina questo spazio libero, è il diritto » (19).

Il rapporto giuridico (*Rechtsverhältniss*) non è solo un segmento di vita sociale. Esso appare come una relazione tra più persone, determinata da una regola giuridica: « eine Beziehung zwischen Person und Person, durch eine Rechtsregel bestimmt ». Mentre il termine *Berührung* designa più in generale la convivenza tra i soggetti, *Beziehung* indica la materia del singolo rapporto ed infine *Rechtsverhältniss* è il risultato della determinazione di questo elemento materiale attraverso la regola di diritto (20). Una determinazione (*Bestimmung*) che assegna comunque alla volontà individuale un campo ove essa è sovrana e indipendente da ogni altra volontà (21). Come si vede, la libertà del volere, presuppone sempre il rapporto giuridico e la regola che dà ad esso una configurazione certa.

È facile scoprire in queste tesi una somiglianza con il pensiero di Kant, che riduce il diritto a determinazione formale di rapporti tra persone. Vi è anzi una pagina dell'opera *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* in cui Kant attribuisce particolare rilievo alla dualità tra materia e forma nella considerazione giuridica, analizzando quali aspetti del rapporto pratico tra i soggetti

(19) I, 331 ss.

(20) I, 7 s.; 333 s. Si delineano perciò due elementi che compongono i rapporti giuridici: uno materiale ed uno formale: « Das erste Stück können wir als das materielle Element der Rechtsverhältnisse, oder als die blosse Tatsache in denselben bezeichnen: das zweite als ihr formelles Element, das heisst als dasjenige, wodurch die thatsächliche Beziehung zum Rechtsform erhoben wird. Allein nicht alle Beziehungen des Menschen zum Menschen gehören dem Rechtsgebiet an, indem sie einer solchen Bestimmung durch Rechtsregeln empfänglich und bedürftig sind ». Il linguaggio di Savigny è rigoroso e distingue la relazione materiale dal rapporto formalizzato. Da questo muove l'osservazione del giurista. Egli guarda ai rapporti e ne sistema le forme.

(21) I, 386.

vengano sacrificati ed appaiano irrilevanti dal punto di vista del diritto. Inoltre, egli fonda la coesistenza delle libertà dei singoli su una legge universale, che è cosa diversa dal diritto positivo di cui parlerà Savigny, poiché viene dedotta dalla nozione stessa di libertà.

« Il concetto di diritto, in quanto esso si riferisce a un'obbligazione corrispondente (cioè il concetto morale di esso) — scrive Kant — riguarda *in primo luogo* soltanto il rapporto esterno e precisamente pratico di una persona verso un'altra [*das äussere und zwar praktische Verhältnis einer Person gegen eine andere*] in quanto le loro azioni possono (immediatamente o mediatamente) avere, come fatti, una reciproca influenza le une sulle altre. *In secondo luogo* però non significa il rapporto dell'arbitrio con il *desiderio* (in conseguenza anche con il puro bisogno) dell'altro, come accade negli atti di beneficenza o di crudeltà, ma esclusivamente con l'arbitrio dell'altro. *In terzo luogo*, in questo reciproco rapporto di arbitri [*in diesem wechselseitigen Verhältnis der Willkür*] non viene affatto in considerazione la *materia* dell'arbitrio, cioè il fine che uno si propone con l'oggetto che egli vuole; per esempio non ci si domanda se alcuno con le merci che per il suo commercio compra da me possa o non possa trovare anche il suo vantaggio, ma soltanto se ciò avvenga secondo la *forma* nel rapporto fra i due arbitri, in quanto questi sono considerati assolutamente liberi, e ci si domanda se in tal modo l'azione di uno dei due possa accordarsi con la libertà dell'altro, secondo una legge universale » (22).

Quindi, nella considerazione giuridica entra soltanto il rapporto tra gli arbitri, mentre ne sono esclusi il desiderio, il bisogno e lo stesso profitto perseguito con le singole operazioni di scambio. Ogni arbitrio viene separato dai propri elementi materiali poiché si considera esclusivamente all'interno del rapporto con l'arbitrio di un altro: un nesso reciproco tra libertà individuali, la cui definizione ignora i moventi e gli scopi dell'agire. « Il diritto — conclude Kant — è l'insieme delle condizioni per mezzo

(22) Cfr. I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), in *Metaphysik der Sitten* 4, herausg. v. K. Vorländer, Leipzig, 1922 (rist., Hamburg 1966), p. 34 (ho tenuto presente la traduzione di G. Vidari, nella edizione riveduta a cura di N. Merker, Bari 1970).

delle quali l'arbitrio dell'uno può accordarsi con l'arbitrio dell'altro secondo una legge universale della libertà » (23).

Malgrado una certa aria di famiglia, che avvicina a questa immagine quella proposta da Savigny, per cui la regola di diritto determina il rapporto giuridico ed in esso attribuisce un sicuro ambito di sovranità al volere individuale, vi è comunque nel *System* una evidente diversità di prospettiva teorica e di ideologia rispetto ai modelli kantiani.

Lo schema kantiano dell'*allgemeines Gesetz* e quello della *Rechtsregel* o del *positives Recht* (24), su cui Savigny fonda la determinazione dei rapporti giuridici, appaiono — come ho accennato — del tutto eterogenei.

La legge universale infatti è per Kant una condizione interna alla libera determinazione individuale e in sostanza è il prodotto di un'autodeterminazione.

Dall'arbitrio si passa alla regola.

La massima di ogni atto dell'individuo libero si assoggetta alla condizione di poter diventare legge universale. Il che significa anche riduzione dell'individuale a ciò che di esso sia generalizzabile e possa quindi assumersi come sua forma: « die Form der Tauglichkeit der Maxime der Willkür zum allgemeinen Gesetze selbst zum obersten Gesetze und Bestimmungsgründe der Willkür machen » (25).

Savigny invece distingue nettamente il piano del diritto positivo da quello dell'arbitrio, la regola dal rapporto che essa delimita e formalizza. Vi è una discontinuità insuperabile tra volere individuale e disciplina delle azioni, soprattutto là dove egli enuncia la sua teoria delle fonti e descrive il diritto che nasce dalla coscienza del popolo. È singolare che in questa analisi della produzione di regole campeggi una visione storica e che tuttavia si consideri il diritto indipendente dalle circostanze empiriche.

Anche se il *Volksrecht* è una formazione particolare e possiede una natura individuale, esso è comunque sorretto da un'intima

(23) *Ibidem.*

(24) Vedi *infra*, p. 275 e nt. 26.

(25) Cfr. I. KANT, *op. cit.*, p. 14 s.

forza e necessità *gemeinschaftlich lebende*, che trascende ed anticipa i singoli casi.

« Si potrebbe credere che il diritto abbia un'origine del tutto diversa, secondo l'influenza del caso o dell'arbitrio umano [*mensschlicher Willkühr*], della riflessione e della scienza. Ma a tale ipotesi si oppone il fatto indubbio che dovunque un rapporto giuridico è in questione o si presenta alla coscienza, già da lungo tempo esiste per esso una regola, sicché non è necessario né possibile inventarla allora per la prima volta. Relativamente a questa qualità del diritto generale [*des allgemeinen Rechts*], per la quale esso in ogni caso in cui può essere richiesto è già precostituito ed ha una effettiva esistenza, noi lo chiamiamo *diritto positivo* » (26).

La positività delle regole è tutt'uno con quella della tradizione (27) e del resto il diritto positivo appare indipendente dai casi e della volontà dei singoli, che pure formalizza e riconosce, così come il popolo è un'entità qualitativamente diversa dalla somma degli individui che lo compongono (28). Il popolo si presenta sotto la forma di Stato, con una necessaria e non superabile subordinazione dei governati ai governanti. Solo nello Stato, che assicura

(26) I, 13 s. Cfr. I, 20: *das individuelle Volk als Erzeuger und Träger des positiven oder wirklichen Rechts*. È una formulazione di rilievo perché indica un sinonimo di « diritto positivo ». L'immagine che Savigny ha del *positives Recht* si chiarisce ancora, se teniamo presente come egli consideri il diritto comune: nozione molto affine a quella di « diritto romano attuale ». I, 4: « Parecchi scrittori, quando l'impero germanico si sciolse, sostennero che il diritto comune insieme con la sua base, che era la sovranità imperiale, aveva perduto anche la sua validità. Questa opinione, nata da un errore circa la natura del diritto positivo, è rimasta senza influsso sullo stato effettivo del diritto (*ist... ganz ohne Einfluss auf den wirklichen Rechtszustand geblieben*). Il diritto comune, di cui qui si parla, non è altro che quel diritto romano attuale nella sua speciale applicazione (*Anwendung*) all'impero germanico, considerato quindi con le modificazioni da ciò determinate ». Si può ricavare da queste righe un'idea di effettività, in base alla quale il criterio di validità del diritto risiede nella sua applicazione. Il giurista segue quindi un procedimento induttivo: costruisce le regole e gli istituti muovendo dal *wirkliche Rechtszustand*.

(27) I, 18 ss.

(28) I, 24; ma spec. 29-31.

la repressione dell'ingiustizia, la regola giuridica può contrapporsi all'individuo come qualche cosa di esteriore ed oggettivo ⁽²⁹⁾.

«Se cerchiamo qual è il soggetto nel quale e per il quale il diritto positivo ha la sua esistenza, troviamo che esso è il popolo. Nella coscienza comune del popolo vive il diritto positivo e noi perciò possiamo chiamarlo anche *diritto del popolo*. Ciò però non si deve intendere nel senso che i singoli individui dei quali si compone il popolo siano quelli per arbitrio dei quali il diritto venga creato [... *ob es die einzelnen Glieder des Volkes wären, durch deren Willkühr das Recht hervorgebracht würde*]; poiché questi arbitri dei singoli potrebbero forse per caso scegliere il medesimo diritto, ma forse anche, e più verosimilmente, ne sceglierebbero uno molto diverso » ⁽³⁰⁾.

Qualche anno prima, Georg Friedrich Puchta aveva analizzato lucidamente il concetto di *Volk*, nel primo volume del *Gewohnheitsrecht*: un'opera destinata ad influire in modo diretto su quelle parti del *System* che riguardano la teoria delle fonti. Il *Volk* veniva considerato anzitutto un'entità naturale, diversa dagli individui: soggetto e sede di una coscienza non riducibile alla volontà dei singoli. Ma a queste tesi si univa l'analisi di un'altra nozione, evocata dallo stesso segno linguistico.

« Per intendere correttamente il concetto di popolo — osservava Puchta — è anzitutto necessario prescindere da un significato della parola, che è del tutto diverso da quello che ricorre qui, nel nostro linguaggio. Si indica infatti con questa espressione una componente della costituzione, cioè l'insieme dei governati in opposizione al governo ed alle persone alle quali questo spetta. Tale significato ha il termine, quando si parla per esempio di partecipazione del popolo al potere legislativo. Qui il popolo non è in alcun modo quella totalità naturale della quale noi parliamo nella presente ricerca, che riconosciamo come il fondamento naturale dello Stato e che comprende governanti e governati, dal momento che lo Stato nella sua unità abbraccia tutto il popolo. Nulla ha provocato un maggiore disorientamento nei dibattiti politici che la confusione tra i due significati del termine » ⁽³¹⁾.

⁽²⁹⁾ I, 23 ss.; 30 s.

⁽³⁰⁾ I, 14; 18 s. Cfr. H. TEGETHOFF, *op. cit.*, p. 50.

⁽³¹⁾ Cfr. G. F. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht. Erster Theil*, Erlangen 1828, p. 133 ss., spec. 136 s.

Al popolo come pluralità di individui si ricollegano, secondo l'allievo di Savigny, le dottrine che postulano l'esistenza di una delega a base del potere politico, che sostengono l'origine contrattuale degli Stati e la sovranità popolare ⁽³²⁾.

Queste tre idee, fondamentali nella cultura liberale moderna, sono estranee alla corrente di pensiero che dopo il '15 aveva preso il nome di scuola storica. Il chiarimento di Puchta mette a fuoco quale immagine del popolo abbia in mente lo stesso Savigny nel descrivere la genesi del diritto positivo. Del resto, nel *System* si nega che la formazione dello Stato possa farsi risalire ad un contratto o che siano proponibili limiti all'azione statale ⁽³³⁾. Viene quindi respinta l'idea kantiana del *pactum unionis civilis*, esposta in un saggio del 1793, quattro anni prima della *Rechtslehre* ⁽³⁴⁾. Anch'essa implicava l'accordo tra gli arbitri. Da un lato descriveva lo sviluppo della civiltà e delle forme giuridiche mediante la categoria del contratto; dall'altro vincolava il legislatore a procedere secondo la volontà del popolo ⁽³⁵⁾.

Nell'ideologia antiliberale di Savigny è insomma la radice della sua divergenza da Kant. L'affinità nel modo di considerare i rapporti si interrompe, quando arriviamo alla nozione di diritto positivo.

Ma lo schema dell'*allgemeines Recht*, come insieme di regole prestabilite, è il vero punto di partenza del lavoro scientifico nel *System*.

Il giurista riconosce come « positiva » la varietà delle regole, sotto qualsiasi forma appaiano. Il suo compito è analizzare i rapporti e ordinare le norme (o i principi) che li determinano, volgendo a tale scopo le categorie ereditate dal diritto romano. In questa azione ordinante può realizzarsi un progresso ⁽³⁶⁾.

⁽³²⁾ *Op. cit.*, p. 137.

⁽³³⁾ I, 23 ss.; III, 310 s.; 319.

⁽³⁴⁾ Cfr. I. KANT, *Ueber den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), in *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie Ethik und Politik*, herausg. v. K. Vorländer, Leipzig 1913 (rist., Hamburg 1973), p. 67 ss., spec. 86 ss.; trad. it. in I. KANT, *Lo stato di diritto*, a cura di N. Merker, Roma 1973, p. 59 ss.

⁽³⁵⁾ Sul liberalismo e sul garantismo di Kant, limpide notazioni in F. VALENTINI, *Il pensiero politico contemporaneo*, Bari 1979, p. 7 ss.

⁽³⁶⁾ I, 45 ss.

Dunque, fondamento ideologico su cui lavora la scienza è il primato della tradizione giuridica rispetto alla libertà individuale (37). Chiarita questa scelta di campo, vediamo ora alcuni dispositivi concettuali del sistema. Anzitutto la relazione tra scienza e prassi. Poi la disciplina del negozio giuridico e, nell'ambito di essa, le forme della sovranità del volere.

3. L'impianto teorico del *System* è assai più complesso di quello della *Methodenlehre* e del *Beruf*. È il risultato del lavoro scientifico di quattro decenni, sulle forme concettuali, sulle regole e sui casi del diritto privato, visti nella tradizione romanistica, ma anche alla luce delle norme vigenti (in primo luogo il *Landrecht*). Attraverso la riflessione sulle fonti e sulle categorie della scienza, Savigny supera l'attitudine astratta, da naturalista, che ancora caratterizzava il suo interesse per la sistematica nei primi anni dell'ottocento (38).

Nel 1809-10 egli tiene a Landshut il suo primo corso di Pandette, adottando il *Grundriss* di Heise, e negli anni successivi continua a lavorare con quella sistematica, a misurarla sulle fonti, a riflettere sui casi giuridici. Per comprendere un lavoro di questo genere, è necessario ricostruire le sue movenze interne, i rapporti con le tecniche e le dottrine ricevute dal passato.

Savigny stabilisce, a partire dagli anni 30, un legame nuovo fra la costruzione concettuale e il mondo della pratica: i rapporti di scambio nella loro quotidianità (*taglicher Verkehr*) (39).

Mentre nella *Methodenlehre* e nel *Beruf* il termine *Praxis*, con i suoi derivati, indicava in modo prevalente, se non esclusivo, il complesso delle pronunce giudiziarie, nel *System* entra a far parte di un campo semantico più articolato e ricco (40). Esso ora ricorre in contesti nei quali il giurista osserva (o postula) i bisogni del presente ed i mutamenti che essi inducono nel diritto. Designa

(37) I, 20.

(38) Cfr. in proposito una lettera scritta all'amico Heise, il 30 marzo 1808, in *Briefe Savignys an Georg Arnold Heise*, herausg. v. O. Lenel, in *ZSS. RA*, 36, 1915, p. 96 ss., spec. 114-116.

(39) III, 354.

(40) I, 90 ss.

infatti il « vero diritto consuetudinario », di cui le sentenze costituiscono mezzo di riconoscimento ⁽⁴¹⁾.

Nella *Vorrede* al I volume del *System*, scritta nel 1839, il tema della prassi, delle sue determinazioni e del nesso che si instaura con gli schemi romanistici è trattato più compiutamente. La prassi vi appare come l'insieme dei casi e quindi dei rapporti concreti, non più in una sola dimensione, quella delle pronunce giudiziarie, né solo nel raffronto con le norme statuali, ma in tutte le determinazioni morali, politiche, religiose, economiche ⁽⁴²⁾.

La conoscenza dei casi, che vanno indagati nell'insieme della vita reale ⁽⁴³⁾, e la loro risoluzione mediante regole prestabilite sono possibili secondo Savigny solo se si intuisce con tutta chiarezza l'insieme degli istituti di cui le regole (destinate ai singoli casi) rappresentano aspetti particolari. L'insieme degli istituti, in una corretta prospettiva scientifica, deve corrispondere specularmente all'insieme dei rapporti giuridici, i quali, com'è noto, rappresentano la vita reale formalizzata in base alle regole ⁽⁴⁴⁾.

Nella *Vorrede* Savigny addita la giurisprudenza romana come modello di unificazione della teoria e della pratica. Ancora una volta si riconosce al diritto romano un valore educativo ed alla scienza romanistica è attribuita la funzione di perfezionare il diritto vigente, attraverso la viva relazione col pensiero giuridico dei tempi passati e delle altre nazioni ⁽⁴⁵⁾.

Savigny distingue nel *System* tre categorie di principi, che insieme costituiscono il diritto romano attuale. Su questi si esercita il lavoro critico del giurista, che è implicito nell'attività di sistemazione. In una prima categoria rientrano i principi che diretta-

⁽⁴¹⁾ I, 97.

⁽⁴²⁾ I, XXI: « alle sittlich religiösen, politischen, staatswirthschaftlichen Beziehungen des wirklichen Lebens müssten ihm dabei vor Augen stehen ». Savigny consiglia al teorico di studiare la materia dei rapporti giuridici (questo è il significato di *Beziehungen*: v. *supra*, nt. 20).

⁽⁴³⁾ I, XIX s.

⁽⁴⁴⁾ I, XXIV. Perciò il pratico deve possedere una sensibilità per la scienza: « die richtig aufgefasste Rechtswissenschaft nicht Anderes ist, als die Zusammenfassung desjenigen, was er im Einzelnen sich zum Bewusstsein bringen und anwenden soll ».

⁽⁴⁵⁾ I, XXIX.

mente — per opera della scienza — discendono dal diritto romano (ciò che di esso ancora vive). La seconda categoria comprende i principi che appaiono erroneamente dedotti dal diritto romano, ma appartengono al diritto pratico differente dal romano e corrispondono ai nuovi bisogni, possedendo perciò una verità. Lo studio del diritto romano ci aiuta a stabilire l'estensione di tali innovazioni scaturite dalla prassi. La terza categoria raccoglie infine i principi che il giurista sistematico critica e scarta, poiché sono soltanto il prodotto di erronee operazioni scientifiche e non derivano da bisogni reali (46).

Nella critica del diritto pratico, che distingue tra parte vera e parte erronea, devono convergere lo studio delle fonti e quello della prassi. Bisogna evitare una predilezione esclusiva per il diritto romano, così come una eccessiva fiducia nella indipendenza della prassi. Ad entrambi questi atteggiamenti infatti « si può rimproverare un pregiudizio: al primo perché tratta come viva una parte già morta della storia; al secondo perché considera la propria immaginazione come realtà » (47).

Il lavoro sistematico mira insomma a realizzare qualcosa di assai simile ad una codificazione.

« Designo come lavoro pratico — scrive al riguardo Savigny — ogni ricerca che non si limiti al contenuto delle fonti per se stesse, ma riguardi in pari tempo il rapporto di questo contenuto con il vivente stato del diritto, nel quale devono intervenire, ossia lo stato e i bisogni dell'epoca più recente » (48).

Così si emenda e si dispone in forma unitaria il diritto positivo.

4. L'opera sistematica avviata dal Savigny nel 1835, pur teaurizzando l'organicismo del *Beruf*, si distacca nettamente dagli enunciati del biennio 1814-15, perchè non identifica più la scienza nello studio delle fonti romane, e pone come elemento costitutivo di essa, accanto alla pura ricerca romanistica, l'analisi del presente: la diretta concettualizzazione dei rapporti giuridici, quali

(46) I, 92 ss.

(47) *Ibidem*.

(48) I, 90.

appaiono nel mondo della pratica ⁽⁴⁹⁾. Il giurista utilizza e mescola ora l'esegesi delle fonti romane insieme con le considerazioni sul funzionamento pratico degli istituti. Nella dottrina del negozio giuridico, che occupa gran parte del terzo volume del *System*, entrambi i procedimenti concorrono a definire un modello ideale unitario; una immagine del commercio giuridico che pone in primo piano i valori dell'affidamento ⁽⁵⁰⁾ e della certezza.

Savigny risolve il concetto di *Rechtsgeschäft* in quello di « dichiarazione di volontà » (*Willenserklärung*). La dichiarazione di volontà rientra nella categoria degli atti volontari e questa nello schema più ampio dei fatti giuridici, per i quali si produce la nascita e l'estinzione dei rapporti di diritto ⁽⁵¹⁾.

Come sappiamo il diritto positivo assegna alla volontà individuale « un campo nel quale essa domina indipendente da ogni volontà altrui (*ein Gebiet in welchem er unabhängig von jedem fremden Willen zu herrschen hat*) ». Questo si estende in due direzioni: da un lato la natura non libera; dall'altro « gli esseri liberi simili al volente, ossia le altre persone ». Il diritto sulle cose e quello sugli atti di altri soggetti vengono uniti insieme nella categoria del *Vermögensrecht*. Il fondamento di questa unificazione è rappresentato oltre che da una connessione di fatto frequente fra obbligazioni e proprietà, anche e soprattutto dalla comune convertibilità di questi diritti in quantità di denaro (*mögliche Schätzung der Obligationen in Geldseigenthum*) ⁽⁵²⁾.

È piuttosto chiaro l'itinerario logico lungo il quale si sviluppa la combinazione tra rapporti reali ed obbligatori. Essi appaiono come forme diverse di estensione del potere (*Vermögen*, oppure *die Macht der berechtigten Person*), la cui creazione e modificazione può essere diretta dalla volontà ⁽⁵³⁾. È coerente con questa immagine l'ampiezza che assume in Savigny la categoria del con-

⁽⁴⁹⁾ I, 95.

⁽⁵⁰⁾ III, 258 e v. *infra*, p. 290 s.

⁽⁵¹⁾ III, 3 ss.

⁽⁵²⁾ I, 338. Cfr. al riguardo H. KIEFNER, *Geld und Geldschuld in der Privatrechtsdogmatik des 19. Jahrhunderts*, in *Wissenschaft und Kodifikation des Privatrechts im 19. Jahrhundert*, herausg. v. H. Coing u. W. Wilhelm, 5, Frankfurt a. M. 1979, p. 27 ss., spec. 30 ss.; 38 ss.

⁽⁵³⁾ I, 367 ss.

tratto: vale a dire la specie più importante di dichiarazione di volontà. Essa comprende, accanto ai contratti obbligatori, di cui si era sempre occupata la dottrina, anche le dichiarazioni di due o più contraenti, relative alla determinazione di diritti reali: tra queste anzitutto la *traditio* ⁽⁵⁴⁾. Tale duplicità — contratti obbligatori e contratti ad effetti reali — riflette la partizione del *Vermögensrecht*. Ma una parte della materia contrattuale esce fuori dal *Vermögensrecht*, poiché i rapporti ai quali si riferisce non sono misurabili in denaro. Così il matrimonio, l'adozione, l'emancipazione ⁽⁵⁵⁾. È chiaro che si vuole assumere nel modello contrattuale anche una pratica diversa da quella dello scambio. Ma sono applicazioni marginali, sulle quali manca un accordo unanime della dottrina, e Savigny ne è consapevole. Anzi, proprio per questo, le sue formulazioni in tema di matrimonio diventano più significative e rivelano quali elementi nella struttura dell'atto egli consideri essenziali e sufficienti perché si possa parlare di *Willenserklärung* ⁽⁵⁶⁾.

Comunque, quando tratta le dichiarazioni di volontà, Savigny privilegia la pratica (omogenea) dei rapporti di scambio, su cui si fonda l'unità del *Vermögensrecht*. Dal potere legittimato sulla base delle regole si passa ai diritti che lo costituiscono e ne delineano la estensione; dai diritti al denaro, che di questi rappresenta la misura comune. Le forme della produzione e dello scambio sono comprese in questo circuito, dal potere al denaro. Tutti i rapporti mediati o mediabili dal denaro e tendenti al soddisfacimento dei bisogni, all'appropriazione della natura e alla collaborazione tra i singoli possono essere ricompresi entro la coppia concettuale libertà-dominio. Il diritto oggettivo disciplina la libertà regolandone le forme di alienazione, e tutelando il dominio sulle cose ⁽⁵⁷⁾. Esso è indifferente all'elemento materiale ed agli esiti empirici dell'esercizio della libertà.

Insomma, ogni rapporto giuridico ha le sue regole, secondo le quali nasce o si estingue. La volontà, diretta immediatamente

⁽⁵⁴⁾ III, 307 ss.

⁽⁵⁵⁾ I, 341 ss.

⁽⁵⁶⁾ V. *infra*, p. 291 ss.

⁽⁵⁷⁾ I, 369.

alla nascita o allo scioglimento del rapporto, è anch'essa sussunta sotto quelle regole. Ed è riconoscibile attraverso la dichiarazione. Questa può essere vincolata ad una forma esteriore tassativa o può proporsi con forme diverse. Ma il punto decisivo è che il dichiarante si muove nello spazio fissato da una regola, forse non detta e che il giurista dovrà esplicitare. È comunque in base ad essa che la volontà assume rilievo ⁽⁵⁸⁾.

5. Savigny scompone la trattazione sistematica della *Willenserklärung* in tre momenti: la volontà stessa, la dichiarazione della volontà, e la concordanza della volontà con la dichiarazione ⁽⁵⁹⁾. E subito, appena delineata questa struttura, egli passa ad occuparsi di fatti che influiscono sulla esistenza della volontà ed operano in senso contrario ad essa. Esamina una duplice coppia di fenomeni: da un lato, violenza-timore; dall'altro, dolo-errore.

La volontà può risentire dell'influsso della violenza. Ciò non avviene nel caso di *vis absoluta*, quando la vittima della coazione rimane semplicemente passiva ⁽⁶⁰⁾. La violenza analizzata da Savigny assume la forma di lesione giuridica che si compie attraverso l'applicazione del diritto positivo, cioè attraverso il funzionamento del meccanismo negoziale ⁽⁶¹⁾. Si pensi ad una dichiarazione di volontà avvenuta in seguito a minacce nei confronti del dichiarante. In questa ipotesi, Savigny considera del tutto irrilevante il timore come condizione soggettiva del dichiarante e non dubitabile la esistenza del volere. Malgrado il *metus*, la volontà deve considerarsi libera, solo perchè è giunta fino alla dichiarazione. Infatti, il dichiarante ha davanti a sè tre diverse scelte: una è quella di soggiacere alla costrizione; l'altra consiste nel respingere le minacce; la terza è la non dichiarazione. Alternativa invincibile quest'ultima, a meno che le minacce non cedano il passo ad una *vis absoluta*. Dunque se la volontà giunge a manifestarsi, essa deve intendersi come esercizio di libertà ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁸⁾ III, 2; 5 s.; 237 ss.; 242 ss. Il libero potere della volontà è sempre segnato da una regola: I, 57 ss.

⁽⁵⁹⁾ III, 99.

⁽⁶⁰⁾ III, 100.

⁽⁶¹⁾ III, 220.

⁽⁶²⁾ III, 101. Cfr. sul punto TEGETHOFF, *op. cit.*, p. 70 ss., che osserva,

Savigny svolge, a questo proposito, alcune considerazioni che vanno al di là della fattispecie in esame. All'affermazione di validità del negozio, in caso di semplice *metus*, è legata una questione più generale. Infatti, nel definire il concetto di libertà, si incontrano problemi di ordine filosofico. Il giurista deve evitarli: o meglio deve risolverli a suo modo, restando dentro il proprio campo di indagine, che è esclusivamente quello delle manifestazioni della volontà: « Nel campo giuridico nulla abbiamo a che fare con le difficoltà speculative del concetto di libertà; a noi interessa soltanto la libertà nella manifestazione (*in der Erscheinung*), vale a dire la capacità di fare una scelta tra più possibili decisioni » (63).

Secondo Siegmund Schlossmann, che in una monografia del 1874, sulla violenza, ha esaminato attentamente la dottrina di Savigny, le difficoltà speculative del concetto di libertà si identificano con la contraddizione tra la legge di causalità, propria degli avvenimenti naturali, quindi anche dei fatti psicologici, e l'idea stessa di una volontà libera (64). Il problema era stato affrontato da Kant, con formulazioni non coincidenti, nella *Critica della ragion pura* (1781), e nei *Fondamenti della metafisica dei costumi* (1785), poi ancora nella *Critica della ragion pratica* (1787) (65).

Queste opere rappresentano un referente filosofico non molto prossimo agli enunciati savigniani, eppure offrono elementi utili ad una comparazione. Difficoltà speculative a parte, l'approdo comune è nell'affermazione della libertà, anche là dove il comportamento sembra essere causato e non libero.

In particolare, tra la *Critica della ragion pura* e i *Fondamenti della metafisica dei costumi* cambia il modo di considerare la libertà del volere, il che significa anche l'imputazione morale dei comportamenti.

riguardo al *metus* e all'errore: « Irgendeine Anlehnung an Kant ist in dieser Lehre ... nicht ersichtlich ».

(63) III, 102.

(64) Cfr. S. SCHLOSSMANN, *Zur Lehre vom Zwange. Eine civilistische Abhandlung*, Leipzig 1874, p. 116 ss., spec. 121.

(65) Cfr. I. KANT, *Kritik der reinen Vernunft*¹¹, herausg. v. T. Valentiner, Leipzig 1919, p. 473 ss.; ID., *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*⁵, herausg. v. K. Vorländer, Leipzig 1920, p. 74 ss.; ID., *Kritik der praktischen Vernunft*⁹, herausg. v. K. Vorländer, Leipzig 1929, p. 113 ss.

In entrambe le opere, questa libertà viene ricavata attraverso l'analisi trascendentale del rapporto tra volizione e ragione. Nel primo testo la ragione è causa di un comportamento buono (anche se il nesso causale, non essendo empirico, non è assodabile). Il comportamento malvagio è quindi libero ed imputabile, poiché si è sottratto a tale causa. Nel secondo testo la ragione è fonte di massime buone. Anche alla volontà si attribuisce un'autonomia; perciò la scelta cattiva non può pensarsi che come atto di libertà ⁽⁶⁶⁾. Tesi simili vengono riproposte nella *Critica della ragion pratica* ⁽⁶⁷⁾.

Fermiamoci su queste conclusioni. La ragione ha in sé un'attitudine a dirigere e regolare i comportamenti, e la volontà rivela un'analoga attitudine. Ciò basta a presupporre la libertà. Mi pare che Savigny rovesci la prospettiva kantiana. Nel respingere la speculazione filosofica, egli scarta anzitutto la dimensione trascendentale, isolando l'indagine giuridica nel campo della *Erscheinung* ⁽⁶⁸⁾. Prende in esame soltanto la dichiarazione di volontà.

La definisce libera in quanto esiste. Essa rappresenta comunque una scelta imputabile, se vista rispetto all'alternativa della non dichiarazione (o anche a quella di una dichiarazione che rifiuti la costrizione).

Quel che Savigny non accoglie è una definizione della libertà formulata a priori, muovendo cioè dalla struttura della ragione o da quella della volontà. Egli invece prende le mosse dalla dichiarazione, per indurre la libertà del soggetto.

D'altra parte bisogna ricordare che *Erscheinung* è un termine del linguaggio kantiano. Designa il campo della esperienza e del *Phänomenon*, in opposizione al *Noumenon*, che è invece un ambito sovrasensibile, nel quale la personalità umana è indipendente dalle determinazioni fisiche ed appare come pura intelligenza ⁽⁶⁹⁾.

Nella *Rechtslehre* Kant aveva esplicitamente negato la possibilità teorica di comprendere il libero arbitrio, come proprietà della essenza razionale dell'uomo, limitandosi alla sfera fenomenica: « weil Erscheinungen — egli aveva spiegato — kein über-

⁽⁶⁶⁾ Cfr. I. KANT, *Kritik der praktischen Vernunft*, cit., p. 114.

⁽⁶⁷⁾ *Op. ult. cit.*, p. 104 ss.

⁽⁶⁸⁾ Per l'uso di questo termine, III, 237.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, cit., p. 30.

sinnliches Objekt (dergleichen doch die freie Willkür ist) verständlich machen können » (70).

Questo è, con ogni probabilità, il referente filosofico più vicino al discorso di Savigny. La *Rechtslehre* è un'opera che egli conosce e cita più di una volta. Perciò, quando propone di assumere la *Erscheinung* come unico terreno per la definizione della libertà, egli scarta consapevolmente la dicotomia kantiana *Noumen-Erscheinung*, optando per uno solo dei due termini. Anzi, riduce le considerazioni provenienti dalla *Rechtslehre*, sulla impossibilità teorica di definire la libertà nel campo dei fenomeni, a difficoltà speculative che non interessano il giurista. Ma continua a far leva su una categoria kantiana, anche se la sottrae al suo contesto di origine e rifiuta ogni a priori nella considerazione giuridica della libertà (71).

(70) *Ibidem.*

(71) Sono lontani i tempi della « elaborazione assoluta della scienza del diritto » (v. *supra*, nt. 17). Sulla differenza del discorso giuridico savigniano rispetto a quello di Kant, cfr. H. KIEFNER, *Der Einfluss Kants*, cit., p. 6: « Kant entwirft 'Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre', die lediglich das enthalten sollen, 'was zum a priori entworfenen System' gehört, indessen Savigny ein System des positiven Rechts schreibt, mithin im weiten Feld der 'empirischen Mannigfaltigkeit' sich bewegt ». Le due nozioni usate dall'autore — il diritto « che appartiene ad un sistema tracciato a priori » e la « molteplicità empirica » — sono entrambe ricavate dalla *Vorrede* ai *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* di Kant (p. 3 s.). Kiefner tende in genere a valorizzare le concordanze concettuali e linguistiche tra Savigny e Kant, ma qui non scopre una discendenza culturale. Sembra piuttosto che indichi nella *Vorrede* del 1797 una meta-teoria, e quindi un metalinguaggio, applicabile alla teoria giuridica savigniana, per descriverne la struttura. Tale procedimento è possibile, poiché l'impianto della dottrina kantiana comprende e distingue il sistema derivato dalla ragione e la pratica verso cui il concetto di diritto è orientato. Ma è il primo termine che conta, mentre la pratica è subito ridotta a serie di esempi ed è ininfluente nella costruzione della *Rechtslehre*. Cfr. U. CERRONI, *Kant e la fondazione della categoria giuridica*, Milano 1962, p. 64: manca nel filosofo di Königsberg una effettiva rivalutazione dell'esteriorità; vi è anzi « una persistente concezione negativa del sensibile che, se non ha più origini teologiche in senso classico, ha per altro radici profonde nell'apriorismo con le sue due connesse conclusioni: noumenicità del reale e abdicazione della conoscenza intellettuale in favore dell'autoconoscenza ».

A proposito dell'attenzione di Savigny per la *Rechtslehre* kantiana, cfr. I, 347 s.; III, 318 ss.

6. Se il timore non toglie la libertà del dichiarante, la violenza contro di lui contiene una immoralità, che il diritto positivo deve respingere dal campo giuridico, con rimedi che non mettano in dubbio il rapporto tra volontà e dichiarazione, ma colpiscano l'autore dell'illecito ⁽⁷²⁾. Dalle fonti romane si ricava la previsione di un'azione speciale, di un'*exceptio*, di una *restitutio in integrum*.

Lo stesso ragionamento vale per il caso del dolo. Savigny non condivide la visione razionalistica per cui l'errore, privando il soggetto della vera coscienza, conforme alla realtà, toglierebbe ogni effetto alla volontà privata. Anche qui il diritto positivo non può attribuire alcun rilievo, nella disciplina del negozio, al retroscena della *Willenserklärung*. Questa è per sé sempre valida, mentre il retroscena può divenire per altra via rilevante. L'inganno col quale si è ingenerato l'errore potrà dar luogo ad un'azione speciale, ad una eccezione, o ad una *restitutio in integrum* ⁽⁷³⁾.

Su entrambi i temi della violenza e del dolo, dobbiamo mettere in luce l'originalità dell'inquadramento concettuale di Savigny e la novità delle regole positive che da questo derivano. Le norme del *Landrecht*, che sono parte del diritto positivo su cui opera il *System*, stabiliscono in materia una disciplina diversa e non ugualmente rispondente all'esigenza di stabilità delle dichiarazioni. La violenza è considerata in radicale opposizione alla libertà del volere e rende la dichiarazione invalida ⁽⁷⁴⁾. « Le minacce sono pericolose e quindi tali da indurre l'invalidità, se la loro esecuzione, in se stessa o secondo l'opinione del minacciato, sia nella potestà del minacciante » ⁽⁷⁵⁾. Il riferimento alla *Meinung des Bedrohten* riproduce una formulazione di Ulpiano, secondo la quale il timore va valutato in base all'*affectus* di colui che ha subito le minacce (D. 4, 6, 3, Ulp. 12 *ad edictum*). La valutazione di questo *affectus* da parte del giudice non è facile, come osserveranno gli interpreti del *Landrecht*, e deve fondarsi su un'analisi del rapporto nel suo complesso ⁽⁷⁶⁾. La scelta soggettivistica compiuta

⁽⁷²⁾ I, 332; III, 115 ss.

⁽⁷³⁾ III, 117 s.

⁽⁷⁴⁾ *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten* (= ALR), IV, § 33 ss.

⁽⁷⁵⁾ ALR, IV, § 34.

⁽⁷⁶⁾ Cfr. *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten*, herausg. mit Kommentar in Anmerkungen v. G. J. Koch, I⁴, Berlin 1862, p. 173 s., nt. 44.

dal legislatore implica un'immagine della volontà non risolta nella dichiarazione. Savigny invece propone uno schema concettuale capace di garantire un ambito più circoscritto ed una maggiore speditezza dell'accertamento dei giudici in relazione ai casi di violenza.

Riguardo al dolo e all'errore nella formazione della *Willenserklärung*, le norme del *Landrecht* assumono un punto di vista difforme da quello in tema di *vis*, con un minore rilievo dello stato soggettivo. Non ammettono che l'errore non essenziale (vedremo tra un momento lo schema « errore essenziale ») sia motivo di invalidità e contemporaneamente escludono che la dichiarazione di volontà ottenuta per mezzo di dolo vincoli il dichiarante, che è stato vittima dell'inganno (77). Il dolo è quindi oggetto di prova.

Anche la disciplina del *Code civil* è orientata in senso soggettivistico. Il contratto si considera viziato ed annullabile sia nel caso di errore, sia in quello di violenza. Le minacce devono essere « di natura tale da impressionare una persona ragionevole e da ispirargli il timore di esporre se stessa e i propri beni ad un pericolo considerevole ed attuale » (78).

Dov'è la novità della sistemazione savigniana rispetto a questi precedenti? Nel considerare irrilevante la volontà come stato interno (o attività interna) e nel riferire la disciplina giuridica solo alla volontà come fatto, facendolo coincidere con il fatto della dichiarazione, a parte alcuni casi che vedremo, e considerando rilevanti, ma su un altro piano, il fatto della violenza e il fatto del dolo.

7. In un libro sul negozio giuridico, scritto nel 1934, Alessandro Passerin d'Entrèves, dopo aver esaminato la teoria savigniana della *Willenserklärung* e dopo aver scorto in essa un'affermazione del dogma della volontà, sottolinea come il giurista di Francoforte non cessi mai di considerare la volontà un semplice « fatto per sè stante » (79). Savigny afferma che da solo questo fat-

(77) ALR, IV, § 84 ss.

(78) *Code civil*, art. III2.

(79) Cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto*, Torino 1934, p. 57, nt. 2; 87 ss.

to riveste importanza per la formazione dei rapporti giuridici ⁽⁸⁰⁾. E soggiunge, escludendo con ciò la rilevanza dell'errore: « è affatto arbitrario, ed infondato voler collegare questo fatto giuridico con il processo che lo precede ». Si tratta comunque di un fatto che corrisponde ad una regola. È questa che lo isola. Due note sul rapporto fra contratti e leggi, inteso l'ultimo termine nel senso più ampio ⁽⁸¹⁾, delineano limpidamente questa corrispondenza e riconoscono alle regole di diritto positivo una posizione più elevata delle dichiarazioni di volontà in una ideale gerarchia della produzione normativa: « se si vogliono enumerare in modo compiuto le condizioni (*Bedingungen*) richieste in un qualunque rapporto giuridico, si troveranno senza dubbio l'esistenza di una regola di diritto e di un fatto corrispondente a questa regola, così, per es., una legge che riconosce i contratti, e un contratto stesso concluso. Queste due condizioni sono di specie diversa, e nasce una confusione di concetti se contratti e leggi si considerano sullo stesso piano come fonti di diritto ». Passerin d'Entrèves ricava da questi enunciati una sostanziale ambiguità. Da un lato la « capacità naturale della persona di indurre mutamenti nell'ambiente giuridico mediante atti volontari » ⁽⁸²⁾, dall'altro la volontà come fatto, che ricade sotto una regola giuridica e da essa attende che vengano segnati i propri limiti ed effetti.

Tuttavia il punto di osservazione di Savigny non è rappresentato dalla volontà colta anteriormente alla dichiarazione, ma il fatto sociale regolato è piuttosto la dichiarazione che appartiene al mondo della pratica e funziona come tramite dei rapporti di scambio. Del resto essa è il prodotto di una determinazione giuridica della sovranità del volere. La volontà assume la forma assegnatale dal diritto positivo, per il rapporto che essa vuol costituire.

Il fatto della volontà dev'essere necessariamente accertato attraverso la dichiarazione. Il giurista, con le proprie operazioni scientifiche, rafforza l'automatismo di tale accertamento, affer-

⁽⁸⁰⁾ III, 113. Cfr. su ciò K. LUG, *Savignys Irrtumslehre*, in *Ius commune*, 8, 1979, p. 36 ss., spec. 43 s.

⁽⁸¹⁾ I, 12, nt. b; 108, nt. m.

⁽⁸²⁾ III, 90 ss.

mando la presunzione di una concordanza tra i due termini e fissando regole che garantiscono la stabilità delle dichiarazioni. Come abbiamo visto a proposito del timore e dell'errore, quando la volontà varca la soglia della dichiarazione, essa è compiuta e il suo compimento sottintende comunque un esercizio di libertà. La violenza, che pure è perseguibile in quanto illecita, non è di ostacolo alla « naturale efficacia della dichiarazione ». E lo stesso vale per il dolo ⁽⁸³⁾.

Il significato di questa espressione (*natürliche Wirksamkeit der Erklärung*) è chiarito da Savigny, quando egli prende in esame la concordanza tra dichiarazione e volontà. A suo avviso il legame tra le due parti costitutive (*Bestandtheile*) è molto stretto. È una *Verbindung zu einem Ganze*. Naturalmente e secondo la loro essenza le due parti sono legate. « Dal momento che la volontà è un fatto interiore e invisibile, abbiamo bisogno di un segno per il quale essa possa essere riconosciuta dagli altri » ⁽⁸⁴⁾. Questo è appunto la dichiarazione. « Ora tutto l'ordine giuridico si basa proprio sulla affidabilità (*Zuverlässigkeit*) di quei segni mediante i quali soltanto gli uomini possono entrare in una viva reciprocità di azioni (*eine lebendige Wechselwirkung*) con altri uomini » ⁽⁸⁵⁾.

L'affidabilità della dichiarazione è garantita dalle norme ed è un aspetto della disciplina che regola il dominio della volontà.

Possiamo ricordare, a questo proposito, un brano di Savigny ove figurano considerazioni di ordine funzionale sulla tutela dell'affidamento che le dichiarazioni suscitano.

È in discussione la possibile efficacia dell'errore non essenziale nei « negozi giuridici del commercio quotidiano » e segnatamente nei contratti: sia in quelli obbligatori sia nella *traditio*.

« Qui l'errore — osserva Savigny — non ha di regola alcun effetto, sia esso di fatto o di diritto, scusabile o non scusabile. La compravendita per errore non è impugnabile, come la *traditio* per errore è pienamente valida. In questa regolare inefficacia del-

⁽⁸³⁾ III, 103.

⁽⁸⁴⁾ III, 257 s.

⁽⁸⁵⁾ III, 258. Secondo K. LUG, *op. cit.*, p. 47, il principio dell'affidabilità dei segni è in questione nei casi di dichiarazione senza volontà non intenzionale: « Dieses Problem behebt Savigny dadurch, dass er grundsätzlich der Zuverlässigkeit der Zeichen den Vorrang einräumt ». V. *infra*, p. 294.

l'errore riposa anzi l'unica salvezza del commercio (*Verkehr*) contro un'incertezza ed un arbitrio senza limiti » (86).

Io non credo che debba vedersi — come pure si è fatto — in queste parole un semplice argomento retorico che sorregge l'esposizione. Una lettura priva di pregiudizi può invece scorgere qui la base stessa della teoria che nega rilevanza all'errore.

In realtà, la tutela della certezza e dell'affidamento non è un valore richiamato marginalmente, ma si rivela come un criterio politico-giuridico essenziale nelle operazioni sistematiche più importanti in materia di *Willenserklärung*: quelle che riguardano la violenza e il dolo, come quelle relative alla dichiarazione ed alla sua concordanza naturale con la volontà.

8. Abbiamo già visto che i rapporti giuridici, dall'analisi dei quali si parte per costruire il sistema, presuppongono sempre un diritto positivo. Anche la volontà individuale presuppone una determinazione del rapporto di cui è parte (87). Consapevole delle forme prestabilite, crea, modifica o estingue il rapporto in base all'una o all'altra di tali forme.

Questo nesso tra norma ed esercizio della libertà del volere è delineato limpidamente nelle pagine del *System* dedicate al matrimonio (88).

Savigny sa bene che la qualificazione del matrimonio come negozio giuridico è tutt'altro che pacifica. Quale specie di negozio dovrebbe essere? Stando alla dottrina più diffusa, certamente un contratto, sia pure con caratteristiche peculiari. Anzi, secondo l'impostazione kantiana presa in esame da Savigny, che ha numerosi e significativi precedenti nella tradizione romanistica, da Cino a Donello, il matrimonio sarebbe un contratto obbligatorio, diretto, in mancanza di prestazioni patrimoniali, a far acquistare a ciascun coniuge un potere, quasi una proprietà sulla persona

(86) III, 354 s. Cfr. K. LUIG, *op. cit.*, p. 46; la teoria savigniana dell'errore nei negozi giuridici deve considerarsi come un sistema di eccezioni rigorosamente limitate, che non mettono in discussione il principio generale della irrilevanza dell'errore.

(87) V. *supra*, p. 274 s.; 282 s.

(88) III, 316 ss.

dell'altro. Questa tesi viene respinta da Hegel, che vede invece nella eticità del matrimonio un superamento del punto di vista contrattuale, perché la separazione e l'autonomia dei coniugi si annullano, fino al costituirsi di una sola persona ⁽⁸⁹⁾.

Ma credo che Savigny, pur citando Hegel, abbia davanti agli occhi piuttosto le critiche di Glück alla teoria contrattuale ⁽⁹⁰⁾. Queste possono riassumersi in tre punti. Mentre il contratto obbligatorio si riferisce sempre a qualcosa che è oggetto di commercio, ciò non può dirsi per il matrimonio. Inoltre dal contratto nasce un'*obligatio* che, una volta eseguita, si estingue e ciò fa venir meno ogni rapporto fra le due parti; mentre il rapporto tra i coniugi è indissolubile e i relativi doveri non cessano con il loro adempimento. Infine, se il debitore può essere costretto mediante un'azione giudiziale a soddisfare il creditore, ciò non può applicarsi ai doveri dei coniugi, che sono fondati sulla libera volontà e la cui violazione non può essere punita ⁽⁹¹⁾.

Savigny respinge queste obiezioni, definendo in modo assai più comprensivo lo schema del contratto. Non necessariamente legato al diritto patrimoniale, né soltanto fonte di obbligazioni, esso appare come una dichiarazione bilaterale o plurilaterale di volontà, dalla quale dipende il riconoscimento di un rapporto giuridico (il che non significa che a tale rapporto debbano comunque ricollegarsi sanzioni giudiziarie).

Il matrimonio può essere definito come un contratto, solo se si fa emergere questa struttura essenziale. La dichiarazione degli sposi di amarsi e di volersi mantenere fedeli per la vita « non ha il senso della promessa di determinati atti, né della sottomissione al potere giudiziario per il caso che questi atti non vengano prestati; ma anzi significa che essi sono consapevoli della forma (*Gestalt*) del matrimonio richiesta dal cristianesimo e che hanno la

⁽⁸⁹⁾ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), herausg. v. J. Hoffmeister, IV ed., Hamburg 1955, § 75, p. 80 e §§ 161 ss., p. 150 ss.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, XXIII, Erlangen 1822, p. 122 ss. (trad. it., *Commentario alle Pandette*, XXIII, Milano 1898, p. 143 ss.).

⁽⁹¹⁾ Sulle tesi di Glück e sulla riproposizione della teoria contrattuale da parte di Savigny, cfr. R. ORESTANO, *La struttura giuridica del matrimonio romano dal diritto classico al diritto giustiniano*, Milano 1951, p. 47 ss.

concorde volontà di condurre in questo modo la loro vita comune » ⁽⁹²⁾.

Vi è quindi una forma del rapporto, una figura prestabilita rispetto alla prassi. Le parti ne sono coscienti e dichiarano di voler costituire il rapporto secondo quella forma.

9. Come si garantisce la stabilità delle dichiarazioni? Attraverso una previsione tassativa delle ipotesi in cui il contrasto tra volontà e dichiarazione può assumere rilevanza. « Una contraddizione tra la volontà e la dichiarazione può ammettersi solo in quanto essa, per colui che si pone in rapporto immediato con il dichiarante è o diviene riconoscibile, ossia rimane indipendente dal semplice pensiero del dichiarante » ⁽⁹³⁾. Non basta che egli abbia, in segreto, un proposito diverso. Abbiamo visto sopra che la volontà è un fatto, soggetto ad una regola. Ma questo fatto nell'azione reciproca degli uomini è conoscibile e rilevante solo attraverso la dichiarazione. La regola assume come oggetto la dichiarazione, e la prassi dei rapporti funzionerà attraverso la dichiarazione. Fino a prova contraria: finchè non vi sia cioè un altro fatto in cui si esteriorizzi il contrasto della volontà con la dichiarazione. Anche qui, un fatto che il diritto positivo qualifichi come apprezzabile nella pratica dei rapporti reciproci ⁽⁹⁴⁾.

Ciò può avvenire in due modi. Anzitutto in quanto il dichiarante persegua uno scopo diverso da quello che altre volte si ricollega alla sua dichiarazione e che il perseguimento di tale scopo sia dimostrabile. Esempio più rilevante è quello della simulazione, in cui più soggetti si sono intesi per attribuire alle loro dichiarazioni un significato diverso dall'ordinario. « *Die gewöhnliche Bedeutung* »: è questo, per Savigny, il criterio per valutare la dichiarazione ed al quale si riferisce la regola che disciplina il fatto della volontà ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹²⁾ III, 320 s.

⁽⁹³⁾ III, 259.

⁽⁹⁴⁾ III, 260 ss.

⁽⁹⁵⁾ III, 262. L'espressione usata da Savigny è tratta dal *Landrecht*. ALR, IV, § 65. Cfr. III, 263: « ... ricorre in tutti [i casi] il comune carattere sopra notato, che la contraddizione tra la volontà e la dichiarazione non resta chiusa nel semplice pensiero del dichiarante, ma può essere riconosciuta da coloro che en-

In secondo luogo il contrasto della volontà con la dichiarazione si esteriorizza all'insaputa del dichiarante, quando egli, pur credendo di porre in essere un negozio giuridico valido, in realtà non vuole ciò che per esso sarebbe necessario ⁽⁹⁶⁾. Vengono in considerazione i casi di errore essenziale, sulla natura del rapporto, sul contraente che ci sta di fronte, sull'oggetto del negozio o su determinate condizioni, sulle sue qualità. Manca la volontà espressa nella dichiarazione, e riconoscibile all'esterno, perchè il dichiarante vuole elementi essenziali del negozio diversi da quelli riconoscibili dalla dichiarazione o diversi da quelli voluti dall'altro contraente, ove si tratti di un negozio bilaterale.

Entrambe queste ipotesi conducono alla nullità della dichiarazione.

Esaminiamo ora due esempi di uso e di valutazione delle fonti romane, in tema di stabilità della *Willenserklärung*, mettendo in luce come la lettura storiografica intervenga nella costruzione concettuale e al tempo stesso ne sia fortemente condizionata.

Anzitutto la lettura di un passo famoso di Paolo su cui Savigny fonda l'irrilevanza del *metus*, affermando che la volontà, purché sia giunta a dichiararsi, deve intendersi libera: D. 4, 2, 21, 5 (*Paul. II ad edictum*): « *Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia, quamvis si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui: sed per praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuatur* ». Nel regime dello *ius civile*, avvenuta la *aditio hereditatis* sotto forma di *cretio*, io sono erede anche se vi è stata una costrizione. Non c'è, in questa sfera giuridica, alcuna tutela contro le conseguenze di un atto formalmente rispondente al modello fissato dai *mores* e dalla *interpretatio prudentium*. Il rimedio pretorio interviene successivamente e pone nel nulla gli effetti dannosi della violenza, che ha indotto l'adeunte ad accettare una eredità gravata da debiti ⁽⁹⁷⁾.

trano con lui in relazione immediata (*in unmittelbare Berührung*) ». Questa riconoscibilità, colta a livello di *Berührung*, diventa un elemento rilevante nella disciplina del rapporto giuridico.

⁽⁹⁶⁾ III, 263. Cfr. K. LUIG, *op. cit.*, p. 48 ss.

⁽⁹⁷⁾ Sul testo di Paolo cfr. A. S. HARTKAMP, *Der Zwang im römischen Privatrecht*, Amsterdam 1971, p. 84 ss.

Secondo Savigny la frase *tamen coactus volui* descrive un processo psicologico reale. Si tratta di conciliare con la riaffermazione della esistenza della volontà la *restitutio in integrum* del pretore. Questa non appare a Savigny per quel che era: un mezzo di tutela storicamente e concettualmente estraneo al principio di assoluta validità della *aditio*, enunciato nella prima parte del testo. La *restitutio in integrum* non nasce per lui da una diversa qualificazione dello stesso fatto — la *cretio* — che si sia realizzata mediante lo schema pretorio del *metus*, ma è un rimedio che si indirizza verso un fatto diverso: la violenza come illecito, vista indipendentemente dal timore del dichiarante.

Un altro problema romanistico ampiamente affrontato da Savigny, e che si lega al testo ora citato, è quello della *restitutio in integrum*. Abbiamo già visto che i mezzi di tutela contro violenza e dolo sono azioni, eccezioni, o *restitutio in integrum* ⁽⁹⁸⁾. Ma qual è lo spazio che quest'ultima assume nel sistema? Il quesito ha un suo rilievo per la disciplina del negozio. Più larga è l'applicazione della *restitutio in integrum*, più si mina la stabilità della dichiarazione, in quanto si colpiscono violenza e dolo non con la semplice riparazione pecuniaria o paralizzando mediante *exceptio* la pretesa di chi vuol profittare dell'inganno e delle minacce, ma con un vero e proprio annullamento.

La risposta che Savigny fornisce al quesito consiste nell'escludere la *restitutio in integrum* dal diritto attuale, ricollegando questa scelta alle vicende storiche dell'istituto entro il diritto romano.

La genesi della *restitutio* pretoria è nel fatto che uno stato giuridico si sia modificato a danno di un soggetto. La modificazione, posta a confronto con lo stretto diritto, è valida, ma contrasta con l'equità che esige una reintegrazione dello stato anteriore ⁽⁹⁹⁾.

La reintegrazione può avvenire con vari mezzi, come le *condictiones*, l'*actio redhibitoria*, l'*actio doli*, l'*actio quod metus causa* e le relative eccezioni. In questi casi vi è un *Recht auf die Resti-*

⁽⁹⁸⁾ V. *supra*, p. 287. Cfr. III, 261; 268; IV, 538. Violenza e dolo nei contratti danno luogo ad una invalidità *per exceptionem*, che ha effetti pratici non molto diversi da quelli della nullità.

⁽⁹⁹⁾ VII, 93 s.

tution ⁽¹⁰⁰⁾ che non trova un esatto riscontro nella *restitutio* pretoria. Ciò si spiega, perchè Savigny caratterizza la *in integrum restitutio* rispetto agli altri mezzi volti a conciliare *aequitas* e stretto diritto, in base alla peculiarità della sua funzione, che non sarebbe quella di applicare una regola già esistente, ma quella di porre, volta a volta, una nuova regola ⁽¹⁰¹⁾. La *in integrum restitutio* implicherebbe anzi un potere libero e personale del magistrato, quale non si trova in altri istituti ⁽¹⁰²⁾. Sulle sue vicende storiche si riflette perciò la progressiva delimitazione del potere magistratuale. Sono gli stessi pretori che da un lato fissano condizioni molto precise alla sua concessione, dall'altro addirittura trasformano la *restitutio* in azioni o eccezioni ordinarie, mutando la norma incompleta in una stabile e completa. È il caso della *actio de dolo* e dell'*actio quod metus causa* ⁽¹⁰³⁾. Nel diritto comune la *restitutio* in parte si risolveva in questi mezzi ordinari, in parte conservava un'autonomia. Ma per il margine di discrezionalità troppo ampio (cioè per il potere di apprezzare da punti di vista del tutto soggettivi la portata della *aequitas* nei singoli casi), che i giudici ordinari possono trarre dalle fonti romane, facendo leva su questo istituto, la *restitutio* ha, secondo Savigny, minore ragione di sussistere e di influire sul diritto vigente che non la maggior parte degli altri istituti romani ⁽¹⁰⁴⁾.

L'intrinseca evoluzione della *restitutio in integrum* è dunque nella sua lenta ma continua tendenza a ridursi nel nulla ⁽¹⁰⁵⁾.

Mi pare che il discorso savigniano presenti la sovrapposizione di due enunciati. Si nega anzitutto validità alla tesi, che era stata sostenuta da Burchardi nel 1831, della *restitutio* come « *Gnadenact* », sostenendo che già nella normazione pretoria erano atten-

⁽¹⁰⁰⁾ VII, 116 ss.

⁽¹⁰¹⁾ VII, 95; 98 s.

⁽¹⁰²⁾ VII, 107 s.

⁽¹⁰³⁾ VII, 101 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ VII, 113. È un giudizio di valore già espresso da Savigny nello scritto *Von dem Schutz der Minderjährigen im Römischen Recht, und insbesondere von der 'Lex Plaetoria'* (1835), in *Vermischte Schriften*, II, Berlin 1850, p. 321 ss., spec. 353 s. Qui è sottolineata la pericolosità della *restitutio in integrum*. I Romani l'affidavano solo al pretore e non ai giudici ordinari, proprio ad evitare gli arbitri.

⁽¹⁰⁵⁾ VII, 139.

tamente regolati i presupposti della *restitutio in integrum*, vista come termine di riferimento di un diritto soggettivo ⁽¹⁰⁶⁾.

Siamo fin qui nel campo della ricognizione storiografica. D'altra parte si rifiuta l'attualizzazione dell'istituto, respingendo il potere incontrollato del giudice, pericoloso per la sicurezza del diritto; e siamo nel campo della politica del diritto. L'asserzione di una naturale tendenza della *restitutio in integrum* a scomparire per essere sostituita da azioni ordinarie che svolgono con maggiore certezza la stessa funzione ha — nel contesto — lo scopo di convalidare l'enunciato politico. Ciò che più conta è la perfetta coerenza tra il giudizio di valore sul mezzo restitutorio e la linea di sviluppo che può ricavarsi dalla sua vicenda storica. Essa fa da supporto ad un parziale travestimento dell'enunciato che ho definito di politica del diritto, il quale si presenta come descrizione di un processo ricavabile dalla realtà oggettiva e non soltanto in base ad una opzione ideologica.

Studio romanistico e rappresentazione della pratica diventano anche qui una cosa sola. L'idea guida è la certezza del diritto che porta ad escludere una attualizzazione della *restitutio in integrum*.

10. In conclusione, da tutto quello che abbiamo visto sorge un problema.

Qual è il peso che Savigny attribuisce — entro la disciplina del negozio giuridico — alla dichiarazione? Non è forse preponderante rispetto alla volontà?

Le regole intorno all'errore improprio o essenziale mostrano quale rilievo abbia la questione della esistenza o non esistenza del volere, indipendentemente dalla *Erklärung*. E tuttavia il problema della stabilità e della affidabilità della dichiarazione domina la disciplina che abbiamo preso in esame. Le parti determinano il negozio giuridico sulla base di un modello. Esse conoscono ed assumono volontariamente la forma del rapporto, quale è stabilita da una regola preesistente. Il diritto positivo fa di tutto per

⁽¹⁰⁶⁾ VII, 117 s. V. in proposito G. C. BURCHARDI, *Die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Eine civilistische Abhandlung*, Göttingen 1831, p. 7 s.; 20 ss.; 44 ss.

salvare la loro dichiarazione, tutelando più in generale la sicurezza dei segni mediante i quali avviene lo scambio.

Siamo abituati a rinvenire l'origine della dottrina della dichiarazione in uno scritto di Wilhelm Röver, edito a Berlino nel 1874, dal titolo *Ueber die Bedeutung des Willens bei Willenserklärung*. In realtà le formulazioni di questo autore e più tardi delle culture giuridiche che affermeranno la prevalenza del contenuto obiettivo dei negozi, della dichiarazione eteroregolata sulla volontà si collocano entro un quadro diverso da quello del *System*.

Per Savigny sarebbe stata pressoché priva di significato la problematica posta nel *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862-1870) da Bernard Windscheid, il quale si domanda se la volontà debba considerarsi semplice motivo o forza generatrice del negozio e giunge ad ipotizzare (pur rifiutando tale possibilità) che il diritto faccia luogo alle conseguenze del negozio diversamente da quello che la persona vuole. Ciò significa ammettere teoricamente la manipolazione del negozio ed il sostituirsi di una eteroregolazione all'autodisciplina dei soggetti. Windscheid nega la legittimità di un simile procedimento ⁽¹⁰⁷⁾.

Ma è evidente che negli anni 70 è ormai aperto il varco teorico attraverso il quale passerà la contrapposizione tra dottrina della volontà e dottrina della dichiarazione.

In Savigny non vi è ancora questa alternativa.

La dichiarazione, come si è visto, produce gli effetti giuridici di cui rende riconoscibile la volizione; e ciò all'interno di qualsiasi atto. Tali effetti sono determinati in base al significato ordinario della dichiarazione. Quindi il diritto la assume di regola secondo tale significato. Ma — s'intende — perché considera questo tutt'uno con la volontà riconoscibile. Il postulare comunque l'esistenza di una volontà per ogni effetto giuridico che scaturisce dal negozio esclude teoricamente l'ipotesi di una manipolazione del negozio ad opera del diritto oggettivo. Né Savigny avverte questa ipotesi. Per esempio, i casi nei quali si suppone un adempimento

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 8, Frankfurt a. M., 1900, I, p. 286 ss.

fittizio della condizione sono presentati come un'interpretazione della volontà, che risponde a ragioni equitative e quindi alla logica stessa in base alla quale la volontà e l'intenzionalità assumono rilievo giuridico.

D'altra parte, la tutela della stabilità della dichiarazione è la ragione di fondo che porta ad escludere l'annullabilità del negozio per timore o errore e conseguentemente a respingere verso il passato la *restitutio in integrum*, mentre le azioni e le eccezioni tendono anch'esse dall'esterno a proteggere la correttezza nei rapporti entro i quali si forma il volere, quindi l'affidabilità delle dichiarazioni.

Queste scelte teoriche e normative che Savigny compie si risolvono insomma in una tendenza netta all'oggettivazione delle forme giuridiche dello scambio. La disciplina giuridica del mercato appare come il risultato di deliberazioni dei singoli, di cui il diritto predispone la forma oggettiva.

Quale diritto? Non un complesso di norme generali ed astratte poste in via autoritativa, ma il diritto della scienza.

Se il sistema delle dichiarazioni di volontà si costruisce secondo Savigny intorno al proprio elemento formale, se la volontà rilevante è di regola dichiarazione qualificata dalla norma (che la scienza produce o sistema), grande e politicamente impegnativo appare il compito dei giuristi.

Si postula una corrispondenza tra l'elemento formale delle dichiarazioni, fissato dal diritto scientifico, e il modo in cui spontaneamente si pongono, nelle relazioni interpersonali, le dichiarazioni di volontà: il loro significato ordinario. Non è altro che il dispositivo della *Vorrede*, che abbiamo esaminato all'inizio, visto in una sua concreta applicazione: un esempio di corrispondenza tra teoria del diritto romano e pratica dei rapporti interprivati.

La scienza formalizza il controllo sociale sulle dichiarazioni e garantisce l'affidamento. Ma pensare che ciò basti alla disciplina della circolazione in una società nella quale lo scambio si universalizza e diventano soggetti del diritto uguale della tradizione romanistica gruppi sociali che ne erano prima esclusi significa avere in mente l'ideologia di una vita sociale senza conflitti, pensare di poter risolvere il mutamento in un progresso graduale e lento,

controllato dalle vecchie classi dominanti o almeno non in contrasto con esse.

È un'ideologia che sarà largamente egemone fino al 1848 ed andrà d'accordo con le caratteristiche ibride della trasformazione della società tedesca (dalle forme feudali a quelle capitalistiche) celata sotto l'apparenza culturale di una restaurazione.

Interventi e comunicazioni nel dibattito

FRANZ WIEACKER

Signore e signori, data la tolleranza generosa degli amici italiani, preferirei parlare in italiano, in un modo impossibile forse ma un po' più personale e più « cooperativo », come dicono gli americani; quanto ai miei connazionali presenti, sono convinto che la lingua italiana in bocca di un tedesco sarà sempre compresa da loro.

Devo cominciare con una confessione: io sono un partecipante in qualche modo parassitario di questa conferenza, non essendomi assunto l'incarico di fare una relazione. Per questo però sussistevano ragioni convincenti: per prima cosa, una competenza limitata da parte mia; in secondo luogo, l'aver scritto troppo su questa materia con il rischio quindi di annoiare con delle ripetizioni o con delle facili improvvisazioni senza valore alcuno. Infine — e penso si tratti di un atteggiamento comune a tutti — ero intimidito dalla ricchezza della letteratura, di cui l'amico Marini ha fatto un'analisi splendida.

È impossibile — direi — trovare opinioni consolidate, definitivamente acquisite in questa letteratura tanto proficua, tanto fertile, degli ultimi decenni e, in particolare, degli ultimi quindici anni. Mi vorrei soltanto limitare a toccare qualche punto, il che mi viene facilitato da quanto è stato detto questa mattina. Analizzando l'intervento del prof. Marini, sembra a me che nel ritratto convenzionale di Savigny alcuni aspetti, dibattuti nel nostro simposio, sono senza dubbio da ridimensionare, mentre altri sono da accentuare:

a) Occorre, secondo me, ridimensionare il romanticismo di Savigny, il quale è semplicemente un personaggio ben inserito nell'ambiente generale della cultura tedesca dei primi anni dell'Ottocento. Per ciò che riguarda, invece, lo storicismo di Savigny, direi che nella 'casa' dello storicismo europeo, come l'ha deli-

neato ad esempio Meinecke, da Vico, a Leibniz, Montesquieu, e tanti altri ci sono molte camere e che in essa Savigny occupa uno spazio riservato per la giurisprudenza. Sono quindi d'accordo con il prof. Orestano, quando dice che Savigny era un giurista con la maiuscola.

Occorre poi ridimensionare, secondo me, il « Volksgeist ». Personalmente, credo che sia uno strumento di costruzione della validità dell'ordine del diritto — della « Rechtsordnung » — e una questione di legittimazione, non come legge intrinseca di una comunità etnica, ma come tradizione culturale. « Volksgeist » — è sempre stata mia convinzione — in Savigny vuol dire tradizione culturale e, enfaticamente, quella dei giuristi. Anche in quello mi riferisco a quanto ha detto il prof. Orestano, cioè che Savigny era un tardo cultore, un rappresentante della giurisprudenza elegante, che veramente ha amata e saputa. Insomma, direi che Savigny è più antiquario che storico.

Io, da giovane, credevo che Savigny, fosse veramente reazionario, mentre pensavo che il programma di Thibaut fosse quello di una nuova società libera borghese. Ripensando questo problema, mi sono convinto più e più che, in fondo, Savigny qui non era spinto da motivi politici. Era conservatore piuttosto che reazionario, aristocratico piuttosto che feudale, però, conoscendo la situazione diplomatica, sapeva molto bene che al congresso di Vienna non si sarebbe potuto arrivare ad una nazione tedesca libera ed unita. Era molto più realista di Thibaut, sapendo che era impossibile sperare in un Codice generale per la Germania, specialmente in un Codice che in qualche modo garantisse la libertà dei cittadini. A proposito, è significativa anche la sua opposizione contro Gönner ed è significativo anche, in un certo modo, il suo odio contro i restauratori delle piccole dinastie in Germania. Io non credo più a motivi politici in Savigny; credo, invece, con Caroni, che il motivo decisivo fosse la sua idea di diritto come di un'esperienza che si sviluppa via via; con la conseguente necessità di creare prima una vera *scienza* di diritto tedesco-comune piuttosto che una codificazione prematura.

b) D'altra parte uno dei punti da *accentuare* è, secondo me, il kantianesimo di Savigny, che è veramente centro di una interpretazione nuova dello stesso Savigny. Questo viene affermato da

tre studiosi, il Kiefner (che sfortunatamente non ha potuto essere presente), il prof. Caroni e il prof. Schiavone. Kantiana è la sua idea di separazione netta fra morale e diritto e questo strano « *selbständiges Daseyn des Rechts* » — mentre allo stesso modo (conseguentemente) afferma che il diritto non può essere separato della vita della nazione. Si tratta dunque di una constatazione gnoseologica quando dice che il 'Recht' accanto all'etica, come teoria di morale, abbia un « *selbständiges Daseyn* ».

Questo naturalmente era possibile solo nel contesto della etica morale autonoma di Kant, cioè nella rappresentazione kantiana della vita sociale come un sistema di individui che hanno una sfera di libertà, e in cui l'idea di diritto non è più di una limitazione di questa sfera perchè tutti possano esistere insieme senza che la libertà di ciascuno sia troppo limitata. Si potrebbe continuare con la sua nozione di obbligazione — sempre nel quadro della tradizione giusnaturalistica — come alienazione di un frammento della libertà personale, di una *particula libertatis*.

E così, come già ha accennato Kiefner e di nuovo hanno mostrato Caroni e, se intendo bene, Brutti, tutto questo è kantianesimo: la esclusione di questioni morali, la teoria della libertà dell'individuo, della sfera autonoma del diritto privato, la formalizzazione del diritto privato e finalmente anche il fatto che il diritto autentico è diritto privato.

c) Il prof. Orestano ha posto come paradosso il fatto che quest'uomo — che era religioso, se non bigotto — non parla mai della religione cristiana nella sua opera civilistica. Io credo, (come altri che hanno cercato di vedere il kantianismo di Savigny, e ultimamente Caroni), che nell'ordine di idee di Savigny si doveva escludere dalla nozione di vero 'diritto' tutto quello che era caro al cuore del cristiano, uomo religioso: cioè tutta la sfera del matrimonio, del diritto delle persone, della moralità della famiglia; anche la moralità della gerarchia statale può essere tranquillamente lasciata a parte dato che per Savigny il diritto privato sulle orme della visione kantiana è nient'altro che diritto *patrimoniale*. Solo così era possibile — come hanno rilevato parecchi relatori del nostro simposio — offrire in qualche maniera il modello per il diritto privato di una società borghese, anzi direi (anche se è un po' esagerato), di una 'società di mercato'.

d) Forse ho parlato troppo a lungo. Però mi sia consentito di ritornare con qualche parola al grande binomio Savigny-Hegel, che è naturalmente affascinante. Se si tenta un raffronto fra queste due grandi personalità operanti in Germania all'inizio dell'Ottocento, non si può non constatare che esse sono a un livello assolutamente diverso in quanto rispondono a interrogativi assolutamente diversi. Hegel e i suoi seguaci si pongono sul piano di una comprensione totale della società civile; Savigny risponde invece al problema di organizzazione sistematica della materia di diritto; egli si può chiamare veramente il grande metodologo della giurisprudenza.

Se ci piace di allargare questa visione: noi sappiamo tutti che Hegel è vero storico (giustamente dialettico) che vuole identificare il contingente e il necessario, l'individuale e il generale, *tout court* vuole identificare *lógos* e realtà. È impossibile che Savigny intenda lo stesso, proprio in quanto è kantiano. È la terza faccia del Savigny kantiano: quella epistemologica, rilevata da Schiavone nella sua relazione.

Per Savigny è impossibile identificare, malgrado la teoria del 'Volksgeist', la storicità irripetibile e contingente della storia con il generale. Per lui, dunque, è soltanto possibile distinguere la forma della cognizione, (la forma generale precisamente nel senso kantiano) e la sostanza del conosciuto; è questa che è sistematizzata dalla forma. Così si esprime molto chiaramente nella 'Metodologia' (che spero non sia smentita dalle nuove scoperte dall'archivio di Trages).

MARIO A. CATTANEO

SAVIGNY E FEUERBACH

1. *Premessa.*

Non avendo mai dedicato studî specifici al pensiero di Savigny, ma essendomi invece occupato a fondo della dottrina di Anselm Feuerbach, intendo con il mio intervento mettere in rilievo un argomento che si presenta, forse, come un po' marginale rispetto al tema fondamentale del presente convegno: intendo cioè svolgere un parallelo tra Savigny e Feuerbach, che sono i rappresentanti di due concezioni contrapposte nell'ambito della civiltà giuridica germanica degli inizi dell'Ottocento. Un simile confronto può riguardare essenzialmente tre punti, svolgersi a tre livelli, intorno ai quali si articolerà la mia analisi.

1) In primo luogo una considerazione comparativa delle personalità assai diverse e contrastanti dei due grandi giuristi, sulla scorta dei giudizi di alcuni importanti studiosi.

2) In secondo luogo l'esame della critica a cui Feuerbach ha sottoposto la Scuola storica del diritto, della quale Savigny è stato il massimo rappresentante.

3) Infine l'analisi della posizione di Savigny e Feuerbach nei confronti di Kant, dell'influsso esercitato dal filosofo del criticismo sui due giuristi; quest'ultimo punto potrà eventualmente mettere in evidenza alcuni elementi comuni ai due autori.

2. *La contrapposizione fra Savigny e Feuerbach.*

Alcuni autori si sono occupati dello specifico confronto fra Savigny e Feuerbach. E. Hoelder, nel suo volume *Savigny und Feuerbach, die Koriphäen der deutschen Rechtswissenschaft* del 1881, sottolinea le opposte posizioni dei due autori in rapporto

al problema della codificazione. Nel 1813 fu emanato lo *Strafgesetzbuch für das Königsreich Bayern*, del quale era autore Feuerbach; un anno dopo Savigny levò la sua voce contro la codificazione del diritto privato in Germania. Naturalmente il Hoelder sottolinea la diversità dei settori, nei quali i due giuristi hanno sviluppato la loro ricerca (1). Il Hoelder contrappone la personalità « irenica » di Savigny alla personalità « polemica » di Feuerbach (2). La concentrazione sul fatto storico ha fatto di Savigny un giurista poco sensibile ai problemi della filosofia del diritto e della legislazione; quello che a Feuerbach invece sta a cuore « ist nicht die eigentlich ihm wenig sympathische Jurisprudenz, das ist vielmehr die Philosophie des Rechts einerseits und seine legislative Weiterbildung andererseits » (3).

August von Bechmann, nella sua *Rektoratsrede* del 1894 all'università di Monaco, *Feuerbach und Savigny*, assimila il rapporto fra i due grandi giuristi a quello fra i due massimi poeti tedeschi, Goethe e Schiller: « Man kann die Namen Feuerbach und Savigny nicht zusammen nennen, ohne dass sofort die Vorstellung eines Gegensatzes hervorgerufen würde. Es verhält sich ähnlich wie mit den Namen Schiller und Goethe, nur dass das einzigartige Freundschaftsbund, das den Gegensatz dieser Männer versöhnte und in einer höheren Harmonie auflöste, hier fehlt » (4). Entrambi sono concordi, secondo il Bechmann, nella valutazione negativa della situazione giuridica, nei confronti sia della prassi decaduta in arbitrio e rozzo empirismo, sia della teoria del diritto naturale, che cerca di dedurre con metodo matematico l'intero sistema giuridico da pochi principî di ragione; ma la strada scelta per il miglioramento è diversa nei due casi (5). Inoltre, se Savigny è divenuto presto il fondatore riconosciuto di una scuola, Feuerbach non ha mai avuto quella che si chiama una « scuola » in senso stretto; la sua vita accademica è stata breve e solitaria (6).

(1) E. HOELDER, *Savigny und Feuerbach, die Koryphäen der deutschen Rechtswissenschaft*, Berlin, 1881, p. 5.

(2) E. HOELDER, *ibid.*, p. 35.

(3) E. HOELDER, *ibid.*, pp. 38-39.

(4) A. VON BECHMANN, *Feuerbach und Savigny*, München 1894, p. 4.

(5) A. VON BECHMANN, *ibid.*, pp. 12-13.

(6) A. VON BECHMANN, *ibid.*, pp. 15-16.

Anche il Radbruch, sulla linea del Bechmann, svolge un parallelo fra il contrasto Goethe-Schiller e il contrasto Savigny-F Feuerbach; a suo giudizio è esatto sottolineare, anche riguardo allo stile, la vicinanza tra Feuerbach e Schiller da un lato e tra Savigny e Goethe dall'altro: « dort das rednerische Pathos der Antithese, das dem dualistischen Gefühl des Widerspruchs zwischen der Wirklichkeit und dem Ideal zu entspringen pflegt, hier die in sich selbst ruhende Harmonie derjenigen Menschen, welche monistisch die Vernunft in den Dingen suchen und finden ». Titani i primi, uomini dell'Olimpo i secondi. Con un po' di malinconia e con un senso di nostalgia il Radbruch si volge a guardare a un'epoca in cui era ancora possibile paragonare i giuristi ai poeti: « Nicht ohne Wehmut blicken wir heute auf eine Zeit zurück, deren Rechtsgelehrte so mit ihren Dichtern zu vergleichen erlaubt ist, eine Zeit, in der die Rechtswissenschaft noch an den feinsten Bewegungen des Gedankens teilnahm. Und gerade deshalb sollten die beiden Männer, die am Eingange der modernen Rechtswissenschaft stehen, den Neuling auch am Eingange dieser Einführung in unsere Rechtswissenschaft grüssen » (?).

Il Radbruch ha ripreso il confronto nello scritto *Eine Feuerbach-Gedenkrede* (questo era il discorso commemorativo del primo centenario della morte di Feuerbach, che avrebbe dovuto essere tenuto nel 1933, ma non fu pronunciato a causa dell'avvento del nazionalsocialismo e venne pubblicato soltanto dopo la guerra). In questo saggio il Radbruch afferma che Feuerbach, con la sua precisa distinzione fra il diritto valido e il diritto giusto, è un pensatore razionalista, in contrasto con « jenen Rechtsdenkern, die, im geltenden Recht das richtige Recht, in der Geschichte die von keiner Vernunft bewusst konstruierbare Weisheit finden wollten. Diese Rechtsdenker mit ihrem irrationalen monistischen Quetismus, die historische Schule unter Führung von Savigny, beherrschten zu Feuerbachs Zeit das Feld. Aber Feuerbachs

(?) G. RADBRUCH, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, IX ed. a cura di K. Zweigert, Stuttgart 1952, p. 53. V. anche *Paul. Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben*, II ed. a cura di E. Wolf, Göttingen 1957 (I ed. Wien 1934), pp. 51-53.

Wirksamkeit hat vermocht, dass das Strafrecht von dem Einfluss der Historischen Schule ausgenommen blieb... » (8).

In sostanza, il confronto tra Savigny e Feuerbach si presenta come molto interessante; dalle parole del Radbruch si trae la conclusione che ai tempi di Savigny e Feuerbach la giurisprudenza era espressione di umanesimo, e rispecchiava gli stessi contrasti che era possibile incontrare nell'ambito della letteratura, della poesia, della filosofia.

3. Feuerbach e la critica della Scuola storica del diritto.

Prima di prendere brevemente in considerazione la critica di Feuerbach alla Scuola storica del diritto, è opportuno menzionare alcuni giudizi del giovane Savigny su Feuerbach, dei quali si è occupato in particolare Giuliano Marini (9). Savigny fu presente ad alcune lezioni di Feuerbach; cito alcune sue osservazioni dal libro *Der junge Savigny* di Adolf Stoll: « Feuerbach lehrt gründlich und gut, nur hat sein Äusseres zu wenig », scrive Savigny; e ancora: « Feuerbach ist unstreitig mehr Kopf [als Grolman] (sein bestes Werk scheint mir die Kritik des natürlichen Rechts) und hat viel Originalität und Solidität; Logik und Geschmack hat er wenig mehr als Grolman, seine Präentionslosigkeit unterscheidet ihn von diesem am meisten » (10). Del resto, Savigny e Feuerbach non hanno avuto particolari rapporti personali; scrive ancora il Bechmann: « Über das Gefühl und die Bezeugung gegenseitiger Hochachtung sind sie wohl nie hinausgekommen; übrigens sind sie sich auch nur vorübergehend und seit Savigny's Weggang von Landshut (1810) gar nicht mehr persönlich begegnet » (11).

Se si prescinde da questi giudizi, i quali sono del resto contenuti in alcune lettere, si può dire che Savigny non ha sottoposto

(8) G. RADBRUCH, *Eine Feuerbach-Gedenkrede* (1933), in « Eine Feuerbach-Gedenkrede sowie drei Aufsätze aus dem wissenschaftlichen Nachlass », a cura di E. Schmidt, Tübingen 1952, p. 10.

(9) G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1965, pp. 23, 30, 124.

(10) A. STOLL, *Der junge Savigny*, Berlin 1927, pp. 120 e 145.

(11) A. VON BECHMANN, *op. cit.*, p. 4.

a uno studio approfondito né a una specifica critica la dottrina giuridica di Feuerbach; viceversa quest'ultimo ha criticato la Scuola storica (benché non in modo particolare il solo pensiero di Savigny). La sua critica è contenuta soprattutto nello scritto *Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische teutsche Gesetzgebung* del 1816; con questo scritto Feuerbach prende posizione nella polemica sulla codificazione fra Thibaut e Savigny (che egli cita una volta, in nota) ⁽¹²⁾.

Un chiaro riferimento allo scritto *Vom Beruf unserer Zeit zur Gesetzgebung und Jurisprudenz* di Savigny è il passo in cui Feuerbach afferma: « Bekanntlich wurde unser Zeitalter, nachdem man demselben die Fähigkeit, sein geltendes Recht, gereinigt von altherthümlichen Überflus und neuen Missbräuchen in einem sich mit sich selbst übereinstimmenden Gesetzbuche darzustellen, geradezu abgesprochen hatte, — mit seinen Erwartungen und Wünschen von der gesetzgebenden Gewalt an die Rechtsgelehrten gewiesen, welche durch fortgesetzte Bildung des gelehrten Rechts, und zwar nach reingeschichtlicher Methode, ausschliessend berufen seien, im Lauf einer nicht zu bestimmenden Zeit, allem Bedürfnisse abzuhelfen » ⁽¹³⁾. La storia, scrive ancora Feuerbach, « erklärt, wie Etwas nach und nach geworden; wie und was dieses Etwas gegenwärtig sey, lehrt die Geschichte nicht. Was der Geschichte angehört ist schon dem Leben abgestorben ». Egli sottolinea la diversità di metodo tra la giurisprudenza romana, alla quale Savigny e i suoi seguaci si richiamano, e la Scuola storica; il giurista romano non era uno storico: « sein Wissen war Erkenntniss aus dem Buche des bürgerlichen Lebens, und er hatte weit weniger zu lesen und zu lernen als zu beobachten, zu denken, zu urtheilen und zu schliessen ». Se i giuristi della Scuola storica fossero in grado di adempiere oggi al compito dei giureconsulti romani, un codice nazionale tedesco non sarebbe necessario; tuttavia, per compiere una simile opera la Scuola storica dovrebbe cessare di essere

⁽¹²⁾ P. J. A. FEUERBACH, *Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische teutsche Gesetzgebung*, « Vorrede » a N. BORST, *Ueber die Beweislast im Civilprocess*, Leipzig 1816, ripubblicato in *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nürnberg 1833 (ristampa anastatica Otto Zeller, Osnabrück 1966), p. 138 nota.

⁽¹³⁾ P. J. A. FEUERBACH, *ibid.*, pp. 138-139.

meramente storico-antiquaria (*historisch-antiquarisch*). Ma, « damit diese etwas anderes sein könnte als sie ist, müssten wir erst gerade eben dasjenige besitzen, dessen Besitz uns ... durch fortgesetztes historisch-antiquarisches Forschen entbehrlich gemacht werden soll: -ein *einheimisches*, den Bedürfnissen der Zeit anpassendes, in sich selbst übereinstimmendes, mit gesetzlicher Kraft ausgestattetes Rechtsbuch ». Se si parla di un codice tedesco, aggiunge poi Feuerbach, non si pensa a una creatura prodotta dalla ragione con gli ideali, nata dalle nuvole: « An ein von dem Feuerlande bis nach Kamtschatka allgemeingültiges *gesetzgebendes* Naturrecht glaubt man schon lange nicht mehr » (14).

Le ultime parole citate mostrano che Feuerbach, quando scriveva questo saggio, si era ormai allontanato parecchio dalle sue opere giusnaturalistiche giovanili: il periodo in cui egli scriveva queste osservazioni era maggiormente caratterizzato da un certo empirismo e meno soggetto all'influsso della filosofia kantiana. Ma, nonostante una simile evoluzione, Feuerbach rimase sempre un deciso avversario e critico dello storicismo giuridico.

Anche in uno scritto posteriore, pubblicato soltanto postumo dal figlio Ludwig nel *Biographischer Nachlass, Idee und Nothwendigkeit einer Universaljurisprudenz*, nella quale è accentuata la posizione antigiusnaturalistica, Feuerbach ha proseguito la sua critica della Scuola Storica: « Geschichtliche Forschung eines einzelnen Rechtssystems kann nicht als Ersatz für den Mangel einer allgemeinen Rechtswissenschaft gelten » (15).

4. Savigny, Feuerbach e Kant.

Finora ho sottolineato soprattutto gli elementi di *contrasto* che si incontrano nel tentativo di un parallelo fra Savigny e Feuerbach: in primo luogo le differenti caratteristiche dei due scrittori,

(14) P. J. A. FEUERBACH, *ibid.*, pp. 143-148.

(15) P. J. A. FEUERBACH, *Idee und Nothwendigkeit einer Universaljurisprudenz*, in *Anselm Ritter von Feuerbach's Biographischer Nachlass*, a cura del figlio Ludwig, II ed., Leipzig 1853, p. 386. Su Feuerbach come rappresentante del razionalismo giuridico e critico della Scuola storica del diritto v. G. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino 1940, spec. p. 246.

così come sono state delineate da alcuni interpreti; in secondo luogo la sostanziale indifferenza di Savigny nei confronti di Feuerbach, da un lato, e la critica di Feuerbach nei confronti della Scuola storica, dall'altro. L'ultima parte, invece, di questa mia breve analisi riguarda un tema, dal quale possono risultare eventuali elementi comuni nel pensiero di Savigny e di Feuerbach: si tratta del rapporto dei due autori con Kant. È noto che Feuerbach era kantiano, che egli iniziò la sua attività come filosofo e discepolo ideale di Kant, proseguendola poi come giurista: non intendo soffermarmi su questo punto.

La possibilità di un collegamento tra Savigny e Feuerbach a questo riguardo si fonda su un'affermazione di Franz Wieacker, secondo cui è ravvisabile un influsso della filosofia giuridica kantiana sulla nascita della scuola storica del diritto. Nella sua *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, dopo aver parlato del rifiuto, da parte di Kant, della « materialen Rechtsmetaphysik des älteren Naturrechts und des Vernunftrechts », il Wieacker scrive: « Unrichtig wäre daher die Annahme, Kants Kritik der natürlichen Rechtsmetaphysik habe auch den methodischen Ertrag des Vernunftrechts für die positive Rechtswissenschaft getroffen. Naturrecht als systematischer Entwurf der wissenschaftlichen Ordnung des positiven Rechts war durch sie nicht entwertet. Aus diesem Grund blieben auch nach Kant grosse systematische und rationale Gesetzgebungen möglich; zwei grosse Naturrechtsgesetzgeber wie Zeiller und A. Feuerbach sind eben Kantianer. Endlich blieb — in der Gestalt einer formalen Freiheitsethik der sittlichen Autonomie — auch eine autonome Rechtsethik möglich, die durch Savignys Begriff des subjektiven Rechts und des rechtsgeschäftlichen Willens noch die gesamte Pandektenwissenschaft beherrscht. In diesem kritischen Sinne hat, wie man längst gesehen hat, die Historische Schule ein wesentlich theoretisches Erbteil des Naturrechts, damit allerdings auch seine ethischen Autonomien übernommen » (16).

In questo brano è notevole non soltanto il fatto che i nomi di Savigny e di Feuerbach sono menzionati pressoché insieme

(16) F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* mit besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, Göttingen 1952, pp. 219-220.

e allo stesso riguardo; ma anche e soprattutto il fatto che il Wieacker cita Savigny come un giurista il quale, nella sua elaborazione del concetto di diritto soggettivo, ha sviluppato il principio fondamentale dell'etica kantiana, cioè il principio dell'autonomia morale e della dignità umana. Nel fatto dunque che Savigny ha elaborato il concetto di diritto soggettivo in senso positivo sulla base dell'etica kantiana il Wieacker vede presente un « Erbteil des Naturrechts » nella Scuola storica del diritto.

D'altra parte Feuerbach, nella sua *Kritik des natürlichen Rechts* del 1796, ha tentato una deduzione del concetto di diritto naturale in senso soggettivo (17). Il principio dell'uomo come fine in se stesso — cioè la seconda formulazione dell'imperativo categorico, che a mio avviso è la parola più alta detta da Kant nella sua filosofia — costituisce un punto importante nella determinazione, da parte di Feuerbach, del contenuto e dei limiti del diritto naturale. Mi riferisco alla deduzione dei « diritti esterni » (*äussere Rechte*), cioè di quei diritti naturali i quali concernono azioni immorali. I diritti esterni sono possibili per Feuerbach, poichè « der höchste Zweck der vernünftigen Wesen » non può essere ottenuto « durch blosse Realisierung der Materie des Sittengesetzes (durch Legalität) »; la moralità « wird nur durch Befolgung des Sittengesetzes um sein selbst willen, und durch freie Befolgung des Sittengesetzes erreicht ». Se la ragione esige che le azioni umane corrispondano realmente alla legge morale, « so muss sie auch unmoralischen Handlungen ihrer Sanktion unterwerfen » (18).

Una simile deduzione dei diritti esterni, osserva Feuerbach, sembra avere loro attribuito un ambito illimitato; si potrebbe derivare la conseguenza che, se si ha un diritto di compiere azioni immorali, si ha anche il diritto di trattare altri esseri razionali come mezzi; ma questa sarebbe una conclusione inesatta: « Es giebt allerdings Grenzen der Rechte — und das Princip der äussern Rechte dehnet diese nichts ins unendliche aus »; i diritti ven-

(17) V. in proposito Mario A. CATTANEO, *Anselm Feuerbach filosofo e giurista liberale*, Milano 1970, pp. 86-167.

(18) P. J. A. FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts als Propädeutik zu einer Wissenschaft der natürlichen Rechte*, Altona 1796 (ristampa anastatica Georg Olms, Hildesheim 1963), p. 288.

gono determinati dalla ragione, e la ragione non può contraddire a se stessa. Essa attribuisce a tutti gli uomini gli stessi diritti; se io avessi il diritto di trattare un altro uomo come un mero mezzo, allora avrei il diritto di violare i suoi diritti; ma in questo caso la ragione contraddirebbe a se stessa. La ragione dunque deve sottoporre alla propria sanzione soltanto le azioni che non violano alcun diritto; il silenzio della ragione legislatrice stabilisce i limiti del diritto: perciò « ist das *Recht* eine *Zwangsmöglichkeit* solcher Handlungen, wodurch ein anderes vernünftiges Wesen nicht als beliebige Mittel zu beliebigen Zwecken behandelt wird » ⁽¹⁹⁾.

Se dunque accettiamo l'osservazione del Wieacker, allora possiamo concludere che entrambi i giuristi, Savigny e Feuerbach, hanno costruito il concetto di diritto soggettivo sul principio dell'uomo come fine in se stesso; la differenza sta nel fatto che Savigny ha elaborato in questo modo il diritto soggettivo *positivo*, e Feuerbach il diritto soggettivo *naturale*. Non ho sufficiente conoscenza della dottrina giuridica di Savigny, per indicare in che misura in essa sia presente un « *Erbeil des Naturrechts* », come afferma il Wieacker; nell'insieme tuttavia concordo con l'affermazione di questo studioso, secondo cui la Scuola storica mostra qui la propria radice giusnaturalistica. Una simile interpretazione conferma la mia convinzione che Kant ha elaborato una vera dottrina giusnaturalistica, che il suo *Vernunftrecht* non è vuoto, non è del tutto « formale », ma è fondato sul contenuto del principio dell'uomo come fine in se stesso.

Vorrei dunque osservare — forse un po' in disaccordo con l'interpretazione contenuta nella bella relazione di Pio Caroni — che elementi giusnaturalistici sono presenti nel pensiero di Savigny *in quanto* è possibile trovare in esso un'eredità kantiana; a mio avviso caratterizzazione in senso giusnaturalistico e influsso kantiano vanno di pari passo. Questo vale sia nel caso di Savigny sia nel caso di Feuerbach; in fondo, anche quest'ultimo si distaccò dal giusnaturalismo, quando l'influsso kantiano sul suo pensiero era meno forte. Per quanto riguarda Savigny, vorrei aggiungere che gli elementi giusnaturalistici e kantiani sono in contrasto con la tendenza generale del suo pensiero e della Scuola storica; si tratta

(19) P. J. A. FEUERBACH, *Kritik*, cit., pp. 292-295.

di un'eredità giusnaturalistica che permane, nonostante la tendenza storicistica di questa linea di pensiero.

A mio giudizio, dunque, l'eredità di Kant è maggiore e più profonda nel caso di Feuerbach che nel caso di Savigny. Una simile affermazione può essere meglio chiarita con il riferimento a una generale e fondamentale differenza fra i due giuristi: la differenza fra razionalismo giuridico e storicismo giuridico. Feuerbach è razionalista, deduce il diritto dalla ragione; anche quando ha abbandonato la sua concezione giusnaturalistica, è rimasto sempre l'avversario di una ricerca giuridica meramente storica o storicizzante. Ciò dimostra la forza del kantismo di Feuerbach, la sua continua fedeltà all'idea del diritto razionale; parlando di diritto razionale, mi riferisco essenzialmente all'idea di Kant per cui l'essenza del diritto può essere cercata soltanto nella ragione pura, mentre una scienza giuridica meramente empirica è come una testa senza cervello: « Eine bloss empirische Rechtslehre ist (wie der hölzerne Kopf in Phädrus' Fabel), ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! dass er kein Gehirn hat » (20).

Nel pensiero di Savigny l'elemento kantiano di cui abbiamo parlato rimane qualcosa di giustapposto alla sua concezione giuridica; tale elemento non muta nulla al carattere della teoria di Savigny, la quale rappresenta una nuova, positiva presa di posizione nel metodo giuridico, e non esclude per nulla il generale carattere anti-giusnaturalistico di quella teoria. Un tale contrasto deve essere a mio avviso sottolineato.

Appare evidente che con le precedenti osservazioni non ho potuto trattare in modo soddisfacente, e tantomeno esauriente, questo specifico tema; ho inteso semplicemente compiere alcuni cenni al riguardo, che possono invitare a un maggiore approfondimento di questo problema, suscitato dall'interessante osservazione, prima citata, del Wieacker. È una questione che rientra nel più ampio problema dell'infusso della filosofia kantiana sullo sviluppo del diritto e della scienza giuridica; e naturalmente, in ogni ricerca sul pensiero giuridico tedesco ed europeo alla fine del XVIII e

(20) I. KANT, *Metaphysik der Sitten. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), herausgegeben von K. Vorländer, Hamburg 1966 (ristampa della IV ed. 1922), Einleitung in die Rechtslehre, § B, p. 34.

all'inizio del XIX secolo non si può prescindere dalla filosofia di Kant.

In conclusione, vorrei osservare che il contributo a questo simposio su Savigny non è stato quello di uno studioso di Savigny, bensì quello di uno studioso di Kant e di Feuerbach; questo fatto ne spiega il carattere e ne giustifica, spero, i limiti. Nell'insieme ho voluto contribuire alla caratterizzazione dell'epoca e dell'ambiente in cui Savigny visse, attraverso un confronto con un giurista come Feuerbach, che di Savigny fu il degno contraltare.

MAURIZIO FIORAVANTI

SAVIGNY E LA SCIENZA DI DIRITTO PUBBLICO DEL DICIANNOVESIMO SECOLO

Nel tentare un esame, sia pure assai schematico, del contributo che l'opera savignyana fornì nello specifico ambito della riflessione giuspubblicistica, non si può non prendere le mosse dalla pura rilevazione di un incontestabile dato di fatto: dall'assoluta mancanza, in tutta l'opera del Maestro della Scuola Storica, di un qualsiasi riferimento alla necessità di avviare la *scientia iuris* verso la trattazione del diritto pubblico, verso l'analisi, con categorie giuridiche, degli organi dello Stato, e dei rapporti tra Stato e privati.

Se esordiamo mettendo in luce un simile aspetto della riflessione savignyana, è perché intendiamo chiarire fin dall'inizio il senso di questo contributo. Diciamo subito che non è nostra intenzione sostenere l'esistenza di un Savigny 'pubblicista'; e che non pensiamo dunque alla possibilità di un influsso *diretto* ed *immediato* delle teorie savignyane sui *contenuti* della scienza di diritto pubblico.

Altro è lo scopo della nostra analisi, con la quale si cercherà di suggerire una nuova chiave di lettura dei principali scritti del giurista di Francoforte, tesa ad individuare, *dall'interno* della stessa elaborazione privatistica, un'implicita istanza di riforma dell'atteggiamento dei giuristi di fronte al problema dello Stato.

Più specificamente, cercheremo di verificare se in una certa evoluzione del pensiero di Savigny — dal *Beruf* del 1814 al *System* del 1840, tanto per fissare dei precisi punti di riferimento cronologici ⁽¹⁾ — sia contenuto il tentativo, di estrema rilevanza,

(1) Saranno tenuti in considerazione i seguenti contributi di Savigny: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, nella

di ridefinire il tipo di approccio della teoria giuridica alla legislazione, e dunque, quanto meno in prospettiva, allo Stato me-

ristampa contenuta in *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, hrs. von J. Stern, Berlin, 1914; *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, pp. 1-17; *Recension a N.Th.v.Gönnner, Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (Erlangen, 1815), in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, I, 1815, pp. 373-423 (noi citeremo da F.K. von SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, vol. V, Berlin, 1850, rist. Aalen, Scientia Verlag, 1968, pp. 115-172); *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, III, 1816, pp. 1-52, poi ripubbl. in appendice alla seconda edizione del *Beruf*, Heidelberg, 1828, pp. 163-191 (noi citeremo dalla rist. contenuta in *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 205-234); *System des heutigen römischen Rechts*, vol. I, Berlin, 1840, nell'ottima traduzione italiana di Vittorio SCIALOJA, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. I, Torino, 1886.

Il nostro tentativo, sulla base dei testi sopra indicati, sarà quello di enucleare, dal complesso dell'opera savignyana, due distinti momenti specificamente interessanti il problema della legge dello Stato quale possibile oggetto di conoscenza giuridica: il primo relativo agli anni 1814-1816, il secondo che ha il suo punto focale nel primo volume del *System* del 1840. Si tratta — com'è noto a chi si sia occupato anche solo di sfuggita dell'opera del Maestro della Scuola Storica — di due momenti di centrale importanza nell'evoluzione del pensiero di Savigny, che qui vengono assunti rispettivamente quale punto di partenza, e di approdo, di una certa riflessione condotta dal giurista di Francoforte a proposito dei compiti della *scientia iuris* in relazione alla potestà normativa dello Stato.

Ci sembrava doverosa questa precisazione: è infatti qui opportuno sottolineare che questo nostro contributo manterrà in larga misura il suo carattere originario d'intervento proposto in occasione del Seminario su Federico Carlo di Savigny, tenutosi a Firenze nei giorni 27 e 28 ottobre 1980, per cura del Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. Niente di più, in definitiva, della proposizione di un problema, dell'invito a rileggere l'opera savignyana sotto lo specifico profilo — che è l'unico che qui interessa — della fondazione teorica di un approccio 'giuridico' allo Stato. Passare dal livello attuale di elaborazione allo studio analitico di questa tematica significherebbe andare alla ricerca dei caratteri fondamentali della *teoria politica* savignyana, attorno alle nozioni di 'Stato', 'popolo', 'legge', e 'Costituzione': cosa che necessariamente trascende i confini di questo nostro contributo, e che richiederebbe comunque l'utilizzazione dell'Archivio privato di Savigny — recentemente messo a disposizione degli studiosi presso la *Universitätsbibliothek* di Marburg —, proprio per studiare da vicino la graduale maturazione del problema 'Stato' nell'evoluzione del pensiero del giurista di Francoforte.

Era però intanto importante — noi crediamo — sottolineare la necessità di uno sviluppo in questa direzione delle ricerche su Savigny, tenendo presente

desimo quale soggetto dotato di potestà normativa; ed è superfluo aggiungere che ci sembra largamente intuibile l'importanza di una simile tematica — l'atteggiamento della *scientia iuris* di fronte alla legge emanata dallo Stato — nel particolare campo della riflessione giuspubblicistica.

Se questo è il *piano* sul quale si svolge il nostro discorso, è ora opportuno precisare anche il *contenuto* della nostra ipotesi di ricerca. Tenteremo qui di analizzare il modo con il quale le scelte compiute da Savigny sul terreno della metodologia giuridica, e maturate tutte — lo ripetiamo ancora una volta — a livello privatistico, abbiano influito in modo decisivo su una delle fondamentali operazioni portate a termine dalla scienza giuridica tedesca dell'Ottocento: quella che condusse i giuristi, nel corso degli anni Sessanta, per il fondamentale tramite dell'opera di Carl Friedrich von Gerber ⁽²⁾, a porre ad *oggetto* delle proprie ana-

anche la possibilità di una futura collaborazione degli storici della costituzione e delle dottrine politiche, per i quali il Maestro della Scuola Storica è ancora purtroppo poco più che un oggetto misterioso. Ciò a maggior ragione in un momento di grande ripresa degli studi su Savigny; ripresa che però sembra invariabilmente incanalarsi lungo la duplice via dell'analisi dei presupposti filosofici dell'opera savignyana, e della dogmatica del diritto privato, senza tener conto che tra 'filosofia' e diritto privato sta l'ampio territorio — per ora sconosciuto — dei contributi di Savigny, e dell'intera Scuola Storica, alla teoria politica e costituzionale dell'Ottocento. In quest'ultimo campo, siamo ancora fermi all'unico lavoro di D. STRAUCH, *Recht, Gesetz und Staat bei Friedrich Carl von Savigny*, Bonn, 1963 ².

⁽²⁾ La figura di Gerber è posta al centro di alcune note analisi della scienza giuridica dell'Ottocento tedesco. Particolare attenzione al contributo di Gerber hanno dedicato P. von OERTZEN, *Die soziale Funktion des staatsrechtlichen Positivismus*, Frankfurt am Main, 1974 (il saggio è la riproduzione inalterata della *Dissertationsschrift* dell'autore, del 1953); W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1958 (trad. it. di P.L. Lucchini, *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974). Tra i saggi specificamente dedicati a Gerber, ricordiamo: M. NIGRO, *Il 'segreto' di Gerber*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2, 1973, pp. 293-333; ed ancora P. von OERTZEN, *Die Bedeutung C.F. von Gerbers für die deutsche Staatsrechtslehre*, in *Staatsverfassung und Kirchenordnung - Festgabe für Rudolf Smend*, Tübingen, 1962, dove però l'autore non fa altro che sintetizzare le conclusioni cui già era pervenuto nel suo lavoro principale, sopra citato in questa nota. In ultimo, ancora come tentativo di porre in luce la rilevanza di Gerber nel con-

lisi lo stesso potere politico, la stessa soggettività statale nel complesso della sua concreta attività normativa.

Questa operazione prese le mosse da una ben precisa convinzione, gradualmente maturatasi nel ceto dei giuristi alla presenza di particolari condizioni storiche: che le logiche del potere politico — e la sua conseguente attività — fossero per intero riconducibili sullo specifico terreno giuridico; che tali logiche potessero essere spiegate, ed organizzate, sulla esclusiva base di istituti e principii giuridici, in conformità ai modelli caratteristici della scienza di diritto privato.

È dunque possibile individuare in Germania il progressivo formarsi, nel corso dell'Ottocento, di una vera e propria *teoria giuridica dello Stato*, fondata sull'organico tentativo di spiegare *tutta* la dinamica pubblicistica con il *solo ed esclusivo* ausilio di categorie specificamente giuridiche ⁽³⁾.

Noi crediamo — per tornare alla nostra ipotesi di ricerca — che le scelte metodologiche di Savigny abbiano costituito un mo-

testo della scienza giuridica dell'Ottocento tedesco, sia consentito di rinviare al nostro volume *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979, spec. al cap. III.

⁽³⁾ Così definita, la 'teoria giuridica dello Stato' ha sicuramente il suo momento di più intensa elaborazione nella seconda metà del secolo, quando Carl Friedrich von Gerber (cfr. la nota precedente) perviene a formulare il principio della *personalità giuridica dello Stato* quale unico e necessario punto di partenza di una considerazione 'giuridica' dello Stato medesimo, della sua sovranità, dei suoi atti normativi, e dei suoi rapporti con i cittadini e con le comunità minori (ci riferiamo qui al fondamentale saggio dello stesso GERBER, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, 1865, trad. it. di P.L. LUCCHINI, *Lineamenti di diritto pubblico tedesco*, in *Diritto pubblico*, Milano, 1971, pp. 96-213). Non sarà qui inutile precisare, in aggiunta a quanto già esplicitato nel testo, che quando parliamo di 'Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo', intendiamo riferirci proprio al decisivo contributo fornito dal Maestro della Scuola Storica alla nascita della teoria giuridica dello Stato, dunque ad un (forse al) fondamentale passaggio nello sviluppo del pensiero giuspubblicistico ottocentesco, ben consapevoli che anche prima di Gerber esisteva una riflessione dei giuristi sullo Stato, ma certamente non l'aspirazione ad un'integrale lettura dei rapporti pubblicistici in chiave 'giuridica': ciò che cercheremo di dimostrare è appunto la centralità della revisione metodologica proposta ed attuata da Savigny sul terreno del diritto privato, proprio nei confronti della progressiva nascita di quella 'aspirazione' ad un'intelligibilità intieramente 'giuridica' dello Stato.

mento di grande rilevanza nell'ambito della vicenda intellettuale sopra indicata; ed anzi pensiamo che il cammino percorso dal giurista di Francoforte, a partire dagli scritti giovanili per giungere al primo volume del *System* del 1840, possa essere descritto, sotto il profilo che a noi più interessa, come itinerario teorico il cui compimento definitivo si poneva quale presupposto logicamente e storicamente necessario per la nascita della teoria giuridica dello Stato.

A ben guardare, tale teoria era possibile solo se sul tradizionale terreno del diritto privato, da Savigny prediletto e coltivato in modo esclusivo, i giuristi avessero saputo liberarsi da un duplice condizionamento intellettuale: da una parte, dalla tendenza a subire il diritto positivo esistente, ed in particolare le norme emanate dallo Stato — i Codici, principalmente —, a lavorare con metodo puramente esegetico riducendo la riflessione giuridica a pratica applicativa delle leggi dello Stato; dall'altra, ed in direzione opposta, dall'attitudine — tipica proprio di molti giuristi dell'Ottocento tedesco — a sfuggire alla 'mutevole' legislazione statuale, per fondare altrove le 'certezze' del lavoro scientifico, nella pura deducibilità logica dei concetti giuridici.

Se in questo secondo caso si aveva, da parte della *scientia iuris*, un atteggiamento del tutto negativo di fronte alle moderne 'pretese' del potere legislativo, e dunque si era ben distanti dalla possibilità stessa di una teoria giuridica dello Stato, anche il cosiddetto 'vizio esegetico', per parte sua, conduceva i giuristi lontano dalla prospettiva di una riflessione scientifica sul potere politico, li spingeva inevitabilmente a considerare lo Stato il necessario ed indiscusso *presupposto* del loro lavoro interpretativo, come tale sottratto per forza di cose a quella dimensione di *oggetto* d'indagine, che era — come ripetiamo — indispensabile per la nascita di una teoria giuridica dello Stato.

Proprio l'assunzione di tali posizioni *estreme* — o di completo rifiuto, o di completa subordinazione — di fronte alla nuova centralità del potere politico come fonte di diritto, emblematicamente rappresentata dal Codice civile francese del 1804, manteneva i giuristi ben saldamente ancorati alle tradizionali discipline privatistiche. Essi risultavano, per un verso incapaci di risalire dall'esegesi delle singole disposizioni emanate per la tutela dei

rapporti privati all'analisi del soggetto dotato di potestà normativa, per l'altro polemicamente protesi a contrapporre all'arbitrio del potere legislativo il primato del diritto storicamente radicato nella collettività, da essa fatto proprio al di fuori di qualsiasi 'ingerenza' del potere politico: ancora una volta un diritto 'privato'.

Anche Savigny, in un primo momento, volle collocarsi in una delle due posizioni estreme, in essa ravvisando la scelta per il 'diritto', quella che alla lunga sarebbe risultata inevitabilmente vincente. Tutto il contenuto del *Beruf* del 1814, e degli altri scritti minori di questo periodo (4), è fortemente condizionato dall'immagine di un potere legislativo — storicamente quello della rivoluzione francese — necessariamente portatore di instabilità, la cui attività risultava essere, quasi per propria intima 'vocazione', dannosa per il 'naturale' evolversi dei rapporti giuridici (5).

(4) Quelli degli anni 1815-1816, già citati nella nota 1.

(5) Ci limitiamo qui alla citazione di alcuni brani, particolarmente significativi sotto il profilo, indicato nel testo, della polemica savignyana contro il cosiddetto 'arbitrio' del legislatore: *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, in *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 75-80 (è il secondo paragrafo del *Beruf*, dedicato alla *Entstehung des positiven Rechts*), dove del tutto evidente appare la netta contrapposizione tra la «innere Nothwendigkeit» dello sviluppo giuridico, e la «Willkühr eines Gesetzgebers»; ed anche pp. 136-150 (è il paragrafo ottavo, intitolato *Was wir thun sollen wo keine Gesetzbücher sind*), laddove (p. 137) Savigny afferma a chiare lettere che è per lui «unmöglich die Natur der bestehenden Rechtsverhältnisse umzuwandeln», proprio nel contesto della definizione dei compiti della legislazione, ed ancora una volta esaltando l'ideale dello sviluppo 'organico' e 'necessario'. Simili accenti si trovano anche nello scritto programmatico *Über den Zweck*, cit., dove Savigny individua, quale compito principale della Scuola Storica, quello di combattere l'opinione (non-storica) secondo la quale il diritto verrebbe «in jedem Augenblick durch die mit der gesetzgebenden Gewalt versehenen Personen mit Willkühr hervorgebracht, ganz unabhängig von dem Rechte der vorhergehenden Zeit» (p. 6): e non si può non sottolineare la concezione savignyana del potere legislativo quale soggetto necessariamente distruttivo di ogni possibile 'razionalità' dell'evoluzione giuridica. Identiche prese di posizione si trovano nella *Recension* a N.Th. v. Göner, in *Vermischte Schriften*, cit., che è anzi a nostro avviso lo scritto nel quale Savigny con maggiore ampiezza di argomentazioni si contrappone al cosiddetto

Ne conseguiva una rigida esclusione della potestà normativa dello Stato dal campo di riflessione della scienza giuridica, il quale veniva così ad esaurirsi per intero nei confini del diritto privato: quest'ultimo appariva come l'*unico* diritto possibile, poiché nell'organico e graduale consolidarsi delle regole giuridiche tra i privati veniva individuata la sede naturale delle certezze giuridiche sulle quali si fondava la vita della collettività, il più efficace baluardo contro le destabilizzanti pretese del potere legislativo.

Il progetto savigniano contenuto nel *Beruf* finiva in tal modo per allontanare lo Stato dagli interessi della scienza giuridica, la quale non mirava a spiegare e delimitare con categorie giuridiche l'attività del potere politico, ma assai più radicalmente cercava di isolare la totalità della evoluzione giuridica della collettività dalla possibile, e negativa, incidenza degli atti dello Stato.

In tal modo, il progetto di riforma del diritto vigente condotto ad opera della scienza giuridica veniva oggettivamente posto in alternativa alle soluzioni codificatorie — la 'volontà di tutto governare', come Savigny diceva —: si determinava cioè uno stato di concorrenza-conflitto tra teoria giuridica e potere legislativo, e si indicava nella prima il soggetto che autonomamente avrebbe

'arbitrio' del legislatore, il quale qui viene più chiaramente indicato come il soggetto che si sottrae alle 'necessarie' leggi dello sviluppo storico, per operare «*eingenwillig und willkürlich*» sul diritto tramandato (cfr. spec. pp. 128-133). Di particolare rilievo su questo piano la conclusione del saggio, nella quale Savigny chiarisce in modo esemplare i motivi della sua avversione ai Codici, affermando: «*wer bürgt uns dafür, dass nicht bei dem nächsten Wechsel des Regenten oder des Ministers ein ganz anderes Gesetzbuch an die Stelle kommt, weil man dieses andere in bester Überzeugung für viel vernünftiger hält?*» (pp. 170-171); e poi subito dopo soggiungendo: «*Besonders gross ist diese Gefahr in unserer Zeit, wo auf der einen Seite fast alle bestehenden Verhältnisse erschüttert und wankend gemacht worden sind, auf der andern Seite aber die Ausführung solcher Arbeiten eben so viel an mechanischer Leichtigkeit gewonnen, als an Tiefe und Eigenthümlichkeit verloren hat*» (p. 171). Cos'è, agli occhi di Savigny, questa 'facilità' — quasi 'leggerezza' —, con la quale il potere politico legifera — e codifica —, se non l'espressione ultima della temuta decisionalità politica quale fonte produttrice di norme giuridiche? Opporsi al Codice significa allora contrastare l'affermazione di un dirimente nesso decisione politica-soluzione giuridica: progresso sì, ma senza la mediazione dell'autorità statale, tutto dall'interno della storia giuridica,

dovuto procedere alla riorganizzazione della totalità del diritto positivo ⁽⁶⁾.

Al di là di questa soluzione, Savigny lasciava intravedere unicamente il pericolo di una subordinazione del giurista alla non-razionalità insita nella disordinata massa delle disposizioni legislative, al confuso e caotico movimento della prassi ⁽⁷⁾. Proprio

⁽⁶⁾ Che tale fosse il progetto di Savigny, è confermato in molti passi contenuti negli scritti di questo periodo: *Vom Beruf*, in *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 80-86 (è il terzo paragrafo dedicato a *Gesetze und Rechtsbücher*); e spec. pp. 140-150 (nell'ottavo paragrafo dedicato a studiare *Was wir thun sollen wo keine Gesetzbücher sind*), nelle quali si contrappone chiaramente « die strenge historische Methode der Rechtswissenschaft », il suo tentativo « jeden gegebenen Stoff bis zu seiner Wurzel zu verfolgen » (p. 140), alle pretese di centralità del potere legislativo, il quale viene qui ridotto, nel quadro ideale di Savigny, alla « Entscheidung von Controversen, und Verzeichnis alter Gewohnheiten » (p. 148), da realizzare « in Form provisorischer Verfügungen oder Anweisungen an die Gerichte » (p. 149). In altre parole, ciò che si nega ancora una volta è la capacità del potere legislativo di riflettere autonomamente sui problemi della società: esso non deve far altro che seguire un'evoluzione giuridica che lo trascende completamente. Nella stessa direzione debbono essere interpretate alcune pagine del saggio *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 224-226, nelle quali Savigny, muovendo da un chiaro spirito polemico contro la tendenza « alles zu regieren und immer mehr regieren zu wollen » (p. 224), giunge a definire « Gesetz » (p. 226) il compendio (« Auszug », *ibid.*) delle « Verordnungen » accumulate nel tempo: compendio che potrebbe essere realizzato mediante la stesura di rapporti informativi sul diritto esistente, per cura dei tribunali e degli uffici amministrativi, in modo tale che al 'legislatore' non rimanesse poi altro compito che quello di raccogliere tali rapporti in un testo unico (*ibid.*). Inutile aggiungere che accanto a questa riduzione estrema dei compiti del legislatore torna puntualmente l'esaltazione del ruolo della scienza giuridica: il comune « wissenschaftlicher Geist » (p. 225) quale elemento realmente unificante, capace di conservare « der Ausübung des Rechts eine edle und haltbare Grundlage » (*ibid.*); non mancando poi il nostro giurista di osservare che laddove si è voluto introdurre nuovi codici il diritto ha perduto il suo contenuto 'scientifico' per ridursi a semplice 'pratica artigianale' (« blossen Handwerk », p. 225).

⁽⁷⁾ Evidente questa preoccupazione di Savigny nell'esame che egli compie della scienza giuridica di quei Paesi che si sono dati un Codice. Ci riferiamo al paragrafo nono del *Beruf*, intitolato *Was bey vorhandenen Gesetzbüchern zu thun ist*, in *Thibaut und Savigny*, cit., pp. 150-159, ed interamente dedicato a sottolineare il pericolo che la presenza di un Codice rappresenta per l'esistenza stessa di una 'vera' e 'vitale' scienza giuridica. Afferma Savigny, soprattutto con riferimento alla situazione francese: « Wir werden entweder gar keine juristische Literatur haben, oder (was wahrscheinlicher ist) eine so flache, fabrikmässige,

per reagire a questo pericolo sono formulate molte delle proposte contenute nel *Beruf*, ma — ed ecco il punto che ci interessa più direttamente — tale reazione, tutta protesa ad evitare che nella *scientia iuris* si affermasse un metodo di pura compilazione esegetica, conduce per parte sua a porre in posizione di rigida alternativa il *diritto-istituzione*, custodito nella ‘ coscienza popolare ’ e scoperto dalla scienza giuridica, al *diritto-strumento*, adoperato dal potere politico a fini di governo e di riforma degli equilibri della società civile. Savigny promuove in tal modo la ribellione dei giuristi tedeschi al tentativo d'imporre loro un ruolo ‘ tecnico ’ di semplice sistemazione della volontà normativa dello Stato; opera però indicando un diritto *diverso* da quello formalmente emanato dal potere legislativo, con quest'ultimo in necessario rapporto di conflitto: e dunque contribuisce anch'egli ad allontanare la prospettiva di una teoria giuridica dello Stato.

Se riprendiamo ora più direttamente lo studio del nostro problema, cercando di analizzare più da vicino l'influsso esercitato da Savigny sulle vicende della scienza di diritto pubblico dell'Ottocento, si può senz'altro considerare la polemica sulla codificazione proposta dalla Scuola Storica come un primo decisivo momento di dibattito destinato ad incidere in modo rilevante sulle future prese di posizione della teoria giuridica.

Bisogna però a questo proposito distinguere la parte critica e distruttiva di quella polemica da quella più propriamente propositiva. Sotto il primo aspetto, non v'è dubbio che indicare nella *scientia iuris* il soggetto capace di riflettere sul complesso dell'esperienza giuridica, al di là delle mere forme di normazione statuaria, significava aprire le porte ad una *possibile* scienza giuridica dello Stato, considerato come uno degli elementi di quel complesso, magari anche preminente, ma certamente non più come l'unico ed indiscutibile presupposto di tutta l'attività teorico-pratica dei giuristi.

Questa potenzialità teorica si disperdeva però quando si passava alla parte propositiva della polemica anticodificatoria. A

unerträgliche, wie sie uns unter der Herrschaft des Code zu überschütten angefangen hatte » (p. 158). Tale scienza giuridica è quella che corre « die Gefahr, von dem blossen Buchstaben überwältigt zu werden » (*Beruf*, p. 85).

questo secondo livello, come abbiamo già osservato, si finiva per allontanare di nuovo il potere politico dagli interessi dei giuristi, appunto perché il necessario distacco tra teoria giuridica e produzione normativa dello Stato si trasformava ben presto in aperto *conflitto*, per la soluzione del quale a favore della centralità della scienza giuridica — così come Savigny auspicava — era necessario isolare il ruolo del potere politico.

È proprio nel primo volume del *System* che questo stato di conflitto tende in buona parte ad attenuarsi — vedremo in qual senso ed in quali termini —, facendo così cadere l'ultimo ostacolo che ancora si frapponeva, dall'interno delle scelte metodologiche della scienza giuridica, alla formulazione di una teoria giuridica dello Stato.

Diciamo subito che a nostro avviso il passaggio decisivo sta nella formulazione della dottrina dell'istituto giuridico, che esamineremo sotto il profilo specifico della sua funzione di strumento interpretativo delle norme poste dallo Stato.

Prima è però necessario chiarire ulteriormente la natura di quel conflitto tra scienza giuridica e potere legislativo, cui più volte ci siamo riferiti. I due soggetti *scientia iuris* e potere politico erano per Savigny in conflitto in quanto storicamente portatori di due distinte nozioni di diritto a loro volta oggettivamente contrapposte. Da una parte, quello che sopra abbiamo definito il diritto-istituzione, radicato nella storia di un dato popolo, dotato di una propria autonoma razionalità ed obbiettività, preesistente rispetto al rapporto giuridico, cui compiutamente si applica nella forma di una regola giuridica; dall'altra, il diritto-strumento, frutto di consapevoli scelte del potere politico, che decide di privilegiare la tutela di certi diritti dei privati, di rispondere all'emersione di determinati bisogni sociali ⁽⁸⁾.

(8) Lo stesso Savigny, del resto, tenne sempre a chiarire tale natura del contrasto scienza giuridica-potestà normativa dello Stato. In modo assai esplicito, in una pagina della *Recension* a GÖNNER, in *Vermischte Schriften*, cit., dove il giurista di Francoforte afferma che la rivalutazione dei compiti della scienza giuridica, da lui compiuta nel *Beruf* contro le pretese di centralità della legislazione, aveva in realtà il senso ultimo di porre il diritto storicamente esistente (scoperto dalla scienza giuridica) in alternativa con il diritto 'creato' dal po-

È bene qui precisare che la *sostanza* di questo contrasto rimarrà sempre costante nell'opera di Savigny, anche nel primo volume del *System*. Egli riterrà così, anche nel 1840, come già nel 1814, di dover contrapporre una logica *interna* al diritto ad una concezione che riduceva a suo giudizio il dato giuridico a mero strumento di risoluzione dei conflitti tra i privati, che dunque muoveva da situazioni patologiche di non-diritto per spiegare il diritto medesimo ⁽⁹⁾.

La novità rappresentata dal *System* sta piuttosto nel fatto che la scienza giuridica, portatrice — secondo lo schema del *Beruf* — dei contenuti del diritto-istituzione, non opera più in contrapposizione polemica con il diritto autoritativamente posto dallo Stato, ma pretende anzi, proprio a partire dalla complessiva conoscenza della vita istituzionale del diritto, di spiegare, e ricondurre ad una sorta di superiore razionalità, la stessa legislazione statale.

L'importanza del *System* va dunque ben al di là di una generica rivalutazione dei compiti del legislatore, pur presente in molte delle pagine del volume del 1840 ⁽¹⁰⁾; la grande rilevanza

tere politico (quello dei Codici). A Savigny non interessa chi siano i portatori ed i soggetti agenti della normazione, ma solo affermare che il loro « *Beruf sey, das unabhängig von ihnen seyende Recht zu erkennen und auszusprechen, und dass sie diesen Beruf verkennen, wenn sie (obgleich in guter Absicht) ihre Willkür an dessen Stelle setzen* » (p. 128). La centralità della scienza giuridica corrisponde dunque, nelle scelte di Savigny, alla conservazione di un modo di essere 'obbiettivo' del diritto, di una spiccata autonomia del dato giuridico dalle contingenti scelte del potere politico.

⁽⁹⁾ Particolarmente significativa quella pagina del primo volume del *System*, nella quale Savigny, muovendo dalla considerazione secondo la quale il diritto « ha una esistenza per sé stante », polemizza con tutti coloro che « nella ricerca del concetto di diritto, partono dal punto di vista opposto, dal concetto del non diritto », ossia dalla « violazione della libertà », dallo stato di conflitto, dal « momento negativo », concependo il diritto come « la remozione di questo male »: *Sistema del diritto romano attuale*, cit., I, p. 336. Evidente anche qui il tentativo di Savigny di salvare un'autonoma razionalità del diritto, del tutto prescindente dalla concreta utilizzazione dello strumento giuridico — da parte dello Stato — per la soluzione dei conflitti interindividuali.

⁽¹⁰⁾ Sarà qui sufficiente richiamare il contenuto del noto paragrafo 13 del primo volume *System* (pp. 63-68 della trad. it.), dedicato proprio alla legislazione, nel quale è certamente rinvenibile un certo mutamento di accenti rispetto alle rigide e preclusive posizioni espresse nel *Beruf* (cfr. *supra*, note 5 e 6),

della svolta giunta ora a compimento attiene, in senso assai più specifico e puntuale, al mutamento di posizione della teoria giuridica rispetto alla legge dello Stato, la quale viene finalmente posta ad *oggetto* della riflessione scientifica dei giuristi, come componente di quella prassi del diritto cui si rivolgeva la teoria medesima.

Si superava così, non solo, come nel 1814, la condizione di passivo ossequio della norma statale da parte del giurista incapace di uscire dai confini del mero lavoro esegetico, ma anche l'opposta tendenza a fuggire dalla realtà del diritto positivo vigente per volontà dello Stato, al fine di ricercare altrove le cosiddette 'certezze giuridiche'.

Ma Savigny non si limitò a prendere atto della rilevanza della legislazione nell'ambito dell'esperienza giuridica moderna; nelle modalità con le quali il Maestro della Scuola Storica propose ai giuristi di porre ad oggetto della loro riflessione la legge dello Stato è contenuta, come vedremo, una convinzione ben precisa: che il diritto-istituzione, del quale la scienza giuridica ha esatta conoscenza, possa e debba *dominare* la natura strumentale e socialmente condizionata della normativa statale.

Centrale è a questo proposito — come avevamo sopra accennato — il concetto di istituto giuridico, e soprattutto la funzione

A questa rivalutazione del ruolo dello Stato e della legge hanno recentemente accennato, con riferimento al primo volume del *System*, F. DE MARINI, *Introduzione a Savigny. Antologia di scritti giuridici*, a cura della stessa De Marini, Bologna, 1980, pp. 22-23; e G. MARINI, *Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente*, relazione al Seminario su Federico Carlo di Savigny, p. 47 (nella sua attuale forma dattiloscritta). Per altro verso, M. BRUTTI, *L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 5-6, T. I, 1976-1977, pp. 41-103, ha parlato — ma anch'egli solo per inciso — della presenza di « un abbozzo di teoria dello Stato » in alcuni passi del primo volume del *System* (pp. 100-101): il riferimento d'obbligo è ai paragrafi 8-10 del libro primo, rispettivamente dedicati a 'Il popolo', a 'Stato-Diritto politico-Diritto privato-Diritto pubblico', ed infine a 'Opinioni diverse intorno allo Stato', ma anche a molti altri luoghi del volume del 1840. Non bisogna tuttavia confondere i due piani del discorso: mentre può dirsi ormai acciarrata una certa rivalutazione dei compiti del legislatore dal 1814 al 1840, più difficile è certamente l'individuazione dei contenuti della *teoria politica* savignyana nel suo complesso, nella totalità dell'opera del Maestro della Scuola Storica, e non solo nel primo volume del *System*.

che esso svolge nell'attività interpretativa delle regole giuridiche, siano esse espresse o meno in norme di diritto positivo emanate dallo Stato ⁽¹¹⁾.

Tutta la complessa costruzione di Savigny a questo proposito può essere sintetizzata nel tipo di nesso che egli stabilisce tra rapporto giuridico, istituto giuridico, e regola giuridica.

Volendo qui esprimere graficamente tale nesso, si potrebbe immaginare una sorta di figura geometrica triangolare, al vertice della quale sono posti gli istituti giuridici, mentre i due angoli in basso sono occupati, da una parte dai rapporti giuridici nelle loro concrete manifestazioni, dall'altra dalle regole giuridiche, eventualmente contenute in atti del potere politico.

Questa formulazione grafica del problema ci aiuterà a meglio comprendere le operazioni — sia pratiche che puramente teoriche — della scienza giuridica, le quali, come vedremo, sono rappresentabili come altrettanti movimenti lungo i lati del nostro triangolo.

La teoria giuridica ha il compito essenziale di costruire gli istituti muovendo dall'osservazione dei rapporti giuridici: essa perviene così ad individuare un 'tipo', cui è necessariamente subordinata una serie definita di rapporti tra individui, definibili come 'giuridici' ⁽¹²⁾. Ritornando ora al nostro espediente espositivo, potremmo dire che la teoria giuridica muove da uno degli angoli di base del triangolo per risalire al vertice; da qui essa ridiscende poi nel mondo delle regole giuridiche — all'altro angolo —, ricercandone una, in ipotesi contenuta in un atto legi-

⁽¹¹⁾ Alla dottrina dell'istituto giuridico in Savigny ha dedicato pagine di notevole rilevanza W. WILHELM, *Metodologia giuridica*, cit., pp. 48-59. Wilhelm, tuttavia, sembra interessato a tale dottrina solo in quanto in essa è rinvenibile la radice prima della giurisprudenza dei concetti, la prima scelta in senso autenticamente 'formalistico'. Diverso il nostro punto di vista, che attiene anch'esso a problemi di metodo, ma sotto lo specifico profilo delle possibilità di conoscenza 'giuridica' della legge dello Stato.

⁽¹²⁾ Afferma infatti Savigny: « Se noi non ci fermiamo dunque 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 » (*Sistema*, cit., I, p. 38).

slativo, che sia in perfetta coerenza con i tratti fondamentali dell'istituto giuridico già noto e formato ⁽¹³⁾.

Non diversa, se non nel grado di generalità, è l'operazione che è chiamato a porre in essere l'operatore pratico del diritto, il quale, al fine di regolare un certo rapporto giuridico, deve sempre risalire al corrispondente istituto, per essere poi in grado di ridiscendere alla norma e correttamente applicarla al caso in esame.

Come vediamo, se la teoria ha indubbiamente bisogno di guardare con estrema attenzione alla prassi del diritto, al concreto manifestarsi dei rapporti giuridici, proprio al fine di costruire gli istituti, il pratico del diritto, per parte sua, è per Savigny completamente incapace di risolvere i quotidiani problemi di applicazione delle norme prescindendo dalla necessaria presenza di una teoria giuridica consapevole del proprio determinante ruolo, continuamente protesa ad organizzare il diritto positivo in forma di istituti, e dunque a creare altrettanti sicuri punti di riferimento per l'interprete della singola e specifica norma giuridica ⁽¹⁴⁾.

In altre parole, le operazioni dei giuristi, ai diversi livelli nei quali possono essere collocate, hanno sempre e comunque una direzione obbligata, e soprattutto un punto di passaggio obbligato: l'istituto giuridico. Si può allora capire come il nostro triangolo non fosse in effetti tale, mancando completamente di un lato, quello che in ipotesi avrebbe potuto congiungere, in senso orizzontale, la norma giuridica direttamente con il rapporto da regolare.

⁽¹³⁾ Nello stesso contesto del brano citato alla nota precedente: « Infatti anche la regola di diritto, come pure la sua estrinsecazione nella legge, ha il suo più profondo fondamento nella intuizione dell'istituto giuridico » (*Ibid.*, p. 38).

⁽¹⁴⁾ Non a caso, in conclusione del suo ragionamento sulla centralità dell'istituto giuridico all'interno del nesso rapporto giuridico-regola giuridica, Savigny afferma: « Da ciò emerge con quanta poca ragionevolezza spesso si considerino nella scienza del diritto come affatto distinte, anzi opposte, la teoria e la pratica » (*Ibid.*, p. 39). Di grande rilevanza, del resto, in tutto il lavoro di Savigny, questa critica alla separazione di teoria e pratica del diritto, cui è dedicata anche larga parte della celebre Prefazione al volume del 1840; cfr. pp. 10 e ss.

A ben vedere, questo approccio della scienza giuridica alla regola di diritto, da Savigny proposto per il complesso dell'attività teorico-pratica dei giuristi, assume un particolare significato proprio quando la regola giuridica è contenuta in un atto dello Stato. In questo specifico caso, è possibile rinvenire, all'interno delle stesse scelte metodologiche del giurista di Francoforte, la profonda convinzione che gli atti dello Stato possano e debbano essere sovrastati da una razionalità oggettiva, di cui la scienza è portatrice, e che si esprime nella centralità dell'istituto giuridico. Quest'ultimo tende a *dominare*, sia il complesso della concreta vita dei rapporti giuridici, sia il cumulo spesso disordinato delle norme di diritto positivo, ma soprattutto si pone come filtro essenziale tra gli uni e le altre.

In definitiva, sottostante a questa costruzione savignyana, vi è ancora il primato del diritto-istituzione, espresso in modo sintetico in quel passo del *System* nel quale Savigny afferma che « dovunque un rapporto ci si presenta alla mente ed è posto in questione, già da lungo tempo esiste una norma per regolarlo, sicché non è necessario, né possibile, di inventarla allora per la prima volta » (15).

Ecco dunque perché non è possibile passare direttamente dal concreto manifestarsi del rapporto giuridico all'individuazione della relativa norma regolatrice, saltando la mediazione dell'istituto giuridico. Infatti, la norma in questione non costituisce per Savigny una consapevole risposta al prodursi di un certo rapporto che chiede di essere regolato; essa non deve essere 'inventata' in funzione di quel rapporto, ma solo 'scoperta' attraverso la percezione della totalità dell'istituto giuridico (16). Senza questo

(15) *Ibid.*, p. 42.

(16) Il soggetto agente di tale 'percezione' è la scienza giuridica. Essa non è però più protesa — come ancora lo era nel 1814 — a contrapporre polemicamente il diritto da essa scoperto nel 'profondo' della vita collettiva a quello autoritativamente emanato dallo Stato, convinta che questo secondo sia necessariamente destinato all'inerzia, ad essere respinto dal corpo sociale. Ora, nel 1840, secondo Savigny, i giuristi debbono con la loro opera riuscire a « presentare la regola astratta della legge nella sua viva correlazione con l'istituto giuridico, la cui idea senza dubbio ha dato origine anche alla legge, ma in questa non è direttamente visibile. Così il lavoro scientifico facilita ed assicura alla

necessario riferimento all'istituto tutto il sistema crolla: le regole giuridiche — e con esse gli atti legislativi che le contengono — perdono la loro natura di dati obbiettivi storicamente fondati, e si riducono di nuovo a meri *strumenti* di regolazione dei rapporti giuridici.

Concludiamo ora il nostro discorso. Dal *Beruf* al *System*, Savigny ha percorso, a nostro giudizio, un certo cammino. La rigida contrapposizione del 1814 tra il diritto come patrimonio giuridico della nazione, ed il diritto come prodotto dell'arbitrio del legislatore, perde nel 1840 il suo carattere di ragionamento chiuso ed in sé definito, e si trasforma in semplice, anche se netta, distinzione, dalla quale Savigny muove per la formulazione di un nuovo progetto.

Proprio l'attenuazione dei toni polemici consente infatti al nostro giurista di avviare un'operazione di grande portata, che non sarebbe stata immaginabile sulla base delle convinzioni espresse nel *Beruf*. Lo scopo di Savigny è ora quello di ricondurre la totalità delle regole di diritto, e con esse la stessa legislazione statuale, nell'ambito del diritto-istituzione, di dominare, attraverso l'opera della scienza giuridica, quella logica strumentale della legge, che nel 1814 era ancora solo lo spettro da esorcizzare, la sgradevole realtà da isolare accuratamente ⁽¹⁷⁾.

legge l'impero sopra i rapporti della vita pratica » (*Ibid.*, p. 71). Per chiarire: la scienza ha il compito di assicurare una mediazione 'giuridica' — 'obbiettiva', storicamente fondata nei 'naturali' ritmi di evoluzione della collettività — tra regole di diritto e realtà sociale concretamente manifestantesi nei rapporti giuridici, sottraendo tale mediazione al campo della pura decisionalità politica. In altre parole, è la *ratio* stessa della legge — insieme ai concreti motivi della sua emanazione — che deve divenire 'giuridica': siamo appunto alle origini della teoria giuridica dello Stato.

⁽¹⁷⁾ Non altrimenti sarebbero comprensibili le posizioni di Savigny in tema d'interpretazione della legge (e si dimentica troppo spesso che ad essa è dedicata larga parte del volume del 1840: tutto il capo quarto del libro primo, da p. 215 a p. 334), in particolare quando il nostro giurista, trattando delle 'Opinioni degli autori moderni sulla interpretazione' (è il titolo del paragrafo 50, pp. 324-331), si scaglia contro l'interpretazione estensiva o restrittiva, con la quale si minaccia gravemente a suo giudizio « ogni certezza del diritto, quella certezza per la quale sono così benefiche le leggi » (p. 328); e conclude affer-

Questo passaggio teorico è di grande rilevanza: e lo è proprio sotto il profilo della formazione di una teoria giuridica dello Stato. Con il *System* di Savigny, la scienza giuridica tedesca inizia a riflettere sulla legislazione quale involucro formale contenente una obbiettiva regola di diritto, a sua volta riconducibile ad un istituto già perfettamente ricostruito nella sua totalità. Quella scienza, passata la bufera della polemica sui Codici, si abitua cioè a considerare la legge dello Stato quale oggetto di conoscenza scientifica, alla pari di altre forme di vita del diritto.

Certo, si dovrà attendere ancora a lungo perché dall'analisi delle singole leggi si possa risalire ad una visione complessiva del potere politico, perché nasca il *progetto consapevole* di una teoria giuridica dello Stato, perché infine tale teoria possa trovare, alla presenza di mutate condizioni storiche, il suo centro unificante nel concetto di personalità giuridica dello Stato ⁽¹⁸⁾.

Ma sicuramente questi risultati finali non sarebbero stati conseguibili senza il lavoro preliminare di Savigny, il quale contribuì in modo decisivo a creare nella scienza giuridica tedesca la convinzione di essere portatrice di una necessaria dimensione istituzionale del diritto, capace di vincolare la stessa legge dello Stato e la sua concreta applicazione.

Un'ultima osservazione. Noi siamo convinti che la moderna scienza di diritto pubblico sia rimasta profondamente condizio-

mando che in questo caso non vale il richiamo ai giureconsulti romani, i quali adoperarono con libertà quei mezzi d'interpretazione solo grazie ad una loro posizione di particolare « influenza diretta sulla formazione del diritto, quale non può essere attribuita ai nostri, siano essi scrittori o giudici » (p. 331). La 'certezza' sta ora dunque dalla parte della legge, mentre deve essere limitato il possibile 'arbitrio' degli interpreti. Il fatto è che ormai per Savigny la 'legge' è l'espressione formale di un'obbiettiva regola di diritto, e non più il frutto delle 'mutevoli' scelte del potere politico: dalla polemica contro il potere legislativo della rivoluzione francese alla costruzione del 'diritto romano attuale', di una diversa, e più 'profonda', dimensione della 'certezza del diritto'.

(18) Sarà qui sufficiente un semplice richiamo a quanto esposto *supra*, alle note 2 e 3, a proposito dell'opera di Carl Friedrich von Gerber, sviluppatasi per intero in pieno *Nachmärz*, dopo il fallimento del movimento liberale del 1848, e nel contesto dell'ascesa della potenza politica prussiana: tutti elementi — uniti al decisivo balzo in avanti del processo d'industrializzazione — in larga misura, o del tutto, estranei alla situazione sociale, politica ed economica, nella quale si maturò la riflessione di Savigny.

nata da questo iniziale insegnamento di Savigny. Infatti, nelle vicende di tale scienza nella seconda metà del secolo scorso non andò mai perduta l'iniziale impostazione del Maestro della Scuola Storica: tutte le volte che i giuristi si accostarono a fondamentali problemi di teoria dello Stato, essi si sentirono invariabilmente portatori di un diritto rappresentabile come ordine istituzionale superiore allo Stato medesimo, capace di dominare la natura strumentale e socialmente condizionata dei suoi atti. Quest'ultimi dovevano essere concepiti, non come altrettante risposte a determinati bisogni espressi nell'ambito delle relazioni tra gli individui, ma come manifestazioni di una superiore ed obbiettiva dimensione di vita del diritto ⁽¹⁹⁾.

È possibile allora affermare che da Savigny in poi tutta la riflessione dei giuristi sullo Stato è nella sostanza, e nel senso sopra indicato, di tipo *istituzionistico*. Con una precisazione: non si tratta qui di stabilire artificiose linee di continuità tra le scelte metodologiche di Savigny e l'istituzionalismo del nostro secolo, maturatosi in un contesto storico profondamente trasformato, nel quale le scelte 'antinormativistiche' — o anche 'antistatualistiche' — assumevano contenuto e significati completamente diversi; e neppure intendiamo individuare nel Savigny del 1840 l'avvio di un definito filone di pensiero istituzionalistico, destinato

(19) Ciò è vero anche per la stessa Germania, ed in particolare proprio per la dottrina di diritto pubblico affermatasi dopo la fondazione del *Reich*. Infatti, al di là dei conclamati trionfi del metodo 'giuridico' di Paul Laband, tutto proteso a racchiudere le analisi dei giuristi nella sfera degli atti autoritativamente emanati dal potere politico esistente, uomini di primo piano in campo politico e scientifico, come Albert Hänel ed Otto von Gierke, contribuivano in modo decisivo — proprio attraverso una serrata critica alla scienza 'ufficiale' di Laband — a mantenere ben viva quella tradizione di pensiero per la quale alla scienza giuridica spettava storicamente il compito di spiegare l'intera dimensione 'pratica' del diritto, ivi compreso lo Stato nel suo rapporto con la società e nella sua potestà normativa, sulla base del necessario ordine istituzionale della collettività, conosciuto e 'scoperto' dalla scienza medesima. Abbiamo cercato di descrivere questa vicenda, a nostro avviso culminante con l'opera di Georg Jellinek, per molti versi già inserita nell'età di 'crisi' dell'assetto classico ottocentesco del rapporto Stato-società, nel volume *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, cit., pp. 317 e ss.

— com'è noto — a fortunati sviluppi nel nuovo secolo, specialmente in campo giuspubblicistico.

In altro senso, e ben più radicalmente, sosteniamo che *nessuna* teoria giuridica dello Stato sarebbe stata realizzabile senza il fondamentale passaggio teorico sopra illustrato; che *nessuna scienza* di diritto pubblico, al di là delle successive scelte in senso 'istituzionalistico' o 'normativistico', sarebbe stata pensabile a partire dalla metà dell'Ottocento, se i giuristi non avessero ritenuto di poter porre lo stesso potere politico ad *oggetto* delle proprie analisi: e che ciò, infine, fu possibile solo sulla base delle elaborazioni di Savigny sul terreno del diritto privato, le quali sboccarono complessivamente, per l'essenziale tramite della dottrina dell'istituto giuridico, nell'individuazione di un ordine istituzionale del diritto, di quel sistema di principii giuridici, che rappresentava, non solo il superamento, da parte della scienza di diritto privato, di una considerazione meramente esegetica del diritto positivo vigente, ma anche, in senso più generale, il 'profondo' ordine giuridico della collettività, capace di vincolare lo stesso potere politico.

Alla compattezza di tale ordinamento giuridico della società fu storicamente affidata l'idea di una *scienza giuridica* dello Stato, la quale si tradusse, sul terreno specifico del diritto pubblico, in un modello costituzionale di organica corrispondenza tra la *totalità* del corpo sociale e l'*unitaria personalità giuridica* dello Stato: modello costruito proprio al fine di arginare la progressiva emersione del diritto-strumento, delle logiche 'particolari' tendenti a deformare la fondamentale natura della legge — quella di involucro formale contenente un'obbiettiva regola giuridica, nell'accezione savignyana —, a ridurla a semplice 'risposta' a distinti, e spesso contrastanti, bisogni sociali.

La teoria giuridica dello Stato nacque dunque, sulla scia delle scelte metodologiche di Savigny, con il preciso intento di difendere l'essenzialità del momento *istituzionale* dell'esperienza giuridica. Descrivere, ed organizzare, in modo *giuridico*, il soggetto-Stato nella sua struttura interna, nella sua attività, nel suo rapporto con la società, significava in pratica tentare la radicale estromissione, dal complesso della dinamica pubblicistica, del momento della *decisionalità*, della consapevole scelta politica quale fonte

produttrice di norme giuridiche; significava, dunque, in ultima analisi, restituire tali norme alla loro 'naturale' dimensione di obiettive regole di diritto, radicate nel 'profondo' della collettività in forma di principii ed istituti.

Ma proprio qui, in questa *necessaria* caratterizzazione in senso istituzionalistico della teoria giuridica dello Stato, è contenuto il germe della sua futura — ed attuale — crisi. Quella teoria nasce infatti in contrapposizione ed in alternativa ad ogni possibile piano di consapevole e programmato intervento dello Stato sui problemi della società, individua la sua fondamentale finalità nel tentativo, non solo di imbrigliare, di contenere, ma anche e soprattutto di *negare radicalmente* quel momento di pura decisionalità politica, che sembra invece dominare tanta parte della storia del nostro secolo.

MICHAEL STOLLEIS

Ich kann mich kurz fassen, weil Herr Fioravanti schon eine ganze Anzahl von wichtigen Punkten behandelt hat. In vielen Dingen bin ich mit ihm einverstanden, aber es ist vielleicht mißverständlich zu sagen, die « effektive », die « wirkliche » Staatsrechtslehre habe mit C. F. v. Gerber begonnen. Das ist die Perspektive des staatsrechtlichen Positivismus selbst, die man nicht ohne weiteres übernehmen kann. Dadurch entsteht der (von den Protagonisten dieser Richtung gewünschte) Eindruck, als habe es vorher nur eine unvollkommene, in irgendeiner Beziehung « defekte » Staatsrechtslehre gegeben. Jedermann weiß, daß dies nicht so war: es gab die Reichspublizistik und die naturrechtliche Staatslehre, die Staatsrechtslehre und Allgemeine Staatslehre des Vormärz. Diese Richtungen verstanden sich nach Zielen und Methoden anders. Der mit dem Namen Gerbers bezeichnete Methodenwechsel ist der Wechsel zu einer anderen, nicht zu einer « wahren » Staatsrechtslehre, die es ja wohl nicht gibt.

Nun jedoch zu Savigny. Die bisherigen Diskussionsbeiträge, Fioravanti ausgenommen, haben die von Savigny behandelten Arbeitsgebiete (Zivilrecht und Rechtsgeschichte, Methodenlehre, am Rande etwas Strafrecht) und seine Beiträge hierzu in gewisser Weise isoliert von der politischen und staatsrechtlichen Debatte der Zeit. Es ist mit Recht gesagt worden, daß Savigny an dieser Debatte nicht aktiv teilgenommen hat. Aber er hat sie mit Distanz und Aufmerksamkeit in sich aufgenommen. Seine Positionen — etwa die zur Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht — sind schwer zu verstehen, wenn man nicht das publizistische Umfeld einbezieht. Die bewegenden Fragen der Zeit — Gleichheit, Pressefreiheit, Gewerbefreiheit, Bodenfreiheit, Gerichtsöffentlichkeit usw. — sind nicht primär im Zivilrecht, sondern in der Verfassungsbewegung und im öffentlichen Recht

diskutiert worden. Wer Zugang zu diesen Fragen über das Zivilrecht sucht, kommt gewissermaßen nur durch die « Seitentüre ».

Wie war also der Zustand der Publizistik, etwa zwischen 1790 und 1840? Zunächst dominieren noch die göttingische Schule (Schmauß, Achenwall und vor allem Pütter) und der Einfluß J. J. Mosers. Deren Denkstil setzt sich auf charakteristische Weise über das Jahr 1806 hinaus fort. Die bedeutendsten Publizisten des Vormärz — Häberlin, Leist, Gönner, Klüber — waren sich darin einig, daß die Reichspublizistik über das Ende des Alten Reichs hinaus wirksam und wichtig sei. Klüber etwa schrieb, « daß ein großer Theil des öffentlichen Rechts aus der Zeit des teutschen Reiches und des rheinischen Bundes, nebst dazu gehörender Literatur, für die Gegenwart, und wahrscheinlich noch lange hin, dem Staatsmann und Rechtsgelehrten nicht bloß nützlich, sondern unentbehrlich, folglich in frischem Andenken zu erhalten ist » (Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten, 1817, Vorrede).

So ähnlich aber die Methoden geblieben waren, die politischen Umstände hatten sich geändert. Die Publizisten mußten, anders als die Zivilisten, unweigerlich politische Stellung beziehen. Die Auswahlmöglichkeiten an politischen Positionen waren jedoch begrenzt. Entweder man zog sich ins Landesrecht zurück und wurde dort als Gesetzgeber tätig (Gönner) oder man hielt an den Idealen der Aufklärung fest und entschied sich für die nationale und demokratische Bewegung (Aretin, Rotteck) oder man optierte mit der Mehrheit für die konstitutionelle Monarchie (Klüber, Mohl, Zachariä, Behr, Jordan, Pöhlitz, Dahlmann u.a.). Schließlich konnte auch noch auf der Seite der « Reaktion » versuchen, Ständegesellschaft und monarchisches Prinzip zu verteidigen (Haller, A. Müller, F. Schlegel, Gentz, Stahl).

Die herrschende Methode des öffentlichen Rechts nannte sich « dogmatisch-historisch », ein Ausdruck, der die Savigny-Forscher bekannt berühren mußte. Klüber, von dem der Ausdruck stammt, suchte damit eine Vermittlung zwischen der Dogmatik des geltenden Staatsrechts und dem historischen Material. Diese Vermittlung war auch notwendig; denn die meisten dieser Publizisten, sofern sie nicht ausgesprochen auf der konservativen Seite standen, hatten Probleme mit ihren Regierungen, und zwar immer mehr,

je weiter sie sich demokratischen Positionen näherten. Ich erinnere nur daran, daß Behr und Sylvester Jordan jahrelang im Gefängnis saßen, daß Rotteck, Mohl und Klüber sowie die Göttinger Sieben ihre Lehrstühle verloren. In Österreich führte der politische Druck zur Umwandlung der staatsrechtlichen Lehrstühle in Statistik-Lehrstühle. In Preußen gab es vor 1848 keinen einzigen Publizisten von Rang. Allenfalls im liberalen Südwesten war für das öffentliche Recht etwas wie Lehrfreiheit anerkannt, weshalb ja auch im Vormärz Heidelberg an die Stelle Göttingens getreten ist.

Dieser hier kurz skizzierte Zustand des öffentlichen Rechts war wohl auch eine Ursache dafür, daß ein so hochbegabter, politisch vorsichtiger und nach Wissenschaft lehzender junger Mann wie Savigny sich dem Staatsrecht und der Staatslehre *nicht* zugewandt hat. Das öffentliche Recht war damals keine ruhige Provinz und es konnte deshalb auch nicht «wissenschaftlich» bearbeitet werden. Hier herrschte die Polizei und der von Savigny als so störend und schädlich empfundene Gesetzgeber.

Denkt man diesen Gedanken weiter, dann fällt auch Licht auf das von Herrn Fioravanti behandelte Problem: die Vorbildhaftigkeit von Savignys «System» für das «System des deutschen Privatrechts» (1848/49) und die «Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts» (1865) von C. F. v. Gerber. Methodisch gibt es hier zweifellos Verbindungslinien zu Savigny — sie laufen über Gerbers Lehrer Puchta —, entscheidend für die Ausbildung eines öffentlichrechtlichen Systems ist aber wohl die politische Beruhigung nach 1848, die allmähliche Aussöhnung des Liberalismus mit dem Gedanken der «Realpolitik» und des Machtstaats, die ganz entscheidend zur Entstehung des staatsrechtlichen Positivismus beigetragen hat.

JAN SCHRÖDER

Es sind nur zwei kurze Bemerkungen, die ich machen will.

Die erste betrifft das Referat von Herrn *Caroni*.

Ein Grundgedanke des Referats von Herrn Caroni bestand wohl darin, daß Savignys «System» durch Aufstellung von Prinzipien wie: allgemeine Rechtsfähigkeit, Vertragsfreiheit, Freiheit des Eigentums, Privatautonomie den Interessen des liberalen Bürgertums in ähnlicher Weise entgegenkommt wie die Kodifikationen, «System» und Kodifikationen daher austauschbar sind. Ich möchte fragen — und insofern knüpfe ich in gewisser Weise an Herrn Fioravanti und Herrn Stolleis an —, ob hier nicht doch das Privatrecht und Savignys Bekenntnis zur allgemeinen Rechtsfähigkeit überschätzt werden. Die für die Privatrechtsordnung im Übergang von ständischen zum egalitären Staat entscheidende Frage liegt ja weniger darin, *wie* ein bestimmtes Privatrecht beschaffen ist, als darin, *für wen* es gilt, und diese Frage ist dem Privatrecht vorgelagert. Insofern ist der Begriff der allgemeinen Rechtsfähigkeit sicherlich zentral, aber wenn das Prinzip der allgemeinen Rechtsfähigkeit lückenlos durchgeführt wird, dann setzt es eben bestimmte jenseits des Privatrechts liegende politisch-verfassungsrechtliche Entscheidungen voraus (Einebnung der Ständeordnung, zum Beispiel durch Bauernbefreiung und Judenemanzipation). So hätte zum Beispiel im österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Code Civil das Prinzip der allgemeinen Rechtsfähigkeit nicht aufgestellt werden können, wenn nicht vorher durch Aufhebung der Leibeigenschaft und Judenemanzipation die politischen Voraussetzungen dafür geschaffen worden wären. Und das preußische Allgemeine Landrecht, das von Savigny ja auch zu den Kodifikationen gerechnet wird, kennt gar keine allgemeine Rechtsfähigkeit. «Die» Privat-

rechtskodifikation, an der man die politische Dimension von Savignys Kodifikationsfeindschaft messen könnte, gibt es meines Erachtens nicht. Ich will also sagen, daß das Prinzip der allgemeinen Rechtsfähigkeit gar nicht für die Privatrechtskodifikationen spezifisch ist, sondern der Umfang seiner Verwirklichung mehr oder weniger der Ausdruck verfassungsrechtlicher Entwicklungen dieser Zeit ist. Und wenn man sich nun ansieht, wie Savigny diesen verfassungsrechtlichen Entwicklungen gegenübergestanden hat, dann kann man in ihm wohl kaum einen liberalen Vorkämpfer der allgemeinen Rechtsfähigkeit sehen. Er hat die Bauernbefreiung sehr kritisch betrachtet (cf. die vorsichtigen Andeutungen bei Bethmann-Hollweg, *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* 6, 1867, p. 72) und die Judenemanzipation strikt abgelehnt (*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 3, 1817, p. 23). Seine Darstellung des Prinzips der allgemeinen Rechtsfähigkeit ist denn auch ganz positivistisch, wenn er annimmt, daß «manchen einzelnen Menschen die Rechtsfähigkeit ganz oder teilweise» durch das positive Recht versagt werden kann (*System II*, p. 2, cf. auch p. 148, p. 234). Das ist kaum mehr als eine Registrierung des positiven Rechtszustands, wie er um 1840 in Deutschland gegeben war. Vom naturrechtlichen Pathos etwa des § 16 ABGB («schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte») ist Savigny in der Sache doch recht weit entfernt.

Meine zweite Bemerkung möchte ich zum Referat von Herrn *Marini* machen.

Es hat mir sehr gefallen, daß Herr Marini gesagt hat, die Unterschiede zwischen dem Geschichtsbegriff Savignys und Hegels seien gar nicht so groß, wie sie oft gemacht würden. Wenn Hegel sagt, «was wirklich ist, das ist vernünftig» (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Vorrede), dann ist das bekanntlich nicht so zu verstehen, daß alles Tatsächliche, Empirisch-Zufällige in diesem Sinne «wirklich» und damit vernünftig ist, sondern «wirklich» ist eben auch nur wieder, «was vernünftig ist», die Begriffe bestimmen sich wechselseitig. Und eine ähnliche, wenn auch vielleicht anderen Kriterien folgende Selektion unter dem Empirisch-Historischen trifft ja auch Savigny. Ich erinnere hier nur an die bekannten Stellen des «Beruf» über die historische Methode: es ist nach Savigny nicht alles Historisch-Gegebene im geltenden Recht

anzuerkennen, sondern der Stoff muß von dem « Abgestorbenen » gereinigt werden, es ist nur das zu berücksichtigen, was dem « volksmäßigen Bedürfnis » entspricht und es muß entfernt werden, was durch « Unkunde und Dumpfheit literarisch schlechter Zeiten, ohne alles wahrhaft praktische Bedürfnis » hineingekommen ist (Vom Beruf unserer Zeit ..., p. 117 seq., p. 119). Hier liegt doch eine gewisse Verwandtschaft der Positionen Hegels und Savignys vor, indem beide nicht jedes historisch-zufällige Datum als für die Rechtswissenschaft verbindlich betrachten. Und davon hebt sich nun meines Erachtens scharf der Begriff des positiven Rechts bei Kant ab, für den das positive Recht « aus dem Willen eines Gesetzgebers hervorgeht » (Metaphysik der Sitten, ed. 1 und 2, p. 44), also inhaltlich offenbar beliebig, zufällig und willkürlich sein kann, weshalb dann eine empirische Rechtswissenschaft auch nur ein hölzerner Kopf ohne Gehirn ist (Metaphysik der Sitten, ed. 1 und 2, p. 32). In diesem Punkt steht auch Gustav Hugo der Kantschen Position näher als der von Savigny und Hegel, denn auch für Hugo ist das positive Recht « empirisch ... zufällig... geschichtlich » (Encyclopädie, ed. 5, p. 21 seq.). Ich halte es daher für zweifelhaft, und mich würde sehr Herrn Marinis Ansicht dazu interessieren, ob eine Polemik, wie sie Hegel in § 3 der Grundlinien der Philosophie des Rechts gegen Hugo richtet, auch gegen Savigny hätte gerichtet werden können.

Das war alles. Ich danke Ihnen.

ALFRED DUFOUR

Comme je suis un des rares francophones ici présents, illustrant par là pauvreté de l'historiographie de langue française en ce qui concerne Savigny, je pense que vous me permettrez de parler en français.

En fait, je voudrais me borner à deux ordres de remarques, qui se rapportent, d'une part, à l'un des motifs de *méditation* du professeur Orestano, et d'autre part, à la *question finale* que le professeur Orestano a posée.

En ce qui concerne les motifs de méditation, j'ai été particulièrement retenu — comme ceux qui ont parlé avant moi — par la problématique de Savigny publiciste, singulièrement dans la perspective qui a été esquissée par le professeur Orestano avec l'importance accordée à la notion de *Volk* par Savigny. Après tout ce qui vient d'être dit — de façon extrêmement brillante et savante par les professeurs Fioravanti et Stolleis — je voudrais simplement faire part de quelques réflexions à ce sujet.

La première a trait à l'attitude fondamentale de Savigny en la matière. Je me demande en effet s'il n'y a pas chez Savigny une forme d'allergie à l'égard du droit public, une allergie dont un des symptômes tient dans sa perception du mouvement de codification comme procédant d'un « *alles zu regieren und immer mehr regieren zu wollen* » ⁽¹⁾ et dont les conséquences se marquent dans son *oeuvre* par la place très restreinte — à peine une demi-douzaine d'articles ⁽²⁾ — qu'y occupent les études de publiciste.

⁽¹⁾ Cf. SAVIGNY, *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. 3, 1816, p. 44.

⁽²⁾ Cf. *Ueber die römische Steuerverfassung unter den Kaisern*, in *Abhandlungen der königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin aus den Jahren 1822 und 1823*, *Hist.-philolog. Kl.*, 1825, p. 27-71, et *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. 6, 1828, p. 321-396; *Die preussische Städteordnung*, in *Historisch-*

Je me demande aussi si cette forme d'allergie à l'égard du droit public n'est pas liée chez Savigny au complexe de la pensée juridique allemande de l'époque à l'égard de la Révolution française; je me demande surtout s'il n'est pas téméraire dès lors de vouloir à tout prix dégager de l'oeuvre de Savigny une image de Savigny publiciste, comme l'illustrent les distorsions auxquelles on en est arrivé telles celles qui présentent Savigny comme un Tartuffe de la Réaction ou comme un Joseph de Maistre allemand: ainsi Edouard de Laboulaye dans son *Essai sur la vie et les doctrines de Savigny* (Paris 1842), qui cherche à dégager une pensée publiciste de l'oeuvre de Savigny pour le tirer du côté du traditionalisme français (3). Et je me demande par ailleurs si un autre symptôme de cette allergie de Savigny au *droit public* ne tient pas dans sa conception *quasi-prophylactique* de la notion de *peuple*. Ce qu'il y a de frappant en effet dans la notion savignienne de *peuple*, aussi bien dans le « *Vom Beruf* » que dans le « *System* », c'est autant son caractère délibérément idéal —, sinon *métaphysique*, en tout cas *métajuridique* (4), — que les préventions qui l'inspirent et lui font récuser toute acception politico-juridique (5), de telle sorte qu'il apparaît hasardeux d'en inférer toute une doctrine juspubliciste, si ce n'est sur le mode des procès d'intention.

Dernière réflexion au sujet d'une doctrine juspubliciste savignienne, après ce qui vient d'être dit sur le caractère tardif de l'enseignement du Droit public au XIXe siècle: je me demande si un des premiers à appliquer la méthode historique en Droit public

politische Zeitschrift, I/1832, p. 389-414; *Wesen und Werth der deutschen Universitäten*, in *Historisch-politische Zeitschrift*, I/1832, p. 569-592, ainsi que le *Beitrag zur Rechtsgeschichte des Adels im neuern Europa*, in *Abhandlungen der königlichen Akademie der Wissenschaften zu Berlin aus dem Jahre 1836*, *Hist.-philolog. Kl.*, 1838, p. 1-40.

(3) Cf. E. de LABOULAYE, *op. cit.*, p. 51: « En transportant dans la politique les doctrines que Savigny appliquait aux institutions civiles, on s'aperçoit qu'il y a une grande analogie entre les idées du grand savant Allemand et celles qu'émit au commencement du siècle M. de Maistre ... ».

(4) Cf. de manière caractéristique, *System*, I. Bd., I, II, § 10, en conclusion de la distinction des quatre acceptions du terme, la formule: « das ideale Volk, wovon hier die Rede ist », *op. cit.*, p. 31.

(5) Cf. *System*, I. Bd., I, II, § 8. *Volk*, et surtout § 10. *Abweichende Meynungen über den Staat*, notamment p. 28-30.

et à tenter d'élaborer un système de droit public parmi les disciples de l'École historique, ne sera pas, entre 1828 et 1834, un auteur qu'il me plaît de citer ici en Italie: Pellegrino Rossi. C'est lui en effet le premier à donner un cours de droit public en 1828 déjà à Genève et c'est lui surtout qui inaugure en France, en 1834, l'enseignement du droit public et constitutionnel à l'École de Droit de Paris, en se référant explicitement à la méthode historique et à la méthode systématique ⁽⁶⁾. Voilà pour les motifs de *méditation* soumis par le professeur Orestano, relativement à Savigny *publiciste*, ainsi qu'au rôle de la notion de *peuple* dans cette perspective.

En ce qui concerne la *question* posée par le professeur Orestano sur la place de l'élément *religieux* dans l'oeuvre de Savigny, j'ai été intéressé par ce problème à la lecture du récent ouvrage du professeur Giuliano Marini, qui insiste sur l'importance de l'influence de Schleiermacher sur la pensée de Savigny ⁽⁷⁾. En fait, il me semble qu'il y a deux passages, en plus de celui qu'a cité le professeur Orestano, où Savigny fait une référence directe ou indirecte à un élément religieux. Les deux se trouvent dans le « *System* ». Le premier figure dans le paragraphe 7 relatif à l'« *Allgemeine Entstehung des Rechts* » ⁽⁸⁾. Parlant de l'« *unsichtbare Entstehung des positiven Rechts* », Savigny reconnaît qu'il est difficile d'en donner des preuves documentaires, mais il cite parmi les « preuves d'un autre ordre »: « *l'uralte Behauptung eines göttlichen Ursprungs des Rechts* » ⁽⁹⁾. Il y a là une référence à la croyance d'un fondement divin de tout Droit, que l'on trouvera développée

⁽⁶⁾ Cf. à ce sujet A. DUFOUR, *Pellegrino Rossi publiciste*, in *Des libertés et des peines*, Actes du Colloque Pellegrino Rossi, Genève, 1980, p. 213-247, ainsi que pour l'influence de Savigny sur P. Rossi, P. CARONI, *Pellegrino Rossi et Savigny L'École historique du Droit à Genève*, *ibid.*, p. 15-40.

⁽⁷⁾ Cf. G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Naples 1978, p. 76.

⁽⁸⁾ Cf. *System*, I. Bd., I, II, § 7, p. 14-15.

⁽⁹⁾ Cf. *op. cit. loc. cit.*: « Allein an Beweisen anderer Art, wie sie der besondern Natur des Gegenstandes angemessen sind, fehlt es nicht. Ein solcher Beweis liegt in der allgemeinen, gleichförmigen Anerkennung des positiven Rechts, und in dem Gefühl innerer Nothwendigkeit, wovon die Vorstellung desselben begleitet ist. Dieses Gefühl spricht sich am bestimmtesten aus in der uralten Behauptung eines göttlichen Ursprungs des Rechts oder der Gesetze ».

parallèlement par Jakob Grimm dans son article « *Von der Poesie im Recht* » (10). Il y a un deuxième passage important à citer et c'est au paragraphe 15 du « *System* », dans le développement que Savigny consacre à l'« *allgemeine Aufgabe des Rechts* » (11): Savigny fait alors explicitement référence au christianisme comme « *Lebensansicht* », qui pénètre totalement le Droit, dans laquelle la réalité juridique tout entière se trouve intégrée (12). Ce sont là des éléments que l'on ne peut négliger dans une appréciation d'ensemble de la pensée savignienne, même si ce ne sont pas des professions de foi qui permettraient d'intégrer Savigny à un courant traditionaliste. Il me paraissait important de les relever en réponse à la question soulevée par le professeur Orestano.

(10) Cf. *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. 2, 1816, § 2, p. 27, avec la référence au prologue rimé du « *Miroir de Saxe* » d'Eike von Reggow.

(11) Cf. *System*, I. Bd, I, II, § 15, p. 53-54.

(12) Cf. *op. cit. loc. cit.*: « Jene allgemeine Aufgabe alles Rechts nun lässt sich einfach auf die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur zurückführen, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt; denn das Christenthum ist nicht nur von uns als Regel des Lebens anzuerkennen, sondern es hat auch in der That die Welt umgewandelt, so dass alle unsre Gedanken, so fremd, ja feindlich sie demselben scheinen mögen, dennoch von ihm beherrscht und durchdrungen sind ».

HEINZ MOHNHAUPT

Ich möchte nur einige Bemerkungen in Anknüpfung an den Vortrag von Herrn Professor Caroni machen. Ich habe Herrn Caroni so verstanden, daß Savigny — um einen Begriff von ihm selber aufzunehmen — den « Beruf » seiner Zeit zur Reform sehr wohl erkennt und anerkennt, aber als Instrument dieser Reform nicht die Kodifikation, sondern die Rechtswissenschaft einsetzen möchte. Ich stimme dieser Beurteilung voll zu.

Träger und Mittler der Reformarbeit ist für Savigny nicht die Kodifikation, d.h. der parlamentarische — und damit auch politische — Gesetzgeber, sondern die Rechtswissenschaft, und das heißt wiederum der wissenschaftlich arbeitende Juristenstand besonders der Universitäten. Damit stellt sich die Frage, inwieweit die eine der bekannten 3 Rechtsquellen-Säulen, nämlich Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung, einander in ihren Funktionen ersetzen können, womit immer auch ein Wechsel der diese Rechtsquellen tragenden und erzeugenden Personengruppen verbunden sein konnte. Diese Fragestellung kann man im Rechtsquellenverständnis von Savigny in der Tat gut erkennen und nachvollziehen.

Es könnte vordergründig nur als ein formales Problem erscheinen, daß Savigny der Rechtswissenschaft diese Reform-Aufgabe zuweist. Hinter einer solchen Entscheidung stecken aber sicherlich auch Voraussetzungen politischer Art oder politisch wirkende Folgen, unabhängig davon, ob Savigny diese gewollt hat oder nicht. Professor Wieacker hat ja in Beziehung auf die politische Wertung der Haltung Savignys heute schon einige interessante Relativierungen formuliert. Wie dem auch sei, man kann vielleicht doch so viel sagen, daß zum Verständnis der Lebensanschauung oder der politischen Einstellung Savignys diese 3 Punkte gehören:

1) Der Wert der überkommenen — wenn auch liberalisier-

ten — Stände-Ordnung wird von ihm grundsätzlich bejaht. Er selbst, das ist heute auch schon gesagt worden, gehörte dem Adelsstande an; er selbst ist zudem noch Jurist, was im Selbstverständnis Savignys sicherlich noch eine zusätzliche Form der — um es mit einem Wort von ihm zu sagen — Veredelung dieses Adelsstandes bedeutete.

2) Er bejahte die Monarchie. Der Staat kann für ihn nur ein christlicher Staat sein. Auch davon war schon kurz die Rede. Beides beleuchtet seine Vorstellung von « Volk » und « Volksgeist ». Beide Begriffe sind für ihn vorrangig kulturelle Phänomene. « Volk » und Rechte des Volkes werden von ihm nicht im Sinne einer verfassungsrechtlichen Kategorie oder eines verfassungsrechtlichen Anspruchs gesehen. Der « eigentliche Wille des Volkes » (Savigny, Beruf, in: Stern, Thibaut und Savigny, p. 81) wird durch den Juristenstand repräsentiert und nicht durch die im Parlament konkretisierte und repräsentierte « *volonté générale* ».

3) Der Weg der Reform schließt für Savigny jede radikale Umformung aus. « Reform » kann für ihn niemals « Umsturz » heißen, sondern nur das allmähliche Bessern nach den Kriterien einer überschaubaren und dargelegten systematischen Wissenschaft (cf. auch Coing, Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft, in: *Jus commune* 8 (1979) 10). Die sorgfältige Eliminierung — wie er es nennt — des brauchbaren Rechtsstoffs von dem, was abgestorben ist, wird von ihm wiederholt gefordert. In dieser Haltung wirkt sicherlich noch das Erlebnis der französischen Revolution mit der jakobinischen Gewaltherrschaft nach, deren abschreckendes Beispiel konservativer Zeitgeist in ganz Europa willig als rechtfertigendes Argument für die eigene Haltung aufnahm. Parallelen zur österreichischen Kodifikationsdebatte — ich nenne den Namen Franz von Zeiller — lassen sich hier ziehen.

Im Grunde sind diese 3 Auffassungen Savignys solche, die im öffentlichen Recht bzw. im Verfassungsrecht wurzeln. Für Savigny sind sie Grundlage, Bedingung und Aufgabe der neu definierten Privatrechtswissenschaft.

Es scheint in diesem Zusammenhang mir nicht unnützlich zu sein, kurz einen Blick auf die Rechtsquellsituation zu werfen,

die Savigny vorfand, als er daranging, die Kodifikation abzulehnen und die Rechtswissenschaft als die Führungskraft zur Bewältigung der anstehenden und praktisch gesehenen Aufgaben zu definieren. Hier ist eigentlich die Diagnose, die die Kodifikatoren im Zeitalter der Aufklärung und des Vernunftrechts über die Rechtsquellen ihrer Zeit gestellt hatten, die gleiche wie bei Savigny, wenn auch die gezogenen Folgerungen sehr unterschiedlich sind:

a) Die Veränderung und Aufweichung des römischen Rechts durch ausufernde Interpretationen der Rechtswissenschaft und Gerichtspraxis sind oft zitierte Klagen.

b) Die daraus folgende Uneinheitlichkeit der Rechtsprechung wird häufig kritisiert. Der Rang der Rechtsprechung innerhalb der Rechtsquellenordnung war in der Tat sehr schwankend, denn die Rechtsquellentheorie definierte Urteile als bloße Einzelfallentscheidung, als Präjudiz und sogar bis hin zur « vis legis » und Rangleichheit mit dem Gesetz.

c) Die legislatorischen Formen, in denen Gesetze auftreten können, sind im gemeinrechtlichen Europa so vielgestaltig, daß man von einem einheitlichen Gesetzesbegriff überhaupt nicht reden kann; angefangen vom Polizeimandat, königlichen Edikten, den Landesordnungen reicht das Gebiet der Gesetze und Gesetzgebung bis zum heterogenen Feld der Privilegien. Alle diese 3 Gruppen, nämlich Rechtsprechung, Rechtswissenschaft und Gesetzgebung stehen untereinander in einem wechselseitig bedingenden Abhängigkeitsverhältnis, wobei auch zu bedenken ist, daß jede der 3 Rechtsquellengattungen für sich genommen noch nicht über eine formale und materiale Eindeutigkeit verfügt.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsquellsituation ist in den meisten europäischen Staaten der Ruf nach dem « jus certum » im Kodifikationszeitalter des 18. Jahrhunderts zu verstehen. Man sucht eine rationale Grundlage, man will ein sicheres Recht. Savigny nimmt diese Kritik auf und sehr ernst. Diese Sicherheit des Rechtes wird auch von Savigny sehr wohl gefordert, wenn er zur Methode der Römer — Professor Bretone hat darauf auch schon hingewiesen — bewundernd bemerkt: « Die Begriffe und Sätze ihrer Wissenschaft erscheinen ihnen nicht wie durch ihre Willkühr hervorgebracht ... Darum eben hat ihr ganzes Verfahren

eine Sicherheit, wie sie sich sonst außer der Mathematik nicht findet, und man kann ohne Uebertreibung sagen, daß sie mit ihren Begriffen rechnen.» (Savigny, Beruf, in: Stern, Thibaut und Savigny (1959) p. 88). Die Folgerungen, die Savigny angesichts dieser Situation zieht, sind höchst praktische. Nach den vielen und reichen Darlegungen und Analysen der philosophischen Grundlagen im Werk Savignys möchte ich gerade auf diesen praktischen Aspekt noch hinweisen. Auch dafür ist sehr bezeichnend, was er im «Beruf» erklärt: «In den Ländern des gemeinen Rechts wird, so wie überall, ein löblicher Zustand des bürgerlichen Rechts von drey Stücken abhängig seyn: erstlich einer zureichenden Rechtsquelle, dann einem zuverlässigen Personal, endlich einer zweckmäßigen Form des Prozesses.» (Savigny, Beruf, in: Stern, Thibaut und Savigny (1959) p. 136). Das sind also die 3 Forderungen, die Savigny an die Sicherheit des Rechts stellt. Wir haben gesehen, daß diese Form von Sicherheit ihm offensichtlich am besten verbürgt erscheint durch die Rechtswissenschaft sowie «den Geist und die Bildung des Juristenstandes» (Savigny, in: Stern, Thibaut und Savigny (1959), p. 225). Die Rechtswissenschaft wird von ihm auf system- und quellengeleitete historische Erfahrung neu gegründet.

Diese Rechtssicherheit hätte vielleicht auch — wenn wir jetzt an die Austauschbarkeit der 3 Rechtsquellengattungen denken — durch die Rechtsprechung erfolgen können. Ich möchte hier noch darauf hinweisen, daß Savigny durchaus auch das englische Rechtsquellensystem positiv beurteilt und als eine würdige Form für die Bewältigung anstehender Probleme in England anerkannt hat (cf. die Nachweise bei Stern, Thibaut und Savigny (1959), p. 225). Er hielt jedoch den Richterstand auf dem Kontinent und namentlich in Deutschland nicht für hinreichend ausgebildet, diesen Weg erfolgreich beschreiten zu können. Aber immerhin darf man vielleicht sagen, daß Savigny diese Möglichkeit mitbedacht hat.

Die Rechtswissenschaft als die erstrangige Rechtsquellengattung bedeutete zugleich für ihn — und das sollte dabei auch gesehen werden —, eine gewisse Freiheit im Umgang mit den Rechtsquellen, d.h. mit dem römischen Recht. Ich möchte auch hier der Kürze wegen nur ein Zitat als Beleg anführen, das sich

gleichfalls im « Beruf » findet. Auch hier ist das römische Recht für Savigny das Fundament der Rechtsquellen schlechthin, wenn er sagt: « Wir haben also nur die Wahl, ob wir wollen, nach Baco's Ausdruck, *sermocinari tamquam e vinculis*, oder ob eine gründliche Rechtswissenschaft uns lehren soll, diesen historischen Stoff frey als unser Werkzeug zu gebrauchen: ein drittes giebt es nicht. » (Savigny, *Beruf*, in: Stern, Thibaut und Savigny (1959), p. 137). So unbestreitbar wichtig und interessant die historische Spurensuche nach den philosophischen Grundlegungen und theoretischen Fundamenten im Werk Savignys auch ist, so sollte man doch aber auch immer mitbedenken, daß Savigny bei seiner historischen, philosophischen Ausrichtung — wie mir erscheint — den praktischen Erfolg für die dogmatischen Lösungen, die er anstrebt, immer mitgedacht hat. Man kann wohl sagen, daß Savigny in seiner philosophischen Ausrichtung und Abwehr, mag sie nun Kant oder Hegel, Fichte, Schelling, Schleiermacher oder Goethe betreffen, sehr eklektisch vorgeht. Stets hat er jedoch diese seine philosophischen Grundpositionen sehr stark ausgerichtet auf die praktischen Rechtsfolgen. Diese stehen ihm sehr klar vor Augen im Bereich der dogmatischen Lösungsmodelle, die er für einzelne Rechtsinstitute anstrebt. Und wenn er so verfährt — und das ist nun eine Folge seiner Wahl für die Prädominanz der Rechtswissenschaft —, so hatte er für seine Disziplin der Rechtswissenschaft eine Freiheit bewahrt, wie sie das Gesetz bzw. die Kodifikation dem Bereich der Rechtswissenschaft nicht eingeräumt hätte und auch nicht nach dem konstitutionellen Verfassungsverständnis der Zeit hätte einräumen können. Zudem hätte eine solche auf parlamentarischem Weg zustandgekommene Kodifikation einen politischen Gesetzgeber neben dem Monarchen als Urheber gehabt, was nicht dem Idealbild Savignys entsprach. Zugleich hatte Savigny damit aber auch — und das ist jetzt von mir mehr eine Frage — wohl eine Möglichkeit gefunden, der Problematik der politischen Gleichheit aus dem Wege zu gehen. (Zur politischen Analyse der Privatrechtswissenschaft cf. W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jh. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt 1958).

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

FILIPPO RANIERI

SAVIGNY E IL DIBATTITO ITALIANO SULLA CODIFICAZIONE NELL'ETÀ DEL RISORGIMENTO

Alcune prospettive di ricerca

1. L'influenza e l'impatto del pensiero savigniano e delle teorie della scuola storica del diritto nel dibattito sulla codificazione negli stati italiani preunitari non sono stati fino ad oggi oggetto di una specifica riflessione storiografica. In letteratura pare prevalente la convinzione che di una influenza vera e propria in Italia della critica savigniana contro codici e codificazione non si possa parlare. Già più di trent'anni or sono uno dei più autorevoli esponenti tra gli storici del diritto italiano caratterizzava l'influenza della scuola storica del diritto nel mondo giuridico italiano « parziale e in complesso poco profonda », sia « per la tenace resistenza delle idee derivanti dal razionalismo e dal giusnaturalismo francese » sia per il prevalere delle tendenze codicistiche in Italia, mentre « l'indirizzo del Savigny si identificava ormai con l'opposizione al diritto codificato » (1). Ancora recentemente è stata dal Ghisalberti ribadita « la non eccessiva fortuna delle impostazioni del Savigny in Italia » (2); le tesi del fondatore della scuola storica sarebbero state come tali comprensibili solo nel contesto di un'analisi della realtà tedesca del tempo, e non avrebbero quindi lasciato spazio per una recezione culturale in un ambiente giu-

(1) Così B. PARADISI, *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946*, in *Studi senesi*, 9 (1946-1947), ristampato da ultimo in *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, qui in particolare p. 105.

(2) Così C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia. La codificazione del diritto nel Risorgimento* (Biblioteca Laterza di cultura moderna 827), Roma-Bari 1979, in particolare p. 202.

ridico, in cui le critiche contro l'ordinamento giuridico e amministrativo francese erano state ed erano assai meno accese. La preparazione del capitolo italiano per il volume dell'*Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, pubblicato dal Max-Planck-Institut di Francoforte e dedicato alla legislazione negli stati europei del XIX secolo ⁽⁸⁾, mi ha offerto l'occasione di rivisitare in una sintesi complessiva le tappe della codificazione civilistica negli stati italiani preunitari e del dibattito che l'accompagnò. Dal lavoro di inventarizzazione delle fonti e di sintesi compiuto, mi pare siano emersi dei dati nuovi, che potrebbero forse permettere di inquadrare il problema della recezione nel dibattito italiano sul problema della codificazione civile delle idee del fondatore della scuola storica in una prospettiva almeno in parte diversa. In questa occasione mi permetterò di avanzare unicamente delle tesi, le quali debbono essere intese semplicemente come contributo alla discussione e come individuazione di alcune prospettive, nella cui direzione la ricerca andrebbe ulteriormente approfondita.

2. Innanzitutto è da tenere presente che la partecipazione dell'opinione pubblica al dibattito sul problema della codificazione civile negli stati italiani preunitari fu relativamente modesta, in paragone ad altri paesi europei, come ad esempio i territori tedeschi. È sintomatico che la pubblicistica a stampa in materia si riduce nei primi due decenni dell'età della Restaurazione a pochi titoli isolati ⁽⁴⁾, ai quali si aggiungono verso la metà degli anni trenta i « Discorsi sulla Codificazione civile » dello Sclopis ⁽⁵⁾.

⁽⁸⁾ Cf. F. RANIERI, *Kodifikation und Gesetzgebung des allgemeinen Privatrechts. Italien*, in COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. III. *Das 19. Jahrhundert (1815-1914)*, erster Teilband, München 1981, in particolare p. 177 ss.; in considerazione del carattere sommario di queste pagine, la relativa documentazione sarà limitata unicamente alle citazioni strettamente necessarie; per un'ulteriore esaustiva informazione bibliografica sulla codificazione civile negli stati italiani preunitari si rinvia in generale al sopra citato contributo nell'*Handbuch*.

⁽⁴⁾ Cf. F. RANIERI, *Kodifikation und Gesetzgebung*, cit., p. 209. s.

⁽⁵⁾ Cf. FEDERICO SCLOPIS, *Della legislazione civile. Discorsi*. Seconda edizione, Torino 1835; su quest'opera cf. A. ERBA, *L'azione politica di Federico Sclopis dalla*

Bisogna attendere in realtà la metà del secolo per incontrare una ricca ed agguerrita pubblicistica, nella quale il dibattito sull'opportunità e sulle modalità di una codificazione civile assunse talvolta toni di inusitata asprezza. Questo dato di fatto non deve sorprendere: gli stati italiani della restaurazione non conobbero — a differenza per esempio degli stati tedeschi — neppure forme embrionali di rappresentanza politico-parlamentare mentre la rappresentanza cetuale era tramontata in Italia fin dall'epoca dell'Assolutismo; la censura politica inoltre fu intesa in Italia di regola in maniera così rigorosa che l'informazione sui lavori di codificazione fu spesso solo frammentaria ed incompleta.

I lavori codificatori in numerosi stati italiani durante i primi anni della Restaurazione si svolsero quindi di regola nel segreto delle cancellerie e dei ministeri, con un'esclusione quasi totale dell'opinione pubblica; le stesse controversie, spesso accanite, che caratterizzarono il lavoro delle commissioni codificatrici negli anni 1816-1820, non ebbero pressochè alcuna risonanza anche nell'ambiente giuridico. E verso la metà del secolo, in concomitanza col rinnovato orientamento politico della fine degli anni quaranta, che si delinea una nuova effettiva partecipazione della pubblicistica politica e giuridica alla preparazione dei codici civili (6); non sorprende quindi che la pubblicistica dell'epoca in materia di codificazione civile abbia il suo centro nello Stato romano e più ancora nel Granducato di Toscana, nei due stati appunto, nei quali nel biennio 1847-1848 vennero intrapresi dei lavori preparatori per la pubblicazione di un codice civile (7). Questa

giovinanza alla codificazione albertina (1798-1837), Torino 1960, in particolare p. 79-104.

(6) L'aspirazione ad una diretta fattiva partecipazione dell'opinione pubblica alle discussioni sulla preparazione di un codice civile, trovò una delle sue prime formulazioni nello scritto di C. GIOVANNARDI, *Sulla compilazione di un codice*, Bologna 1846; si tratta al riguardo di un luogo comune nella pubblicistica del tempo; cf. ad esempio G. PANATTONI, *Fondamenti di una buona legislazione*, in *La Temi*, I (1847-1848), in particolare p. 150-154; J. SABATINI, *Della necessità di una riforma generale della legislazione*, ivi, p. 31-37.

(7) Sul punto cf. F. RANIERI, *Kodifikation und Gesetzgebung*, p. 248; p. 285; una esemplare testimonianza del cambiamento della temperie politica nel biennio 1847-1848 ci è offerta dalla circostanza che uno scritto dal titolo *Osservazioni generali*, preparato da Carlo Armellini nel 1820 sul progetto di codice civile per

osservazione preliminare relativizza quindi in una certa misura la constatazione, comune in letteratura, di una recezione tarda e limitata delle tesi savigniane nel dibattito italiano sulla codificazione civile, il quale, in realtà per le ragioni sopramenzionate, nella modesta misura in cui ebbe luogo, si svolse appunto con alcuni decenni di ritardo rispetto alle controversie suscitate in Germania dal *Beruf* savigniano. Pur nei limiti sopra accennati, rimane tuttavia pacifico che la questione della codificazione civile costituì uno dei temi centrali del dibattito scientifico e politico che impegnò il mondo giuridico italiano nella prima metà del secolo scorso. Il contemporaneo dibattito europeo sulla codificazione civile non rimase ignoto ai giuristi italiani; già lo Ungari ha messo in luce con precisione questa recezione nella letteratura giuridica degli stati preunitari degli argomenti e dei temi della contemporanea pubblicistica europea su codici e codificazione ⁽⁸⁾; basti pensare alla fortuna che anche in Italia ebbero le opere del Bentham ⁽⁹⁾. In questa prospettiva si inquadra pure la diffusione presso gli autori italiani delle idee del *Beruf* savigniano e della polemica della scuola storica del diritto contro la codificazione civile. Lo scritto di Savigny compare per la prima volta in lingua italiana nella traduzione pubblicata nel 1847 a Napoli dal Lo Gatto; una seconda edizione, in realtà una peggior copia della prima, viene pubblicata dieci anni più tardi da Giuseppe Tedeschi a Verona ⁽¹⁰⁾.

gli stati romani allora elaborato dalla commissione presieduta dal Bartolucci, venne pubblicato solo nel 1847 nella rivista romana *L'Astrea* (Nr. 2 dell'8 gennaio 1847 e Nr. 5 del 15 gennaio 1847). Su questo episodio e sulla pubblicistica giuridica in tema di codificazioni apparsa nel biennio 1847-1848 nello stato pontificio, cf. M. CASTRACANE MOMBELLI, *Le fonti archivistiche per la storia delle codificazioni pontificie (1816-1870)*, in *Società e Storia*, Nr. 6 (1979), in particolare p. 858.

⁽⁸⁾ Cf. P. UNGARI, *L'età del codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967.

⁽⁹⁾ Sulla fortuna italiana delle opere di Bentham manca ancora una trattazione specifica; cf. in generale le osservazioni di P. UNGARI, *L'età del codice civile*, p. 30 ss.; i *Papers on codification* (London 1817) furono tradotti in italiano da A. GIULIANI (Firenze 1841); una traduzione anteriore in lingua italiana di altri scritti in materia di legislazione era già apparsa nel 1818 a Napoli.

⁽¹⁰⁾ Cf. F. C. SAVIGNY, *La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*. Con un'introduzione di GIUSEPPE TEDESCHI, *Della vita scientifica e delle opere di Savigny e della importanza della scuola storica del diritto*, Verona

Le tesi del *Beruf* erano in realtà già note in Italia fin dalla fine degli anni venti; a parte la funzione di tramite culturale svolta anche a questo riguardo da alcune riviste e pubblicazioni francesi, decisivi erano stati i rapporti sia personali che scientifici, allacciati dal Savigny con alcuni giuristi italiani, quali il Poerio, lo Sclopis, ed in particolare il circolo di giuristi toscani che faceva capo al Capei ed al Conticini ⁽¹¹⁾. Nel 1833 Federico Sclopis, uno dei padri della codificazione albertina del 1837, aveva pubblicato sotto il titolo rivelatore « Della vocazione del nostro secolo alla legislazione ed alla giurisprudenza » ⁽¹²⁾ una estesa confutazione dello scritto savigniano, tutta orientata nel senso di quel razionalismo e giusnaturalismo cristiano, che ispirerà anche più tardi il pensiero ed il programma legislativo del giurista e storico piemontese; all'idea savigniana dell'evoluzione insita strutturalmente nell'ordinamento giuridico viene opposta la natura stessa eterna ed immutabile dell'idea di giustizia, fondata nell'ordine divino; « una parte delle regole del gius civile » — scrive con argomentazione giusnaturalistica il nostro autore ⁽¹³⁾ — « sono eterne, immutabili, come l'idea della giustizia ». « Il lasciare che la legge sia formata dall'uso », — ribadisce lo Sclopis ⁽¹⁴⁾ — « egli è lo stesso che porre l'opinione

1857. La traduzione napoletana del 1847, F. C. DE SAVIGNY, *Della vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza*, fu pubblicata da L. LO GATTO con la collaborazione di V. JANNI. Inesatto al riguardo C. GHISALBERTI, *Unità nazionale e unificazione giuridica*, cit., p. 219 che mettendo l'accento sulla tarda data della traduzione, indicativa della scarsa fortuna delle idee di Savigny in Italia, cita unicamente la traduzione del Tedeschi. Cf. sul punto già V. DEL GIUDICE, *Storia del diritto italiano*, vol. II. *Fonti: Legislazione e scienza giuridica dal secolo decimosesto ai giorni nostri*, Milano 1923, p. 317 e da ultimo G. TARELLO, *La scuola dell'esegesi in Italia*, in *Scritti per il XL della morte di P. E. Bensa*, Milano 1969, in particolare p. 271 nota 70.

⁽¹¹⁾ Sulla fortuna di Savigny nel mondo giuridico italiano e sulla recezione del suo programma scientifico, cf. da ultimo F. RANIERI, *Savignys Einfluß auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, in *Ius Commune*, 8 (1979), p. 192-219.

⁽¹²⁾ Cf. F. SCLOPIS, *Della vocazione del nostro secolo alla legislazione ed alla giurisprudenza* (1833). Pubblicato in *Della legislazione civile. Discorsi*, Torino 1935, p. 150-200; cf. ERBA, *L'azione politica*, cit. in particolare p. 79-80.

⁽¹³⁾ Così F. SCLOPIS, *Della vocazione del nostro secolo*, p. 185; cf. sul punto P. UNGARI, *L'età del codice civile*, p. 46-48; A. ERBA, *L'azione politica*, p. 104.

⁽¹⁴⁾ Così F. SCLOPIS, *op. loc. cit.*

transitoria dell'uomo in vece del precetto costante della ragione ». Nello scritto dello Sclopis la polemica contro le tesi del fondatore della scuola storica, ispirata ad un tardo giusnaturalismo, serve di puntello a difesa dei piani di codificazione civile in Piemonte, culminati nel codice albertino del 1837; un decennio più tardi le tesi della scuola storica saranno invece chiamate a testimonio da quel nutrito gruppo di giuristi, che in Toscana nel biennio 1847-1848 si oppose vittoriosamente ai piani di codificazione civile nel Granducato. In questa prospettiva mi pare possa divenire comprensibile la funzione che il ricorso alle dottrine savigniane svolse nel dibattito di allora. Costituirebbe in effetti un'ingannevole prospettiva storiografica ricomporre il confronto nella pubblicistica giuridica italiana del tempo colle tesi della scuola storica nel quadro di una dotta controversia; in realtà le codificazioni civilistiche del Risorgimento furono, come ha scritto lucidamente l'Ungari ⁽¹⁵⁾, « il risultato di uno scontro di forze reali, la cui sostanziale durezza dileguò poi nella memoria ». Il centro di questa « lotta per la codificazione », come l'Ungari ha qualificato questa controversia, che accompagna quasi filo conduttore il mondo giuridico italiano nella prima metà del secolo scorso, fu la questione del rapporto della propria legislazione con il modello sociale e politico del codice civile napoleonico, il quale aveva già avuto vigenza nella penisola per più di un decennio all'inizio del secolo. Si tratta di un conflitto che ritorna con regolarità durante la preparazione di tutti i codici preunitari ⁽¹⁶⁾, così per esempio nelle commissioni parmensi degli anni 1816-1819, nella commissione napoletana del 1817-1818, in quella romana presieduta dal Bartolucci del 1818, in Piemonte nella Giunta superiore di legislazione del 1819-1820, così come nella commissione degli anni trenta. Il rifiuto della codificazione civile implica in questo dibattito di regola il rifiuto del modello politico e sociale del codice civile napoleonico. In questo quadro il ricorso all'autorità delle tesi savigniane assume una funzione ideologica ben precisa, nella misura in cui il rifiuto cultu-

⁽¹⁵⁾ Così P. UNGARI, *L'età del codice civile*, Introduzione, p. 5.

⁽¹⁶⁾ Sui lavori per la preparazione di una codificazione civile nei vari stati italiani dell'epoca della Restaurazione rinvio in generale a F. RANIERI, *Kodifikation und Gesetzgebung*, cit., p. 233 ss.

rale di modelli legislativi stranieri in nome di una tradizione giuridica nazionale, viene più o meno consapevolmente strumentalizzato per opporsi a determinate riforme delle tradizionali strutture giuridiche della società italiana uscita dall'età della Restaurazione.

3. L'episodio toscano degli anni 1847-1848, quando l'ultimo serio tentativo di codificazione civile nel Granducato si scontrò e fallì nel conflitto con un ambiente giuridico ancora profondamente legato alla tradizione giurisprudenziale del diritto romano comune mi pare offra una testimonianza esemplare di questa strumentalizzazione delle tesi della scuola storica del diritto. Nell'ambiente culturale toscano il programma scientifico savigniano aveva avuto fin dalla fine degli anni venti una notevole diffusione, anche grazie ad un gruppo di giuristi, che erano in contatto scientifico e personale con Savigny, basti pensare al già menzionato Conticini, professore di diritto romano nella facoltà senese, che aveva studiato a Berlino alcuni anni ⁽¹⁷⁾. A ciò si aggiunge la circostanza che l'ininterrotta vigenza della tradizione di diritto romano comune nel territorio del Granducato, aveva senz'altro facilitato la relativa diffusione nel mondo giuridico toscano delle tesi della scuola storica tedesca.

L'ambiente dei giuristi toscani era quindi da tempo profondamente scettico e critico nei confronti del programma di una moderna codificazione, tanto più quando quest'ultima dovesse seguire la falsariga del codice civile napoleonico. Così l'ideale scientifico del Savigny è sottinteso già nella prolusione pisana del Montanelli del 1841 ⁽¹⁸⁾: più di una codificazione che rischia di immobilizzarlo, al progresso del diritto — scrive il nostro autore ⁽¹⁹⁾ —

⁽¹⁷⁾ Sulla figura del Conticini cf. F. RANIERI, *Savignys Einfluß*, cit., p. 201-203; da ultimo D. MAFFEI, *Lettere di Savigny a Capei e Conticini*, in *Sav. Zeit. Rom. Abt.*, (1980), con un'ampia introduzione ed un'accuratissima documentazione bibliografica.

⁽¹⁸⁾ Cf. GIUSEPPE MONTANELLI, *Prolusione alle lezioni di diritto patrio* (Pisa, 4 gennaio 1841), stampata in *Giornale toscano di scienze morali sociali storiche e filosofiche*, pubblicato dai professori dell'Università di Pisa, I (1841), p. 43-60; sulla figura del Montanelli e la sua opera cf. da ultimo P. UNGARI, *L'età del codice civile*, cit., p. 75-88.

⁽¹⁹⁾ Cf. G. MONTANELLI, *Prolusione*, cit., p. 58.

giovano leggi ed istituzioni « che rappresentino le condizioni organiche del movimento comune », ed un'evoluzione giurisprudenziale che rispecchi le necessità e gli sviluppi dell'epoca nuova; in questo quadro non vi è spazio per l'astratto piano di una codificazione civile, « quasi che una società » — scrive sempre il Montanelli ⁽²⁰⁾ — « allora solo conquistò il suo diritto, quando lo riconosce in un codice; quasi che la formazione del diritto non sia opera quotidiana e di popolo e di sapienti, in cui la parte meno attiva è forse quella che al legislatore appartiene ».

Non sorprende quindi vedere alcuni anni più tardi proprio il professore pisano Pietro Capei, uno dei primi e dei più fedeli corrispondenti italiani di Savigny ⁽²¹⁾, farsi portavoce nella commissione presieduta da Niccolò Nervini, che nel 1847 aveva da preparare un progetto di codice civile per il Granducato ⁽²²⁾, dei dubbi e delle riserve del mondo giuridico toscano di fronte al programma di una codificazione. Un esame anche sommario della letteratura giuridica toscana dell'epoca conferma del resto come le tesi della scuola storica offrirono gli argomenti privilegiati per combattere il programma codificatorio.

Così un autorevole avvocato toscano sostiene per esempio la tesi, che una « compilazione razionale e veramente utile di un codice civile si riduce a passar in rassegna la parte mutabile del diritto », poichè, « la parte immutabile del diritto » — cioè, come lo stesso autore poco dopo spiega, i principi generali del diritto privato — « ... si immedesima e si risolve nel linguaggio della scienza » ⁽²³⁾.

Appunto da un simile atteggiamento discende la proposta fatta da altri, che i lavori di codificazione si limitino unicamente

⁽²⁰⁾ Cf. G. MONTANELLI, *Prolusione*, cit., p. 46. Su questo aspetto del pensiero del Montanelli cf. P. UNGARI, *L'età del codice civile*, cit., p. 76-77.

⁽²¹⁾ Sulla figura e l'opera di Pietro Capei (1796-1868) cf. da ultimo F. RANIERI, *Savignys Einfluß*, cit., p. 200-201.

⁽²²⁾ Sui piani di codificazione civile nel Granducato di Toscana nel biennio 1847-1848 e sul fallimento dei lavori intrapresi dalla commissione presieduta dal presidente della Corte Regia Niccolò Nervini, cf. F. RANIERI, *Kodifikation und Gesetzgebung*, cit., p. 285 n. e qui ulteriori indicazioni sulle fonti e la letteratura.

⁽²³⁾ Cf. G. BANDI, *Codificazione*, in *La Temi. Giornale di legislazione e giurisprudenza*, I (1847-1848), in particolare p. 221-224.

alla riforma parziale della disciplina legislativa di singole materie, lasciando inalterata la posizione del diritto romano comune, quale generale fonte sussidiaria del diritto ⁽²⁴⁾. Esempio è a questo proposito la posizione assunta da Federico Del Rosso, collega del Capei nella facoltà giuridica pisana ⁽²⁵⁾. « Sciaguratamente » si legge nella prefazione del suo « Saggio di diritto privato romano attuale », un'opera in cui la vicinanza alle idee savigniane è sottintesa già nel titolo rivelatore ⁽²⁶⁾ — « l'età novella ambiva a rigenerarsi staccandosi dal passato, ... anche allorquando si credè nella potenza della codificazione, e si tentò di imporre alla forza organica del diritto una legislazione che volevasi *nuova* ... i compilatori ... non poterono dimenticare la sapienza romana » ⁽²⁷⁾. Uno studio rinnovato del diritto romano si offre quindi contemporaneamente come rifiuto e come alternativa di fronte all'illusione di una codificazione civile. « Ecco il vero codice », scrive sempre il Del Rosso riferendosi all'« *heutiges römisches Recht* » del Savigny — « che potrebbe eliminare i dubbi e le pretese dei novelli codificatori » ⁽²⁸⁾. Il « *System* » savigniano era stato del resto salutato dal medesimo autore esplicitamente come « il miglior commento possibile di tutti i codici presenti e futuri » ⁽²⁹⁾. Il no-

⁽²⁴⁾ Esempio al riguardo la formulazione dell'art. 12 del progetto di codificazione civile pubblicato dal SABATINI, *Sopra la riforma della legislazione civile in Toscana*, in *La Temi*, cit., in particolare p. 325; cf. inoltre BOSELLINI, *Lettera sulla codificazione specialmente in Italia, e sul codice civile già progettato in Toscana*, in *La Temi*, cit., 4 (1853), in particolare p. 396.

⁽²⁵⁾ Sulla figura del Del Rosso (1780-1859) e la sua opera romanistica cf. F. RANIERI, *Savignys Einfluß*, cit., p. 203 e da ultimo P. GROSSI, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in *Quaderni fiorentini*, 5/6 (1976-1977), in particolare p. 215.

⁽²⁶⁾ Cf. FEDERICO DEL ROSSO, *Saggio di diritto privato romano attuale, preceduto da introduzioni di diritto naturale e seguito da note perpetue di gius romano* (ed. LUIGI BECAGLI e GERMANO SEVERINI), I-VII, Pisa 1841-1845.

⁽²⁷⁾ Così *op. cit.*, Prefazione, p. xxviii.

⁽²⁸⁾ Così *op. cit.*, Prefazione, p. xxix.

⁽²⁹⁾ Così F. DEL ROSSO, in *Giornale toscano di scienze morali*, cit., Pisa I (1841), in particolare p. 124. Testimonianza esemplare di questo atteggiamento è quanto scrive un altro giurista italiano legato a Savigny, il giudice trentino Antonio Salvotti, tristemente famoso tra l'altro per il suo rigore nella persecuzione delle nuove idee nazionali e liberali; nella sua lettera del 30 maggio 1851 a Paride Zajotti jun. (edita in E. BROL, *Antonio Salvotti promuove a Venezia la prima traduzione*

stro autore non ci lascia in dubbio, sul sottinteso significato politico e sociale di questo rifiuto del programma di codificazione civile, quando ormai le tendenze codicistiche si erano imposte in pressochè tutti gli stati della penisola: « Ecco un modo » — scrive in maniera rivelatrice l'autore del Saggio di diritto privato romano attuale ⁽³⁰⁾ — « di far conoscere la dottrina della proprietà, che potrebbe guarire, a nostro credere, la mente ammalata di quella ciurma di disperati nelle cui varie insegne sta scritto maledizione alla proprietà ». Ciò che qui viene articolato, è in realtà la legittimazione in nome della tradizione storica del vigente ordine giuridico e sociale. Il rifiuto del programma codificatorio risponde in una tale prospettiva non solo ad una scelta culturale ma pure ad una precisa scelta politica; combattendo il programma di una codificazione civile, si rifiuta insieme l'idea del codice come strumento di riforma dei vigenti istituti di diritto materiale nello spirito della nuova società liberale e borghese.

« Sugerirà alcuno di adottar codici stranieri? » — domanda polemicamente in uno scritto di quegli anni Lodovico Bosellini ⁽³¹⁾; la risposta è categorica: « Dio ce ne guardi! ... Una legislazione per essere buona » — scrive il medesimo autore rieccheggiando temi della scuola storica del diritto — « dev'essere l'espressione degli usi legittimi e delle abitudini di una nazione; ... abbiasi un codice, ma proprio e nazionale ». L'autore toscano si richiama con ciò alla tradizione del diritto romano comune come modello nazionale italiano in confronto alla codificazione napoleonica; il rifiuto di quest'ultima come modello sottintende in realtà la difesa del vigente ordine giuridico e sociale, incompatibile ormai

italiana del « Sistema ... » del Savigny. Con lettere inedite ..., in Istituto per la storia del Risorgimento italiano. Comitato trentino. Atti del I Convegno Storico Trentino, 1955, p. 5 ss.) osserva in particolare (p. 16) « non abbiamo tanto mestieri di Codici, quanto di rianimare lo studio del diritto positivo, e quindi di formare un ceto di distinti e veri giurisperiti. L'opera che può sola ricreare la scienza legale anche in Italia, è il Sistema del diritto romano odierno del Savigny ». Cf. sul punto F. RANIERI, *Savignys Einfluß*, cit., p. 212.

⁽³⁰⁾ Così *Saggio*, I, Prefazione degli editori, p. xxix.

⁽³¹⁾ Così L. BOSELLINI, *Del gius commune e dei codici, in relazione alle nazionalità*, in *La Temi. Giornale di legislazione e di giurisprudenza*, I (1847-1848), p. 128 ss., in particolare § 31, p. 144.

col modello di società implicito nel codice civile napoleonico che si presenta in quest'epoca quasi quale nuova costituzione materiale della nuova società liberale e borghese. « Era d'uopo a Napoleone » — osserva con parole rivelatrici il medesimo autore in critica al Code civil — « impedire la conservazione delle famiglie, sperperarle, dividerle, appoggiarsi alla donna » ⁽³²⁾; il contenuto ideologico sottinteso al richiamo alla tradizione romanistica nazionale, si rivela qui molto concretamente come difesa del principio agnatzio caratteristico del diritto ereditario toscano e rifiuto quindi dell'ispirazione egalaritaria delle norme di diritto successorio del codice civile napoleonico.

4. Costituirebbe senz'altro una prospettiva storica unilaterale ricondurre la recezione nel dibattito italiano della metà del secolo su codificazione e codici dei temi e degli argomenti emergenti dal programma scientifico savigniano unicamente ad una ispirazione politico-sociale retriva. Queste mie osservazioni mi pare abbiano tuttavia messo in luce, come non di rado il richiamo all'autorità delle tesi della scuola storica del diritto fu strumentalizzato dai critici italiani del sistema codicistico in funzione di una difesa dell'allora vigente ordine giuridico e sociale ⁽³³⁾. In un'indagine — del resto ancora da scrivere — sulla fortuna di Savigny in Italia, si profila quindi come essenziale il quesito, sulla funzione politica ed ideologica che fu implicita nella recezione italiana dei temi e dei motivi della scuola storica tedesca.

Del resto il « quietismo » politico e sociale implicito nel programma scientifico savigniano non rimase affatto nascosto anche ai contemporanei critici italiani delle tesi della scuola storica. « La scuola storica » — scrive acutamente verso la metà del secolo un

⁽³²⁾ Cf. L. BOSELLINI, *Dei nuovi codici modellati sul francese*, in *La Temi Giornale di legislazione e di giurisprudenza*, 4 (1853), p. 329 ss., in particolare p. 331.

⁽³³⁾ Sul « quietismo » politico e sociale implicitamente sotteso al programma scientifico di Savigny, fondamentali sono ancora le osservazioni di W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt 1958, p. 36-44; da ultimi in questo senso A. MAZZACANE, recensione della traduzione italiana, in *Quaderni fiorentini*, 3/4 (1974-1975), p. 753-762; G. DILCHER, in *Archiv f. Rechts- und Sozialphilosophie*, 61 (1975), in particolare p. 523.

giurista toscano ⁽³⁴⁾ — « fa poco caso delle cagioni che hanno operato gravi mutamenti sociali, di cui i codici non sono che il risultato, ... Savigny nella sua critica si scorda sempre dell'elemento politico, e pone solo mente al letterario ». Alcuni anni più tardi la vecchia pregiudiziale dell'ambiente giuridico toscano sulla opportunità di una codificazione civile rieccheggerà ancora nel primo Parlamento nazionale, e sarà proprio uno dei padri del codice civile del 1865, Pasquale Stanislao Mancini, che decisamente metterà in guardia « dai pericolosi insegnamenti e consigli d'inerzia della scuola storica alemanna » ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Così M. BEnSA, *Codificazione nazionale*, in *La Temi. Giornale di legislazione e di giurisprudenza*, 2 (1849), p. 334 ss.

⁽³⁵⁾ Così P. S. MAnCINI, *De' progressi del diritto nella società, nella legislazione e nella scienza durante l'ultimo secolo in rapporto coi principi e con gli ordini liberi*, Torino 1859, p. 48; cf. sul punto G. D'AmELIO, *Pasquale Stanislao Mancini e l'unificazione legislativa nel 1860-61*, in *ASD*, 5-6 (1961-1962), in particolare p. 161 e da ultimo C. GHISALBERTI, *Unità nazionale ed unificazione giuridica*, cit., p. 219.

GIAN GUALBERTO ARCHI

DUE RIFLESSIONI
PER UNA RILETTURA DI SAVIGNY

Il mio intervento è stato sollecitato da un attento ascolto delle relazioni, che oggi sono state lette. Diverse non solo nel loro contenuto, ma anche nella loro ispirazione metodologica e in particolare nello stesso modo di intendere la funzione dell'indagine storico-giuridica, esse tuttavia hanno avuto, così almeno se non erro, una impostazione comune: Savigny, la sua opera e il suo pensiero sono stati ricostruiti e a noi illustrati dando risalto soprattutto alle polemiche e alla esperienza a lui contemporanee o posteriori. Un metodo sul quale certamente nulla vi è da eccepire, ma che nel complesso ha lasciato non del tutto convinto l'ascoltatore (non ancora lettore) per una tal quale unilateralità del quadro ricostruttivo. Se vi è infatti una personalità, che nella storia della scienza giuridica acquista tutto il risalto, che gli proprio, solo se collocata nella prospettiva dell'ambiente che l'ha preceduta e formata, questa figura è proprio quella di Savigny. E si badi bene non per questo o quello scritto, non per questa o quella iniziativa scientifica, ma per l'opera nel suo insieme e per la vita stessa di lui. Perché anche questo va affermato, e cioè che in Savigny è impossibile separare la vita del pensiero da quella della sua stessa esistenza nel clima storico della Germania o, meglio, del centro Europa nei decenni a cavallo dell'800. Una inscindibilità questa che non a caso avvicina Savigny a un suo grande contemporaneo, Goethe, della cui vita si è a ragione affermato che è essa stessa opera d'arte.

Credo sia noto ai presenti che io non sono uno studioso specialista di Savigny e della sua epoca. Il mio settore di studio è il diritto romano, ma come tale, cioè come romanista, tengo a dichiarare, e proprio in questa sede, che ho sempre avvertito fin

dagli inizi della mia attività che questa avrebbe potuto utilmente svolgersi, solo se avesse cercato di comprendere e di assimilare quella che era stata la inimitabile esperienza di questa grande personalità. Giunto ormai alla fine della mia attività scientifica, non arrossisco (ricorro a questo verbo nel significato che esso ha nel vocabolario delle costituzioni di Giustiniano) nel dichiarare che quella intuizione giovanile è stata un'ancora di salvezza, che mi ha tenuto saldo nei contrasti di orientamenti e di indirizzi propri alla romanistica di questi ultimi decenni.

È sulla base di questa esperienza personale di studioso che io prendo, dunque, la parola per esporre le reazioni, che in me hanno suscitato le relazioni ascoltate.

Anzitutto vorrei rilevare che proprio per avere insistito con particolare compiacimento solo su alcuni scritti, seppure qualificanti, e in conseguenza per aver dato minor peso all'insieme della attività svolta da Savigny nei suoi rapporti con le personalità culturalmente più eminenti del suo tempo, come pure nell'insegnamento delle Università tedesche, sono rimasti nell'ombra alcuni aspetti di particolare interesse per la storia del diritto del XIX secolo. Più precisamente detto: ci siamo visti presentare un Savigny figura determinante nella storia del diritto privato in Europa a proposito dell'opportunità della sua codificazione, e da questa angolatura si sono espressi giudizi, che investono l'intera personalità di lui.

Orbene, così come a questa espressione « diritto privato », o a altra simile, si è ricorso, si è avuta l'impressione che della medesima ci si sia giovati nel senso oggi corrente nel mondo dei giuristi, quando ad es. essi operano ricorrendo all'antitesi diritto pubblico-diritto privato in quella tradizione dello Stato di diritto e di positivismo giuridico, che ai tempi di Savigny era solo in formazione. Ma una simile trasposizione di prospettiva può essere fuorviante. Infatti essa viene a collocare il Nostro, e proprio nel suo aspetto polemico con altri, in una inquadratura storica, che è parziale rispetto alla varietà e alla complessità dei problemi, che ai giuristi più consapevoli, e non solo al Savigny, il rivolgimento politico e culturale dell'Europa poneva in quel torno di tempo.

Certamente tutti sappiamo che tra gli scritti di maggior spicco di Savigny stanno libri sul possesso, sulle obbligazioni, su quella che proprio il grande giurista fondò come teoria generale del diritto privato. E a questo proposito si noti che, se il volume sul possesso risale agli inizi della sua attività scientifica, gli altri chiudono in un certo senso la sua operosità. Ciononostante nell'uno e negli altri è identica l'esaltazione che Savigny fa del titolare del diritto soggettivo, la persona umana, in un grado tale anzi che finisce con il rappresentare una novità importante rispetto alla tradizione del passato. Potrebbe anzi dirsi che ci troviamo di fronte alla nota qualificante del concetto, che Savigny ha sia dell'ordinamento giuridico nella sua globalità, sia della persona umana quale destinataria del medesimo. Mi sembra che questi modi di intendere questi concetti fondamentali e orientativi dell'intero problema del diritto e dei compiti del giurista rispetto al medesimo, non possano essere lasciati nell'ombra, ma debbano essere messi in tutta evidenza.

Tutto questo va detto indipendentemente dal giudizio, che poi si intende dare del pensiero e della azione del Savigny. Infatti, solo avendo chiare le novità portate innanzi da lui, noi potremo meglio afferrare le eventuali insufficienze e le possibili ineguatezze delle sue proposte rispetto alla realtà storica, alla quale in concreto Savigny si rivolgeva. Se il problema dello storicismo, se quello della opportunità o meno della codificazione sono tappe d'obbligo per ogni studioso del pensiero di Savigny, resta pur sempre vero che il *quid novi*, che nella storia del pensiero giuridico è rappresentato dall'opera di questi, è il modo di intendere il rapporto di correlazione tra ordinamento giuridico e i soggetti del diritto nel nuovo clima intellettuale dell'epoca. Prescindere da questa volontà di superamento di un passato giudicato insoddisfacente, trascurare, quindi, ogni valutazione dello sforzo ricostruttivo di una scienza del diritto rispetto a quella del passato, mi sembra una impostazione inadeguata rispetto a una personalità, che nel mondo in cui visse volle essere attore e non distaccato analizzatore.

D'altra parte non bisogna dimenticare che proprio il sec. XIX, nei decenni posteriori all'epoca napoleonica, è un periodo di tempo a rapidissima evoluzione sociale e di condizioni di vita, e come

tale atto a logorare rapidamente convincimenti e programmi anche degli operatori del diritto. Tutto questo impone allo storico un equilibrato dosaggio per la valida ricostruzione di un quadro d'insieme.

In attesa di poter leggere, una volta pubblicati gli atti, i contributi critici apportati dai singoli relatori con quella calma adeguata al loro valore, non so astenermi dal formulare fin da ora un pensiero frutto della mia esperienza di lavoro. Non è sempre vero che uno storico, al di là della diagnosi più o meno valida di un determinato problema (ad es., per Savigny, quello della scienza del diritto), al di là anche della stessa soluzione proposta come esatta, non rimanga attuale per i tempi, che a distanza lo seguono. Per un giurista, infatti, quale è oggi uno dei più tormentosi e tormentati problemi? Io direi la collocazione della persona umana all'interno della sfera del momento giuridico. Come ho già avuto occasione di accennare, anche per Savigny era questo il problema centrale nell'atto di formulare i compiti di una nuova scienza del diritto.

La seconda considerazione, che vorrei fare, è la seguente. Nessuno dei relatori ha avuto occasione o ha sentito il bisogno nella trattazione dell'argomento prescelto, di richiamarsi allo scritto: *Das Recht des Besitzes* (la prima edizione è del 1803), paradigmatico nel complesso dell'opera scientifica di Savigny. Nella letteratura del secolo passato questo libro ha avuto, come è ben noto, una diffusione enorme, ben al di là delle Università e degli operatori del diritto tedeschi. Ma oltre alla estensione nello spazio, c'è da tener presente anche quella nel tempo. L'ultima edizione, infatti, è ben tarda, è cioè del 1865. E non è una riedizione stereotipa, ma arricchita da annotazioni di uno studioso del valore del Rudorff. Il dato è ancor più significativo, se si tiene presente che la sesta edizione (la penultima) risale al 1836 e che nel 1865, morto l'autore già da alcuni anni (1861), il mondo del diritto non solo in Germania, ma nell'intera Europa aveva di fronte a sé una realtà ben diversa da quella, nella quale e per la quale il *Der Besitz* era stato scritto.

Ci si può domandare ancor oggi, per una più approfondita comprensione del Savigny, il motivo di tanto successo e, quindi,

se presenta ancora una utilità, e quale, la lettura di questo scritto. Fu un successo del metodo, certamente nuovo, seguito nella ricerca? O fu il contenuto dell'argomento, che, concernendo i rapporti tra l'uomo e le cose circostanti nell'ambito dei diritti patrimoniali, interessava una società in crescita economica e che avvertiva la necessità di rinnovare l'analisi giuridica di detti rapporti sia per gli immobili che per i mobili?

A questo proposito un punto è essenziale: lo scritto, come da altri è stato a ragione rilevato, non intendeva illustrare la storia del possesso entro il diritto romano. Per ricorrere a una felicissima espressione di F. Wieacker (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen 1967, p. 389), Savigny non aveva inteso scrivere un'opera di storia del diritto, ma aveva voluto elaborare diritto storicamente inteso. Questa osservazione deve essere tenuta presente, perchè spiega l'atteggiamento degli scrittori, che nel tempo seguirono Savigny. Essi da un lato furono critici, ma dall'altro lato sempre si rifecero al nostro volume, come ad un'opera che aveva segnato una svolta. Si spiegano così le critiche al Savigny, perchè questi in definitiva, partendo dalle fonti giustinianee, aveva finito con il formulare una proposta di come idealmente e in astratto elaborare la dottrina dell'istituto del possesso. D'altra parte si comprende il continuo richiamarsi al Savigny, il quale in definitiva, attraverso il caso concreto del possesso, aveva voluto indicare alla scienza giuridica un modo nuovo di intendere questa e un metodo nuovo di farla.

Vorrei chiudere con una osservazione finale. È il fatto stesso che la meditazione su Savigny ci porti ad ampliare i punti di vista, dai quali considerare la sua figura, che costituisce la prova più convincente dell'importanza della sua presenza nel corso della storia del diritto. E che questo fatto ci costringa a considerare più complesso, ma anche più specifico il corso della ricerca, non spiacerà certo a quanti tra i presenti sono cinvinti che anche la storia del diritto non può ridursi a storia delle ideologie.

CESARE VASOLI

Mi permetto di prendere la parola, sebbene sia tra voi un « profano », estraneo agli studi di filosofia del diritto, in primo luogo e soprattutto, per ringraziare l'amico Bretone della sua bellissima relazione che ha posto in luce, del resto, temi e problemi degni della massima attenzione anche da parte di chiunque si occupi di storia della cultura. E vorrei, poi, aggiungere solo qualche breve considerazione a proposito di quanto egli ha detto parlando del nesso Leibniz-Savigny e di talune idee davvero dominanti nella *Methodus discendae docendaeque Jurisprudentiae*. Sono, infatti, personalmente convinto che proprio a Leibniz risalga il proposito di costruire la dottrina del diritto sotto la forma di una scienza assiomatico-deduttiva ed anche che tale proposito derivasse dalla sua profonda consapevolezza della grave crisi dell'unità tradizionale del sapere occidentale, ormai chiaramente evidente, almeno a partire dalla metà del XVII secolo. Le ragioni di questa frattura erano, per Leibniz, chiare ed evidenti; perchè esse consistevano essenzialmente nella fine di una comune disposizione logica e metodologica alla quale si era ispirato, per più di un millennio, il lento sviluppo delle conoscenze umane. Ora l'imponente e irreversibile « rivoluzione scientifica » seicentesca aveva trasformato completamente il campo delle scienze della natura, promuovendo un progresso rapidissimo e, insieme, una loro completa ristrutturazione fondata, appunto, sull'uso di metodi matematici e di una logica di tipo rigorosamente apodittico; ma aveva abbandonato le scienze dell'uomo e, in particolare, il diritto (che, per Leibniz, insieme alla teologia, costituiva la più alta e tipica disciplina « umana ») al dominio di una logica di tipo dialettico-retorico, persuasiva e non dimostrativa, e, come tale, suscettibile solo di conclusioni « opinabili ». Questo divario tra i due metodi era considerato da Leibniz come estremamente

pericoloso, proprio perchè, oltre a infrangere l'unità comune del sapere, indeboliva in modo irreparabile il valore dei principî giuridici ed etici che sono necessari per mantenere e difendere il precario edificio delle società umane. E se, certamente, egli non ignorava l'elemento « probabilistico » che è proprio della riflessione e, soprattutto, della valutazione pratica giuridica, riteneva che si dovesse, però, procedere a una nuova fondazione scientifica dei « principia » del diritto, condotta mediante un rigoroso procedimento assiomatico, ed alla contemporanea elaborazione di una logica matematica della probabilità, secondo un'aspirazione che era, del resto, comune a molti uomini di scienza e filosofi del suo tempo. Solo così anche la « giurisprudenza » avrebbe avuto una struttura logica « forte », del tutto equivalente a quella che il progetto di Galilei (e, più tardi, quello di Newton) aveva dato al « discorso » razionale sulla natura.

Non v'è dubbio che Leibniz mirava, per questa via, a ricostituire una scienza del diritto che, oltre ad avere la stessa forza logica delle scienze naturali, permettesse una riunificazione totale del sapere, sotto il segno di una giustizia universale, assoluta garante dell'ordine razionale e divino del mondo. Sicchè — proprio come Savigny — egli voleva che i « principî » fossero assolutamente certi ed autoevidenti, in modo da poter fondare su di essi una « sistematica » di carattere deduttivo, posta al riparo da ogni possibile contestazione. Si tratta, del resto, di un atteggiamento che non è soltanto proprio di Leibniz, ma al quale mi sembra si avvicini anche il Vico ne *Il Diritto universale*, un'opera che nasce da preoccupazioni, idee e propositi non molto diversi e che, forse, celano, addirittura, una possibile diretta influenza leibniziana. E, in effetti, colpisce anche nel testo vichiano il progetto di fondare un sistema di « principî » (o « degnitates ») di carattere assiomatico, dal quale si intende trarre una sicura « catena » di conseguenze, capace di racchiudere la totalità delle istituzioni, tradizioni e « forme » della « giurisprudenza » e, addirittura, del suo sviluppo storico. D'altro canto, non può stupire l'impegno posto da Leibniz nella costruzione di un sistema organico e « logico » del diritto, ove si rifletta che, per lui, la caduta dei « principî » eterni dello « Jus » porrebbe in crisi la stessa certezza di una « giurisprudenza universale » e, con essa, l'intero sistema dell'or-

dine divino e « giusto » del mondo, ormai affidato esclusivamente all'arbitrio, al giuoco del caso e degli eventi e, pertanto, del tutto privo di ogni significato e valore. Si tratta, insomma, non solo di ricostruire una scienza fondamentale per garantire la convivenza razionale e ordinata tra gli uomini, ma addirittura di salvaguardare i valori fondamentali del mondo etico, politico e religioso che altrimenti sarebbero posti radicalmente in giuoco, con il conseguente trionfo delle più estreme ipotesi libertine e del « machiavellismo » incarnato nelle regole disumane della « Ragion di Stato ». Che queste preoccupazioni restino fondamentali, in tutto lo sviluppo del pensiero non solo giuridico, bensì anche etico, politico e teologico di Leibniz, si potrebbe facilmente dimostrare con la citazione di testi, del resto a tutti notissimi, che hanno sempre come oggetto il tema essenziale della « Teodicea ». Ma, per fermarsi entro il limite dello scritto leibniziano così ben ricordato dal Bretone, basterà a richiamarsi a quelle pagine finali, ove il filosofo tedesco dichiara esplicitamente che la sua fatica mira a liberare finalmente i Principi dai loro « perfidi » consiglieri machiavellisti ed atei e a sconfiggere quelle dottrine che fanno del diritto un mero strumento della forza e del potere politico, giovandosi proprio della pretesa « debolezza » dei suoi principi e della loro giustificazione teorica.

ALFRED DUFOUR

ESSAI D'INTERPRÉTATION
DES PARALLÈLES DROIT-LANGAGE
ET JURISPRUDENCE-MATHÉMATIQUES
DANS LA PENSÉE DE L'AUTEUR DU *VOM BERUF*

Réflexions en marge du rapport du professeur Mario BRETONE,
Il « Beruf » e la ricerca del « Tempo classico ».

S'il est un thème de la pensée savignienne qui n'a pas manqué de frapper les exégètes du *Vom Beruf*, c'est bien le parallèle établi par Savigny entre *Droit* et *Langage*. Également cher à Jakob Grimm ⁽¹⁾, ce parallèle revêt une signification bien spécifique chez Savigny, qui l'apparente à première vue de manière caractéristique — que ce soit par conviction ou par concession — au mouvement romantique.

Tout autre apparaît le parallèle — moins remarqué et si bien mis en lumière dans son rapport par Mario Bretone après Giuliano Marini ⁽²⁾ — que trace Savigny dans le même ouvrage entre *science juridique* et *mathématiques*. Inspiré sinon du jusnaturalisme wolffien, probablement de la lecture des oeuvres de méthodologie juridique de Leibnitz — Savigny ne possédait-il pas, nous a dit M. Bretone ce matin, une édition de la *Nova Methodus* commentée par Wolff? — le parallèle *Jurisprudence-Mathématiques* esquissé par l'auteur du *Vom Beruf* à propos de la méthode des juristes romains — « *ihr ganzes Verfahren (hat) eine Sicherheit, wie sie sich sonst ausser der Mathematik nicht findet und man kann*

⁽¹⁾ Cf. à ce sujet l'excellent chapitre de G. MARINI, *Jakob Grimm*, Naples 1972, pp. 173-190.

⁽²⁾ Cf. G. MARINI, *Friedrich Carl von Savigny*, Naples 1978, p. III.

ohne Übertreibung sagen, dass sie mit ihren Begriffen rechnen » (3) — a aussi une signification bien déterminée, qui apparente Savigny sinon au jusnaturalisme moderne, en tout cas à la tradition classique.

La mise au jour de la coexistence au coeur même du *Vom Beruf* de ces deux parallèles *Droit-Langage* — *Jurisprudence-Mathématiques* paraît ainsi au premier abord de nature à confirmer l'existence d'une dualité chez Savigny, que ce soit en perpétuant l'image d'un Savigny à la fois classique et romantique — classique par formation et romantique par occasion, voire par opportunité — ou en illustrant de manière frappante la tension constante en lui du classique et du romantique. En est-il réellement ainsi? Je ne le pense pas. Tout au contraire, il me paraît que loin d'attester de façon exemplaire la *dualité* voire la *duplicité* intime de la pensée savignienne en 1814, la coexistence dans le *Vom Beruf* du parallèle *Droit-Langage* et du parallèle *Jurisprudence-Mathématiques* renvoie à ce qui fait son *unité* profonde. Une étude attentive des fonctions de chacun de ces deux parallèles montre en effet que loin de s'opposer, ils répondent tous les deux à une même préoccupation, qui constitue l'une des clés d'interprétation de la pensée juridique de Savigny. C'est ce que je voudrais tenter de démontrer.

Etabli à partir des analogies existant entre *Droit* et *Langage* (4), notamment quant à leur *origine* — la conscience populaire — et quant à leur *mode de développement* — le processus organique —, le premier de ces parallèles ne procède pas tant d'un intérêt spécifique pour les rapports entre le phénomène juridique et le phénomène linguistique que d'une claire conscience chez l'auteur du *Vom Beruf* des résonances que peut avoir ce parallèle dans la conjoncture particulière de l'Allemagne de son temps. Ainsi que j'ai déjà eu l'occasion de le relever ailleurs (5), le parallèle *Droit-Langage* revêt d'abord à cet égard une *fonction rhétorique*: « des-

(3) Cf. *Vom Beruf*, Kap. 4, ed. J. Stern, Berlin 1914, p. 88.

(4) Pour une analyse plus approfondie de ce parallèle, cf. A. DUFOUR, *Droit et Langage dans l'Ecole historique du Droit*, Archives de Philosophie du Droit, t. XIX, Paris 1974, pp. 151-180.

(5) Cf. *op. cit.*, p. 168 ss.

tiné à rendre plus immédiatement sensible la pertinence des thèses relatives au caractère populaire et organique du Droit et de son développement comme à ses particularités nationales dans un monde attentif et sensibilisé depuis Herder et Fichte à l'enracinement populaire et national du langage » (6), il tend à étayer en première analyse la condamnation de toute codification de type jusnaturaliste comme contraire à la nature même du Droit.

Mais le parallèle *Droit-Langage* revêt encore une autre fonction dans la pensée de Savigny: si l'auteur du *Vom Beruf* insiste en effet tant sur les analogies entre ces deux phénomènes, c'est surtout pour mettre en évidence la valeur de *modèle* du Langage pour le Droit. Rien ne révèle mieux cette *fonction paradigmatique* du Langage pour le Droit que la manière dont Savigny infère de la vanité de concevoir une langue universelle qui remplace toutes les langues en usage, l'absurdité de l'invention d'un Droit commun pour tous les peuples (7).

Si telles sont les fonctions du parallèle *Droit-Langage*, qu'en est-il alors du second parallèle établi par Savigny? Affirmé de manière moins soutenue, le parallèle *Jurisprudence-Mathématiques* n'en joue pas moins aussi un rôle privilégié dans la pensée de Savigny. A l'encontre de ce qu'en a dit le professeur Bretone, il me paraît que ce parallèle revêt plus qu'une simple « valeur évocative », qu'il revêt en fait les mêmes fonctions que le parallèle *Droit-Langage*, bien plus qu'il répond au même objectif.

Esquissé soit sous la forme d'une comparaison très concrète avec la *géométrie* — à travers la fameuse et subtile analogie des « principes dirigeants » (*leitende Grundsätze*) du Droit avec les propriétés du triangle (8) — soit sous la forme d'une référence plus générale aux *mathématiques* — à propos de la méthode des juristes romains (9) — le parallèle établi par Savigny entre la *science juridique* et les *mathématiques* a tout d'abord en effet une fonction essentiellement *rhétorique*: face à la prétention d'*exhaus-*

(6) Cf. *op. cit.*, *loc. cit.*

(7) Cf. *Recension*: N. TH. V. GÖNNER, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen, bey Palm, (1815) in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Bd. I, 1815, p. 396.

(8) Cf. *Vom Beruf*, Kap. 3, ed. J. Stern, p. 84.

(9) Cf. *op. cit.*, Kap. 4, ed. cit., p. 88.

tivité (*Vollständigkeit*) des codifications et pour mieux en dénoncer le caractère illusoire et vain, il tend à valoriser une autre forme d'exhaustivité comme celle qu'offre la science juridique ⁽¹⁰⁾ dont les Romains nous ont donné l'archétype ⁽¹¹⁾.

Mais il y a plus. La comparaison établie entre la jurisprudence et les mathématiques n'a pas qu'une fonction *rhétorique* dans la pensée de Savigny. En recourant à l'image de la géométrie comme à l'idée d'arithmétique juridique à propos des juristes romains — « *man kann ohne Übertreibung sagen, dass sie mit ihren Begriffen rechnen* » — ce que cherche en définitive Savigny, c'est à donner les mathématiques en exemple, c'est à les présenter comme *modèle* de rigueur intellectuelle pour les juristes de son temps. Si le parallèle ainsi établi ne prend sans doute pas des allures *programmatisques*, comme l'a justement souligné M. Bretonne, il n'en revêt pas moins une *fonction paradigmatique* propre, à l'instar de celle du parallèle *Droit-Langage*.

Est-ce là pur hasard? Ne serait-ce pas plutôt tout simplement que l'un et l'autre de ces deux parallèles ont le même objectif et répondent à la même préoccupation de Savigny: la *sécurité*? Si l'auteur du *Vom Beruf* tend à donner pour modèle au *Droit* le *Langage*, c'est bien en définitive afin d'assurer son développement organique naturel, seul garant d'une certaine *sécurité*. Et c'est la même *sécurité* — le terme apparaît explicitement sous la plume de Savigny pour caractériser la démarche des juristes romains: « *darum eben hat ihr ganzes Verfahren eine 'Sicherheit', wie sie sich sonst ausser der Mathematik nicht findet* » ⁽¹²⁾ qu'entend assigner à la science juridique l'auteur du *Vom Beruf* en lui proposant pour modèle les mathématiques. Ainsi ces deux parallèles *Droit-Langage* — *Jurisprudence-Mathématiques*, en apparence contradictoires, ont en réalité la même *fonction sécurisante*. Tant il est vrai que la pensée juridique savignienne n'est pas seulement centrée sur la valeur de la *liberté*, mais qu'elle a également pour clef la valeur fondamentale de la *sécurité*.

⁽¹⁰⁾ Cf. *op. cit.*, Kap. 3, ed. cit., pp. 83-84.

⁽¹¹⁾ Cf. *op. cit.*, Kap. 4, ed. cit., p. 88.

⁽¹²⁾ Cf. *op. cit.*, *loc. cit.*

CLAUDIO CESA

Avverto subito che non intendo nè riaprire la discussione « filosofica », che si è svolta e conclusa ieri, nè tentare un intervento che entri nel merito della relazione del collega Brutti. Vorrei soltanto prendere spunto da essa per proporre alcune sommarie notazioni su un paio di termini, di valenza anche filosofica, dei quali egli ha messo in evidenza l'uso nel linguaggio di Savigny. La mia impressione è che, per cogliere tutte le sfumature di quei termini, il richiamo a Kant non sia sufficiente. Pare che da parte degli specialisti si sia lasciata ormai cadere l'ipotesi di una dipendenza di Savigny dal pensiero del primo idealismo — soprattutto da quello di Schelling —, e, personalmente, non ho certo la competenza per riaprire la questione. Vorrei però osservare che c'è una filosofia in senso tecnico, quella dei filosofi di mestiere, ed un'altra che entra nel giro della cultura generale, e nel patrimonio mentale delle persone colte; ora, non ci sono dubbi che, per età e per relazioni personali, Savigny fosse infinitamente più legato ai circoli romantico-idealisti che non alla scuola del filosofo di Königsberg.

Ma entriamo subito nel merito. Il prof. Brutti ha ricordato l'importanza, nel linguaggio savigniano, di un'espressione come *Willenserklärung*; la accentuazione posta su « volontà » fa pensare subito a Kant (oltre che, naturalmente, a Rousseau ed ai suoi infiniti ripetitori); ma di *Willensäußerung* (e di formule analoghe) ci si è serviti ampiamente anche nella scuola idealistica — dai primi scritti giuridico-politici di Fichte sino alla *Rechtsphilosophie* di Hegel; anche questi pensatori si ispiravano, dichiaratamente, a Kant, ma insieme andavano oltre le posizioni che questi aveva delineato, perchè, ossessionati dal problema di superare il dualismo (reale o presunto, qui non importa) nel quale era sembrato arenarsi il criticismo, cercavano di mostrare come

la volontà pura, per propria natura, si dovesse estrinsecare nel mondo finito; ed avveniva prima la scoperta della propria corporeità, poi delle cose, infine l'incontro con altri soggetti di volontà, gli altri uomini. Non è irrilevante che i rapporti interumani avvengano per questa trafila — ad incontrarsi sono non volontà in sè, ma volontà, appunto, proiettate verso l'esterno.

Non sarei sicuro che Savigny non abbia avuto alcuna sensibilità per questo problema; e qui svolgerei qualche considerazione su un altro termine, correlato, sul quale pure Brutti ha richiamato la nostra attenzione, e cioè *Erscheinung*. È verissimo che il termine, nel gergo kantiano, equivale assai spesso a « fenomeno »; ma dobbiamo guardarci dal pensare solo all'uso della parola nella prima *Critica*, ove « fenomeno » si qualifica nella sua distinzione da « cosa in sè ». In altre opere kantiane si trovano altre accezioni: basterà qui ricordare quel passo della terza *Critica* nel quale si legge: « *Das Subjekt, als Mensch, folglich als Erscheinung betrachtet...* » (W., V, 196 ss.), ove è importante la sfumatura che quando dalla nozione logica di « soggetto » si passa a quella di « uomo », si parla di una *Erscheinung*. Se si sfoglia la *Metaphysik der Sitten*, poi si incontrerà lo « homo noumenon » definito come « soggetto razionale », « libero da determinazioni sensibili », « ente morale » e lo « homo phaenomenon » che, invece, è un « ente fisico » (*physisches Wesen*). Se dalla ragione si derivano i doveri del soggetto, cioè il contenuto specifico della « morale », la definizione dei rapporti degli enti fisici e razionali tra di loro è funzione del « diritto ». La libertà pura è la sfera del noumeno, la libertà di quell'ente finito che è l'uomo implica che la libertà entri nel mondo dei fenomeni. Sono queste accezioni della *Erscheinung* kantiana, e non quella gnoseologica in senso tecnico, che passano di più nel linguaggio degli idealisti. Per es. Fichte, in uno dei suoi scritti più famosi (*Die Bestimmung des Menschen*) nell'indicare la scoperta, da parte dell'uomo, degli altri uomini, diceva che questi apparivano al primo « *Erscheinungen im Raume* » (W., II, 259). Ma soprattutto rilevante mi pare l'uso del termine in apertura alla *Neue Deduktion des Naturrechts* (1795) di Schelling, dove tra l'altro si legge: « *Leben ist die Autonomie in der Erscheinung, ist das Schema der Freiheit, insofern sie in der Natur sich offenbart* »; tutto ciò che è diverso dall'io è *Welt der Erscheinung*,

ed in tale mondo l'io deve entrare per far valere se stesso (*W.*, I, 248-49). A questo uso del termine sia Fichte che Schelling rimasero fedeli anche negli anni successivi; il secondo, per es., nelle *Lezioni sul metodo dello studio accademico* (1803) definiva lo stato la « *vollkommene Erscheinung* » nel reale dell'armonia tra libertà e necessità.

Che, del resto, nel passo savignyano citato dal relatore ci sia una allusione più idealistica (magari, per certi rispetti, antiidealistica) che kantiana (o antikantiana) mi sembra risultare anche dallo scartare, da parte di Savigny, come non pertinenti al suo tema, « le difficoltà speculative del concetto di libertà ». Già il termine « speculativo » difficilmente può riferirsi a Kant; era stato invece adottato come divisa, quando si staccarono dall'idealismo trascendentale, proprio da quei pensatori che noi siamo soliti chiamare idealisti (Hegel lo adoperò poi sempre per designare la propria filosofia); quanto alle « difficoltà », furono proprio gli idealisti ad aprire sul tema della « libertà » una discussione che si trascinò per decenni — e sarebbe fuori luogo inserire qui un elenco di titoli e di date.

Se poi il termine non avesse un proprio ben preciso posto nella tradizione giuridica, si potrebbe addirittura dire che anche « *Macht* » fa parte del gergo idealistico, indicando il potere dell'uomo nei confronti delle cose; e talvolta, per segnare come tale potere sia un originario, e non un derivato, si parla di *Selbstmacht*.

Può ben darsi che si tratti soltanto di assonanze terminologiche; esse sarebbero però il segno almeno di questo, che il lavoro filosofico della generazione cui anche Savigny apparteneva non era passato senza lasciare su di lui qualche traccia.

GIOVANNI TARELLO

L'elemento che a me sembra distinguere dagli altri l'intervento della De Marini è costituito dall'accettazione, da parte sua, di un dato di fatto, o di quello che a me sembra tale: e cioè che anche Savigny, come tutti, era, in un certo modo, schizoide. Da una parte, egli è il fine interprete di singoli testi, il generoso ricercatore d'archivio; dall'altra parte, per contro, sta l'operatore di scelte concettuali che si rivela talvolta, se non ottuso, almeno opaco interprete.

Riconoscere questo aspetto in qualche modo dissociato dell'attività scientifica del Savigny non significa ricadere nello schema della « svolta metodologica » o nello schema della contrapposizione di un Savigny giovane rispetto a un Savigny della maturità. Significa, invece, suggerire, in sede di interpretazione storica, che il Savigny lungo tutto l'arco della sua vita, sia pure in maniera diversa in diversi momenti, partecipò a più di una impresa culturale; e che in ciascuna delle imprese culturali collettive alle quali ha preso parte, come ad esempio rispettivamente quella filologica e quella di giurista sistematico, egli sentiva sollecitazioni che provenivano dalle necessità interne e dai condizionamenti storici di *ciascuna* di queste *diverse* imprese culturali delle quali era partecipe (anche se, eventualmente, in una di queste imprese la sua partecipazione ebbe ad avere, in qualche momento, un ruolo protagonista e, forse, in altre non ebbe un ruolo protagonista).

Secondo me, è senza speranza di buoni risultati il tentativo di rendere coerente « tutto » Savigny e, una volta reso coerente, di qualificarne l'attività e l'opera rispetto a valori quali quelli di progresso e di regresso, di avanzamento e di non avanzamento. Io credo che sia più proficuo, semmai, ricercare se in taluni momenti e rispetto a qualche specifica operazione culturale o poli-

tica o tutte e due, si sia verificata anche in Savigny una confluenza tra filoni e esperienze, tra mestieri diversamente e separatamente operanti; in modo da vedere se eventualmente (ma circoscrivendo la ricerca) in relazione a qualche scopo, in qualche momento si possa essere verificata e come una confluenza, per esempio, di filologismo e di intraprese sistematiche. Se ci si limita a ricostruire o a sovrapporre una unità e una coerenza a un personaggio, specialmente uno di quei personaggi che partecipano contemporaneamente a *diverse* imprese collettive culturali, si rischia inevitabilmente di perdere la fitta trama dei rapporti che rispettivamente in ciascuna di queste imprese questa persona aveva: quanto più un personaggio è poliedrico, tanto più una interpretazione che privilegia la coerenza diviene sviante.

GIUSEPPE GIARRIZZO

Non sono uno studioso di storia del diritto, e non rivendico neppure in quanto storico della cultura politica e della storiografia un'adeguata conoscenza di Savigny. Il mio interesse per Savigny è 'indotto' dai miei studi su Niebuhr, su cui stesi nel '50 una dissertazione di laurea, e al quale vorrei tornare in un prossimo futuro: sicché la mia presenza al Congresso Savigny è collegata alla ripresa aggiornata di antichi progetti. A tal fine, intendo porre due esigenze che mi sono diventate più chiare seguendo lo svolgersi del congresso: quella di assicurare condizioni di più vasta traducibilità (e fruizione) dei risultati conseguiti attraverso un'attenzione più aperta per quel che matura — e problemi e risultati — nei numerosi territori di confine; e l'esigenza, tanto più urgente ora che viene crescendo (l'ha detto Mazzacane) l'interesse per il Savigny del *System* (1839 sgg.), di una periodizzazione rigorosa della vicenda intellettuale e scientifica del grande giurista. Va perciò constatata la caduta di interesse per il Savigny delle *Obligationen*, il Savigny post -1848: sarà più facile così far procedere, accanto all'analisi delle interne coerenze e degli sviluppi concettuali e metodologici nel lavoro di Savigny, una ricerca attenta ai puntuali riscontri tra nodi emergenti della politica in quei drammatici decenni e proposte interpretative e normative di Savigny, e capace di illuminare perciò nei vari contesti la funzione cui Savigny chiama la scienza giuridica (e Fioravanti lo ha mostrato assai bene per i decenni '30 e '40).

Ripeto che mi manca la competenza necessaria per fornire un contributo specifico a questo tema: tanto più che il vero 'incontro' fra Savigny e Niebuhr si pone al di qua della 'rivoluzione di luglio' — anche se importante rimane per lo studioso di entrambi, cogliere l'operazione riduttiva che nel noto saggio sulla nobiltà (nelle *Abhandlungen* dell'Accademia di Berlino del 1836,

uscite però nel '38) Savigny ha compiuto delle tesi di Niebuhr in materia di classi e ceti della Roma arcaica. E perciò può essere utile, anche allo storico di Savigny e all'analista del suo ' sistema ', definire con chiarezza il modo in cui nella Germania di quegli anni si ponessero i grandi temi della rivoluzione europea: e, in riferimento ad essi, qualificare la risposta di Savigny (o di Niebuhr), sia essa esplicita, ovvero sia da far emergere sottolineando la selettività delle aree prescelte, cogliendo approcci metodologici sollecitati da nuove curiosità, avvertendo scarti e mutamenti persino mascherati sotto l'uniformità delle ' tecniche '.

Guardiamo per un momento al problema del potere tra il 1780 e il 1830, così come si configura in presenza della ' questione feudale '. In ogni parte era diffusa la convinzione della decadenza irreversibile di una società di ordini: la crisi di valori (si pensi alla polemica massonica contro il potere ereditario, e al congiunto modello della ' nobiltà virtuosa ') sollecitava a costituire nuovi, ' naturali ' rapporti di dipendenza assicurati da nuovi, ' naturali ' rapporti di proprietà. Non credo sia possibile leggere *Das Recht des Besitzes*, che è del 1803 e su cui Archi ha riportato efficacemente l'attenzione, senza riferimento al grande dibattito contemporaneo sull'origine della proprietà e alla costante opposizione tra *Eigentum* e *Besitz*. Una distinzione - opposizione che, mi preme rilevarlo, costituisce il filo rosso della *Römische Geschichte* di Niebuhr; e che, negli stessi anni, definisce la equazione dei ' vichisti ' di Napoli, da Filangieri a Cuoco, tra *usucapio* e *possessio* — ad esclusione della violenza (e della ' conquista ') come fondamento della proprietà legittima. Da Niebuhr a Cuoco, lo sbocco della ' questione feudale ' è costituito dalla piccola proprietà coltivatrice: tali sono, piccoli proprietari coltivatori, i ' sanniti ' di Cuoco nel *Platone in Italia*; tali sono, popolo — al pari dei ' frisi ' del Dithmarschen — mai soggetto a regime feudale, i plebei di Niebuhr — dalle cui lotte con un altro popolo ' feudale ' nasce la storia agraria e sociale di Roma. Ma l'incontro - scontro di popoli a diverso regime rifluisce, negli anni di Niebuhr, di Cuoco, di Savigny nella più vasta tematica che — da Siéyès ai Thierry — viene assunta come soggetto della rivoluzione europea, la vendetta dei ' vinti ' plebei sui signori ' vincitori '.

Se pure è entrato in questo grande corso, Savigny ha cercato a mio giudizio di uscirne subito. Non v'ha in lui anzitutto simpatia per il modello piccolo-proprietario, che tanta suggestione aveva suscitato in Niebuhr; e la società civile di Savigny mi pare società prevalentemente cittadina, urbana, non rurale. Da qui forse anche la sottovalutazione nel *Beruf* (che gli sarà rimproverata dal v. Arnim, 1814) del fatto che grazie al *Landrecht* in « Prussia persino il contadino non ritenga più il diritto, come accade in Asia, una misteriosa seduta spiritica e un gioco d'azzardo ». Eppure la Prussia del *Landrecht*, e gli scritti di C. G. Suarez sono per Savigny — a partire almeno dall'arrivo a Berlino — 'fonti' importanti della sua riflessione giuridico-politica. Struttura, competenze e attività della Commissione legislativa prussiana sono esperienze decisive per la definizione delle sue tesi, e del ruolo fondamentale della 'scienza giuridica' (Bretone). Altrettanto importante è il modo in cui Savigny recupera, e sviluppa l'apologia tradizionale degli *Stände* come barriera opposta al dispotismo ministeriale. Giacché quella studiata e aggiornata da Savigny resta la società di ordini, codificata nel *Landrecht* fridericiano (nobili, cittadini, contadini) — con un'inclinazione esplicita a studiare gli istituti del diritto privato con riferimento alla diversità dei ceti, e a consegnare al 'diritto politico' le questioni di confine, e di equilibrio 'organico' fra gli *Stände*. È mia convinzione che è questa degli *Stände* un'articolazione importante del suo pensiero politico e giuridico; e però considero di grande interesse l'insieme di riflessioni che vi abbraccia la riforma amministrativa prussiana del 1808 (anche se limitata alle città medio-grandi) e 'l'origine della nobiltà' — una verifica quest'ultima resa acuta dai riflessi (1830-34) del luglio francese. Giacché la crisi della nobiltà trascina tutta la società di ordini, e con essa la scienza giuridica che ne legittima e aggiorna gli istituti.

Non deve trattarsi in ogni caso di un processo rettilineo o schematico, o almeno tale non appare a chi come me troppe cose ignora e di troppo è imperito per avanzare proposte interpretative definite. Perciò mi limito a ricordare la stretta connessione, che si è stabilita già nel secondo '700, tra riforma fiscale, riforma amministrativa e fine della 'società di ordini': perché lo studioso di Savigny ne tenga conto nella analisi, periodizzata, del suo pen-

siero. E concludo con il riferimento ad un singolare episodio del 1823-25 che, attraverso lo Stein, chiama in causa e Savigny e Niebuhr.

L'editto 25 settembre 1820 aveva disposto la conversione in rendita dei ' pesi reali ' (*Reallasten*) a carico dei contadini, e reciso i legami di dipendenza personale dai signori. La reazione dei proprietari di Vestfalia e di Minden-Ravensbergh era stata violenta, e aveva trovato un portavoce singolarmente autorevole nel vecchio Stein: a giudizio di Stein, l'obiettivo di quella legge, « equilibrare i diritti che le nuove leggi [francesi] attribuivano ai contadini con i diritti riconosciuti dall'antica costituzione ai signori », era stato mancato; ed essa era stata rovinosa tanto al signore che al contadino. Ché « la *Eigenbehörigkeit* aveva fondato e mantenuto il benessere e l'autonomia del ceto contadino »; e la via per il superamento era quella imboccata negli anni '80 nel Münster; ove un'ordinanza [del 21 sett. 1783] l'aveva trasformata in *Erbpacht*; e non — come disponeva la legge del '20 — la sua risoluzione, pur se dietro indennizzo. Eppure Savigny, l'uomo-chiave della commissione nominata (1823) dal Consiglio di Stato, si ostina a sostenere l'editto del 1820 e ne ammette solo ritocchi; Stein è furibondo (a Niebuhr, 28 nov. 1824): « Ich wünschte, er bliebe bei der antejustinianischen Gesetzgebung stehen und beschäftigte sich nicht mit unseren Provinzialangelegenheiten ». Perciò egli confida in Niebuhr, appena chiamato a far parte del Consiglio di Stato, che — amico di lunga data di Savigny — gode del credito del principe ereditario: ed ha ' idee assai giuste ' in materia di costituzione, di nobiltà ereditaria, di rapporti contadini. La Germania abbisogna « eines tüchtigen Bauernstandes »; e non di possessi divisi — un sistema questo, che in Francia come in Irlanda ha generato una popolazione eccessiva e *potato-feeding*.

Il ' romanista ' Savigny diventa così fautore dello stravolgimento della società di ordini, attraverso la abrogazione dei rapporti ' feudali ' in tensione nella campagna; Stein (e Niebuhr) invece i portatori di istituti di salvaguardia del « virtuoso ceto contadino », sottratto alle leggi del mercato e difeso entro gli argini della *Eigenbehörigkeit*. Sono ruoli assunti in piena consapevolezza, e che meritano attenzione e per un giudizio su Savigny e per un'esegesi adeguata del giudizio di Hegel su di lui. D'altra parte, il

netto disegnarsi di tali scelte e di ideologie alternative incita a caratterizzare la rispettiva filosofia della storia (e la congiunta sociologia), la specifica qualità dell'impegno filologico: ho seguito con interesse lo sforzo della De Marini nel definire la natura e gli impieghi della filologia di Savigny — che mi è parsa più vicina all'ermeneutica, alle tecniche del giurista che non alla scienza del collaudo congetturale, quale è in Niebuhr, in quanto epigono della grande tradizione filologico-antiquaria. Qui però la filologia deve fare i conti con una storia che ha come motore il conflitto entro società dualistiche; mentre in Savigny essa è al servizio di una sociologia organicistica, corrispondente all'analisi di 'società di ceti' e a congiunte teorie dell'equilibrio sociale. Ed è proprio sul terreno dell'attacco che il mercato, e l'ideologia dell'individualismo acquisitivo muovono contro la società di ordini che va recuperata — in Savigny come in Niebuhr — la tensione tra diritto privato e diritto pubblico, tra *code civil* e monarchia amministrativa: da un lato le ambiguità presenti nella teoria del contratto in Savigny; e dall'altro, la polemica di Niebuhr sulla antica legislazione agraria che oscilla tra i piani 'giacobini' di limite alla proprietà e il progetto piccolo-proprietario della democrazia rurale.

E non è detto che la sfida intellettuale portata dal 'sistemático' Savigny, se accettata da storici diffidenti del sistema *at its face value*, non possa risultare altrettanto appagante della superba provocazione immaginativa del suo amico Niebuhr.

DOMENICO MAFFEI

L'amico Grossi mi prega di dire una parola su alcune lettere del Savigny in corso di pubblicazione, a mia cura e con la collaborazione del collega Prof. Knut Wolfgang Nörr, nella sezione romanistica della *Zeitschrift für Rechtsgeschichte der Savigny-Stiftung*.

Dove sono e a chi sono dirette queste lettere? A Siena, come si sa, la Biblioteca Comunale conserva un grosso fondo detto degli Autografi Porri dal libraio-editore senese che lo formò durante il secolo scorso. Molti anni fa vi avevo cercato invano le lettere di cui si discorre perché, sapendo dell'insegnamento senese del Capei e del Conticini, cioè di due importanti tramiti della diffusione del pensiero del Savigny in Italia, e sapendo che i due docenti erano stati amici del Porri, ero sicuro che qualcosa nel fondo ci fosse. La ritrosia quasi verginale dei bibliotecari del tempo non mi aveva consentito di raggiungere allora i vagheggiati cimeli, poi emersi grazie ad uno scasso operato da un archivista e studioso senese, il Prof. Giuliano Catoni. Successivamente, ho potuto anch'io mettere le mani nel fondo Porri e ritrovare altre lettere di giuristi italiani e tedeschi, non di rado dei maggiori dell'Ottocento.

Quale in sintesi il significato di queste lettere? Talora importanti per il contenuto, esse costituiscono una testimonianza non trascurabile dell'avvio di rapporti che si sarebbero rivelati molto fecondi e gettano nuova luce sul Savigny, sui suoi interlocutori italiani e sul mondo che fu loro. Per fare due esempi, da un lato ora si sa di più della politica universitaria dei sovrani di Toscana, politica che rese possibili i soggiorni del Conticini in Germania, dall'altro si conosce con maggior precisione la parte avuta dal Capei, anziché dal Salvotti, nella diffusione dell'opera di Savigny.

Infine, si dovrà e potrà ora badare anche al significato che la presenza del barone Giuseppe Poerio, da tempo fortemente interessato alla fiorente cultura tedesca, rivestì per il mondo dotto fiorentino e segnatamente per il Capei, che sappiamo in contatto con l'esule calabrese.

HERBERT KADEL

Prof. Mazzacane hat uns mit Recht ermutigt, neue Texte aus dem Nachlaß Savignys zu edieren. Ich rechne hierzu die Methodenlehren, deren Anfänge bereits durch die Veröffentlichung Wesenbergs nach der Nachschrift Jacob Grimms bekanntgeworden sind. Hierzu ist bereits bei der Durchsicht des Savigny-Nachlasses in Trages im Jahre 1976 aufgefallen, daß nicht nur das originale Konzept dieser Vorlesung vorliegt, sondern auch ein zweiter Versuch aus dem Jahre 1809, also aus der Landshuter Zeit, und daß sich weitere Berliner Texte anschließen, die als Einleitung zu den Pandektenvorlesungen benutzt worden sind, wie dies bereits bei der Landshuter Methodologie der Fall war.

Nun ist Mazzacane darin zuzustimmen, daß diese Texte im Zusammenhang mit dem übrigen Rechtsdenken Savignys zu interpretieren sind. Das führt zu der Frage, ob dieses Rechtsdenken ein gleichbleibendes oder wenigstens kontinuierliches war, oder ob sich in ihm Momente der Diskontinuität finden. Auf diesen Punkt möchte ich näher eingehen.

Es ist in der Tat eindrucksvoll, in den frühen Methodologien bereits Wendungen und Passagen vorgebildet zu sehen, die dann im Alterswerk, dem « System », wiederkehren. Hieraus möchte man auf den ersten Blick die Vermutung ableiten, daß in der Tat von der Frühzeit bis in das Alter eine einheitliche Konzeption das Rechtsdenken Savignys durchzieht. Dennoch zeigen sich in den Methodologien auch Momente der Diskontinuität. Wir finden einerseits zwischen den frühen Texten, der Marburger und der Landshuter Methodologie, und den späteren Berliner Texten eine deutliche Zäsur in der äußeren Darbietung, zum anderen geht damit aber auch eine innere Wandlung einher, die durch das Heraufkommen der Volksgeistlehre gekennzeichnet ist.

Bei der Marburger Methodologie von 1802 und der Landshuter Methodologie von 1809 ist deutlich erkennbar, daß es sich um den gleichen Text handelt, der in Landshut einer zweiten Bearbeitung unterzogen wurde. Diese zweite Bearbeitung ist nach der Aufschrift des Konvoluts nicht mehr selbständig, sondern als Einleitung zu Savignys Pandektenvorlesung vorgetragen worden. Der Stoff ist geringfügig vermehrt, aber statt auf 26 nur noch auf 13 Vorlesungsstunden angelegt. Damit ist der Weg beschritten, der dann in Berlin fortgesetzt wird. Die Berliner Texte sind gegenüber diesen beiden früheren Methodologien neu. Wir haben aus der Berliner Zeit eine Vielzahl knapper Einleitungen zu den jeweiligen Pandektenvorlesungen und daran knüpft sich die Frage: War das alles, oder hat Savigny etwa im Anschluß an diese Berliner Einleitungen noch die Landshuter Methodologie in extenso vorgetragen? Hierzu stehen sich zwei verschiedene Erwägungen gegenüber: Auf der einen Seite hat Savigny für das Konvolut mit den Einleitungen 1811-1814/15 (1811 ist dabei verloren) die Aufschrift « Nachträge zum zweiten Versuch der Methodologie » gewählt. Das klingt nun in der Tat nach bloßen Zusätzen. Sodann finden sich in der Landshuter Methodologie eine Reihe von Marginalien, späteren Hinzufügungen zum Text, die auf den ersten Blick aus späteren Repetitionen herrühren könnten.

Auf der anderen Seite ist jedoch folgendes zu bedenken:

1. In den Berliner Texten finden sich mit großer Akribie Verweisungen auf das, was Savigny aus früheren Vorlesungen noch vorgetragen hat. Dabei ist auf die frühen Methodologien an keiner Stelle verwiesen.

2. Die Marginalien zur Landshuter Methodologie sind ausnahmslos in dem jugendlichen, zügigen Duktus der Entstehungszeit gehalten. Von den späteren Veränderungen der Handschrift, die schon in den zwanziger Jahren feststellbar ist, findet sich keine Spur.

3. Am Ende mancher Berliner Texte finden sich pragmatische Hinweise (« Mittwoch fällt vorderhand aus »), die das Ende der Einleitung bezeichnen könnten.

4. Außerdem war die große Stoffmasse auch als bloße Einleitung zu einer selbst stoffreichen Vorlesung nicht geeignet.

5. Schließlich das wesentlichste Argument: Die bisherige Durchsicht von Vorlesungsnachschriften — ich habe allerdings bisher nur einen Teil der Nachschriften bearbeitet und will dies noch fortsetzen — hat keine extensive Behandlung methodologischen Stoffes ergeben.

Hieraus wird wahrscheinlich, daß der Vortrag der frühen Methodologien in Berlin wohl abgebrochen worden ist, und daraus ergibt sich eine beachtliche Zäsur in der äußeren Darbietung.

Damit komme ich nun zu den inneren Gründen, die dafür maßgebend gewesen sein können. Die Arbeit an dem zweiten Versuch der Methodologie, dem Landshuter Text, fällt in das Jahr 1809. Das ist auch die Zeit, in der sich die Volksgeistlehre herausbildet. Dies geht aus anderen Befunden des Nachlasses hervor. Dabei läßt sich ein gewisser Einfluß Adam Müllers feststellen, obwohl Savigny ihn — wie eine Reihe von Briefstellen zeigen — eigentlich ablehnte. Es haben zwar gesellschaftliche Beziehungen bestanden und seine Frau war Patin bei Adam Müllers Tochter Cäcilie. Aber innerlich war er ihm nicht geneigt. Daraus mag es auch resultieren, daß er ihn im «Beruf» nicht zitiert. Jedoch hat Savigny die drei Dresdener Vorlesungen Adam Müllers über mosaische, griechische und römische Gesetzgebung, die später in die «Elemente der Staatskunst» eingingen, im Zusammenhang mit der Herausbildung der Volksgeistlehre exzerpiert. Sie waren zuerst in der Zeitschrift «Pallas» erschienen. Um auf die Landshuter Methodologie zurückzukommen: Hier zeigen sich nun Spuren davon, daß Savigny in dieser Zeit im Umbruch ist. In beiden frühen Methodologien ist noch ungeniert vom Recht als Gesetzgebung die Rede. Das Recht wird also noch auf die Willensäußerung eines Gesetzgebers zurückgeführt. Ich leugne nicht, daß auch hier schon die geschichtliche Betrachtung einen breiten Raum einnimmt. Aber sie hat noch lediglich eine exegetische Hilfsfunktion. Neben das grammatische, logische und systematische Element tritt als viertes Element in der Auslegung des Satzes das historische. Weiter geht die Lehre in dieser Zeit noch nicht. Und nun zeigen sich in der Landshuter Methodologie Anzeichen eines Wandels: an zwei Stellen wird das ursprünglich verwendete Wort «Gesetzgebung» durchgestrichen und durch

«Recht» bzw. eine andere Vokabel ersetzt, mit der Savigny von der Gesetzgebung als der Quelle des Rechts abrückt.

Dies kommt nun in der ersten Schicht der Berliner Texte voll zum Ausdruck. Sie ist ganz erfüllt von der neuen Volksgeistlehre. Die Geschichte ist nun nicht mehr bloß exegetisches Hilfsmittel, sondern sie wird zum Entstehungsgrund des Rechts. Die Überlegungen beschäftigen sich nicht mehr allein mit der Auslegung des gegebenen Rechtssatzes, sondern jetzt vor allem mit seinem Zustandekommen.

Die äußerliche Zäsur fällt daher auch mit einem inneren Wandel zusammen.

Nun scheint mir, daß diese Volksgeistlehre im Spätwerk wieder zurückgedrängt wird. Ich erinnere nur an die bekannten Äußerungen des «Systems», nach denen die Kontroverse um die Volksgeistlehre der Vergangenheit angehört und nicht mehr fortgesetzt werden soll. Auch in den Berliner Texten können wir im weiteren Fortgang feststellen, wie diese Lehre wieder aus den Vorlesungen Savignys verschwindet. Hier ist des öfteren von den «due Savigny» die Rede gewesen. Ich möchte geradezu die Frage stellen, ob wir nicht drei Phasen konstatieren müssen: eine frühe, eine mittlere, in der die Volksgeistlehre frühere Auffassungen überlagert, und eine Spätphase, in der diese Lehre wieder zurückgedrängt wird.

JOACHIM RÜCKERT

DER UNBEKANNTE SAVIGNY

Offene und verdeckte Lücken unserer Savigny-Kennntnis

Vorbemerkung. - Einleitung. — 1. Offenbare Lücken unserer Savigny-Kennntnis: a. Der Forschungsstand im allgemeinen. b. Die empfindliche Vernachlässigung einiger besonderer Bereiche: a') Erster Bereich: Politik-Praxis-Ämter. b') Zweiter Bereich: Savigny als Dogmatiker. c') Dritter Bereich: Die sog. Strafrechts-episode. d') Vierter Bereich: Die Landshuter Zeit. — 2. Versteckte Unbekanntheit Savignys? — 3. Zusammenfassender Überblick über die Quellenlage. — 4. Hypothesen.

Vorbemerkung

Nach dieser Vorbemerkung kommt der volle Text des speziell für das Florentiner Seminario su Savigny vorbereiteten Beitrags zum Abdruck. Nur wenige äußerliche Änderungen wurden vorgenommen. Der Beitrag lag schriftlich vor und Teile daraus wurden als Intervento mündlich eingebracht. Es ist mir dabei eine angenehme Pflicht, auch an dieser Stelle M. G. Losano/Mailand für seine entscheidende Hilfe bei der für den Intervento benutzten italienischen Fassung herzlich zu danken.

Wenn der folgende Beitrag Einzelfragen in Sachen Savigny nicht diskutiert, obwohl dafür so zahlreiche und fruchtbare, verführerische Anregungen vorlagen, wie sie dieser Band dokumentiert, bedeutet dies keineswegs eine Mißachtung dieser Beiträge. Lediglich in der gegebenen Lage eines Entweder-Oder schienen mir einige grundsätzliche Überlegungen zum Fundament der Savigny-Kennntnis subjektiv und objektiv besonders zweckmäßig; eine Auseinandersetzung mit den Einzelfragen bildet einen weiteren, nicht minder wichtigen Schritt.

Der folgende Text enthält keinerlei Nachweise, da er auf einem ausführlichen Manuskript beruht, das alle Belege und eingehenderen Begründungen liefert. Es wird demnächst als Buch in der Collana-Serie dieser Quaderni erscheinen. Ich freue mich, schon an dieser Stelle dem Herausgeber danken zu können für sein warmes Interesse und verständnisvolles Entgegenkommen, das diese glückliche Kombination ermöglichte. Nur im Hinblick auf dieses Buch erschien es auch möglich und erlaubt, hier im Beitrag für die Tagung die kritischen Teile zu betonen und fast alle positiven Thesen im Buch teils zu übergehen, teils auf das fast schon rätselhafte Skelett der vier Fragen und Antworten in «4. Hypothesen» zu reduzieren. Alle 'positiven' Schritte und Ergebnisse, also der gesamte Abschnitt Hypothesen, aber auch einige Ergebnisse zum Punkt Dogmatik, Strafrecht und besonders zu Landshut, sind hier also nur angedeutet und nur im erwähnten Buch ausgeführt.

Einleitung

Fragestellung, Arbeitsgrundlagen und Inhalt dieser Überlegungen lassen sich am besten umreißen, indem ich drei Gründe erläutere, die mich dazu führten, über den «unbekannten Savigny» zu arbeiten.

1. Seit meiner Arbeit an und um den vormärzlichen Juristen und Germanisten Reyscher, in der Savigny ein ständiges vertracktes Abgrenzungsproblem aufwarf, beschäftigen mich einige Einwände gegen das übliche Bild von diesem Savigny, der das rechtshistorische Profil der ganzen Epoche in pro und contra so sehr beherrscht. Teilweise wurden diese Einwände damals konkretisiert, teilweise wurden sie im Rahmen von Projekten zum *Vormärz* insgesamt und zu *Gustav Hugo* (1764-1844) fortgeführt.

2. Da diese Untersuchungen immer wieder auf umfangreiche Quellenarbeit hinausliefen, wurden sie zurückgestellt zugunsten der Arbeit an einer geplanten Habilitationsschrift zum Lohnrisiko im Dienstvertrag, allgemeiner der Gefahrtragung in gegenseitigen Verträgen im deutschen bürgerlichen Gesetzbuch. Auch hier stellte sich jedoch bald die Sphinx Savigny ein, da seine

Vorlesungen über diese Thematik offenbar von Bedeutung für das BGB geworden sind, obgleich sie 1842 endeten und insoweit nichts Gedrucktes vorlag.

3. Dieser Erkenntnisstand führte mich nach Marburg an den wissenschaftlichen Nachlaß Savignys, der dort seit 1977 lagert, sowie zu einer breit angelegten Umfrage in deutschen Bibliotheken und Archiven zur Erschließung noch vorhandener Savigny-Quellen, insbesondere der Vorlesungsnachschriften.

Damit entstand ein Eindruck der Quellenlage, der die Frage aufdrängte, wie sich der Forschungsfundus dazu verhalte. Ein Vergleich von Forschungs- und Quellenlage bildet daher das Hauptthema meiner Ausführungen. Sie beruhen auf einem ausführlichen, abgeschlossenen Manuskript (*). Vielleicht hat man bei aller Kürze des hier Vorgelegten den Eindruck, die Bemerkungen zur Forschungslage fielen doch recht eingehend aus. Dies hängt dann mit meiner Meinung zusammen, die Selbständigkeit zu neuen Fragen und Antworten sei gerade auch *durch die alten Fragen und Antworten hindurch* zu gewinnen. So gesehen zielt diese Arbeit auch darauf, die gegebene Literaturfülle hinter sich zu bringen zugunsten der fast ein wenig zurückgetretenen Quellen selbst.

In drei Hauptschritten werde ich den Vergleich durchführen. Der Schlußteil bringt einige Hypothesen zu Savigny. Demnach erörtere ich zunächst einige « Offenbare Lücken unserer Savigny-Kenntnis » (1) und erweitere dann die Frage auf « Versteckte Unbekanntheit Savignys? » (2). Es folgen ein zusammenfassender Überblick zur Quellenlage (3) und zuletzt die Hypothesen (4).

I. Offenbare Lücken unserer Savigny-Kenntnis

a. *Der Forschungsstand im allgemeinen.* — Man muß, wie gesagt, wissen, an welcher Stelle man selbst einsetzt, zumal wenn man von « unbekannt » redet. Im Falle Savigny endet unser Forschungsfundus anders als bei vielen nicht weniger wichtigen

(*) Siehe dazu die Vorbemerkung.

Juristen der Neuzeit nicht schon mit *Landsbergs* großer Arbeit vom Jahre 1910. Glücklicherweise ist man auch in der Lage, den Forschungsstand relativ gut zu überblicken dank der bibliographischen Zusammenstellungen bei *Wolf* 1963, *Wieacker* 1967, *Jan Schröder* 1970, *Marini* 1978 und zuletzt — in den Quadern dieses Instituts — von *Luigi Dölemeyer* 1980. Es handelt sich mit einigen Ergänzungen um die imposante Zahl von über 300 Titeln.

An dieser Stelle muß es genügen, das Ergebnis einer eingehenderen Analyse der Literatur vorzulegen: Danach treffen sich die Beiträge außer einigen wenigen echten Spezialstudien alle erstaunlich deutlich im Interesse an der weltanschaulich-methodisch-juristischen Mischung von Grundlagenthesen bei Savigny. Dies gilt nicht nur für die vielen Beiträge aus festlichem Anlaß, sondern auch für die Monographien und hier selbst für die an sich breiter angelegten Studien, wie die von Landsberg, Wieacker oder Marini 1978. Spezifische, allgemeine Fragestellungen herrschen vor. Bei einem Vergleich von Forschungsstand und Quellenlage ist diese Eigenart zu vermerken. Die Folgen werden nämlich eher unterschätzt. Einigen dieser Folgen gelten die nächsten Abschnitte.

b. *Die empfindliche Vernachlässigung einiger besonderer Bereiche.* — Die Liebe zu den so verstandenen Grundlagen bedeutete zugleich eine Vernachlässigung anderer Bereiche: Es gibt einige ausgesprochene Mauerblümchen in der Savignyforschung. Vier Quellengruppen fordern einen eigenen Vergleich mit der Forschungslage besonders heraus: die politisch-praktische-amtliche Tätigkeit, die dogmatisch-juristische Leistung, die sog. Strafrechtsepisode und die Landshuter Zeit.

a') *Erster Bereich: Politik - Praxis - Ämter.* — Savigny entfaltete bekanntlich wenigstens seit 1810 und überwiegend zwischen 1842 und 1848 eine nicht leicht zu überblickende politisch-praktische Tätigkeit in den verschiedensten Ämtern, zunächst neben, seit 1842 statt seiner Professur. Im Lichte der Fixierung auf seine allgemeine juristische Weltanschauung mag es kein Zufall sein, daß die äußeren Daten seiner konkreten Tätigkeiten nirgends als in der großen Schatzkammer Stolls vollständig und fehlerlos zu finden sind. Nach Stolls ebenso ergiebigen wie schwer zugänglich

verstreuten Nachweisen betätigte sich Savigny während der ganzen Berliner Zeit seit 1810 in den von ihm mehr oder weniger geschätzten «Geschäften»: als Mitglied der Universitätsgründungskommission, des Spruchkollegiums, als Rektor, im Landwehrausschuß und als Landweherschütze, als Staatsrat und Geheimer Oberrevisionsrat, in der Gesetzeskommission und schließlich als Minister für Gesetzrevision. Universitätspolitische Aktivitäten beschäftigen ihn schon viel früher und immer wieder. Einzelne politische Themen kommen hinzu, z.B. in Schriften über Selbstverwaltung und Adelsfrage.

Genauer betrachtet begann es zwar noch nicht in *Marburg*, wo er sich wie auch in *Landshut* von der Spruchfähigkeit befreien ließ und 1803 nur am Rande etwas für englische Leser «On the present State of the German Universities» verfaßte. Aber schon im Oktober 1804 schrieb er auf kurfürstlichen Wunsch eine Denkschrift über die Reorganisation der Universität *Heidelberg*. 1808 erbat er sich von seinem Freund Kreuzer Schleiermachers Universitätschrift zur Rezension. In *Landshut* stand er den dortigen politischen und rechtspolitischen Auseinandersetzungen nicht so fern, wie es bei unserer geringen Kenntnis dieses Lebensabschnitts wirken und wie seine Befreiung vom Spruchkollegium und von Verwaltungsgeschäften nahelegen könnte.

Der Ertrag *gedruckter Quellen* aus diesen Tätigkeiten verdient eine Zusammenstellung. Ich gebe die elf mir bisher bekannt gewordenen Drucksachen stichwortartig wieder: Aus Staatsrat und Ministerium besitzen wir gedruckte Stellungnahmen zum rheinischen Zivil- und Gerichtsverfassungsrecht, zur Gesetzrevision als allgemeine Aufgabe, zur Zensurgesetzgebung, zur Ehescheidungsreform, zur Zivilprozeßreform, zum Problem nichtehelicher Kinder, zur Einführung von Staatsanwaltschaften, zu den Strafprozeßprinzipien, zur Einführung des StGB in den «Rheinlanden», zur Vermögenskonfiskation.

Hinzu kommen einige Ausschnitte aus seinem dauernden Engagement in Fragen der *Universitätspolitik*. Sie liegen vor in Form der erwähnten drei Schriften von 1803, 1804 und 1808. Das späte Resümee von 1832 «Über Wesen und Werth der Universitäten» schließt die Reihe. Es war lange gereift, denn schon 1826 hatte er Bang angekündigt: «Vielleicht schicke ich Euch bald eine

kleine Schrift über unsere deutschen Universitäten, die ich schon seit Jahren mit Liebe unter dem Herzen trage, ohne sie zur Welt bringen zu können ».

Bezeugen schon diese gedruckten Erträge eine jedenfalls nicht periphere Befassung Savignys mit den verschiedensten rechtspolitischen Fragen, so verstärkt sich dieser Eindruck bei einem Blick auf das *ungedruckte Material*, so vorläufig dieser auch sein muß. Zu den meisten politisch-praktischen Aktivitäten Savignys existieren über die gedruckten Spuren hinaus ungedruckte Materialien in Archiven und Bibliotheken. Deren Umfang und Inhalt wurde noch kaum geklärt, ist aber jedenfalls ziemlich beachtlich. Fast zu allen Tätigkeiten ist konkretes Material nachweisbar, besonders reichhaltig zur Staatsrattätigkeit von 1817-1848, aber auch zum Berliner Spruchkollegium, bei dem man Savignys Anteil manchmal bezweifelt hat. Es gibt darüber eine meist übersehene eindeutige Aktenstudie *Seckels* von 1910.

Noch ganz unberechenbar im Einzelnen, aber sicherlich sehr fruchtbar im Ganzen wären die Ergebnisse auch zu politischen Problemen, die aus den *Briefen* gewonnen werden könnten. Darauf wurde auch schon mit Recht hingewiesen (etwa von Coing). Der Ertrag einer vollen systematischen Auswertung würde sicher nicht enttäuschen.

Wie so oft, spricht diese Konfrontation der schlichten Quellenzusammenstellung mit dem Forschungsstand für sich. Es besteht eine empfindliche Lücke.

Angesichts der Quellenlage kann man hinzufügen: Alle die so sehr umstrittenen politischen Einordnungen Savignys zwischen jakobinisch und reaktionär fänden in diesem Quellenfundament einen vorzüglichen konkreten Angelpunkt. Das Ergebnis einer Einzelanalyse der Literatur zu Savigny politicus mag verblüffen: Es gibt keine einzige Untersuchung, in der auch nur Teile der hier nachgewiesenen Quellen *systematisch* verarbeitet wären.

Man beschränkte sich auf Wiedergaben der Ministerzeit nach Stölzel (1888), auf Ausschnitte wie die Kontroverse mit Thibaut, auf einige wenige Briefe, besonders den an Eichhorn von 1830, an Neurath von 1799, auf einige Passagen aus « Stimmen » 1816, einige frankophobe Stellen im « Beruf », ein kritisches Urteil zu dem Reaktionär von Haller, auf grobe Parallelen zu Zeitgenossen,

die man für klarer eingeordnet hielt (so *Wolf* für W. Humboldt), auf vage Urteile wie « Mittellinie » oder, in einer Art Flucht nach vorn, auf das Bild vom unpolitischen Ireniker. Erst jüngst wurde dieser Kanon etwas erweitert (*Hattenhauer* 1973), aber auch noch einmal getreu wiederholt (*Stühler* 1978).

Dieser Negativbefund kontrastiert merkwürdig zu der Fülle oft sehr entschiedener Stellungnahmen und den häufigen Bekundungen eines besonderen Interesses oder Gewichtes dieser Seite Savignys. *Wieacker* etwa schreibt, Savigny sei erst aus seinen politischen Vorentscheidungen ganz zu verstehen.

Für die paradoxe Haltung der Literatur nur ein Beispiel aus meiner breiteren Analyse dazu, die Urteile zu *Wilhelms* bekannter Arbeit. So sehr man die rein methodengeschichtlichen Ergebnisse lobte, so wenig Gefallen fanden die politischen Thesen. Merkwürdig daran scheint mir nun, was dabei *nicht* zur Sprache kam: Daß Wilhelm bei seiner scharfsinnigen Analyse die konkreten *Politica* nicht untersucht hatte, sondern nur etwas dazu versprochen und daß Savignys konkrete Politik wohl eher *vor* als *nach* der abstrakten, noch besser Hand in Hand mit ihr zu prüfen gewesen wäre. Auf diesem Weg hätten sich dann tragfähigere politische Einordnungen ergeben: Stattdessen übernahm man oder bestritt man mehr oder weniger entschieden die zu schlichte dualistische Formel vom Frühliberalismus versus Restauration.

Beim Vergleich mit der Quellenlage bleibt dagegen der klare Eindruck einer empfindlichen Forschungslücke.

b') *Zweiter Bereich: Savigny als Dogmatiker.* — Ähnlich muß auch noch das Urteil über *Savigny als Dogmatiker* des römischen und « heutigen Römischen Rechts » lauten. Bei allen Verdiensten einzelner Vorstöße in dieses anerkannt äußerst bedeutsame Feld — man denke an *Felgentraeger*, *Gutzwiller*, aber auch an manche versteckte Analyse in größerem Zusammenhang, etwa *Wollschläger* zur Unmöglichkeitstheorie — besteht doch das Bewußtsein, wie es jüngst *Coing* formulierte: Es sei einmal Savignys « Hinwendung zu einem bestimmten Teil der römischen Quellen ... in ihren Grundlagen noch nicht vollständig geklärt » und ebenso bedürfe « das Verhältnis von Savignys Lehren zur Rechtswissenschaft der unmittelbar vorhergehenden Epoche ... noch der Klärung ».

Dieses Urteil läßt sich kaum bestärken, aber eine Zuspitzung möchte ich wagen: Savigny spielt vermutlich eine *doppelte Schlüsselrolle*: Er ist Wegbereiter des Abschieds von der gemeinrechtlichen Tradition *und* zugleich Vorbereiter des heute kodifizierten bürgerlichen Rechts in Deutschland. Diese Rolle ist bedeutender als die beiden Torsi, sein « System » und « Obligationenrecht », erkennen lassen. Es genügt dafür, daran zu erinnern, daß er eben von 1808 bis 1841/42 über 30 Jahre lang ununterbrochen als gefeierter Pandektist an zentralen Stellen wirkte. Eine systematische Sammlung der noch vorhandenen Vorlesungsnachschriften bezeugt dies eindrucksvoll. Rund 25 Nachschriften zu Pandektenvorlesungen oder Teilen zwischen 1802 und 1841 lassen sich bisher nachweisen. Mehr noch beeindruckt deren Inhalt. In Verbindung mit der vollständig erhaltenen, eigenen, sehr sorgfältigen und umfangreichen Pandektenausarbeitung Savigny in Marburg steht hier eine einzigartige dogmengeschichtliche Quelle für die scheinbar schweigende Autorität Savigny zur Verfügung. Sie kann noch ergänzt werden durch frühe anonyme Rezensionen und anderes. Ein Vergleich *dieser* Vorlesungen mit zeitgenössischen Pandektenkompendien läßt Savigny Eigenart klar hervortreten. Denn anders als mit seinem « System » und « Obligationenrecht » werden dabei Werke etwa gleichen Zwecks verglichen.

Ein Vergleich dieser Quellenlage mit ihrer Erforschung ergibt ohne weiteres noch große Möglichkeiten für die Zukunft.

c') *Dritter Bereich: Die sog. Strafrechtsepisode.* — Seit *Landsberg* hat man sie nur an der Dissertation von 1799 gemessen. Allerdings unterschätzte man dabei Fakten, die durch neue Quellen bestätigt werden: Es war hochwahrscheinlich, daß sich ein junger philosophisch-grundsätzlich interessierter Jurist *nicht nur zufällig* dem gerade damals führenden Teil der Jurisprudenz, dem hochphilosophischen Kriminalrecht zuwendete. Es gibt dazu auch briefliche Zeugnisse bei Stoll, Hinweise bei Rudorff; hinzu kommen die Tatsache der ersten Vorlesung 1800 in Marburg und die doch recht intensive Wiederaufnahme in der Ministerzeit. Die im Nachlaß jedenfalls teilweise erhaltene Ausarbeitung der Vorlesung bestätigt diese Indizien. Eine anschauliche Notiz liefert *G. Hugo* 1810 handschriftlich:

« Weis sagte 1808, es sei ihm zweifelhaft, ob Savigny beim Röm. Recht bleiben würde. Für das Criminalrecht sei er sehr eifrig gewesen und habe es aufgegeben ».

In diesen Kontexten gesehen, wäre die Strafrechtsseite keineswegs Episode, sondern ein wichtiges Stadium und ein maßgebender Faktor bei der Ausbildung von Savignys Grundauffassungen. Die sog. Methodenlehre von 1802 bringt nicht zufällig weite und zentrale strafrechtliche Partien.

Wie das genaue Ergebnis auch ausfallen mag, jedenfalls besteht eine empfindliche Forschungslücke.

d') *Vierter Bereich: Landshuter Zeit.* — Die vielleicht empfindlichsten Ungewißheiten blieben bisher zur Landshuter Zeit zwischen 1808/09 und Frühjahr 1810. Schon aus den hier besonders ergiebigen gedruckten Briefen und der reichhaltigen zeitgenössischen Diskussion ergeben sich zahlreiche Indizien für entscheidende Schritte Savignys auf mehreren Ebenen: in Dogmatik (Pandekten) ebenso wie in allgemeinen Lehren und Politik (Institutionen) und — wie bekannt — für seine Religiosität und Persönlichkeit. So läßt sich das Stichwort « *historische Schule* » bereits 1808 bei seinem scharfen Gegner Gönner nachweisen. 1807 spricht man von « *civilistische* » Schule. In den Nuancen dieser Formel vom neutralen « *civilistisch* » über Gönners polemisches « *historisch* » bis zur Umwertung zur Siegesformel von 1815 kristallisiert sich schon sprachlich die genauere Geschichte dieser Schule.

Die neuen Quellen bestätigen diese Indizien vollauf. Eine erste Auswertung läßt auch die Richtung erkennen, in der sich Savignys Antworten bewegen. Er verkündet eine 'positive', historische, klassisch gesprochen: '*falsche*' *Metaphysik*. Konkret erscheinen schon hier, 1808, zwei seiner entscheidenden Geschichtsdogmen: das Ursprünglichkeits- und das Wissenschaftsdogma. Er verkündet sie in der apodiktischen Form von Universalaussagen und will sie doch aus 'der Geschichte' gewonnen haben — daher meine Kennzeichnung als '*falsche*' *Metaphysik* des Positiven. Es handelt sich dabei um Antworten, denn seine Äußerungen stehen in voller zeitlicher und inhaltlicher Abhängigkeit von der seit 1806 in Deutschland massiv einsetzenden napoleonischen Gesetzgebungspolitik im Zivilrecht. Diese Herausforderung nahm Sa-

vigny an. Dieses Datum markiert daher den Zeitraum, von dem ab deutlichere und zusammenhängende Bekenntnisse zu den 1808 dann schon bestechend klar und umfassend vorgetragenen eigenen Dogmen sich ausbilden. Die Berliner *Zeit* erscheint trotz Freiheitskriegen und Kodifikationsstreit von hier aus wesentlich als Vollzug bereits in der 'bayerischen Kur' gefestigter Überzeugungen. Die damit festzustellende äußere und tief ins Gesamtbild reichende Forschungslücke entspricht übrigens nur der Lage in der allgemeinen Geschichte, in der man ebenfalls erst jüngst diese Inkubationsphase von weittragenden Entscheidungen und Positionen wiederentdeckte.

2. *Versteckte Unbekanntheit Savignys?*

Unter diesem Titel geht es mir um die Frage, wie weit man eigentlich den vorhandenen Kenntnisbestand als sicheren Schatz begreifen darf. Savigny scheint insoweit bekannt, aber in Wirklichkeit sind die Kenntnisse womöglich trügerisch. Er ist dann in Wahrheit auch in diesen Punkten unbekannt. Daher nenne ich diese Untersuchungsdimension die der « versteckten Unbekanntheit ».

Es wäre vollends hier ganz ungerecht, die vielen wertvollen Einzelstudien in Aufsätzen u.ä., zu übergehen. Dennoch kann für die jetzige Fragestellung der ohne Zweifel erforderliche, sehr mühsame analytische Bericht darüber unterbleiben. Denn ein methodisches Problem fordert schon an der Schwelle zu dieser Analyse Beachtung heraus. Es ist nämlich etwas unglücklich, wenn die Detailstudien sich ausdrücklich auf Gesamtbilder stützen, die vorläufig, allgemein und unvollständig sind, diese Gesamtbilder aber umgekehrt auf eben diese Einzelstudien ausdrücklich zurückgreifen. *Der Zirkel liegt auf der Hand*. Natürlich gelingt es immer wieder, dieses Problem mehr oder weniger elegant zu umschiffen. Auch kann nicht alles auf einmal geleistet werden. Aber das gegenseitige Sich-Stützen wird gerade bei dem unvermeidbaren Thema Savigny anhand eines Kanons von Quellen praktiziert, dessen empfindliche Defizite soeben nachgewiesen wurden. Dabei wurde freilich hervorgehoben, daß einige Studien eine wirklich begrenzte und begrenzbar Fragestellung mit ausgezeichnetem Erfolg lösen. Aber die vielen, allgemein interessierten

Studien halten gerade diese Regel nicht ein. Die auf diese Weise gewonnenen Ergebnisse können zwar kühne Treffer enthalten, aber man hat keine klaren Maßstäbe, um sie zu identifizieren. Auf diese Weise kommt es zu einer Unsicherheit, die eigentlich eine Unbekanntheit genannt werden muß.

Ein zweiter Aspekt verstärkt die methodischen Bedenken: die *Kontextunsicherheit*. Nimmt man das Beispiel der zumeist bearbeiteten *allgemeinen und methodischen Fragen*, so besteht vermutlich darüber Einigkeit, daß ohne selbständige Kenntnis der zeitgenössischen idealistischen Philosophie und ihrer juristischen Gefolgsleute der andeutende und knappe, möglicherweise eklektische Savigny nicht klar verortet werden kann. Sehr viel kommt dabei auf Originalton und Terminologie dieser Sprache an, die als *Fremdsprache* aufgefaßt und analysiert werden muß. Gerade wenn Savigny, wie zu vermuten, eine ganz naive, « natürliche » Rechtsphilosophie praktiziert, kann diese Naivität nur an ihrem zeitgenössischen Abstand zu weniger naiven Lösungen genauer ermessen werden. Es genügt daher nicht, « den » Idealismus aus Darstellungen zu entnehmen, ganz zu schweigen davon, daß eben das Bild dieses Objekts wegen seiner durchlaufenden Aktualität bei den selbst interessierten neoidealistischen Autoren erheblich wechselt. Man paßte es immer wieder neuen Fragestellungen und Überzeugungen an. Es fehlt durchaus an streng historischen, philosophie- und methodengeschichtlichen Darstellungen, die auch etwas vom Originalton vermitteln.

Für die *politischen Seiten Savignys* und deren Einordnung stellt sich dieses Problem noch schärfer. Auch hier fehlen politikgeschichtliche Gesamtdarstellungen, zumal eher berichtende. Es gibt keinen begrifflichen Kanon, immer noch führt man Kämpfe um die gleichen politischen Grundbegriffe, die einen Savigny eventuell charakterisieren sollen — konservativ, liberal, demokratisch, reaktionär, freiheitlich. Diese Voraussetzungen liegen daher stets auch hinter den Ausführungen, sei es eines Bethmann-Hollweg, Jhering, Wagener, Windscheid, Landsberg, Gierke, Kantorowicz, Manigk, Zwißmeyer, Wolf, Schönfeld u.a.

Diese Kontextunsicherheit läßt sich nicht nur theoretisch erwägen, sondern auch konkret nachweisen. Genauer betrachtet zeigen nämlich die vorliegenden Ergebnisse zu Savigny in vielen

Punkten einen erstaunlich hohen Grad von Unsicherheit und Schwanken, und zwar auch dann, wenn man nicht jeden Einspruch gegen eine bestimmte Deutung ganz ernst nimmt. Dieser Befund kann hier nur ausgesprochen, nicht bewiesen werden. Ohnehin werden Sie sich der vielen *Streitfragen* um Savignys Einordnung bewußt sein.

Untersucht man dann außer den im ersten Teil geprüften Fragestellungen auch, *welcher Quellenkreis* eigentlich bei einigen Hauptuntersuchungen verwendet wurde, so erweist sich auch dieser als erstaunlich begrenzt.

Dafür hier nur das Beispiel *Landsberg*: Er verläßt sich in der ihm so wichtigen Frage des Schelling-Einflusses wesentlich auf Sekundäres und untersucht zweitens die Substanz der Druckwerke Savignys so gut wie nicht. Seine relativ intensiven Ausführungen zum *Schelling-Einfluß* schloß Landsberg mit der selbstbewußten Bemerkung: « Durch das bisher Vorgetragene wird der Ursprungsnachweis wohl als geführt betrachtet werden dürfen ». Wie hatte er diesen Nachweis begründet? Er gibt nur einige wenige Hinweise auf Originale von Schelling. Daneben verläßt er sich auf die philosophiegeschichtlichen Darstellungen Kuno Fischers und R. Hayms. Zuletzt und vor allem führt er an, « daß wir in den letzten Jahrzehnten ja auch dieser Romantik wieder nähergetreten sind und darüber Darstellungen neuer Schriftsteller erhalten haben, die sich mit künstlerischer Feinheit in das ganze romantische Gefühlsleben so zu versenken wissen, daß sie es uns gewissermaßen unserer Zeit angepaßt neu gebären ». Gemeint war das Romantik-Buch von R. Huch 1900. Ich übergehe die methodischen Probleme des damit aufgenommenen Ideals von « Nacherleben » in der damaligen Literaturwissenschaft. Jedenfalls stammt hier doch sehr viel aus zweiter Hand, auch wenn man die Werke Fischers und Hayms mit Recht zu den besseren rechnet. Und bekanntlich sind die Akten der Frage Schelling auch keineswegs geschlossen.

Was Savignys *Hauptdruckschriften* betrifft, so kommen, wie erwähnt, Analysen nicht bloß der Anfangskapitel von « Geschichte des Römischen Rechts » und « System », daneben « Beruf », bei Landsberg nur kurz vor. Er beschränkt sich dabei außerdem auf die Frage, wie weit sie mit dem von ihm, Landsberg, bereits *vorher*

angenommenen Programm übereinstimmen. Man erfährt also relativ wenig über die Substanz der Werke Savignys, die zweifellos über diese allgemeinen Grundlagen hinausgeht.

Ich würde mißverstanden, sähe man in diesen Ausführungen eine Schmälerung der Verdienste dieser grundlegenden und meisterhaften, ersten großen Darstellung zu Savigny. Angesichts neuer Quellen *und* Fragestellungen geht es mir nur darum zu klären, wie weit Landsbergs Ergebnisse nach ihren Fundamenten weiterhin als sicher zu nehmen sind und wie weit nicht mehr.

Landsberg steht mit dieser Art von Begründung nicht alleine. Hält man dies zusammen mit der oben festgestellten Vernachlässigung der Landshuter Zeit, der Strafrechtsstudien, der Dogmatik und der politisch-praktischen-amtlichen Quellen, so gewinnt der Befund eine gewisse Brisanz. Es erweist sich die tiefe Berechtigung, mit der *Kunkel* 1954 energisch eine wirkliche Biographie Savignys forderte. Und wenn jüngst *Coing* in seinem souveränen Überblick zu Savigny die ganze langjährige Debatte über die philosophisch-weltanschaulichen Grundlagen bei Savigny mit keinem Wort erwähnte, so lag vielleicht gerade darin auch ein Urteil.

Es besteht also viel Anlaß, sich auf die Quellen zu besinnen und die grundlegende Forderung einzulösen, erst vollständig zu sammeln und zu sichten, bevor man die Teile zusammenfügt. In diesem Sinne wende ich mich in nächsten Abschnitt den Quellen zu.

3. Zusammenfassender Überblick zur Quellenlage

Die Quellenlage zu überblicken, gestaltet sich wesentlich schwieriger als für die Literatur. So gibt es schon außer den bekannten *Druckschriften* einige Anonyma, einen Aufsatz und fünf frühe Rezensionen. Wenigstens eine davon enthält sprechende, wertvoll frühe Anwendungen von Savignys wissenschaftlichen Maßstäben.

Für die *Briefe* benennt er selbst einmal ihre nicht bloß persönliche Bedeutung, wenn er 1812 an Dirksen schreibt:

«Das Erfreulichste, was das Professorenleben bietet, ist die Gelegenheit, mit braven, tüchtigen Menschen in eine Verbindung zu treten, die über das unmittelbare Verhältnis hinausreicht, in welchem sie sich erzeugt hat».

Die beachtliche Serie der *Editionen* kann hier nicht aufgezählt werden. Aber: So viel hier schon geleistet ist, mehr noch bleibt zu tun. Denn addiert man die Bestände noch ungedruckter Korrespondenzen in Marburg, Berlin, Münster und an verstreuten Orten, so ergibt sich, daß erst rund ein Sechstel in Editionen greifbar ist. Mit über 6000 Briefen insgesamt ist dabei zu rechnen.

Zur Verarbeitung der ganzen Fülle dieser und anderer Quellen benötigt man *Bestandsaufnahmen und Überblicke*. Diese unentbehrliche Arbeit steckt noch in den Anfängen. Für die unzähligen ungedruckten oder mehrfach und teilweise verschieden umfangreich gedruckten, ja überhaupt für die gedruckten Briefe von ihm und an ihn entbehrt man sehr eine Übersicht und Konkordanz. Gleiches gilt für die teilweise schon lange lagernden Archivalien, teilweise wiederum gedruckt, die bei der heutigen Zersplitterung ohne ein gründliches Repertorium in Verbindung mit einer Geschichte der Nachlaßwege kaum zuverlässig zu benutzen sind. Von den juristisch und dogmengeschichtlich unschätzbaren Vorlesungsnachschriften finden sich, wie erwähnt, bei systematischer Suche zahlreiche Stücke, die in ihrem Zusammenspiel eine einzigartige Quelle ergeben. Ein Verzeichnis der laut Lektionskatalogen gehaltenen Vorlesungen würde die dazu notwendige Kontrolle bilden. Für die Rezensionen zu Savignys Druckwerken gibt es nur zufällige, sehr unvollständige Hinweise. In allen diesen Punkten muß man sich derzeit mit verstreuten, teilweise sehr wertvollen, aber doch stets fragmentarischen Hinweisen und Teilsammlungen behelfen.

Den spannendsten Teil der Quellen bildet vielleicht der sog. *wissenschaftliche Nachlaß* in Marburg. Er läßt sich grob in acht große Gruppen gliedern:

1. Vorlesungsnachschriften aus Savignys eigener Studienzzeit.
2. Vorlesungsausarbeitungen Savignys für seine Kollegien.
3. Sog. 'Adversaria', d.h. gebundene wissenschaftliche Notizen verschiedensten Inhalts.
4. Vorbereitende Materialien zu den Druckwerken.
5. Reinschriften und Korrekturbogen zu den Druckwerken.

6. eine Sammlung älterer Dissertationen.
7. Sog. wissenschaftliche Korrespondenz.
8. Materialien sonstiger Art verschiedensten Betreffs.

Auch wenn man verstreute Teile in Münster berücksichtigt, bestehen einige offenbare *Lücken*, so hinsichtlich der Handexemplare der Druckschriften, für die im Material erwähnte Vorlesungsausarbeitung zum ALR und Obligationenrecht von 1803/04; von den 'Adversaria' fehlt für die Zeit vor Dezember 1802 ein Band, aus den Materialien zum Buch «Obligationenrecht» fehlen Teile; vermutlich gab es auch Hefte mit Literatúrauszügen. Hier kann noch einige «kriminalistische» Arbeit geleistet werden.

Diese Beschreibung vermittelt nur einen sehr groben Überblick. In der ausführlichen Fassung wird auch über die einzelnen Gruppen näher berichtet. Hier kann ich nur drei Punkte hervorheben: Zu fast allen *Vorlesungen* hinterließ Savigny eigenhändige, sehr sorgfältige Ausarbeitungen. Prunkstück ist die Pandektenausarbeitung mit ca. 2000 Seiten. Entgegen dem ersten Anschein erhielt sie sich vollständig. Zum «*Beruf*» kann man nur eine Mappe mit dem Titel «Politik und neuere Legislationen» heranziehen. So klar wie der Titel «Politik» fügt sich der sehr heterogene Inhalt allerdings nicht der Deutung. Vielleicht empfinden auch Sie schließlich ein Zeugnis als besonders spannend, das in schöner eigener Abschrift Savignys zwischen diesen Papieren liegt. Es lautet:

«Hyperion von Hölderlin, Buch I, Tübingen 1797, p. 112:

Von Pflanzenglück begannen die Menschen und wuchsen auf und wuchsen bis sie reiften; von nun an gärten sie unaufhörlich fort, von innen und außen, bis jetzt das Menschengeschlecht, unendlich aufgelöst, wie im Caos daliegt, daß alle, die noch fühlen und sehen, Schwindel ergreift; aber die Schönheit flüchtet aus dem Leben der Menschen sich herauf in den Geist; Ideal wird was Natur war, und wenn von unten gleich der Baum verdorrt ist und verwittert, ein frischer Gipfel ist noch hervorgegangen aus ihm, und grünt im Sonnenglanze, wie einst der Stamm in den Tagen der Jugend. Ideal ist, was Natur war. Darum an diesem Ideale, dieser verjüngten Gottheit erkennen die wenigen sich und eins sind sie, denn es ist eines in ihnen, und von diesem, diesem beginnt das zweite Lebensalter der Welt ».

Mit diesem bestrickenden Zeugnis aus der Zeit der Dichter und Denker möchte ich meinen Quellenüberblick zu Savigny schließen. Er macht noch einmal klar, daß ein reiches Feld noch zu bestellen bleibt.

4. *Hypothesen*

Der vergleichende Gang durch Literatur und Quellen zu Savigny ergab eine Fülle von Anregungen. In einigen Punkten bin ich ihnen nachgegangen und könnte daher meine Ausführungen noch ein wenig ins Positive wenden. An diesem Punkt, wo Sie mir Ihre Geduld und Aufmerksamkeit schon reichlich geschenkt haben, soll dies aber nur noch in Form von 4 kurzen Fragen und Antworten geschehen:

War Savigny unpolitisch und unpraktisch? - Nein.

War Savigny der volle Antipode Thibauts? - Nein.

War Savigny bloß harmonisch und unparteilich? - Nein.

War Savigny philosophischer Idealist? - Ja.

KLAUS LUIG

BEMERKUNGEN ZUM STAND DER SAVIGNY-FORSCHUNG

Der Herr Vorsitzende hat meine Diskussionsbemerkung als autonome Bemerkung angekündigt, weil sie nicht als Erwiderung auf einen ganz bestimmten der hier gehaltenen Vorträge gedacht ist. Meine Bemerkung fällt aber trotzdem nicht ganz aus dem Rahmen der Themen, die auf diesem Seminar bisher berührt worden sind. Vielmehr hat sich inzwischen eine ganze Reihe von Anknüpfungspunkten für meine Überlegungen ergeben.

Die Anknüpfungspunkte sind materiell gesehen das Privatrecht von Savigny (zu diesem Thema hat heute Herr Brutti sehr wichtige Ausführungen gemacht), und formell gesehen das Stichwort «Der unbekannte Savigny», zu welchem Thema soeben Herr Rückert gesprochen hat.

Gemeinsam mit Barbara Dölemeyer habe ich ein «Alphabetisches Verzeichnis der neueren Literatur über Friedrich Carl von Savigny» zusammengestellt, das Herr Grossi freundlicherweise in seinen «Quaderni fiorentini» abgedruckt hat. Bei der Arbeit daran habe ich den Eindruck gewonnen, daß man mit einer gewissen Überspitzung vielleicht sagen könnte, daß der «unbekannte Savigny» auch der Savigny sein mag, der in vielen Büchern und Aufsätzen über Savigny verborgen ist. Denn von zahlreichen dieser Arbeiten muß man sagen, daß sie zwar höchst gründlich alle einschlägigen Textstellen aus dem Werke Savignys interpretieren, aber nicht immer sorgfältig genug verwerten, was von anderen Autoren über die entsprechenden Passagen im Werk Savignys schon gesagt worden ist. Aus diesem Grunde findet relativ wenig Fortschritt statt durch eine Diskussion über Savigny, in der der eine Autor dem anderen die Stichworte gibt zum Weiterdenken und zum Erschließen neuer Aspekte. Savigny ist also

nicht nur unbekannt, weil viele Manuskripte noch ungelesen in Marburg ruhen, sondern auch deswegen, weil viele scharfsinnige und tiefeschürfende Abhandlungen über Savigny geschrieben worden sind, bei deren Ausarbeitung zwar jeweils der Autor selbst wichtige Einsichten über Savigny gewonnen hat, die aber oft in seltsamer Weise nicht dazu beigetragen haben, auch andere in ihren Kenntnissen über Savigny weiterzubringen. Selbstverständlich muß man sofort beginnen, die wichtigeren Handschriften von denjenigen, die Herr Rückert erwähnt hat, zu edieren und dann auch bei der Savigny-Forschung zu berücksichtigen. Ich glaube aber, daß man auch auf der Grundlage der bisher schon bekannten Manuskripte und der gedruckten Schriften von Savigny noch weitere Fortschritte in der Savigny-Forschung erzielen kann, sobald man dazu übergeht, mit Sorgfalt das auszuwerten, was an Interpretationen und an Deutungen bereits vorliegt.

Das Gesagte soll an Hand von vier Beispielen verdeutlicht werden. Die Beispiele stammen aus dem Bereiche des Privatrechts. Das Privatrecht wurde deswegen ausgewählt, weil bisher insbesondere das materielle Privatrecht, so wie es Savigny gelehrt hat, von der Forschung vernachlässigt worden ist. Es herrscht zwar weithin Einigkeit darüber, daß Savigny an ganz wichtiger Stelle mitgearbeitet hat an dem Aufbau eines Gebäudes des Privatrechts, das im wesentlichen schließlich am Ende des 19. Jahrhunderts im BGB kodifiziert worden ist. Die Mehrzahl der Savigny-Forscher ist sich auch darüber einig, daß es sich dabei um ein Privatrecht handelte, das in erster Linie den Interessen der liberalen bürgerlichen Gesellschaft diente. Aber welche Inhalte dieses Privatrecht, soweit es jedenfalls von Savigny selbst entworfen worden ist, im einzelnen hatte, ist noch weithin unbekannt. Und doch kann man gerade in diesen Fragen weitere Fortschritte in der Forschung erzielen, wenn man versucht, auch ohne Erschließung von neuem Manuskriptmaterial, durch die vergleichende Lektüre von bereits vorliegenden Einzelstudien gewisse Schwerpunkte aufzuspüren und gewisse generelle Züge in Savignys Werk ausfindig zu machen.

1. Ich beginne mit einer eher zufälligen Einzelbeobachtung. Knut Wolfgang Nörr hat in seiner Abhandlung über « Das Aktio-

nenrecht bei Savigny» festgestellt, daß Savigny das gesamte Aktionenrecht aus dem Gedanken der Rechtsverletzung heraus entwickelt. Nörr zitiert als Kernsatz von Savigny: «Indem wir ein Recht in der besonderen Beziehung auf die Verletzung desselben betrachten, erscheint es uns in einer neuen Gestalt im Zustand der Vertheidigung». Diese Feststellung Nörrs über die Bedeutung des Gedankens der Rechtsverletzung in Savignys Aktionenrecht kann nicht ganz unwichtig sein, da das Aktionenrecht ... für Savigny zu den Hauptstücken der Zivilistik zählte. Deswegen liegt es nahe, danach Ausschau zu halten, ob der Begriff der Rechtsverletzung nicht auch noch an einer anderen Stelle in Savignys Privatrecht als das entscheidende systematische Stichwort erscheint. Das ist in der Tat, wie Jan Wilhelm gezeigt hat, der Fall. Auch die Kondiktionenlehre von Savigny stellt sich dar als Lehre von den Folgen eines Rechtsverletzungsanspruchs.

Die Parallele von Aktionenrecht und Bereicherungsrecht ist augenfällig. Trotzdem versagen sich sowohl Nörr als auch Wilhelm den Versuch einer Deutung der Rolle dieses Begriffs in Savignys Privatrecht schlechthin, weil jeder Autor nur das materiell-rechtliche Institut vor Augen hat, welches ihn gerade interessiert. Will man nun speziell in der Frage der Rechtsverletzung hinauskommen über die Einzelstudien von Nörr und Wilhelm, dann hilft nur Lektüre, und zwar nicht nur die Lektüre von Savignys Werken selbst, sondern gerade auch die Lektüre von weiteren Studien über Savigny. Diese führt in konkretem Falle zu Kiefner. In seinem Aufsatz «Der junge Savigny», der bisher leider nur in hektographierter Form vorliegt (den ich aber in der Bibliographie berücksichtigt habe), schildert Kiefner, daß Savigny ein liberales Privatrecht aus kantischen Prämissen als Ideal vorschwebte, das es in der historisch-systematischen Bearbeitung des Rechts zu verwirklichen gelte. Das materielle Resultat dieser Idealvorstellung war für die Lehre vom Besitz, wie Kiefner zeigt, daß der Eigenbesitzwille, also der Wille, die Sache wie eine eigene zu besitzen und mit ihr nach Willkür zu verfahren, das konstitutive Merkmal des Besitzes für Savigny war. Daraus ergab sich für Savigny, daß eine Besitzverletzung zugleich Freiheitsverletzung war, genauer, Verletzung der freien Willensbetätigung des anderen.

Damit beantwortet Kiefner die bei der Betrachtung des Aktienrechts und bei der Konditionenlehre aufgeworfenen Fragen und zeigt jetzt ganz eindeutig, daß wesentliche Bereiche von Savignys Privatrecht leichter aufschließbar sein werden, wenn man davon ausgeht, daß Savigny in seinem Privatrecht stets die Frage gestellt hat nach den Folgen einer Rechtsverletzung oder einer Freiheitsverletzung. Schon an Hand der erwähnten Beispiele wird deutlich, daß in der Sicht von Savigny das Privatrecht in erster Linie der Sicherung der Freiheit des Subjekts gegen Verletzungen, nämlich gegen Rechtsverletzungen, zu dienen hatte. Mit dieser an den Beispielen von *actio*, *condictio* und *possessio* gewonnenen Erkenntnis müßte man dann an die Untersuchung der konkreten Regeln herantreten, die Savigny für weitere Institutionen aufgestellt hat. Und vielleicht kann man sogar wagen zu sagen, daß es nicht möglich sein wird, von jetzt ab irgend eine privatrechtliche Institution in der Lehre Savignys als Ausdruck irgendwelcher Grundkonzeptionen sinnvoll zu würdigen, ohne versuchsweise auch die Frage nach der Bedeutung der Vorstellung der Rechtsverletzung oder Freiheitsverletzung für die bestimmte Institution gestellt zu haben.

2. In ähnlicher Weise könnte man auch versuchen, auf der Grundlage der bisher erschienenen Sekundärliteratur einen Schritt weiterzukommen in der Erforschung der so viel diskutierten Einstellung von Savigny zum Naturrecht. Auch Savignys Verhältnis zum Naturrecht muß man nicht nur nach seinen programmatischen Äußerungen, sondern auch nach seinem praktischen Vorgehen bei der Diskussion konkreter Rechtsinstitutionen beurteilen.

Ich knüpfe wieder an eine Einzeluntersuchung an, in der eine Beobachtung gemacht wird, die zunächst auch auf Zufall beruhen könnte. Es handelt sich um die Beobachtung von Wollschläger (*Unmöglichkeitenslehre*, 1970), daß die Unmöglichkeitenslehre der historischen Schule sich erst dann vollständig der Erkenntnis des Forschers erschließe, wenn man sich klarmache, daß hier die Pandektisten versuchten, das materiale Ergebnis einer naturrechtlichen Unmöglichkeitenslehre aufs Neue argumentativ unter Zuhilfenahme der römischen Quellen zu rechtfertigen. In Wollschlägers Monographie, die speziell der Unmöglichkeitens-

lehre gewidmet ist, muß naturgemäß offen bleiben, ob dieses Vorgehen ein Einzelfall ist, oder ob diese Art der Neugewinnung naturrechtlicher Prinzipien aus den römischen Quellen etwa typisch für diese Zeit ist. Wenn man nun Genaueres über Savignys und seiner Schule Verhältnis zum Naturrecht ausmachen will, muß man prüfen, ob sich die Beobachtung Wollschlägers (wenn man sie nicht für völlig irrelevant hält) bei der Untersuchung anderer Institutionen bestätigt oder als Einzelfall erweist.

Dabei stößt man darauf, daß auch Knut Wolfgang Nörr feststellt, Savigny habe im Aktionenrecht die Tendenz der späten Naturrechtsschule weiterverfolgt, den Prozeß möglichst an das materielle Recht anzubinden. Auch hier also gibt es Konstanz naturrechtlicher Anschauungen durch den totalen Wechsel der für verbindlich erachteten Quellengrundlagen hindurch.

Bei dieser Lage der Dinge darf man es wohl versuchen, mit Hilfe der Hypothese des Fortbestehens materialer naturrechtlicher Auffassungen bei Savigny erneut die Kontroverse um Savignys Irrtumslehre zu erörtern, auf die heute morgen auch Herr Brutti in seinem Vortrag mit sehr gewichtigen Überlegungen zu sprechen gekommen ist. Es geht um folgendes: Flume (Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., p. 442-443) wertet im großen und ganzen, und das ist auch die herrschende Meinung, Savignys Irrtumslehre als Konsequenz des römisch-rechtlichen Prinzips « voluntas errantis nulla est ». Flumes Argument für diese Sicht ist neben anderen, daß Savigny Romanist war und demgemäß in seinem System der erste Platz von den römischen Quellen eingenommen wurde. Nachdem wir nun aber zwei Fälle gefunden haben, in denen nicht das römische Recht den Sieg davongetragen hat, sondern ein Naturrechtsprinzip, ist man berechtigt, zumindestens versuchsweise zu fragen, ob Savignys Irrtumslehre nicht dann insgesamt plausibler wird, wenn man das naturrechtliche Prinzip « error nocet erranti » als obersten Grundsatz annimmt. Savignys Irrtumslehre hätte man dann nicht, wie Flume es tut, zu verstehen als Theorie der « Begrenzung der Beachtlichkeit des Irrtums », sondern als einen im Corpus iuris vorgefundenen numerus clausus von Ausnahmen des naturrechtlichen Prinzips der Unbeachtlichkeit des Irrtums. Es läßt sich in dieser Diskussionsbemerkung nicht darstellen, wie sich diese Deutung der Savignyschen Irr-

tumslehre im einzelnen aus seiner Darstellung im dritten Bande des Systems entwickeln läßt. Dazu habe ich mich in *Ius Commune VIII* geäußert. Der mittelbare Beweis für die Richtigkeit dieser Sicht kann aber geführt werden, indem man zeigt, was diese Deutung bei der Interpretation von Savignys Rechtsgeschäftslehre zu leisten imstande ist.

Es ist nämlich so, daß Flume für seine Ansicht, Savignys Irrtumslehre füge sich lückenlos ein in den Grundsatz, daß die Willenserklärung bei mangelnder Übereinstimmung von Wille und Erklärung für eine bestimmte Konstellation eine Ausnahme zulassen muß. Denn, wenn unter dem Namen «Dukaten» verschiedene Münzsorten im Umlauf sind, und zwei Parteien einen Vertrag schließen, in dem schlicht von Dukaten die Rede ist, lößt Savigny jeweils den örtlichen Sprachgebrauch entscheiden. Das kann natürlich im konkreten Falle von beiden Parteien auch so gemeint sein. Nach Savigny entscheidet der örtliche Sprachgebrauch aber auch dann, wenn die eine der beiden Parteien nicht an diese Art von Dukaten sondern an anderorts im Umlauf befindliche Dukaten gedacht hat. Die Auslegung nach dem örtlichen Sprachgebrauch führt dann dazu, daß diese Partei objektiv etwas anderes erklärt hat als sie gewollt hat. Es handelt sich demnach um einen Fall von Irrtum. Trotzdem läßt Savigny eine Irrtumsanfechtung gegenüber dem Ergebnis der Auslegung nicht zu. Nimmt man mit Flume das Prinzip «*errantis voluntas nulla est*» als Ausgangspunkt der Irrtumslehre, so gibt es für diese Ausnahme vom Prinzip keine Erklärung. Flume beginnt den Bericht über die Entscheidung Savignys lediglich mit den Worten «Bemerkenswert ist auch, ...». Setzt man aber unterstützt durch das Auftreten naturrechtlicher Prinzipien im Aktienrecht und in der Unmöglichkeitstheorie das naturrechtliche «*error nocet*» an die Spitze der Irrtumslehre, so ergibt sich Savignys Verweigerung einer Irrtumsanfechtung im Dukatenfall ganz konsequent aus dem Prinzip der Zuverlässigkeit der Zeichen, wie es Savigny im «System» formuliert hat.

Das ist allerdings nur ein vorläufiges Ergebnis. Vielleicht gewinnt man Klarheit über Savignys Irrtumslehre erst dann, wenn man sämtliche Vorlesungsmitschriften und auch die Ausführungen in den von Savigny selbst ausgearbeiteten Vorlesungen

mit in die Betrachtung einbezieht. Was man aber bei dieser Neuinterpretation auf Grund der bisher vorliegenden Ergebnisse in der Savigny-Literatur unbedingt mit in die Betrachtung einbeziehen muß, ist die Tatsache, daß man sich von Savignys programmatischer Naturrechtsfeindlichkeit keineswegs dazu verleiten lassen darf, im Einzelfalle darauf zu verzichten, jedenfalls versuchsweise Savignys materiale Privatrechtslehren mit Hilfe von naturrechtlichen Konzeptionen zu deuten.

3. Die bisher gewonnenen Einsichten lassen sich auch verwenden für die weitere Erforschung von Savignys Haltung zwischen feudalistischer Reaktion und liberal-kapitalistischer Fortschrittlichkeit. Einigkeit besteht darin, daß sich die Eigentumslehre als Kriterium für ein Urteil darüber eignet. Wie aber im einzelnen Savignys Eigentumslehre zu beurteilen ist, ist höchst kontrovers. Beginnend mit den Autoren, die Savigny als Feudalideologen bezeichnen, läßt sich etwa folgende Reihe aufstellen:

Brutti meint, daß sich Savigny bemüht habe, den Dualismus von römischrechtlicher Eigentumstheorie und deutschrechtlicher Eigentumspraxis durch Herausarbeiten einer einzigen Erwerbsform und Herrschaftsform des Eigentums zu überwinden. Er ist der Ansicht, daß Savigny dabei ein feudalistisches Eigentumskonzept vor Augen hat.

Für Kuczynski war Savigny dann zwar ein Reaktionär, aber nie ein « Ultra ». In seiner reaktionären Haltung versuchte Savigny nicht ein streng feudales, sondern das nur noch « halbfeudale » Regime Friedrichs Wilhelms IV. aufrechtzuerhalten, das in seinen Produktions- und Eigentumsverhältnissen schon weitgehend kapitalistisch geworden war. Das wäre also der Übergang von einer feudalistischen zu einer bürgerlichen Richtung.

Damit stimmt im wesentlichen das Urteil von Horst Schröder überein, der aber wohl bei der Betonung der kapitalistischen Elemente in Savignys System einen Schritt über Kuczynski hinausgeht. Nach der Sicht von Schröder sieht Savigny seine gesellschaftspolitische Aufgabe darin, in Deutschland die gewaltsame Beseitigung des Feudalsystems zu verhindern und unter Wahrung der Suprematie des Adels die Anpassung des Rechts an den Kapitalismus vorzubereiten. Das dürfte etwa auch die Sicht

von Mazzacane sein. H. Schröder meint aber, Savigny sei mit diesen Plänen gescheitert. Der Klassenkompromiß, der historische Kompromiß zwischen Junkertum und Bürgertum, sei nicht zustande gekommen. Objektiv betrachtet — nicht nach den Intentionen seines Verfassers — ist demnach für Schröder Savignys « System » die für die Entwicklung des kapitalistischen Eigentumsrechts entscheidende systemtheoretische Aufbereitung des römischen Rechts.

Wiederum einem Schritt darüberhinausgehend in Richtung auf eine « liberale » Deutung meint Klenner, daß man allenfalls Gustav Hugos Lehren ganz unter die Rubrik « Legitimationsideologie für die feudal-absolutistische Reaktion » einordnen könne. Demgegenüber habe Savigny nicht nur der objektiven Wirkung nach, sondern auch seinen Ideen und Absichten nach auf der Seite der zur damaligen Zeit « alles in allem fortschrittlichen bürgerlichen Gesellschaft » gestanden. Allerdings habe Savigny dies, soweit er es tat, oft widerspruchsvoll und insgesamt betrachtet doch wohl mehr getrieben als treibend getan.

Schließlich fehlt es aber auch nicht an Urteilen, die Savigny entschieden dem Lager des kapitalistischen Bürgertums zuweisen. Dazu gehört zunächst Bretone, der feststellt, daß Savigny ein Privatrecht aufzubauen versucht habe, das in seiner Abstraktheit und Rechenhaftigkeit genau den Bedürfnissen des modernen Kapitalismus entsprach. Und dazu gehört auch Bernd Buß. Buß hat am Beispiel des geteilten Eigentums herausgefunden, daß Savigny seine individualistischen Grundsätze habe zur Geltung bringen wollen und demgegenüber die sozialen Funktionen des Eigentumsrechts vernachlässigt habe. Dies ist schließlich auch das Urteil von Wiethölter.

Es wurden hier nur Meinungen zusammengestellt, miteinander verglichen und die Divergenzen deutlich gemacht. Diese Zusammenstellung scheint zu zeigen, daß die Grundsatzfrage der Institution des Eigentums gelöst werden kann. Man muß also in der Literatur nach weiteren Beispielen suchen, die sich als Grundlage genereller Urteile eignen könnten.

Dazu bietet sich neben der Eigentumslehre die von Hütter und von Kiefner untersuchte Geldlehre Savignys an. Kiefner hat festgestellt, daß in der Sicht von Savigny der wahre Wert

des Geldes der «Courswerth» ist. Ein gesetzlicher Zwangsnennwert wird abgelehnt. Die Funktion des Geldes als absoluten Wertmaßstabes aller Gegenstände beruht nach Savigny nicht auf dem Willen des Staates, sondern auf der «öffentlichen Meinung», auf dem Parteiwillen. Somit ist bei Savigny Geld der abstrakte Ausdruck der Macht des individuellen Willens, der im Zentrum des Systems des Privatrechts steht. Dies sind keine feudalstaatlichen, reaktionären Vorstellungen, sondern liberale, kapitalistische Lehren. Durch die Betrachtung von Savignys Geldlehre wird also eher die These bestätigt, die Buß und Bretone an Hand der Betrachtung von Savignys Eigentumsbegriff aufgestellt haben.

4. Als besonders aufschlußreich für Savignys Grundüberzeugungen wird auch immer wieder seine Lehre von der juristischen Person angesehen. Dazu hat Kiefner nachgewiesen, daß Savigny seine sogenannte «Fiktionstheorie» (Kritik an dieser Benennung bei Flume) nicht aufgestellt habe, um die kapitalistische Aktiengesellschaft als juristische Person in das System des Privatrechts zu integrieren. Eine solche Stellungnahme läßt sich aber, wie insbesondere Schikorski nachgewiesen hat, nicht vollständig logisch auf die ökonomischen oder sozialen Verhältnisse ihrer Entstehungszeit reduzieren. In diesem Zusammenhang ist es besonders wichtig, daß Savignys allgemeiner Personenbegriff Schikorski Gelegenheit zu einer wichtigen Aufhellung des Zusammenhanges zwischen Kant und Savigny gibt, den auch Kiefner diskutiert hat.

Nach Schikorski sucht Savigny auch noch nach einer Antwort auf die bei Kant im Hintergrund bleibende Frage, wer denn eigentlich das Subjekt sei, das hinter dem kantischen Sittengesetz stehe. Denn ein sittlicher Imperativ setze ja auch einen Imperator voraus. Dies ist nach den Erkenntnissen von Schikorski der christliche Gott. Durch diese seine christliche Lebensansicht entfernt sich also Savigny nicht unerheblich von Kant. Deren Tragweite zeigt sich auch an Savignys Haltung bei der Reform des Eherechts. Hier vertrat Savigny, wie Buchholz gezeigt hat, gerade im Gegensatz zu den «rein privatrechtlichen Ehevorstellungen» von Puchta eine christliche-konservative Rechtspolitik mit edukativen und repressiven, die Möglichkeit

der Scheidung zurückdrängenden Tendenzen. Von diesem Punkt aus, wäre also nach weiteren möglichen Wirkungen eines christlichen Weltbildes in Savignys Privatrecht zu fragen.

Das sind einige Bemerkungen, die sich ergeben aus dem Versuch, Bilanz zu ziehen aus neueren Arbeiten über einzelne konkrete privatrechtliche Institutionen im System Savignys. Das Bild scheint verwirrend. Offenbar muß man in Savignys «heutigem» römisches Recht stets auch mit der Präsenz von Naturrecht, kantischer Freiheitsethik, feudaler und auch kapitalistischer Ideologie und christlicher Lehre rechnen. Die Savigny-Forschung ist noch nicht am Ende.

(Für die genauen Nachweise der angeführten Schriften verweise ich auf die Bibliographie in «Quaderni fiorentini» 8, 1979, p. 501-559).

HANS SCHLOSSER

Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren!
Ich bitte Sie vorweg um Ihr Einverständnis, daß ich Sie in dieser vorgerückten Stunde nicht mit meinem schlechten Italienisch behellige und daß ich in meiner deutschen Muttersprache vortragen darf.

Wer sich wie ich bislang mit Savigny nur peripher beschäftigt hat, der bedarf — zudem als Germanist von Profession — einer besonderen Rechtfertigung dafür, daß er es hier anläßlich eines diesem Rechtsgelehrten vorbehaltenen großartigen seminario wagt, zu Savigny noch etwas zu sagen. Die Berechtigung hierzu sehe ich einmal in der Tatsache, daß es in der Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft neben dem romanistischen auch einen germanistischen Zweig der Historischen Rechtsschule gegeben hatte. Im übrigen ermutigt mich hierzu das Beispiel meines verehrten germanistischen Kollegen Caroni.

Ich wurde hier nun zwei Tage lang über Savigny restlos informiert. Zur Sprache kamen seine Bedeutung, sein Einfluß in rechtstheoretischer, rechtsphilosophischer und rechtspolitischer Hinsicht, aber auch seine vielfältigen Abhängigkeiten vom Zeitgeist. Vieles von dem, was gesagt wurde, war ganz ohne Zweifel erschöpfend, höchst komplex und markiert für die gegenwärtige wie für die künftige Savigny-Forschung einen wichtigen Abschnitt, der richtungweisend ist. Dennoch stelle ich mir am Ende dieses wissenschaftlich außerordentlich ertragreichen seminario die Frage nach den bleibenden Wirkungen Savignys auf die germanistische Historische Rechtsschule und auch umgekehrt nach den Rückwirkungen dieser germanistischen Richtung auf Savigny selbst. Davon habe ich hier nichts gehört und dies war auch sehr wahrscheinlich nicht zu erwarten,

Wenn ich mir nun selbst auf diese Frage eine kurze Antwort zu geben versuche, und dies erlaubt wohl auch mein Beitrag, der als ein *intervento autonomo* angekündigt war, dann stelle ich für ein Sachgebiet eine zwischen den beiden Richtungen der Historischen Rechtsschule bemerkenswerte Koinzidenz im rechtstheoretischen, zetetischen Bemühen fest.

Etwa zur gleichen Zeit nämlich, da Savigny an einer Erneuerung des wissenschaftlichen Charakters des geltenden Rechts durch das Medium der geschichtlich gewachsenen Stoffmassen des gemeinen Rechts arbeitete, suchte die ebenfalls historisch orientierte Germanistik — und ich erwähne hier als frühen Exponenten und Mitbegründer der Schule Karl Friedrich Eichhorn — nach einem allgemeinen deutschen Privatrecht. Das Ziel war, aus den zersplitterten Territorial- und Partikularrechten eine genuin deutschrechtliche Basis des Privatrechts wissenschaftlich zu abstrahieren, das als «*ius commune privatum germanicum*», historisch geläutert als deutschrechtliches Privatrechtssystem ebenbürtig neben das romanistische gemeine Recht treten sollte. Die große Frage dabei war, wie es zu gewinnen, darzustellen und in die Praxis einzuführen war.

Die Ergebnisse der zeitgenössischen germanistischen Forschung bei diesem alles beherrschenden Unterfangen lassen sich nicht in einem Satz zusammenfassen. Wenn ich es dennoch versuche, dann im Bewußtsein notwendiger Verkürzungen. Die moderne rechtshistorische Forschung hat den Nachweis erbracht, daß die frühen Germanisten bereits vor der von Savigny begründeten Historischen Rechtsschule in nuce die historische Methode entdeckt und mit ihrer Hilfe an der Gewinnung deutschrechtlicher Privatrechtsgrundsätze gearbeitet haben. Als Repräsentanten nenne ich hier nur die wichtigsten: Conring, Beyer, Pütter, Hufeland, Rudloff oder Tafinger. Das theoretische Bemühen dieser frühen Germanistik mündet schließlich ein in die ersten größeren, systemähnlichen Konzeptionen von Selchow, Heineccius und Runde. Bereits im Einflußbereich Savignys stehen dann die Konstruktionsversuche von Eichhorn, Mittermaier, aber auch Weiske und Maurenbrecher. Einen Höhepunkt markiert schließlich Carl Friedrich Gerber mit seiner berühmten programmatischen Schrift über «*Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen*

Privatrechts». Sie war im Grunde genommen die theoretische Grundlage für eine später von Gerber in seinem System des deutschen Privatrechts gebrachte romanistische Verdichtung allgemeiner als deutschrechtlich ausgegebener Privatrechtslehren und Institute. Die Autoren einer Vielzahl in rascher Folge bis zum Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches publizierter germanistischer Privatrechtssysteme stehen alle methodisch unter dem Einfluß Gerbers. Eine Ausnahmestellung kommt hierbei lediglich Andreas Heusler und auch Otto von Gierke zu. Aber selbst Gierke mußte schließlich am Vorabend der Kodifikation des Bürgerlichen Rechts eingestehen, was inzwischen herrschende Ansicht war (so z. B. bei Stobbe und wohl auch Roth), daß sich das römische Recht einen geschichtlich begründeten Anspruch auf die Beherrschung des gesamten Privatrechtsstoffes erworben habe.

Fragen wir abschließend nach dem Ausmaß der wechselseitigen Einwirkungen, die zwischen Savigny und der germanistischen Rechtsforschung bestanden. Nach meiner Einschätzung ist die Ausstrahlung Savignys und seiner Methode auf die zeitgenössische frühe Germanistik erstaunlicherweise sehr gering, wenn überhaupt feststellbar. Erst mit Gerber und über Beseler setzt eine folgenreiche Befruchtung ein. Lassen Sie mich aber am Schluß dieses schönen Kongresses auf ein Desiderat aufmerksam machen. Den Abhängigkeiten der Germanistik von Savigny und umgekehrt — und ich möchte vermuten, daß es auch solche Rückwirkungen gegeben hat — ist die rechtsgeschichtliche Forschung immer noch nicht hinreichend nachgegangen. - Ich danke Ihnen vielmals.

Repliche dei relatori

(Seguono le repliche di Pio Caroni, Giuliano Marini, Aldo Schiavone, Mario Bretone, Aldo Mazzacane. Riccardo Orestano ha invece preferito trasfondere la sua replica nella redazione definitiva del testo della relazione, mentre Franca De Marini non ebbe motivo di replicare non essendo stata la sua relazione oggetto di interventi critici. Massimo Brutti, infine, non fu in grado di replicare costretto da pressanti impegni accademici a lasciare Firenze subito dopo la lettura della propria relazione).

Ringrazio gli amici ed i colleghi intervenuti sul tema della cifra codificatoria nell'opera di Savigny. Li ringrazio specialmente per l'interesse dimostrato verso questo tema e per la loro adesione al mio modo di svolgerlo. Ma questo consenso mi turba un pò; e quindi sento ora il bisogno non di parlare, ma di riflettere.

Su un unico punto desidero soffermarmi: quello toccato stamane nell'intervento del collega Jan Schröder. Dato che temo di non essermi spiegato troppo bene, e che maggiormente temo di non farmi capire ora, replico al collega Schröder in tedesco.

Heute morgen habe ich in meinem Vortrag darzulegen versucht, dass das savigny'sche System in Deutschland denselben rechtspolitischen Dienst versah, wie in Oesterreich und Frankreich die Zivilgesetzbücher. Diese Ueberlegung beruhe nach Herrn Schröder aber auf Ueberschätzung der rechtspolitischen Relevanz (oder der innovatorischen Kraft) des Privatrechts. Weder Savigny, noch die zivilrechtlichen Kodifikationen konnten sich je zur Frage der allgemeinen Rechtsfähigkeit äussern, weil die Tragweite dieser Rechtsfähigkeit durch den Erfolg (scil. Misserfolg) politischer Revolutionen *voräusbestimmt* war. Dazu möchte ich folgendermassen Stellung beziehen:

a) Savigny *äussert* sich zur Frage der Rechtsfähigkeit, genauer zur Generalisierung der Rechtssubjektsqualität. Die dabei verwendete Formel — ich fügte es heute morgen hinzu — verrät eine gewisse Genugtuung. Sie lautet: « Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mesch, ist rechtsfähig » (*System* II, S. 1). Dieselbe Formel stand bereits im kodifizierten Recht: Code civil, Art. 8; ABGB §§ 16 und 18 (deren kantische Herkunft jüngst von B. Schmidlin im *Forschungsband Zeiller*, Wien-Graz-Köln 1980, s. 192 ff., überzeugend nachgewiesen wurde).

b) Welche rechtspolitische Aussagekraft kommt diesen Wendungen und Paragraphen zu? Wiegt in ihnen das Deskriptive oder das Normative schwerer? Kollege Schröder, wenn ich ihn recht verstehe, würde eher für das erstere eintreten. Demnach kann die Rechtsfähigkeit, die ein Gesetzbuch oder ein wissenschaftliches System gewährt, nicht grösser als diejenige sein, die Verfassung und öffentliches Recht gerade noch ermöglichen.

Letzteres ist sicher richtig, aber auch kein Argument gegen die rechtspolitische Erheblichkeit der savignyschen Wendungen und der inhaltlich gleichlautenden kodifikatorischen Bestimmungen. Was das Privatrecht durch das Prinzip der allgemeinen Rechtsfähigkeit erreichen wollte, war nämlich bloss eine *formelle* Gleichbehandlung aller Bürger eines Staates. Diese implizierte Abschaffung oder Einebnung ständischer Unterschiede, bzw. Verkennung deren rechtlicher Relevanz. Sie verhinderte aber wohl kaum die *ausserrechtliche* Auswirkung derselben Unterschiede, bzw. die gleichzeitig vor sich gehende Umstrukturierung der Gesellschaft, damit die Bildung neuer antagonistischer Strukturen (letzteres hat J. Ellul in seiner *Histoire des Institutions*, Paris 1956, II, p. 727-728, meisterhaft dargestellt).

Aus diesen Gründen kann die Generalisierung des Rechtssubjektes mit punktuellen Beschränkungen dieses Prinzips, sowie mit vielen weiteren Verletzungen des Gleichheitsprinzips koexistieren. Die lückenlose Durchführung der Rechtsfähigkeit erfordert keineswegs den Untergang bzw. die materielle Ueberwindung aller ausserrechtlich wirksamen Unterschiede, im Gegenteil!

c) Damit steht der Horizont für die rechtspolitische Tragweite der erwähnten savignyschen Formeln fest. Drei Ueberlegungen scheinen mir hier am Platze:

Savigny war sicher kein liberaler Vorkämpfer der allgemeinen Rechtsfähigkeit. Das dürfte sich eindeutig auch aus meinem Vortrag ergeben haben. Die bei ihm immer mitschwingende konservative Grundstimmung mag auch dem Schutz eigener materieller Interessen gedient haben, wie dies z.B. im bekannten Brief an Eichhorn vom 22. Dezember 1830 (bei Stintzing-Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. III, Halbband 2, Noten, München-Berlin 1910, S. 109) evident wird. Insofern mag

es sogar zutreffen, dass Savigny den politischen Entscheidungen, die den Begriff der allgemeinen Rechtsfähigkeit ermöglicht haben, nicht gerade günstig gegenüber stand. Darob darf aber nicht vergessen werden, dass Savigny bei der Umschreibung der Rechtsfähigkeit den meisten romanistischen Autoren seiner Zeit voraus war, und sowohl der *infamia*, als auch dem Religionsunterschied jegliche die Rechtsfähigkeit beschränkende oder bestimmende Kraft aberkannte (*System* II, S. 224-234).

Fragt man schliesslich nach den *sozialen Auswirkungen* der savignyschen Wendungen — und von dieser Warte aus frage ich im Vortrag — so kommt es darauf an, was in sie hineingelesen wurde, nötigenfalls auch ohne Berücksichtigung einer Kongruenz der jeweiligen Auslegung zur authentischen Deutung des Verfassers. Die politische Einstufung Savigny's, seine Einstellung zu den grossen rechtspolitischen Reformen und Postulaten seiner Zeit, der genaue Sinn, den er seinen Formeln und Aussagen beimass, all das wird dann unbedeutend. Wie ich am Schluss des Referates unterstrich und gegenüber Kollegen Schröder bereits früher betont hatte, wurde Savigny «immer dann verstanden, wenn man ihn brauchte, und so verstanden, wie man ihn brauchte» (*Festschrift H. Baltl*, Innsbruck 1978, S. 122).

GIULIANO MARINI

Prima di tutto devo ringraziare il prof. Dufour perché ha risposto molto meglio di quanto avrei risposto io all'interrogativo conclusivo della relazione del prof. Orestano sul cristianesimo di Savigny.

Il problema del formalismo è tornato in molti interventi; diciamo meglio, il problema del kantismo di Savigny. Credo che qui si potrebbe adoperare un'immagine che è stata adoperata dal prof. Wieacker a proposito dello *Historismus*, e della posizione di Savigny nello *Historismus*. Come Savigny ha una 'camera a parte' nello *Historismus*, lo stesso credo che Savigny abbia una 'camera a parte' nel kantismo. Credo che del kantismo di Savigny si possa parlare in un senso molto debole rispetto alla fisionomia originaria di Kant; forse nel senso di formalismo, nel senso del resto in cui credo ne abbiano parlato Caroni e lo stesso Orestano nelle loro relazioni. Io parlavo di un sistema mobile che consente una infinita molteplicità di fini e di valori. Quindi, la storicità del fenomeno giuridico, nello storicismo di Savigny, è collegata a questo formalismo di derivazione kantiana. Forse un tale formalismo potrebbe essere avvicinato al neokantismo della tradizione che va da Dilthey a Max Weber. Ripenso ad una espressione di Max Weber, nel saggio del '17 sulla *Wertfreiheit*. Weber parla del formalismo kantiano come della «geniale formulazione di una infinita molteplicità di rapporti etici» (*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen 1922, p. 468); in senso analogo ne potremmo parlare a proposito del diritto.

Il prof Jan Schroeder: parlando stamani della critica di Hegel a Hugo, dicevo che questa critica avrebbe potuto essere estesa a Savigny, anche se Hegel non ha nominato Savigny. Hegel indubbiamente poteva polemizzare con Hugo e con Savigny. Poteva polemizzare su questa base: Hegel, per distinguere ciò che è reale,

ed ha una razionalità, dà ciò che è opinabile, pone la distinzione tra *Wirklichkeit* e *Zufälligkeit*, realtà e accidentalità. La prima è il dominio della ragione, *Vernunft*, la seconda è il dominio dell'intelletto, *Verstand*. Quello che è criticabile, opinabile, transitorio, è collocato da Hegel nel dominio, nella sfera, nella scorza dell'accidentalità. Invece Savigny e Hugo parlano di un sistema storicamente progrediente, *stets fortschreitend*. Parlando di sistema storicamente progrediente essi non presentano, agli occhi di Hegel, quella possibilità di distinguere ciò che è vivo da ciò che è morto — come noi diremmo —, ciò che è reale da ciò che è accidentale, ciò che è razionale da ciò che non lo è. Savigny, con il suo kantismo indebolito, forse soltanto formalismo, avrebbe potuto richiamarsi ad una scelta empirica sulla base di criteri extraformali. Forse Hugo, che a mio avviso è troppo maltrattato, avrebbe avuto una risposta sistematica più consistente; Hugo, che anch'egli non aveva una grande conoscenza di Kant, avrebbe potuto richiamarsi a una distinzione che egli aveva derivata da Kant, ma che aveva stravolta. Hugo parlava di un diritto provvisorio e di un diritto perentorio. Il diritto provvisorio è quello che noi conosciamo, il diritto positivo, storico, che ha molte imperfezioni. Egli, che era scettico e talvolta cinico nelle sue espressioni, diceva che sono diritto la poligamia, la schiavitù, la tortura, perchè esistono e sono sanzionate; ma non le approvava. Un diritto perfetto, o perentorio, le escluderebbe; così come un diritto perentorio, egli aggiungeva, escluderebbe la proprietà privata e la guerra.

Vengo all'intervento ultimo e verso di me più critico, quello del prof. Schiavone, alle obiezioni che egli mi ha fatto; mi pare che della mia relazione abbia distrutto tutto. Ora, non ho la competenza per addentrarmi nei vari significati della parola « forma » nella evoluzione del pensiero di Kant. Però Schiavone afferma che delle varie accezioni di « forma » nessuna è accettata da Hegel (egli ne ha enumerate quattro); ma un concetto di forma, collegato al diritto privato, c'è in Hegel e si trova là dove egli teorizza la società civile. Ricordo alcuni luoghi: il paragrafo 181 (« passaggio della famiglia alla società civile ») parla di forma; il paragrafo 184 parla di forma; il paragrafo 187 parla di forma. Il paragrafo 187, in particolare, è molto importante, perchè contiene nell'annotazione, e già, in forma stringata, nel paragrafo stesso, la esaltazione

della *Bildung*, propria della società civile, che, per Hegel, è la società che supera la barbarie e che ha in sé il valore infinito della civiltà, il valore infinito dei singoli esseri, la scoperta del cristianesimo che si conferma in tutta la civiltà occidentale e che culmina nella società civile. È questo il mondo della forma, il mondo della libertà formale, che è la libertà dell'intelletto; il mondo in cui tutti gli individui, i cittadini di questo stato, hanno un valore infinito, hanno la libertà reale dell'intelletto. È una libertà « formale », non illusoria come sarà intesa dal marxismo, ma una libertà formale in senso forte, quella che oggi chiamiamo la libertà civile. Questo è il mondo che è stato teorizzato da Kant nello stato di diritto, ma è anche il mondo a cui dovrebbe essere collegato a buon diritto anche Savigny, come esponente più alto del mondo del diritto nell'età di Hegel. È un mondo anch'esso della libertà, ed è un mondo della forma. Hegel, è vero, critica Savigny, e lo critica nei passi che stamani ha analizzato Schiavone, dove si legge di vita, popolo, della legge che ha in sé la determinatezza. In tutti questi passi, come anche nel paragrafo 211, Hegel critica Savigny, però io credo che si possa parlare tranquillamente di un fraintendimento di Savigny. Non si può dire che Savigny ha ignorato la trasformazione del diritto in determinatezza; della consuetudine in determinatezza, in pensiero. Compito dei giuristi, per Savigny, era proprio quello di trasformare la consuetudine, cioè il diritto immediato nel popolo, in un diritto pensato.

Quello che compie Hegel con Savigny è una degradazione, una riduzione di valore. Savigny e il diritto in genere — il diritto, questo mondo della forma — hanno un significato reale; ma in un momento che è destinato ad essere superato, e questo è il momento della società civile, che è anche il momento del diritto. Non si può dire che il momento della forma, il momento dell'intelletto, il momento della società civile, hanno soltanto la funzione di essere superati essendo soltanto qualcosa di negativo, il momento dell'astrattezza. In Hegel c'è anche questo, quando egli critica il diritto romano, quando critica l'arbitrio; ma Hegel è sempre dialettico e quando parla dell'arbitrio parla anche della base interna o formale che tiene avvinti gli arbitrii; e parla di libertà formale — e questa è una conquista dello spirito e del pensiero, è l'eredità del cristianesimo e poi del luteranesimo —. Quindi la società ci-

vile non si può sopprimere. Come dice Bobbio, con cui vado totalmente d'accordo su questo punto, gli unici stati che hanno soppresso la società civile sono gli stati totalitari, ma essi hanno anche soppresso la libertà formale nel senso di libertà civile o libertà dell'intelletto, e questo non è più Hegel ma è qualcos'altro. La libertà formale è qualcosa che Hegel ha voluto «superare», nel senso però della *Aufhebung* hegeliana, ovvero mantenendo, in tutti i suoi valori storici, teorici e di civiltà, anche il valore subordinato della libertà civile, della libertà formale, ovvero della società civile. L'ha «superato» nello stato ed è questo il punto più controverso della dottrina politica hegeliana. Se Hegel si fosse fermato alla società civile, sarebbe stato un pensatore liberale; siccome è passato oltre la società civile, l'ha mantenuta ma è passato allo Stato, è stato qualcosa di originale, ha dato un modello politico molto complesso e originale. Se lo Stato lo vediamo come il superamento necessario di una fase soltanto negativa che diciamo società civile o mondo della forma, allora non siamo più di fronte a Hegel ma siamo di fronte a Gentile, e, con Gentile, al teorico del fascismo. Preciso: siamo di fronte a Marx, se si supera la libertà formale grazie a quella nuova classe universale che è il proletariato, e allora siamo nel Marx del '43, nella sua *Judenfrage*, oppure nel Marx della fine del '43, nella *Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, ove egli parla del proletariato come nuova classe universale. Lì la libertà formale viene superata nella futura condizione comunista, grazie al proletariato, che ha la capacità di liberare l'umanità intera. Se si supera la società civile, la libertà formale, nello stato, allora siamo sul versante opposto dell'eredità hegeliana, non siamo più nel comunismo ma siamo nel fascismo. D'altra parte il richiamo a Gentile non è un mio arbitrio o una forzatura polemica, perchè nell'ultimo libro di Schiavone (*Storiografia e critica del diritto*, Bari 1980), leggo a p. 134: «è nel rapporto con Gentile che bisogna scavare per tirare fuori le radici di questo modo insieme nuovo ma già subito inadeguato di pensare allo Stato e alla politica, che emerge in alcune sezioni alte della storia intellettuale degli anni '30. Credo che la tradizione gentiliana vada oggi ristudiata a fondo». Si noti che non è detto in critica di Gentile, perchè anzi Schiavone sta spiegando l'itinerario di Delio Cantimori, cioè di un intellettuale che ha avuto in Italia grande importanza, prima

fascista e poi comunista e marxista. Schiavone ha concluso citando lo stato, l'importanza dello stato che supera il diritto privato e la mera formalità, ed è « strumento di forte totalizzazione »; io direi che è anche diventato totalitario. Schiavone ha parlato con molto pudore, con molta eleganza, sorvolando sui « rischi » che ha corso la storia europea. Questi rischi li abbiamo conosciuti tutti; eppure Schiavone ha detto che questo strumento avrebbe un grande valore euristico. Io questo valore euristico non lo vedo; d'altra parte, non essendo marxista, non ho il problema di cercare compatibilità fra strumenti a mio avviso così eterogenei; non solo, ma non sono nemmeno custode dell'ortodossia del marxismo di Schiavone, e quindi credo a questo punto di poter concludere e di lasciare a lui di risolvere i suoi problemi. Grazie.

ALDO SCHIAVONE

Devo dire innanzitutto che non amo le repliche: vedo un che di arrogante, di sgradevole, come il rischio di una caduta di gusto, in questo voler l'ultima parola, per tentare di aver ragione a tutti i costi. Ma siccome mi rendo conto che alcuni Convegni — e soprattutto i più riusciti — hanno un loro valore, come dire, di spettacolo, nel quale ciascuno deve pur fare la sua parte, non mi sottrarrò a quest'ultimo piccolo compito.

Vorrei per prima cosa ringraziare tutti i colleghi che hanno ripreso in qualche modo le cose che sono venute dicendo; e in particolare un grazie molto caldo al prof. Wieacker, con cui da anni ormai ho un dialogo diseguale, che mi onora molto.

E vengo alle obiezioni dell'amico Marini.

Dirò subito una cosa, per precisare i limiti « soggettivi » del mio discorso di stamani. Era un discorso insieme da storico della filosofia e da germanista, ed io non sono né uno storico della filosofia, né un germanista. Ma mentre la prima mancanza — il non essere uno storico della filosofia — non mi tocca più di tanto, perché da storico di una pratica scientifica (il diritto), ritengo di dover comunque necessariamente usare strumenti che sono tradizionalmente della storiografia filosofica, mi sembra invece più grave il mio secondo limite: di non essere un germanista, e di padroneggiare poco e male strumenti linguistici e di analisi testuale che invece sarebbero indispensabili per un discorso come quello che ho cercato di svolgere. Questo limite io lo avverto in misura molto forte, e mi pone in una situazione di minorità rispetto ai colleghi che lavorano a fondo sulle cose di cui ho parlato stamani: lo dico senza falsa umiltà, ma perché siano chiare le posizioni da cui parto.

Ciò premesso, io credo però che questa invasione di un terreno non mio sia stata fatta, come si dice, per un « nobile scopo »: e

che è quello di venire a capo di alcuni aspetti e di alcune caratteristiche della scienza giuridica romana, dell'episteme di quei giuristi, che hanno da sempre intrigato molto, anche se in diverso modo, i romanisti; e che io credo non possano venir analizzati a fondo, se non si ricostruisce questa singolare vicenda del loro « ritorno » moderno all'interno del mondo borghese.

Da questo punto di vista, ritengo estraneamente importanti gli anni su cui più ho cercato di fermarmi: quelli fra la fine del settecento e i primi dell'ottocento. Che cosa vi è accaduto di così importante? Vi è accaduto, né più né meno, che la nascita di quella che poi sarebbe diventata la nuova ragione giuridica borghese nell'Europa del diciannovesimo secolo. Questa nascita — come ho cercato di mostrare — è tutta segnata da una riflessione sul concetto di « forma » che si rifà a temi e prospettive kantiane. In realtà l'uso più debole del concetto di forma rintracciabile in Kant diviene nella cultura giuridica di quei decenni, attraverso la mediazione di Hugo e di Savigny (e poi di Puchta), il punto di forza di un paradigma scientifico che stabilisce un rapporto di continuità con la scienza dei giuristi romani, e che sarà destinato ad avere una grande fortuna. Rispetto a questo paradigma, e rispetto alle sue fonti, Hegel si colloca letteralmente agli antipodi. Il formalismo non era dunque l'unica prospettiva della riflessione giuridica di quegli anni. Lo divenne più tardi, quando il paradigma hegeliano scomparve sotto una coltre di fraintendimenti e di silenzi. Questo vorrei ripetere a Marini con grande chiarezza: sul concetto di forma come « condizione » della conoscenza, e quindi tanto più sul concetto di forma come « involucro » dell'esperienza, Hegel non polemizza solo con Savigny, ma direttamente con Kant: e la sua polemica non è arretrata rispetto al pensiero scientifico coevo (come ancora a qualcuno piace ripetere), ma ne coglie invece con grande acutezza proprio i punti più deboli.

Lascio da parte il rilievo di Marini su Gentile: non mi sembra che abbia molto a che vedere con il discorso che stiamo facendo, e non so perché Marini ne abbia parlato.

Vorrei dire invece ancora una parola sul rapporto che il modello hegeliano di Stato intrattiene con i problemi del nostro tempo. Non so proprio come si faccia a dire che ritornare su quei

concetti non ci aiuti a capire nulla del nostro presente. Mi pare clamorosamente vero il contrario, come può vedere bene chiunque guardi solo per un attimo alla storia dello Stato contemporaneo in Occidente dopo la crisi degli anni venti, e al problema cruciale del nesso fra organizzazione delle masse e forme della loro libertà e della loro autonomia. Qui non è questione di marxismo — me lo si lasci dire — o di altro. È solo questione di non essere prigionieri di pregiudizi, e di saper guardare in faccia ai libri e alle cose.

MARIO BRETONE

Cercherò di non oltrepassare il limite, saggiamente fissato, di dieci minuti, ma trasgredisco un'altra regola che ogni relatore dovrebbe imporsi. Quanto ha detto il collega Rückert (io sono ansioso di leggere le sue pagine per intero) non riguarda la mia relazione, e quindi non dovrei occuparmene in questo momento. Il suo scetticismo critico riguarda però ogni ricerca, passata o futura, su Savigny, e mi induce a qualche riflessione. Mentre ascoltavo, mi è accaduto di pensare che se per un gioco del destino, e per un rovesciamento dei tempi, Pierre Bayle avesse potuto scrivere nel suo *Dictionnaire*, così come ha scritto una voce su Zenone di Elea o su Spinoza, anche una voce su Savigny, l'avrebbe sicuramente scritta nei termini di Rückert. Lo scetticismo è salutare, e Rückert fa benissimo a esercitarlo. Per quanto mi riguarda, io mi sento solidale con lui. Si potrebbe però rivolgere a Rückert una domanda: sino a che punto il momento « biografico » permette di unificare realmente la molteplicità dei dati? Può la « biografia » (anche una « *wirkliche* Biographie ») costituire quasi il momento ultimo del nostro lavoro storiografico? Un'altra osservazione. Ogni lettura delle fonti ha bisogno di punti di vista e di criteri orientativi, perché le fonti non possono mai parlare da sole. Nessun dato testuale, nuovo o già noto, si sottrae a questa necessità. Se è così, gli studi lontani o recenti su Savigny possono aiutarci in ogni nuova ricerca, non solo per i risultati eventualmente raggiunti, ma anche per le ipotesi interpretative che suggeriscono. Questo non ci impedisce, com'è ovvio, di mettere subito da parte quelle interpretazioni che siano manifestamente infondate o arbitrarie o tendenziose (salvo a chiedersi naturalmente perché lo siano: non bisognerebbe interrogarsi più a fondo sui diversi « profili » di Savigny nella seconda metà dell'ottocento e nel primo novecento?).

Gli interventi di Vasoli e di Dufour hanno in comune, se non m'inganno, il tema della « certezza ». Dall'amico Vasoli, dai suoi studi sull'enciclopedismo seicentesco e sulla *Nova methodus*, io ho imparato molto di quel poco che so sul pensiero leibniziano. Come sempre, egli ha detto oggi cose assai interessanti. Attraverso una nuova fondazione della logica giuridica (insieme assiomatico-deduttiva e probabilistica) Leibniz mirava a ricostituire, osserva giustamente Vasoli, una scienza del diritto che avesse la stessa forza logica delle scienze naturali, e « permettesse una riunificazione del sapere sotto il segno di una giustizia universale, assoluta garante dell'ordine razionale e divino del mondo ». Quella di Leibniz era dunque una soluzione metafisica del problema della certezza. Come si presenta ora in Savigny questo problema?

C'è nel diritto, per Savigny, accanto a un elemento individuale, proprio di ciascun popolo, « un elemento universale, derivante dall'indole comune della natura umana ». Ma l'idea del diritto si manifesta e si realizza nella storia. Il « fatto » e la « storia », per adoperare una terminologia leibniziana, riducono o allontanano dunque, o trasformano, quanto di assoluto (für sich Bestehendes) quell'idea reca ancora dentro di sé. Se c'è un rapporto fra il mondo etico-religioso e il diritto, i punti estremi di questo rapporto non dipendono l'uno dall'altro. Il fine universale, l'« allgemeine Aufgabe », del diritto « si può semplicemente ricondurre alla destinazione etica della natura umana, così come è rappresentata dalla visione cristiana della vita ». Ma ciò non vuol dire, aggiunge Savigny, che il diritto venga assorbito in un campo più vasto, e « spogliato » (beraubt) della sua autonomia, del suo « selbständiges Daseyn »; al contrario, esso « appare ... come un elemento del tutto distinto nella serie delle condizioni necessarie per conseguire quel fine universale, regna senza limiti nel suo campo » (1). È evidente che il problema della certezza non poteva essere più impostato da Savigny negli stessi termini leibniziani. Ma proprio quanto Vasoli osserva su Leibniz ci aiuta a capire meglio Savigny in questo suo profilo essenziale.

Al problema della certezza ci riconducono i due paralleli savigniani, su cui insiste Dufour, fra diritto e linguaggio da un lato,

(1) SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840, pp. 51-54.

giurisprudenza e matematica dall'altro. In apparenza contraddittorii, questi paralleli rivelano un'unità profonda. Entrambi svolgono un ruolo privilegiato. Come quello fra diritto e linguaggio, il parallelo fra giurisprudenza e matematica non avrebbe un semplice valore evocativo (come a me è accaduto di dire), ma un valore insieme retorico e paradigmatico; esso svolgerebbe, in ultima analisi, una « fonction sécurisante ».

Confesso di condividere solo in parte gli acuti rilievi di Dufour. Il richiamo alla matematica, sono pronto a riconoscerlo, introduce un criterio (reale o illusorio) di stabilità nell'edificio giuridico esposto ai pericoli della contingenza. Un valore retorico di quel richiamo è ammissibile. Meno ammissibile è un suo valore paradigmatico. Io non credo che Savigny abbia della scienza giuridica una concezione matematizzante. Questo è, mi sembra, il punto cruciale. Perciò, come dicevo, l'immagine geometrica suggerita dal ragionamento analogico e l'accenno a un « calcolare » dei giuristi hanno solo un valore evocativo. Le osservazioni di Dufour mi consentono di approfondire questo giudizio, non mi costringono ad abbandonarlo.

ALDO MAZZACANE

Vorrei anch'io limitarmi ad esprimere un vivissimo ringraziamento al prof. Grossi, organizzatore del Convegno, al prof. Wieacker, che ha presieduto la riunione con la consueta dottrina e passione, e a tutti gli intervenuti, che hanno di molto arricchito il mio breve discorso. Se però mi è concesso qualche minuto, aggiungerei alcune rapide osservazioni al dibattito di quest'oggi.

Come ho detto nella relazione di stamane, il mio obiettivo in questa sede era volutamente circoscritto: intendevo soprattutto richiamare l'attenzione sugli inediti savignyani ora disponibili ed incoraggiare eventuali iniziative editoriali. Mi sembra che gli interventi del Dr. Rückert e del Dr. Kadel vadano già molto avanti in questa direzione. Perciò non ritorno sull'argomento, scusandomi con i colleghi se per brevità non raccolgo gli spunti importanti dei loro contributi.

Mi sembra invece opportuno soffermarmi sulle considerazioni del prof. Tarello, più rilevanti di quanto un certo suo humor elegante e garbato non volesse far credere. In sostanza Tarello ha raccomandato di non trascurare quella sorta di « schizofrenia » — come l'ha definita con una battuta scherzosa — presente in Savigny ed in molti suoi interpreti, che consentiva loro di assumere senza difficoltà ruoli spesso diversi. Invece di continuare a cercare un'assoluta coerenza tra le opere dell'autore, può risultare più utile tener conto dei condizionamenti che egli subiva nei vari campi affrontati; considerare il peso che esercitavano le regole interne ai singoli ambiti disciplinari in cui si muoveva di volta in volta.

Simili indicazioni non possono sottovalutarsi. Del resto, anche il prof. Giarrizzo ha insistito sulla necessità di distinguere, disaggregare i vari elementi presenti nell'opera savignyana, più e meglio di quanto si sia fatto finora.

Tuttavia rimane aperto a mio avviso un problema, ben vivo oltre l'esigenza di distinzioni precise. Nel caso di un autore come Savigny noi ci troviamo di fronte al sovrapporsi di due letture che si impongono con egual forza. Da un lato c'è l'individualità del giurista, con le sue persuasioni intellettuali, la sua ideologia, i suoi strumenti teorici e tecnici, maturati e precisati nel tempo; con i condizionamenti politici, culturali, disciplinari, ch'egli subiva via via. Dall'altro c'è un 'paradigma scientifico', dunque unitario benché attraversato da tensioni interne, che sulla sua opera si è costruito, ha fatto corpo con essa, ne costituisce parte integrante e condizione d'interpretazione. Le dottrine di Savigny non riflettono solamente una congiuntura storica precisa ed una vicenda intellettuale circoscritta, che perciò va scomposta nei suoi elementi e nelle sue motivazioni. Lo spessore teorico e metodologico che rivestivano, subito colto non solo nell'ambito delle discipline privatistiche, ne ha fatto un momento costitutivo della coscienza giuridica europea, una sua 'struttura di lunga durata' che ha determinato per più di un secolo l'intero orizzonte concettuale del sapere giuridico. Occuparsi di Savigny, allora, non può voler dire tracciare una mera storia di 'idee', del loro formarsi e della loro fortuna, ma deve allargarsi a comprenderne la funzione strutturale, come « indicatori e fattori » dello sviluppo sociale complessivo, e considerarle perciò anche per quell'aspetto sintetico, di organizzazione concettuale unitaria che è presente in esse e nel modo con cui furono recepite. Quali che fossero le semplificazioni o le integrazioni cui la sua opera fu sottoposta, uno storicismo individualizzante non è sufficiente ad illustrarcene il ruolo: ritorna qui — se mi è consentito esprimermi in modo sommario — il problema del rapporto tra filologia e teoria nell'indagine storiografica, che il 'caso Savigny' pone con forza e sul quale gli interventi di Tarello e Giarrizzo mi hanno indotto a riflettere.

Vengo con questo al contributo del prof. Giarrizzo, che ha sviluppato con grande lucidità un tema al quale stamane ho potuto appena accennare: quello del persistere di una società cetuale nella Germania del primo Ottocento, non tanto come retaggio di forme giuridiche e costituzionali ormai vetuste, ma come tessuto ancor vivo della struttura stessa della società. Savigny, come

buona parte della giurisprudenza tedesca della Restaurazione, è impegnato a salvare il salvabile di tale struttura, a garantirne l'assorbimento senza brusche fratture nel quadro di relazioni definitosi dopo la Rivoluzione francese. Ma che ne è di questo progetto — domandava Giarrizzo — dopo gli anni '30 del secolo, quando il bonapartismo di Luigi Filippo ha liquidato definitivamente le alternative dell'epoca rivoluzionaria, ha fornito la sua versione del giacobinismo e di tutta l'esperienza francese, e l'Europa intera si è assestata nelle prospettive di uno sviluppo economico sorretto da un nuovo blocco sociale? In che senso — si chiedeva ancora Giarrizzo — il riferimento alla società cetuale è per Savigny una proposta politica praticabile?

A me pare che un nodo decisivo sia da cogliere proprio in questo: il 'progetto' savignyano, che si radica pienamente nell'esperienza della Restaurazione, è sempre in qualche modo rivolto al recupero, anche negli anni più tardi, del tessuto di rapporti proprio della società cetuale; tuttavia con modifiche e svolgimenti che ne costituiscono al tempo stesso la forza e l'ambiguità. Nel *Beruf* Savigny sostiene esplicitamente che in quella parte del paese in cui fu introdotto il Codice napoleonico bisognerebbe ritornare al sistema giuridico precedente e conservare, là dove non ebbe vigore, « la stessa combinazione di diritto comune e diritti locali » che aveva retto in passato l'intera Germania. Il progetto di ricomposizione della società tedesca nel periodo del *Beruf* è dunque chiaramente quello di ripristinare i rapporti della società cetuale, così come si erano solidificati attraverso l'intreccio di tradizione romanistica e diritti particolari. La nozione di consuetudine dei corsi inediti di metodologia conserva a lungo lo stesso segno: anche qui le « *Gewohnheiten* » sono il prodotto stratificato (e spontaneo solo nella lontana origine) di aggregazioni « viventi » in una società « organica », preesistente rispetto ad un ordine imposto dall'esterno.

Ora, che cosa rimane di un tale disegno quando gli svolgimenti della realtà tedesca sembrano voltargli definitivamente le spalle? Esaminando le tesi savignyane in tema di rapporti di dipendenza e di obbligazioni, Giarrizzo ci ha prospettato fertilissime direzioni d'indagine, che impongono di riesaminare tutta l'esperienza del Savigny maturo alla luce della consapevolezza che

in lui si esprimeva dei limiti del suo progetto politico e degli adattamenti che vi apportava. Non a caso il problema delle consuetudini e del loro riassorbimento nelle strutture giuridiche del *Sistema* è visto nei paragrafi 9 e seguenti dell'opera nel quadro di un rapporto molto più complesso che nel lavoro giovanile tra Stato e organismi sociali.

Simili considerazioni hanno conseguenze molto precise, non solo dal punto di vista di una ricostruzione interna del pensiero savignyano e di una più esatta periodizzazione dei suoi momenti di svolgimento, ma anche da quello della sua 'durata', della sua capacità di fissare le categorie generali della scienza giuridica per tutta l'epoca della rivoluzione industriale. Su quest'ultimo punto il lavoro è ancora da fare e resta ancora aperto l'interrogativo che ha formulato autorevolmente Wieacker: come mai una scienza giuridica, formatasi nella Restaurazione e mantenutasi sempre lontana dall'affrontare direttamente i temi più legati all'evolvere della società e del sistema produttivo verso le forme dell'industrialismo e del capitalismo (quelli dello Stato, dell'industria, del moderno commercio, della finanza, ecc.) fornì tuttavia l'impronta teorica e metodologica, gli strumenti concettuali di cui la giurisprudenza in ogni campo si avvalse?

A questo interrogativo io non so dare per ora risposta. Voglio invece concludere ricordando quanto ha detto il prof. Maffei sui rapporti di Savigny con l'Italia, dei quali già ieri aveva parlato il Dr. Ranieri, trascurando, per ragioni di tempo, sfumature e differenze corpose che caratterizzano lo storicismo giuridico che in Italia si richiamava alla Scuola storica. Anche dalle parole del prof. Maffei, dalle notizie da lui fornite su Pietro Capei, viene un invito a considerare epoche e personaggi della nostra storia recente, che hanno definito il nostro stesso linguaggio, ma che attendono ancora, per la maggior parte, uno studio esauriente.

Appendice

JOHANN BRAUN

DER BESITZRECHTSSTREIT ZWISCHEN
F. C. VON SAVIGNY UND EDUARD GANS

Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse

I. EINLEITUNG.

Die Rechtswissenschaft wird von der Gunst des Publikums nicht eben verwöhnt. Es muß schon einiges zusammenkommen, bevor Außenstehende von einer rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung einmal Kenntnis nehmen, ganz zu schweigen davon, daß sie dazu Stellung beziehen und Partei ergreifen. SAVIGNY war einer der ganz wenigen Juristen, denen das zweifelhafte Glück einer solchen Anteilnahme nicht bloß einmal, sondern doppelt zuteil geworden ist. Seine Auseinandersetzung mit THIBAUT um ein allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die deutschen Staaten ist noch immer in Erinnerung. Nahezu vergessen dagegen ist sein «Streit» mit seinem Berliner Kontrahenten, dem Hegelianer Eduard GANS (1797-1839), über die Rechtsnatur des Besitzes: *Recht oder Faktum*. Dabei ist gerade diese Kontroverse überaus merkwürdig. Denn daß brisante rechtspolitische Auseinandersetzungen, noch dazu wenn sie wie die Forderung nach einem allgemeinen Gesetzbuch mit Fragen der nationalen Einheit zusammenhängen, ein breiteres Interesse finden, ist nicht ganz ungewöhnlich. Aber daß sich der «Mann von der Straße» für scheinbar rein akademische Fragen interessiert wie für die, ob der Besitz ein Faktum ist — wie SAVIGNY behauptet hatte — oder aber ein Recht — wie GANS ihm entgegenhielt —, ist sicher ein mehr als seltener Fall.

Von dem Ausmaß, in dem diese Frage damals die Gemüter erhitzte, kann man sich heute keine Vorstellung mehr machen. Der Streit um die Rechtsnatur des Besitzes spaltete das gebildete Publikum einmal in zwei Parteien und verschaffte den juristischen Laien für einige Jahre den raren Kitzel, unmittelbar an der Auseinandersetzung über ein wissenschaftliches Grundlagensproblem teilnehmen zu können ⁽¹⁾. Welch seltsame Blüten diese rege Anteilnahme hervortrieb, würde man heute kaum glauben, wenn es nicht nachzulesen wäre. « Der gelehrte Streit zwischen des hiesigen Professoren GANS und SAVIGNY », hieß es etwa in der Leipziger Allgemeinen Zeitung ⁽²⁾, « kommt auch unter dem nichtjuristischen Publikum vielfach zur Sprache, so daß selbst Louis DRUCKER durch Anspielungen darauf seine bekannten Anzeigen zu würzen gesucht hat ». Louis DRUCKER war damals ein bekannter Berliner Weinhändler, der die Zeitungen regelmäßig um launige Anzeigen bereicherte, die letzten Endes alle den Zweck hatten, das Weintrinken zu befördern und seinen Umsatz zu steigern. Darin lud er seine Kunden nicht nur ein, « den grassierenden Weltschmerz zu ertöten » ⁽³⁾, sondern verstieg sich auch dazu, den « zwiespältigen Gelehrtenschulen » die Entscheidung darüber anzutragen, ob eine Primadonna, die er mit unverfälschtem Berliner Humor « Achmalia Rindfleisch » nannte, « im wirklichen Besitz einer Stimme und ob demnach diese Stimme ein Recht oder ein Faktum sei » ⁽⁴⁾. « Es ist ein merkwürdiges Faktum », kommentierte der Berichterstatter, dem wir diese Nachricht verdanken, unter deutlicher Anspielung auf die politischen Verhältnisse im Preußen, « es ist ein merkwürdiges Faktum, daß die Harlekinade im Besitz der Öffentlichkeit ist; daß sie das Recht dazu hat, bezweifelt niemand, die Öffentlichkeit des ganzen gesamten Lebens ist ein Recht, wenn auch kein Faktum » ⁽⁵⁾. Eine andere Geschichte ist folgende. Wenige Monate vor dem Tod

(1) Vgl. G. LENZ, *Das Recht des Besitzes und seine Grundlagen*, Berlin 1860, 82.

(2) Leipziger Allgemeine Zeitung 1839, 470 (Berliner Korrespondenzbericht vom 9. Februar).

(3) Vgl. Morgenblatt für gebildete Leser, 33. Jg. 1839, 560.

(4) Vgl. Zeitung für die elegante Welt 1839, 318.

(5) Zeitung für die elegante Welt 1839, 318.

von GANS brachte der Student SCHAAFF, ein Schüler BETHMANN-HOLLWEGS (6), eine Broschüre heraus, in der er SAVIGNYS « Besitztrecht » gegen die neuesten Angriffe von GANS verteidigte (7). Das war eine Sache wie geschaffen für den allgemeinen Klatsch: Ein Student! Und noch dazu in dieser eminent wichtigen Angelegenheit, in der sich die besten Köpfe seit Jahren vergeblich bemühten, zu einem Konsens zu kommen! Und SAVIGNY selbst schweigt! Empörend! Da geschah nicht nur das Unglaubliche, daß ein gestandener Breslauer Ordinarius, HUSCHKE, sich hinsetzte und dem Berliner Studenten SCHAAFF für eine Broschüre von 31 Textseiten eine 17seitige kritische Besprechung verpaßte (8). Die Berliner Komödianten GERN und BECKMANN konnten sich auch die Gelegenheit nicht verkneifen, ihre kabarettistischen Bühnendarbietungen mit Anspielungen auf diese Affaire zu würzen. « Aber da steh' ich ja wie SCHAAFF vor GANS! » brach BECKMANN bei einer Szene einmal heraus, und sogleich « suchten hundert Augen im Saale nach den beteiligten Personen » (9).

Soweit die Wogen, die der Streit um die « Grundlage » des Besitzes in der Öffentlichkeit einmal schlug. Was hier interessiert, sind weniger die anekdotischen Anhängel und Auswüchse als vielmehr die Auseinandersetzung der « zwiespältigen Gelehrtenschulen » selbst: Wie lief dieser Streit im einzelnen ab? Und worum ging es dabei überhaupt?

II. DER ÄUßERE VERLAUF DER AUSEINANDERSETZUNG.

Will man den Hergang der Kontroverse genauer verfolgen, so darf man einige Details nicht aussparen. Im folgenden sollen daher vor allem die Angelpunkte des Streits etwas ausführlicher dargestellt werden.

(6) So Leipziger Allgemeine Zeitung 1839, 470.

(7) Friedrich SCHAAFF, *Gans' Kritik gegen Herrn von Savigny, die Grundlage des Besitzes betreffend*, Berlin 1839.

(8) P. E. HUSCHKE, *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, 3. Jg., Leipzig 1839, 292 ff.

(9) Zeitung für die elegante Welt, 1839, 318.

I. *Der Ausgangspunkt in Savignys « Besitzrecht ».*

SAVIGNYS « Recht des Besitzes » gilt allgemein als das Muster der modernen rechtswissenschaftlichen Monographie schlechthin. Es brachte schlagartig Ordnung in eine Vielzahl von Streitfragen und führte erstmals zu einer scharfen Begriffsbildung, weil SAVIGNY — « ganz abweichend » von den « meisten », wie er selbst betonte ⁽¹⁰⁾ — die Wirkungen des Besitzes energisch auf dessen Bedeutung für die Ersitzung (Usucapion) und die Besitzschutzklagen (Interdicte) beschränkte ⁽¹¹⁾.

Der « schwache Punkt » ⁽¹²⁾, der es verwundbar machte, ging freilich auch diesem Werk nicht ab. Er fand sich bei der Antwort auf « die bekannten Fragen ..., ob der Besitz als Recht und ob er als jus in re zu betrachten sei » ⁽¹³⁾, bei der Frage also, was der Besitz seiner *rechtlichen Natur* nach überhaupt ist und welche *Stellung im Rechtssystem* ihm zukommt.

Gemessen daran, daß SAVIGNY in vielen Punkten gerade dem *Besitzwillen* (animus domini) eine entscheidende Bedeutung zuerkannte ⁽¹⁴⁾, hätte es wohl nahegelegen, auf die Bedeutung dieses Willens auch bei der Frage nach dem Besitzschutzgrund abzustellen. Merkwürdigerweise — so muß man fast sagen — schlug SAVIGNY diesen Weg aber nicht ein, sondern schwankte etwas unentschieden hin und her: « An sich, seinem ursprünglichen Begriffe nach », sei der Besitz « ein bloßes Faktum » (Detention), also: *kein Recht*; nur weil die Rechtsordnung « rechtliche Folgen damit verbunden » habe, sei er doch ein Recht; mithin sei er « Faktum und Recht zugleich » ⁽¹⁵⁾. « An sich », seinem « Begriffe » nach, war der *Besitz* von daher in das Rechtssystem überhaupt

⁽¹⁰⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 4. Aufl. Gießen 1822, 8. (Zitiert wird auch im folgenden zunächst nach der 4. Auflage, die GANS bei seinen Einwänden zugrunde legte.)

⁽¹¹⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 10), 5 ff (= §§ 2 ff).

⁽¹²⁾ So R. STINTZING - E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, 3. Abteilung, 2. Halbband (Text), München und Berlin 1910, 364.

⁽¹³⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 10), 4.

⁽¹⁴⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 10), 78 ff (§ 9).

⁽¹⁵⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 10), 21 f; ähnlich 26. Vgl. auch 30: « Abstrahiert von dieser Verletzung gibt der bloße Besitz gar kein Recht ... ».

nicht einzuordnen; denn *Rechte* waren streng genommen nur die *possessorischen Interdicte*, die als Folge einer Besitzstörung eintraten. Diese Interdicte — und mit ihnen, wie er meinte, auch den Besitz — verwies SAVIGNY dann nicht ins Sachen-, sondern ins *Obligationenrecht*, zu den *obligationes ex maleficiis* ⁽¹⁶⁾.

Wenn diese Deutung auch kaum dazu bestimmt war, unmittelbar praktische Konsequenzen daraus abzuleiten, so handelte sich SAVIGNY damit jedoch ein theoretisches Dilemma ein. War nämlich des Besitz « an sich » kein Recht, sondern ein *natürlicher* Zustand, dann konnte er im *Rechtssinn* schwerlich « verletzt » werden. Was aber war dann der « rechtliche Grund » der Interdicte, was also die « Rechtsverletzung », die ihnen wie allen Klagen zugrunde liegen mußte?

SAVIGNY bediente sich hier einer doppelten Aushilfe. Zunächst führte er folgendes aus:

« Da der Besitz an sich kein Rechtsverhältnis ist, so ist auch die Störung desselben keine Rechtsverletzung, und sie kann es nur dadurch werden, daß sie ein anderes Recht zugleich mit verletzt. Wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewalttätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdict aufgehoben werden soll » ⁽¹⁷⁾.

Das war freilich eine zweifelhafte Auskunft, selbst wenn man von dem Sprachfehler » *kein* Recht - *anderes* Recht zugleich mit » einmal absieht ⁽¹⁸⁾. Interdicte gab es nicht nur im Anschluß an gewaltsame, sondern ebenso auch im Gefolge heimlicher Besitzstörungen. Sodann war aber doch gerade die Frage, wie gegen einen « natürlichen » Zustand überhaupt « Gewalt » in einem rechtlich relevanten Sinn verübt werden konnte. Wenn SAVIGNY die *Verletzung* damit zu begründen versuchte, daß *sie* (!) *gewaltsam* geschehe, so war doch das zu Begründende — die *Verletzung* — dabei durchgehend *vorausgesetzt*.

⁽¹⁶⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 10), 26 ff (§ 6).

⁽¹⁷⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 10), 6.

⁽¹⁸⁾ Vgl. dazu bereits E. v. MEYSENBUG, *Servius. Blätter für juristische Kritik*, Berlin 1834, 114; C. G. BRUNS, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tübingen 1848, 414 FN 3.

SAVIGNY bediente sich daher noch eines anderen Arguments: Der Grund der Interdicte « liege in einer allgemeinen Vermutung, der Besitzer dürfte wohl auch Eigentümer sein »⁽¹⁹⁾; insofern könne man den Besitz im allgemeinen auch einen « Schatten des Eigentums » nennen. Aber auch hier liegen die Einwendungen nahe: Wie kann, was zunächst als « bloßes Faktum » bezeichnet war, zugleich « Schatten des Eigentums » sein? Und wenn der Besitz nur deshalb rechtlich geschützt wird, weil er *im allgemeinen* « präsumtives Eigentum » ist, wie kommt es dann, daß auch der *nachweislich unberechtigte* Besitz, selbst der des Diebes, Besitzschutz genießt? Daß von dem Besitz *im allgemeinen* vermutet werden kann, er geschehe in Ausübung eines Rechts, gibt noch keinen Grund dafür, ihn auch dort zu schützen, wo er mit Sicherheit nicht in Ausübung eines solchen Rechts erfolgt.

2. *Gans greift Savignys « Besitzrecht » an.*

Die Leistung, die SAVIGNY in seinem Besitzrecht vollbracht hatte, war so beeindruckend, und der um die Person SAVIGNYS schon bald entstehende Kult so groß, daß man all dies zunächst gar nicht recht bemerkte. Es ist nicht ohne Delikatesse, daß zunächst selbst GANS über die geschilderten Mängel nicht nur hinweglas, sondern geradezu meinte, SAVIGNY habe seine Meinung in diesen Punkten « trefflich durchgeführt »⁽²⁰⁾. Wenn GANS' beruflicher Werdegang so verlaufen wäre, wie er sich dies vorgestellt hatte, könnte vielleicht jetzt über die seltsamen Verrenkungen berichtet werden, die er zusammen mit anderen Schülern SAVIGNYS unternommen hätte, um die Schwächen des Meisters zu verbergen oder ohne Widerspruch zu dem geheiligten Text sonstwie aus der Welt zu schaffen. Es kam aber anders als gedacht⁽²¹⁾. Die Berufung von GANS scheiterte zunächst an dessen jüdischem Bekenntnis, und zwar nicht zuletzt infolge des Widerstandes, den SAVIGNY der Berufung eines Juden entgegensetzte.

⁽¹⁹⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 10), 9.

⁽²⁰⁾ E. GANS, *Über Römisches Obligationenrecht*, Heidelberg 1819, 167.

⁽²¹⁾ Vgl. zu dem folgenden zuletzt J. BRAUN, *Juristen-Zeitung* 1979, 769.

GANS konnte sich die Professur nur nach langen, entbehrensreichen Jahren gegen den erklärten Willen SAVIGNYS erkämpfen. Im Laufe der Zeit waren die persönlichen Spannungen zwischen beiden so angewachsen, daß SAVIGNY die Berufung von GANS an die Berliner Fakultät auch dann noch mit aller Macht zu verhindern suchte, nachdem GANS sich bereits hatte taufen lassen ⁽²²⁾. Als GANS schließlich doch kam, zog sich SAVIGNY demonstrativ von den Fakultätsgeschäften zurück. Inzwischen hatte sich GANS von der historischen Schule SAVIGNYS nicht nur äußerlich, sondern auch innerlich entfernt und in HEGEL, dem großen Gegner SAVIGNYS in Berlin, einen neuen Lehrer und bald auch Freund gefunden. Aus HEGELS Rechtsphilosophie, ebenso aus dessen Vorlesungen ⁽²³⁾ hatte er die Überzeugung gewonnen, daß Grundlage allen Rechts nicht ein natürlicher, zufällig überkommener Zustand sei, sondern der « Geist » nach seiner praktischen Seite hin, nämlich der « freie Wille », der sich in der vorhandenen Welt verwirklicht und in der Form von « Eigentum » (d.h. von subjektiven Rechten) gegenständlich wird ⁽²⁴⁾. War der Wille nur der *besondere* Wille einer einzelnen Person, so sollte er nach HEGEL nur « relatives » Recht hervorbringen können; war er dagegen *allgemeiner* (allgemein anerkannter) Wille, so war sein Recht ein « absolutes ». Von daher lag es an sich nahe, den *Besitz* (im juristischen Sinn) als « Eigentum » bloß nach der *besonderen* Seite des Willens, das *Eigentum* (im juristischen Sinn) dagegen als *allgemein* anerkanntes und *allseitig* geschütztes Recht aufzufassen ⁽²⁵⁾. Eben dies war zugleich die Deutung, die man auch von der Animustheorie SAVIGNYS her hätte erwarten sollen. GANS

⁽²²⁾ Am 12.12.1825 in Paris.

⁽²³⁾ GANS hat HEGEL nicht nur gelesen, sondern auch bei ihm gehört, vgl. C. L. MICHELET, *Wahrheit aus meinem Leben*, Berlin 1884, 40.

⁽²⁴⁾ Vgl. G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, §§ 3 (Anm.), 4, 29.

⁽²⁵⁾ Diese Unterscheidung war in HEGELS Rechtsphilosophie klar genug angedeutet, wenn auch nicht unmittelbar ausgesprochen. In § 45 ist eher von dem Unterschied zwischen *detentio* und *possessio* die Rede. Die *nähere Ausführung* wäre im dritten Teil zu erwarten gewesen. Dort (§ 213) wird dann aber nur ganz summarisch von den « ins Unendliche sich vereinzelnden und entwickelnden ... Arten des Eigentums und der Verträge » gesprochen.

war demnach biographisch und philosophisch bestens vorbereitet, die Achillesferse in SAVIGNYS Besitzrecht aufzuspüren. Als er nach eher versteckten Vorgeplänkeln ⁽²⁶⁾ 1827 in seinem « System » ⁽²⁷⁾ zum Generalangriff übergang, trat er denn auch zum allgemeinen Erstaunen bereits mit der ruhigen Bestimmtheit dessen auf, der sich seiner Sache völlig sicher ist.

GANS war keineswegs so blind, die Verdienste SAVIGNYS zu verkennen; im Gegenteil: SAVIGNYS Betonung des Besitzwillens kam seiner eigenen Auffassung entgegen, die energische Reduktion der Besitzwirkungen fand seine ausdrückliche Billigung ⁽²⁸⁾. Seine Einwendungen richteten sich allein dagegen, daß « in dem sonst so trefflichen Buche von SAVIGNY über den Besitz grade der Begriff des Besitzes und was dasselbige ist, seine Stelle im System am wenigsten befriedigend ausgefallen ist » ⁽²⁹⁾. Insoweit aber brachte GANS nahezu alles vor, was überhaupt einzuwenden war. Wir brauchen seine Argumente hier nicht im einzelnen aufzuführen, weil wir sie bereits oben in die Darstellung SAVIGNYS mit haben einfließen lassen. Hervorgehoben zu werden verdient hier nur noch dies, daß GANS am Ende aller Einwürfe SAVIGNYS Animustheorie unter unverkennbarer Anlehnung an HEGEL auch im Hinblick auf den Besitzschutzgrund durchführte: Der Rechtsgrund des Besitzes liege « in der Stellung der Person zur Sache » ⁽³⁰⁾. Der Begriff der Person sei mit dem des « Eigentums » im philosophischen (d.h. « untechnischen ») Sinn als der « äußere[n] Sphäre der Freiheit der Person überhaupt » eng verknüpft: ohne « Eigentum », d.h. ohne äußeres Dasein ihres Willens, sei eine Person überhaupt nicht denkbar ⁽³¹⁾. Finde dieses « Eigentum » oder willentliche « Haben » einer Sache « bloß nach der Seite des besonderen Willens statt », so sei dies « ein bloß anfangendes, unmittelbares Eigentum oder *Besitz* »; sei dagegen « die Allgemein-

⁽²⁶⁾ Vgl. E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, Bd. 2, Berlin 1825, 269 Anm.

⁽²⁷⁾ Vgl. E. GANS, *System des römischen Civilrechts im Grundrisse*, Berlin 1827, 28 ff, 202 ff.

⁽²⁸⁾ E. GANS (FN 27), 213 f.

⁽²⁹⁾ E. GANS (FN 27), 202.

⁽³⁰⁾ E. GANS (FN 27), 211.

⁽³¹⁾ E. GANS (FN 27), 215 f.

heit, das heißt die Berechtigung dieses Besitzes vorhanden » (seine allgemeine und umfassende Anerkennung), so werde das Haben « wirkliches Eigentum » (32). Der Rechtsgrund des Besitzes liege mithin « darin, daß schon der besondere Wille der Person, wo er sich in den Sachen äußert, ein Recht [sei] und als solches behandelt werden [müsse] », oder anders ausgedrückt: daß der besondere Wille als ein « schon an sich Substantielles, zu Schützendes » nicht dem einzelnen Willen eines andern, sondern « nur dem höheren Allgemeinen » zu weichen habe (33). Dieser « besondere Wille der Person » war mithin das gesuchte Recht, dessen Verletzung die Interdicte auslöste. Als « anfangendes Eigentum » — oder, wie GANS erläuternd hinzusetzt, als « Eigentum nach der Seite des besonderen Willens » — fand der Besitz seine Stelle nicht bei den obligationes ex delicto, wohin SAVIGNY ihn verwiesen hatte, sondern gehörte « an die Spitze der jura in re » (34), wo er auch heute noch allgemein abgehandelt wird.

3. *Die ersten Reaktionen.*

Das alles war « eine so gediegen juristische, auch im Ton sachlich und vornehm gehaltene Widerlegung des SAVIGNYSchen Standpunktes », daß GANS damit « weithin Eindruck » machte (35). Ausgerechnet ihm, dem mit allen Mitteln verächtlich gemachten jüdischen Außenseiter, war es gelungen, SAVIGNY an entscheidender Stelle zu treffen. Dabei konnte man nicht einmal sagen, daß es sich hierbei um einen Zufallstreffer gehandelt hätte: Wenige Monate zuvor schon hatte GANS eine kritische Besprechung von SAVIGNYS « Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter » vorgelegt (36) und war darin zu einem zunächst aufsehenerregenden, dann aber « von der Nachwelt ratifizierten Urteil über das Werk »

(32) E. GANS (FN 27), 211.

(33) E. GANS (FN 27), 211 f.

(34) E. GANS (FN 27), 215; vgl. auch S. 28.

(35) R. STINTZING - E. LANDSBERG (FN 12), 364.

(36) E. GANS, *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik* 1827, Bd. I, 321 ff. GANS, *Vermischte Schriften*, Bd. I, Berlin 1834, 3 ff.

gelangt (37). Und kurz darauf nun auch das noch! Die Sensation war da.

Nur einer nahm von all dem scheinbar überhaupt keine Notiz: SAVIGNY selbst. Er ging seinen Geschäften nach, als ob GANS rein Luft für ihn wäre. Als GANS anlässlich seiner Berufung zum ordentlichen Professor einen ersten Versöhnungsversuch mit SAVIGNY unternahm (38) und dabei einräumte, aus « rein wissenschaftlicher Verschiedenheit » in früheren Arbeiten gegen SAVIGNY gelegentlich « mit allzu heftiger Polemik verfahren » zu sein (39), erwiderte SAVIGNY ihm kühl, er sei mit GANS « in einem wissenschaftlichen Streite niemals verwickelt gewesen » (40). Das war verletzend, denn es hieß, daß GANS nicht nur als Kollege, sondern auch als wissenschaftlicher Gegner für SAVIGNY überhaupt nicht da war. Zu einer wissenschaftlichen Diskussion zwischen SAVIGNY und GANS kam es daher auch in der Besitzrechtsfrage zunächst nicht. Wohl aber konnten fortan « selbst weitere Kreise ... mit lebhafter Aufmerksamkeit » das seltene Schauspiel verfolgen, wie « nun gleichzeitig SAVIGNY und, in mindestens gleichgefülltem Hörsaal derselben Universität, GANS je ihre Ansichten in scharfer Entgegensetzung Jahre hindurch der studierenden Jugend vortragen » (41). Daß SAVIGNY sich dabei herabließ, GANS namentlich zu erwähnen, darf man ausschließen; das « Glück, mit Namen genannt zu werden », erreichte unter allen Zeitgenossen nur einer: sein alter Gegner THIBAUT, und auch das geschah, wie einer von SAVIGNYS Hörern berichtet, « nur einmal in jedem Semester und nur, um mit einem mitleidigen Lächeln und einem kleinen Scherz ihm den Garaus zu machen » (42). Von GANS dagegen weiß man,

(37) R. STINTZING - E. LANDSBERG (FN 12), 365.

(38) E. GANS an F. C. v. SAVIGNY am 28.12.1828, abgedruckt zuletzt bei J. BRAUN (FN 21), 772.

(39) Diese Anspielung bezieht sich vor allem auf die Vorreden der ersten beiden Bände des « Erbrechts in weltgeschichtlicher Entwicklung », Berlin 1824 und 1825.

(40) F. C. v. SAVIGNY an E. GANS am 29.12.1828, abgedruckt zuletzt bei J. BRAUN (FN 21), 772 f.

(41) R. STINTZING - E. LANDSBERG (FN 12), 364.

(42) So der dänische Minister Orla LEHMANN in seinen Erinnerungen an seine Berliner Studienzeit, zitiert nach F. DAHL, ZRG (Germ. Abt.) 50 (1916), 511 (514).

daß seine Vorlesungen « reichlich mit Anzüglichkeiten gespickt » waren, « unter anderen auch gegen SAVIGNY » (43). Was GANS in seinen Vorlesungen über römisches Recht im einzelnen vorgetragen hat, ist nicht mehr bekannt. Von seinem rechtsphilosophischen Kolleg jedoch haben sich einige Nachschriften erhalten (44), die zeigen, daß er gegen die Besitzlehre SAVIGNYS über Jahre hinweg sachlich, aber sehr entschieden polemisierte.

a) *Georg Friedrich Puchta*. — Wenn SAVIGNY schwieg, so traten doch seine Schüler und Anhänger für ihn auf den Plan. Den Anfang machte PUCHTA, der eigentliche Stellvertreter SAVIGNYS und « Lieutenant du Roi », wie er sich selbst bezeichnete (45), mit einem Artikel über die Frage: « Zu welcher Klasse von Rechten gehört der Besitz » (46)? Zweck dieser Arbeit war es, SAVIGNYS Klassifikation des Besitzes zu korrigieren, ohne einräumen zu müssen, daß eine solche Korrektur erforderlich war. PUCHTA entledigte sich dieser Aufgabe mit großem Geschick. Allerdings schien ihm gleich zu Beginn seiner Ausführungen ein « taktischer Fehler » zu unterlaufen: Er ging nämlich ohne weiteres davon aus, daß der *Besitz* ein *Recht sei*. Damit hatte er nicht bloß zu zeigen, daß allein GANS sich geirrt hatte, sondern darüber hinaus zu beweisen, daß SAVIGNY keineswegs das gesagt hatte, was in seinem

(43) O. LEHMANN (FN 42), 516.

(44) Naturrecht oder Rechtsphilosophie in Verbindung mit Universalrechtsgeschichte: Anonyme Nachschrift vor 1830, Deutsche Staatsbibliothek Berlin (Ost), Ms. Germ. oct. 1169; Nachschrift von Theodor SCHÜTZE, WS 1828-29, Staatsbibliothek Preußischer Kulturbesitz, Berlin (West), Ms. germ. qu. 1708 (teilweise veröffentlicht in: Eduard GANS, *Philosophische Schriften*, hrg. von H. SCHRÖDER, Glashütten i.T. 1971, 37-154); Nachschrift von Immanuel HEGEL, WS 1832-33, Juristisches Seminar der Universität Heidelberg; Nachschrift von Heinrich JAHNCKE, WS 1832-33, Bibliothek der Humboldt-Universität, Berlin (Ost), Sign.: Handschr. Koll. 77 (von dieser Nachschrift waren Ablichtungen nicht zu erlangen); anonyme Nachschrift, WS 1836-37, Württembergische Landesbibliothek Stuttgart, Cod. iur. 2^o, 268; Nachschrift von JOACHIMI, WS 1837-38, Deutsche Staatsbibliothek Berlin (Ost), Ms. Germ. oct. 1069.

(45) G. F. PUCHTA an F. C. v. SAVIGNY am 6.II.1828, Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/30.

(46) G. F. PUCHTA, *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, 3. Jg., Bonn 1829, 289 ff = G. F. PUCHTA's, *Kleine civilistische Schriften* (hrsg. von A. A. F. RUDORFF), Leipzig 1851, 239 ff.

Buch doch immerhin Schwarz auf Weiß nachzulesen war. PUCHTAS oft gerühmter Scharfsinn läßt sich kaum irgendwo besser bewundern als in den wenigen Zügen, mit denen er dieses Kunststück zuwege brachte.

Als Aufhänger dient PUCHTA eine feine Unterscheidung: der Besitz, so meint er, *sei* nicht nur ein Recht, sondern er *erzeuge* auch ein Recht (nämlich die Besitzschutzklage). Sehe man genau hin, so habe SAVIGNY an den entscheidenden Stellen nicht von dem Recht gesprochen, das der Besitz *sei*, sondern allein von dem, das er *erzeuge*, also von den possessorischen Interdicten. Die von GANS gerügte Verweisung des Besitzes ins Obligationenrecht heiße daher im Grunde nichts anderes, als daß die *Interdicte* ihren Platz dort finden sollten. Über die Klassifizierung des Besitzes selbst habe sich SAVIGNY dagegen «gar nicht erklärt» (47). Die ganze Frage sei also eigentlich noch offen, SAVIGNY habe «in der Tat keinen falschen Schritt getan, nur zurückgelegt [habe] er den Weg nicht» (48).

Entgegengesetzt ist die Behandlung, die GANS über sich ergehen lassen muß. Hatte GANS den Besitz als «anfangendes Eigentum» (49) (als Eigentum der ersten begrifflichen Stufe) bestimmt und dabei mit HEGEL unter «Eigentum» das *subjektive Recht schlechthin* als die äußere Sphäre der Person verstanden, so legte PUCHTA — wider besseres Wissen, muß man wohl sagen (50) — die Ausführungen von GANS nun so aus, als habe dieser durchweg von Eigentum im technischen (juristischen) Sinn gesprochen. Auf diese Weise konnte er GANS höhnisch vorhalten, dieser habe den Besitz als «nichts» bestimmt; denn Eigentum (im Rechtssinn) sei er nicht (das Eigentum fange ja erst an), und was er sonst noch sei, sei nicht gesagt. Damit war es für PUCHTA zugleich ausgemacht, daß GANS «weder weiß, wovon die Rede ist, noch wovon er selbst

(47) G. F. PUCHTA, *Rheinisches Museum* (FN 46), 292.

(48) G. F. PUCHTA, *Rheinisches Museum* (FN 46), 308.

(49) Vgl. oben bei FN 30 ff.

(50) Die HEGELSche Terminologie, deren GANS sich bedient hatte, war PUCHTA nicht so fremd, als daß man vermuten könnte, er habe sich unabsichtlich vertan. Vgl. zu PUCHTAS Hegelkenntnissen sogleich im Text sowie FN 52, ferner unten bei FN 110. Siehe auch O. v. SCHMIDT, *Über den Begriff des Besitzes nach römischem Rechte*, Dorpat 1860, 25 (FN 49).

redet » und nur wieder einmal « ein Beispiel höchst kläglicher Pfuscheri in die Philosophie » vorgelegt hatte ⁽⁵¹⁾. Um GANS, der mittlerweile zu einem namhaften Mitstreiter HEGELS avanciert war, nur ja recht bloßzustellen, versuchte PUCHTA sogar, dem Leser in der « Sprache derjenigen Philosophie ..., welche unser Mann bekennt », vorzudemonstrieren, was GANS gesagt habe und was er stattdessen hätte sagen müssen ⁽⁵²⁾. GANS habe lediglich das « Anderssein » des Besitzes angegeben, während es darauf ankomme, auch seine « Realität ..., die reale Seite seines Daseins zu bestimmen ». Zu meinen, mit dem bloßen « Anderssein » den Begriff des Besitzes bereits « vollkommen und namentlich für das System bestimmt zu haben », sei « entweder eine große Gedankenlosigkeit » oder zeige einen « bedeutenden Mangel an philosophischer Bildung jeder Art » ⁽⁵³⁾.

Nun war freilich immer noch der Weg zurückzulegen, den SAVIGNY angeblich nicht beschritten hatte, und der systematische Ort des Besitzrechts selbst zu bestimmen. Obligationenrecht sollte dabei nicht herauskommen, denn das erschien auch PUCHTA wenig überzeugend; Sachenrecht durfte nicht herauskommen, denn damit hätte man im Ergebnis GANS beigepflichtet. Also teilte PUCHTA alle Rechte kurzerhand in fünf Klassen: in Rechte 1) an *Sachen*, 2) an *Handlungen* und in Rechte an *Personen*, und zwar 3) an Personen außer uns, 4) an Personen, welche außer uns existiert *haben*, aber in uns übergegangen sind, und 5) an unserer eigenen Person ⁽⁵⁴⁾. Das Besitzrecht reihte PUCHTA dort ein, wo es von den Rechten an Sachen äußerlich am weitesten entfernt war: bei der fünften Klasse, den Rechten an der eigenen

⁽⁵¹⁾ G. F. PUCHTA, *Rheinisches Museum* (FN 46), 295.

⁽⁵²⁾ Vgl. in diesem Zusammenhang auch G. F. PUCHTA an F. C. v. SAVIGNY am 17.8.1829 (Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/33) über ein Gespräch mit K. A. FÖRSTER, der versucht habe, zwischen GANS, und PUCHTA zu vermitteln, und dem PUCHTA erwidert habe, er « fände nicht zu viel Philosophie in den GANS'schen Schriften, sondern zu wenig; und [er] getraute [s]ich, heute einen bessern HEGELianer vorzustellen als GANS, wenn nicht etwa die Eigenschaft eines HEGELianers darin bestehe, jeden Buchstaben HEGELS für Evangelium anzunehmen, worin GANS allerdings das Mögliche geleistet habe ... ».

⁽⁵³⁾ G. F. PUCHTA, *Rheinisches Museum* (FN 46), 295 f.

⁽⁵⁴⁾ G. F. PUCHTA, *Rheinisches Museum* (FN 46), 299 ff.

Person. War das insoweit durchaus originell, so nimmt sich das weitere nur wie ein Aufguß dessen aus, was PUCHTA gerade bei GANS über den Willen als die Grundlage allen Rechts und das subjektive Recht als die äußere Sphäre der Person gelesen hatte und was er ebensogut auch bei HEGEL hätte nachlesen können: Grundlage allen Rechts ist auch für PUCHTA der « Wille », der in Form des « einzelnen Willens » « durch Unterwerfung eines Gegenstandes wirklich wird » und in Form des « allgemeinen Willens » den besonderen Willen im eigentlichen Sinn « zum rechtlichen, zum Recht im sog. subjektiven Sinne macht » (55). *Mittelbar* werde « der Wille, die Persönlichkeit » bei dem Schutz eines jeden Rechts geschützt. Wo es jedoch — wie beim Besitz — an einem « Recht an einem außer der Person existierenden Gegenstand » fehle, sei es « die Persönlichkeit, der Wille, der sich selbst zum Gegenstand hat, allein und unmittelbar, welcher als das zu schützende Recht anerkannt » werde (56). Wie um auch den letzten Zweifel an der Herkunft dieser Theorie auszuräumen, schließt PUCHTA mit der Feststellung, daß die Rechte an der eigenen Person nur « in der geschichtlichen Entwicklung » (57) an letzter Stelle rangierten, während « eine dogmatische Darstellung dagegen sie als die erste zu setzen Grund » habe, weil « der Inhalt dieser Rechte, die Persönlichkeit » — m. a. W. also der « Wille », wie PUCHTA selbst mehrfach erläutert hat — « allen Rechten als ihre Voraussetzung und Möglichkeit voraus[gehe] » (58).

b) *Adolph August Friedrich Rudorff*. — Wo HEGEL noch nicht Fuß gefaßt hatte, mochte diese Verteidigung vielleicht ankommen, weil man hier das Manöver PUCHTAS nicht sogleich durchschaute (59).

(55) G. F. PUCHTA, *Rheinisches Museum* (FN 46), 297.

(56) G. F. PUCHTA, *Rheinisches Museum* (FN 46), 307.

(57) Eine *historische* Entwicklung von der ersten bis zur fünften Klasse von Rechten hatte PUCHTA bis dahin weder bewiesen noch auch nur behauptet. Er spielt daher nur auf die äußere Reihenfolge an, in der er diese Klassen zuvor aufgezählt hat.

(58) G. F. PUCHTA, *Rheinisches Museum* (FN 46), 308.

(59) Unmißverständlich jedoch der Rezensent in der Leipziger Literatur-Zeitung 1832, 2245: Wenn PUCHTA sich zum Beweis der Rechtsnatur des Besitzes « auf SAVIGNYS Äußerung, der Besitz sei ebensowohl Faktum als Recht, im Ernste beruf[e], so ha[be] er seinen Lehrer hierhin wohl mißverstanden ... ».

In Berlin selbst aber war SAVIGNY damit im Grunde unmöglich gemacht. Man kann sich leicht vorstellen, daß die Berliner HEGELIANER in schallendes Gelächter ausbrachen, als SAVIGNY auf diese Weise zurechtgerückt wurde. Es dauerte daher nicht lange, bis RUDORFF, ein enger Schüler SAVIGNYS und Professor an der Berliner Universität ⁽⁶⁰⁾, mit einem Aufsatz « über den Rechtsgrund der possessorischen Interdicte » ⁽⁶¹⁾ einen neuen Anlauf unternahm. Ruhig und gelassen im Ton schlug RUDORFF auch in der Sache genau den entgegengesetzten Weg ein. Hatte PUCHTA alles daran gesetzt, um zu beweisen, daß auch SAVIGNY den Besitz für ein Recht erklärt habe, so begann RUDORFF seine Ausführungen ganz nüchtern mit der Feststellung, daß die meisten Schriftsteller, die den Besitz als « jus in re » aufgefaßt hätten, dabei « den Beweis des Satzes, daß der Besitz überhaupt ein Recht sei, gänzlich » übergangen hätten. Es lasse sich aber zeigen, « daß der klassifizierte Gegenstand überall kein Recht, sondern ein zufällig mit jenen Folgen des « jus in re » ausgestattetes Faktum » sei ⁽⁶²⁾. Die Einwendungen von GANS sind rasch ausgeräumt. Indem RUDORFF die von GANS benutzte Redeweise vom « anfangenden Eigentum » nach dem Vorbild PUCHTAS in einem unmittelbar juristischen Sinn auffaßt ⁽⁶³⁾, kann er GANS leicht entgegenhalten, dieser habe den Besitz als « etwas » bestimmt, welches erst « auf dem Weg sei, Eigentum zu werden ». Da der Besitz demnach noch kein Eigentum sei, « ein anderes Recht als Eigentum, welches der Besitz etwa sein könnte », aber « nirgends angegeben » werde, so könne « nach der eigenen Entwicklung des Verfassers der Besitz » - nicht etwa « nichts » wie bei PUCHTA ⁽⁶⁴⁾, sondern

⁽⁶⁰⁾ RUDORFF war seit 1829 in Berlin zunächst Extraordinarius und wurde dort 1833 zum ordentlichen Professor ernannt.

⁽⁶¹⁾ A. A. F. RUDORFF, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 7 (1830), 90 ff.

⁽⁶²⁾ A. A. F. RUDORFF (FN 61), 94 f.

⁽⁶³⁾ Daß auch RUDORFF es besser wußte, zeigt er S. 97 FN 2, wo er GANS zum Vorwurf macht, daß dieser « den Ausdruck *Eigentum* für jedes Verhältnis zur Sache gebraucht, bald für das rechtliche (dominium), bald für bloße Detention, so z.B. wenn er vom Besitz sagt: er sei Eigentum nach der Seite des besondern Willens, wo doch nur Innehaben mit dem animus possidendi gemeint » sei.

⁽⁶⁴⁾ Vgl. dazu oben bei FN 50.

« nur ein Nichtrecht (Faktum) sein »⁽⁶⁵⁾. Und genau so, nämlich als « ein bloß faktisches, rechtlich gleichgültiges Verhältnis ..., mit dessen Verletzung nur rechtliche Folgen verbunden » seien, habe bereits SAVIGNY den Besitz aufgefaßt⁽⁶⁶⁾. Auf ähnlich großzügige Weise wird dann auch PUCHTA gleichgeschaltet: Als Begründung für die Rechtsnatur des Besitzes habe PUCHTA neben einem mißverstandenen Zitat SAVIGNYS nur angeführt, « daß der (besondere) Wille schon an sich auf eine gewisse Anerkennung Anspruch habe ..., welcher Grund schon oben bei Gelegenheit der Ansicht von GANS gewürdigt worden » sei. Wenn man es recht verstehe, lasse sich daher auch hier wieder « dartun, daß nach PUCHTAS eigener Darstellung der Besitz kein Recht ist und sein kann »; jedenfalls könne die Einordnung des Besitzes bei den Rechten an der eigenen Person « nur den Wert einer gewandten Darstellung und einer scharfzüngigen Widerlegung anderer Klassifikationen des Besitzes haben »⁽⁶⁷⁾.

Die Frage nach dem Rechtsgrund der Interdicte stellt sich damit für RUDORFF wieder in voller Schärfe. Denn wenn der Besitz ein bloßes *Faktum* war, welche *Rechtsverletzung* sollte dann den Interdicten noch zugrunde liegen? SAVIGNYS Haltung war hier zwiespältig gewesen: Einerseits hatte er an der Vorstellung einer *Rechtsverletzung* festzuhalten versucht; auf der anderen Seite aber hatte er das Gewicht gerade auf die *Abwehr der « Gewalttätigkeit »* gelegt⁽⁶⁸⁾. Seine Schüler konnten daher unter Berufung auf denselben Text verschiedene Wege einschlagen. Während PUCHTA in traurem Verein mit GANS den Grund der Interdicte in der Verletzung eines *privaten subjektiven Rechts* gesucht hatte, wick RUDORFF in *öffentlich-rechtliche* Überlegungen aus. Das Verbot der Besitzstörung beruht, wie RUDORFF meint, auf denselben Erwägungen wie das allgemeine Verbot der Selbsthilfe; gesetzgeberischer Grund sei in beiden Fällen die Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung in der bürgerlichen Gesellschaft, also « die Existenz des ganzen Rechtszustandes oder Friedens

⁽⁶⁵⁾ A. A. F. RUDORFF (FN 61), 98 f.

⁽⁶⁶⁾ A. A. F. RUDORFF (FN 61), 103 f.

⁽⁶⁷⁾ A. A. F. RUDORFF (FN 61), 102 f.

⁽⁶⁸⁾ Vgl. oben bei FN 17 f.

überhaupt ». Nun ist freilich die Störung des öffentlichen Friedens *eine* Sache, die Verfolgung privater Interessen mit Hilfe von Interdicten aber eine ganz *andere*. Ob man sich wie RUDORFF hier mit der Erwägung beruhigen darf, daß die Interdicte nur dazu da seien, das öffentliche Unrecht auch in seinen privaten Folgen zu vernichten, mag zweifelhaft sein. Für RUDORFF aber ist das Ergebnis in der Tat dies, « daß alle unrechtmäßigen Besitzer durch die ihnen angetane Gewalt auf einmal wirkliche Rechte, nämlich possessorische Klagrechte *hinzu erwerben* ». Über die darin liegende Inkonsequenz — also genau die, die GANS zu seiner Kritik veranlaßt hatte — dürfe man sich « nicht wundern »; sie sei « allerdings ein eigentümlicher Nachteil des friedlichen Zustandes, aber ein Nachteil sehr untergeordneter Art » ⁽⁶⁹⁾.

4. Die weitere Auseinandersetzung bis zur 6. Auflage des « Besitzrechts ».

Dies alles ließ wiederum den logisch ungleich schärfer denkenden PUCHTA nicht ruhen. Er griff erneut zur Feder und verfaßte einen Artikel « über die Existenz des Besitzrechts » (1832) ⁽⁷⁰⁾, worin er versuchte, dreierlei zu zeigen: 1) daß der Besitz wirklich ein Recht sei und kein bloßes Faktum, 2) daß SAVIGNY damit übereinstimme und 3) schließlich, daß auch RUDORFF den Besitz unvermerkt als ein Recht aufgefaßt habe, wenn auch nicht als privates, sondern als öffentliches Recht. Beim Beweis des ersten, wo PUCHTA wieder auf den « Wille[n] eines Rechtsfähigen » als den « tiefere[n] Grund » der Rechtsnatur des Besitzes zu sprechen kam, konnte er sich nicht enthalten, sich gegenüber den Einwendungen seines jetzigen « Gegners » auf - GANS zu berufen: « Ähnlich » bereits habe « sich Prof. GANS ausgedrückt, den RUDORFF ... widerlegend anführ[e] » ⁽⁷¹⁾. Den Zeitgenossen blieb dieser Lapsus freilich verborgen, denn PUCHTA ließ sich durch SAVIGNY davon abhalten, die Arbeit zum Druck zu geben ⁽⁷²⁾.

⁽⁶⁹⁾ Vgl. im einzelnen A. A. F. RUDORFF (FN 61), 107 ff.

⁽⁷⁰⁾ G. F. PUCHTA, *Kleine civilistische Schriften* (FN 46), 259 ff.

⁽⁷¹⁾ G. F. PUCHTA (FN 70), 265 FN a.

⁽⁷²⁾ Vgl. G. F. PUCHTA an F. C. v. SAVIGNY am 21.6.1833 (Poststempel), Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/44.

Sie kam erst aus seinem Nachlaß zum Vorschein und wurde erstmals veröffentlicht in einer Auswahl seiner Schriften, die pikanterweise von RUDORFF (73) besorgt wurde.

Andere hielten mit ihren Ansichten weniger zurück und trugen dadurch mit dazu bei, daß der Streit nicht in Vergessenheit geriet. Als GANS später Bilanz zog (74), verbuchte er v. THADEN (75) und v. MEYSENBUG (76) für seine Position und ordnete HUSCHKE (77) und den jüngeren HASSE (78) der Gegenauffassung zu. Er hätte noch andere Autoren anführen können (79), im wesentlichen aber blieb der Streit zunächst eine Berliner Angelegenheit (80). Ange-

(73) Vgl. jedoch auch RUDORFFS spätere Bemerkungen in der von ihm ebenfalls herausgegebenen 7. Auflage von SAVIGNYS *Besitzrecht*, Wien 1865, 575.

(74) E. GANS, *Über die Grundlage des Besitzes. Eine Duplik*, Berlin 1839, 33 ff (wieder abgedruckt in: Eduard GANS, *Philosophische Schriften*, hrsg. v. H. SCHRÖDER, Glashütten i.T., 1971, 335 ff).

(75) F. v. THADEN, *Allgemeine Untersuchungen über den Begriff des römischen Interdictenbesitzes und dessen Klassifikation im Rechtssysteme*, Hamburg 1833, 4 f, 13 f, 27 f und öfter.

(76) E. v. MEYSENBUG (FN 18), 75 f, 89, 93 f, 98 ff und öfter.

(77) P. E. HUSCHKE, *Über die Stelle des Varro von den Liciniern*, Heidelberg 1835, 99 ff, 109 f.

(78) Gustav HASSE, *Rheinisches Museum für Jurisprudenz*, Bd. 6, Göttingen 1833, 183-195.

(79) Ähnlich wie RUDORFF etwa RAUH, *Versuch einer Geschichte der Lehre vom Besitz*, Landau 1834, 46; T. A. L. SCHMIDT, *Über das possessorisches Klagerecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repräsentanten*, Gießen 1838, 8 ff. Beiläufig i. S. SAVIGNYS C. F. F. SINTENIS, AcP 18 (1835), 266 (275); I. N. v. WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des Gemeinen Civilrechtes*, 5. Aufl., Bd. 1, München 1837, 244 ff; C. F. KOCH, *Die Lehre vom Besitz nach Preussischem Rechte*, 2. Aufl., Breslau 1839, 16 f. STAHL, der für die historische Rechtsschule bald eine ähnliche Funktion wahrnehmen sollte wie GANS für die Hegelianer, faßte den Besitz nicht als Recht auf, stellte ihn aber gleichwohl an die Spitze des Sachenrechts, vgl. F. J. STAHL, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 2. Bd., 1. Abt., Heidelberg 1833, 157 ff. (Namentliche Polemik gegen GANS findet sich erst in den späteren Auflagen). Für die Rechtsnatur des Besitzes dagegen F. W. v. TIGERSTRÖM, *Die bonae fidei possessio oder das Recht des Besitzes*, Berlin 1836, 149 f Anm.

(80) Nicht ohne Interesse ist in diesem Zusammenhang aber doch die Klage des alten THIBAUT, daß «selbst die am häufigsten besprochene Besitzlehre ... täglich mehr in das Schwanken» komme, AcP 21 (1838), 391 (401). GANS hatte THIBAUT 1837 (möglicherweise auch noch einmal 1838) auf der Durchreise besucht

sichts der unterschiedlichen Stellungnahmen PUCHTAS und RUDORFFS war der Standpunkt SAVIGNYS zu zweifelhaft, als daß es sich empfohlen hätte, mit entschiedenen Worten Partei zu ergreifen. Man wartete daher allgemein auf ein klärendes Wort SAVIGNYS.

5. Savigny greift ein.

Wie man weiß, wurde die von den Berliner Gegnern HEGELS verfolgte Politik, HEGEL möglichst totzuschweigen, z.T. sehr mißfällig beurteilt⁽⁸¹⁾. Nachdem es GANS einmal geschafft hatte, zu einem der beliebtesten Lehrer an der Berliner Universität zu werden, dachte man über das von SAVIGNY ihm gegenüber eingeschlagene Verfahren, die Auseinandersetzung mit ihm seinen Schülern zu überlassen und sich selbst herauszuhalten, im Ergebnis nicht viel anders. Je länger die Sache sich hinzog, desto mehr geriet SAVIGNYS Schweigen in Gefahr, als Schwäche oder Überheblichkeit aufgefaßt zu werden. Als daher 1837 die 6. Auflage des Besitzrechts herauskam, ließ sich eine Stellungnahme zu den

und dabei zweifellos über den Stand seiner eigenen Auseinandersetzung mit SAVIGNY informiert. THIBAUT dachte bei seiner Bemerkung daher vielleicht nicht nur an die lange zurückgehaltenen Einwendungen, die er selbst in AcP 18 (1835), 315 ff gegen SAVIGNYS Besitzrecht geltend gemacht hatte. Die dort näher ausgeführte Auffassung THIBAUTS war übrigens Jahre zuvor schon durch GANS «stückweise ... zu Tage gekommen» (so F. C. v. SAVIGNY in der 6. Aufl. des Besitzrechts, S. 172). In seinen «Scholien zum Gajus», Berlin 1821, 266 f, hatte GANS nämlich unter Berufung auf mündliche Mitteilungen seines «verehrten Lehrer[s] THIBAUT» einige Andeutungen davon gemacht. In dem Streit, ob der Besitz ein Recht oder ein Faktum sei, befand sich THIBAUT allerdings nicht auf der Seite von GANS. Er sah den Besitz vielmehr als «Faktum» an und handelte ihn im «Allgemeinen Teil» ab, vgl. A. F. J. THIBAUT, *Sustem des Pandekten-Rechts*, Bd. 1, 8. Aufl., Stuttgart 1834, 160 ff. Rechtsphilosophie in der Art, wie GANS sie betrieb, blieb THIBAUT auch sonst zeitlebens fremd.

(81) So ist z.B. selbst von W. v. GERLACH die Äußerung überliefert (August 1828), «daß die simple Amtspflicht NEANDER, HENGSTENBERG und LANCIZOLLE bewegen müsse, von der HEGELSchen Philosophie Notiz zu nehmen», vgl. Aufzeichnungen aus L. v. GERLACHS *Leben und Wirken*, Bd. 1, Schwerin 1903, 171 (zitiert nach: *Zeitschrift für Religions- und Geistesgeschichte*, Bd. 14, Köln 1962, 281).

Einwürfen von GANS nicht länger vermeiden. So durfte es dieser denn endlich erleben, « daß Jupiter selbst » wie LANDSBERG ⁽⁸²⁾ ironisch formulierte, « aus der Wolke, in die er sich bisher gegen GANS und dessen Angriffe gehüllt hatte, hervortrat ».

Wer freilich erwartet hatte, daß SAVIGNY für klare Verhältnisse sorgen würde, sah sich getäuscht. Was SAVIGNY zur Sache bot war weder Fisch noch Fleisch. Es blieb dabei, daß der Besitz « Faktum und Recht zugleich » sein sollte ⁽⁸³⁾, und diese Feststellung stand friedlich neben der andern, daß der Besitz « in Wahrheit kein Recht » ⁽⁸⁴⁾ oder « ein Nichtrecht ..., ein rechtlich Indifferentes » sei ⁽⁸⁵⁾. Das alles wurde so vorgetragen, als ob es gar nicht anders sein könne; offen blieb nur, wie es denn nun eigentlich war.

Ein Meisterstück in der Kunst, Widersprüche nicht zu lösen, sondern unsichtbar zu machen, ist die Behandlung von PUCHTA und RUDORFF, die hier ganz unterschiedliche Standpunkte eingenommen hatten. RUDORFF, der unversehens in publizistischen Überlegungen gelandet war, wird mit aller Behutsamkeit in den Kreis des Privatrechts zurückgeführt: Richtig sei zwar, daß jede Gewalttätigkeit neben einer privatrechtlichen auch noch eine publizistische « Seite » habe; bei der Frage, welcher dieser « Zwecke » bei den possessorischen Interdicten der vorherrschende sei, sei jedoch die privatrechtliche « Rücksicht » als das Entscheidende anzusehen ⁽⁸⁶⁾. Kein Wort davon, daß bei der Besitzstörung ein subjektives privates *Recht* verletzt werde, was RUDORFF entschieden geleugnet hatte! Zumindest sinngemäß wird eine solche Rechtsverletzung dagegen bei der Darstellung PUCHTAS eingeräumt. Zu dessen Versuch, den Besitzschutz auf das « *Recht* an der eigenen Person » zurückzuführen, meint SAVIGNY wohlwollend, er könne « die hier gegebene Erklärung ... nicht als wesentlich verschieden von der [s]einigen anerkennen », auch er « erkläre jenen Schutz aus der Unverletzlichkeit der Person und aus der Verbindung, in welche die Person mit einer Sache durch de-

⁽⁸²⁾ R. STINTZING - E. LANDSBERG (FN 12), 367.

⁽⁸³⁾ F. C. v. SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, 6. Aufl., Gießen 1837, 30.

⁽⁸⁴⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 83), 43; ähnlich 45.

⁽⁸⁵⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 83), 40.

⁽⁸⁶⁾ Vgl. F. C. v. SAVIGNY (FN 83), 49 f.

ren natürliche Unterwerfung getreten » sei ⁽⁸⁷⁾. Man muß schon sehr aufpassen, um sich durch diese alles in ihren Bann ziehende Sprache nicht den Blick dafür trüben zu lassen, daß PUCHTA den Besitz mit aller Bestimmtheit für ein *Recht* erklärt hatte, während er von SAVIGNY wenige Seiten zuvor noch gerade als *Nichtrecht* ⁽⁸⁸⁾ bezeichnet worden war ⁽⁸⁹⁾.

Weniger gut als PUCHTA und RUDORFF ergeht es erwartungsgemäß GANS. Dieser hatte sich der Schule offen entgegengestellt und durfte daher nicht auf dieselbe Nachsicht rechnen wie die ergebenen Jünger SAVIGNYS. Schon daß SAVIGNY seine alte Hilfs-erwägung, der Grund des Besitzschutzes liege in der « Vermutung des Eigentums », die der Besitz *im allgemeinen* begründe, nunmehr ausdrücklich aufgibt, ohne den Anlaß für diese Änderung — die Kritik von GANS — auch nur mit einem Wort zu erwähnen ⁽⁹⁰⁾, läßt nichts Gutes ahnen. Deutlicher als an die Argumente von GANS erinnert sich SAVIGNY dann auch des Verfahrens, wie bereits PUCHTA und RUDORFF GANS « widerlegt » hatten. Nach bewährtem Muster faßt auch er die HEGELSche Redeweise vom « anfangenden Eigentum » unmittelbar in einem juristisch-technischen Sinn auf und gewinnt dadurch gegenüber GANS das Argument, daß die Interdicte « auch den Besitz ohne Titel » schützen, der « gewiß nicht anfangendes Eigentum » sei. « In der Tat also », heißt es daher, habe GANS mit seiner Erklärung « hier gar nichts erklärt ». Damit ist der gesuchte Grund auch schon gefunden, der es gestattet, GANS von PUCHTA abzusetzen und als zu leicht befunden fallenzulassen. Wer sich für « ausführlichere Bemerkungen über diesen neuen Versuch » interessiert, wird auf die Arbeiten von PUCHTA und RUDORFF verwiesen ⁽⁹¹⁾, die dabei scheinbar als Verfechter einer gemeinsamen Gegenposition erscheinen ⁽⁹²⁾.

⁽⁸⁷⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 83), 48.

⁽⁸⁸⁾ F. C. v. SAVIGNY (FN 83), 40.

⁽⁸⁹⁾ PUCHTA selbst ließ sich dadurch nicht irritieren und vertrat seinen in sich konsequenten Standpunkt in der Folge auch gegenüber SAVIGNY, vgl. seine Rezension der 6. Auflage des Besitzrechts in: *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, 1. Jg., Leipzig 1837, 669 (681 ff).

⁽⁹⁰⁾ Vgl. F. C. v. SAVIGNY (FN 83), 42 FN 1.

⁽⁹¹⁾ Vgl. F. C. v. SAVIGNY (FN 83), 47 f.

⁽⁹²⁾ Man muß schon einmal gelesen haben, wie scharf sich PUCHTA in seinen

6. Gans' « Duplik » gegen Savigny.

Noch bevor ein Wort der Kritik laut werden konnte, traten schon die Freunde und Anhänger SAVIGNYS auf den Plan und bereiteten der neuen Auflage den Weg zum Publikum ⁽⁹³⁾. GANS reagierte nicht sofort. Gedrückt « von den sich kreuzendsten Arbeiten » ⁽⁹⁴⁾ und wegen seiner freisinnigen politischen Haltung in immer neue Aufregungen verwickelt, ging es ihm in dieser Zeit bereits zunehmend schlechter. Der Raubbau, den er seit Jahren mit seiner Gesundheit getrieben hatte, begann seine Folgen zu zeigen. Anfang 1837 war er « von einer gefährlichen Krankheit befallen », die ihn « wenigstens einen ganzen Tag lang in Todesgefahr schweben ließ » ⁽⁹⁵⁾. Im Jahr darauf traf ihn ein erster Schlaganfall ⁽⁹⁶⁾. Badereisen wurden erforderlich, Diätkuren schlossen sich an. Dann aber raffte er sich noch einmal auf und holte zum Schlag aus wie in alten Tagen, wo man in Berlin außer seiner scharfen Zunge nichts mehr gefürchtet hatte als seine scharfe Feder. Seine « Duplik », wie er sie nannte, « über die die Grundlage des Besitzes » ⁽⁹⁷⁾, die er gegen SAVIGNY förmlich « schleuderte » ⁽⁹⁸⁾,

Briefen an SAVIGNY über die Schrift RUDORFFS ausgelassen hat, um das alles recht würdigen zu können. In PUCHTAS Brief vom 2.1.1837 (Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/50) heißt es etwa abschließend, RUDORFF sei « entschieden im Irrtum » und habe sich « wohl überhaupt hier auf ein Feld begeben ..., das nicht das seinige ist »; ja, er habe « nicht einmal die Frage, die er zu beantworten sich vorgenommen, gehörig eingesehen ».

⁽⁹³⁾ M. A. BETHMANN-HOLLWEG, *Jahrbücher für wissenschaftliche Kritik*, Berlin 1838, Bd. I, 265 ff.; G. HUGO, *Göttingische gelehrte Anzeigen* 1837, 1323 ff.; G. F. PUCHTA (FN 89), 669 ff. (Von PUCHTA weiß man, daß er von SAVIGNY selbst zu dieser Anzeige aufgefordert worden war, vgl. PUCHTA an SAVIGNY am 11.6.1840, Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/75.)

⁽⁹⁴⁾ E. GANS an K. J. A. MITTERMAIER am 10.2.1837, Universitätsbibliothek Heidelberg, Heid. Hs. 2746.

⁽⁹⁵⁾ E. GANS an K. J. A. MITTERMAIER (FN 94).

⁽⁹⁶⁾ Vgl. H. DÖRING, *Allgemeine Encyclopädie der Wissenschaften und Künste*, I. Section, 53. Teil, Leipzig 1851, 368/369.

⁽⁹⁷⁾ Vgl. oben FN 74.

⁽⁹⁸⁾ Dieses Ausdrucks bediente sich GANS in einem kurzen Schreiben an ERDMANN am 14.1.1839, Universitäts- und Landesbibliothek Sachsen-Anhalt, Halle/S., Sign. ERDMANN I, 83.

wurde für Gegner wie Anhänger zum Signal für eine juristische Materialschlacht von heute kaum noch vorstellbarer Intensität und Schärfe.

Man hat verschiedentlich bemerkt, daß zu diesem Zeitpunkt alle wesentlichen Argumente bereits gewechselt waren und daß das folgende Bombardement in der Besitzrechtsfrage kaum Neues brachte ⁽⁹⁹⁾. Das ist sicher richtig. Gleichwohl laufen alle Fäden, sachliche wie persönliche, in dieser Schrift wie in einem Brennspiegel zusammen. Sie war es auch, die den ganzen Streit, der bisher im wesentlichen nur in Fachzeitschriften und im Hörsaal ausgetragen worden war, schlagartig in die Öffentlichkeit und die Tagespresse brachte. Man kann die Heftigkeit, mit der GANS über SAVIGNY und dessen Anhänger herfiel, nur von seiner Biographie her recht verstehen. GANS war über die Behandlung, die ihm von dieser Seite aus seit 1820 in allen Stücken zuteil geworden war, maßlos verbittert ⁽¹⁰⁰⁾ und hatte im Laufe der Zeit jede Hoffnung auf eine Beilegung des Konflikts aufgegeben. « Will man mit diesen Herren Krieg », schrieb er kurz vor seinem Tod an KÖSTLIN, « und ich spreche aus der Erfahrung vieler Jahre, so muß man ihn ganz machen ... » ⁽¹⁰¹⁾. Und er machte ihn ganz.

Es gibt wohl keine andere Schrift, in der die sprachlichen Verwandlungskünste SAVIGNYS so schonungslos zur Darstellung gebracht wurden wie hier. GANS kostete es geradezu aus, der « absichtlich verschleierte Darstellung » SAVIGNYS « auf dem Fuße » zu folgen ⁽¹⁰²⁾. Wie mit dem Seziermesser wird SAVIGNYS Kunstgriff herausgeschält, « Hypothetisches oder erst zu Beweisendes durch die leise Setzung eines Wortes als Bewiesenes zu introduzieren » ⁽¹⁰³⁾, so daß z.B. « der *veränderte Zustand*, der kein *verletztes Recht* im Vordersatz sein sollte, ... im Nachsatz sogleich zu einem *Unrecht* gegen die Person an[wächst], welches durch

⁽⁹⁹⁾ Vgl. R. STINTZING - E. LANDSBERG (FN 12), 367 f.

⁽¹⁰⁰⁾ Vgl. etwa E. GANS an M. KIND Anfang 1835, abgedruckt in: Hallische Jahrbücher 1840, 902 f.

⁽¹⁰¹⁾ E. GANS an R. KÖSTLIN am 3.4.1839, Schiller-Nationalmuseum, Marbach a. N.

⁽¹⁰²⁾ E. GANS (FN 74), 21.

⁽¹⁰³⁾ E. GANS (FN 74), 22.

die Herstellung dieses faktischen Zustandes wieder gut gemacht werden soll » (104). Kleinlich fast geht GANS SAVIGNYS scheinbaren Folgerungen nach, « den 'also's, 'in der Tat' » usw. (105), denen ein Grund, aus dem gefolgert werden könnte, gerade nicht vorausgeht. Und unnachsichtig wendet er ein, « daß solche Hilfsmittel eigentlich nur gebraucht worden sind, um gar nicht zu antworten » (106). All die kleinen Widersprüche, die SAVIGNY mit unerreichter Sprachbeherrschung geschickt geglättet hatte, erscheinen auf diese Weise wie durch ein Mikroskop ins Gigantische vergrößert.

In einem ungleich schärferen Ton wird PUCHTA abgefertigt. Jahre zuvor schon hatte PUCHTA im Hinblick auf einige Blößen, die sich KLENZE gegenüber GANS gegeben hatte, einmal den Alptraum an die Wand gemalt, man müsse es wohl gar noch einmal erleben, sich « von GANS belehren zu lassen und seinen Triumphgesang anhören zu müssen, ohne den Trost, daß er Unrecht hat » (107). Nun mußte er sich vor Augen führen lassen, daß er selbst es war, der sich eine solche Blöße gegeben hatte. Was den Ton angeht, brauchte sich GANS gegenüber PUCHTA keine Zurückhaltung aufzuerlegen. PUCHTA war nicht nur in der Besitzrechtsfrage als ein Gegner aufgetreten, der kein Blatt vor den Mund nahm, sondern hatte GANS auch sonst (108) mit zunehmender Gehässigkeit sehr unschön mitgespielt. Genauso, wie zunächst

(104) E. GANS (FN 74), 25 (Anspielung auf S. 41 der 6. Aufl. des « Besitzrechts »).

(105) E. GANS (FN 74), 6; siehe auch S. 32.

(106) E. GANS (FN 74), 6.

(107) G. F. PUCHTA an F. C. v. SAVIGNY am 24.3.1829, Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/31.

(108) Vgl. *Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur*, Bd. 1, Erlangen 1826, 1-43 (Besprechung der ersten beiden Bände von GANS' *Erbrecht*); *Rheinisches Museum für Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und griechische Philosophie*, 1. Jg., Bonn 1827, 327-336 (Besprechung von GANS' Rezension über SAVIGNYS *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*); *Jahrbücher der gesamten deutschen juristischen Literatur*, Bd. 25, Neustadt a.d. Orla 1835, 186-192 (Besprechung von GANS' *Vermischten Schriften*).

Aus PUCHTAS Brief an SAVIGNY vom 13.2.1839 (Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/60) läßt sich zusätzlich ersehen, daß PUCHTA insgeheim auch spitze Epigramme gegen GANS verfaßte.

er mit GANS umgesprungen war, sprang daher nun dieser mit ihm um ⁽¹⁰⁹⁾. Hatte zunächst er versucht, dem erklärten HEGELIANER GANS «in der Sprache derjenigen Philosophie..., welche unser Mann bekennt», öffentlich zu belehren, so ließ es sich nunmehr GANS nicht nehmen, PUCHTA aus dem Anfang von HEGELS «Logik» («Werden» als Übergang des «Seins» zum «Nichts») ironisch vorzudemonstrieren, daß PUCHTAS FOLGERUNG, «anfangendes Eigentum» sei «nichts», in der Sprache dieses Systems ein Sinn zukam, von dem sich PUCHTA schwerlich etwas hatte träumen lassen. Empfindlicher dürfte es den HEGELVERFOLGER PUCHTA getroffen haben, von GANS vor aller Welt an den Ursprung seiner philosophischen Ambitionen erinnert zu werden. Und GANS spielte seinen Trumpf voll aus: «Sie haben nämlich einmal in Ihrer Jugend auf den Schulbänken zu Nürnberg gesessen, als dort HEGEL Rektor war; Sie haben wahrscheinlich bei ihm die Anfangsgründe der Metaphysik und Logik gehört, und wenn ich nicht irre, hat er mir sogar einmal davon gesprochen» ⁽¹¹⁰⁾. Das war ein Volltreffer. Für jeden, der PUCHTA nicht näher kannte, mußte diese Enthüllung so umwerfend sein, daß GANS sich den angehängten Ratschlag, PUCHTA solle besser «auf gut PUCHTAISCH» reden, anstatt «Ansprüche auf Philosophie» zu machen ⁽¹¹¹⁾, leicht hätte sparen können.

Im Gegensatz dazu sind die *sachlichen* Differenzen zu PUCHTA erstaunlich gering. Wie von seinem Ausgangspunkt her nicht anders zu erwarten, erklärt sich GANS vielmehr ohne weiteres «damit einverstanden», daß das Besitzrecht «ein Recht an der eigenen Person» sei. Er macht lediglich die für PUCHTA «etwas beschränkende Bedingung», daß danach in demselben Sinn «alle Rechte überhaupt Rechte an der eigenen Person» seien «und daß der Besitz sich somit von den übrigen Rechten gar nicht

⁽¹⁰⁹⁾ Daß GANS' Schärfe nicht grundlos war, zeigt vielleicht am besten folgende Bemerkung PUCHTAS: «... wenn ich daran denke, was ich an seiner Stelle gegen mich hätte sagen wollen, fühle ich eine Art Wohlwollen gegen ihn...». So G. F. PUCHTA an F. C. v. SAVIGNY am 13.2.1839, Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/60.

⁽¹¹⁰⁾ E. GANS (FN 74), 35.

⁽¹¹¹⁾ E. GANS (FN 74), 37.

unterscheide ... » ⁽¹¹²⁾. GANS moniert also im Grunde nur, daß PUCHTA den Besitz bloß nach der *subjektiven* Seite hin bestimmt hatte (« Person » bzw. « Wille »), nicht aber auch nach der *objektiven* Seite hin (« anfangendes Eigentum »), obwohl gerade diese für die systematische Einordnung von entscheidender Bedeutung sein mußte ⁽¹¹³⁾. Nach Lage der Dinge durfte GANS davon ausgehen, an PUCHTAS Mißgriff aus dem Jahr 1829 damit deutlich genug erinnert zu haben.

7. Höhepunkt und Ausklang.

Ähnlich wie auf jeden Blitz eine Art Schrecksekunde folgt, scheint auch die « Duplik » zunächst eine gewisse Verblüffung hervorgerufen zu haben. GANS befürchtete schon, man werde sich an das beliebte Mittel des Totschweigens halten ⁽¹¹⁴⁾, und rüstete sich zu weiteren Angriffen ⁽¹¹⁵⁾. Da brach der Sturm los. Der eingangs erwähnte Student SCHAAF ⁽¹¹⁶⁾ trat auf und wurde postwendend von HUSCHKE ⁽¹¹⁷⁾ abgefertigt. RUDORFF ⁽¹¹⁸⁾ legte GANS eine Reihe von Fragen vor und mußte es umgekehrt erleben, daß sie von dem Studenten KOEPPE, einem begabten Schüler

⁽¹¹²⁾ E. GANS (FN 74), 37 f.

⁽¹¹³⁾ Am Rande mag hier auch erwähnt werden, daß GANS PUCHTAS Einteilung aller Rechte in fünf Klassen strikt ablehnte. Darin traf er sich mit SAVIGNY, der in seinem « Besitzrecht » (6. Auf., S. 48 f) und mehr noch in seinen Briefen an PUCHTA ebenfalls Vorbehalte gegen diese Einteilung angedeutet hatte. PUCHTA hielt an seinem zum Zweck der Widerlegung von GANS entworfenen System jedoch zeitlebens fest und legte es sowohl seinen « Institutionen » wie auch seinen « Pandekten » zugrunde.

⁽¹¹⁴⁾ Vgl. selbst noch den oben (FN 101) erwähnten Brief an R. KÖSTLIN vom 3.4.1839.

⁽¹¹⁵⁾ GANS trug sich kurz vor seinem Tod mit der Absicht, « die ganze Besitzlehre auf philosophischem Grunde neu [zu] bearbeiten », vgl. Leipziger Allgemeine Zeitung 1839, 470; ähnlich Hallische Jahrbücher 1839, 1053.

⁽¹¹⁶⁾ Vgl. oben FN 7.

⁽¹¹⁷⁾ Vgl. oben FN 8. HUSCHKE zeigte dabei, daß er die Meinung SAVIGNYS doch nicht so ganz teilte, wie GANS (vgl. oben im Text bei FN 77) zunächst geglaubt hatte.

⁽¹¹⁸⁾ A. A. F. RUDORFF, *Literarische Zeitung*, Berlin 1839 (Nr. 3 vom 16. Januar), 54 f.

von GANS, beantwortet wurden ⁽¹¹⁹⁾. DORGUTH ⁽¹²⁰⁾ und v. TIGERSTRÖM ⁽¹²¹⁾ eilten mit z.T. sehr zweifelhaften Ausführungen SAVIGNY zu Hilfe. Andere schlugen sich auf die Seite von GANS, um dessen « Grund-Idee » « auf ihre Weise » populär zu machen ⁽¹²²⁾. PUCHTA, der besonders hart betroffen war, ließ nicht lange auf sich warten. Seine « Rezension » der « Duplik » ⁽¹²³⁾, die zufällig unmittelbar nach dem überraschenden Tod von GANS herauskam, machte den sich anbahnenden Skandal perfekt.

PUCHTAS Argumentation war so tückisch, sein Stil so verletzend, daß die Redaktion des Zeitschrift, in der der Artikel erschien, aus Pietätsgründen einen Vorbehalt für erforderlich hielt ⁽¹²⁴⁾. Ohne sich im geringsten um den ihm von GANS gemach-

⁽¹¹⁹⁾ A. KOEPPE, *Zur Lehre vom Besitz*, Berlin 1839, 79-86.

⁽¹²⁰⁾ F. DORGUTH, *Centralblatt für Preußische Juristen*, Berlin 1839, 274.

⁽¹²¹⁾ F. W. v. TIGERSTRÖM, *AcP* 22 (1839), 31 (42).

⁽¹²²⁾ Anonym, *Centralblatt für Preußische Juristen*, Berlin 1839, 328 ff.

⁽¹²³⁾ G. F. PUCHTA, *Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft*, 3. Jg., Leipzig 1839, 283 ff.

⁽¹²⁴⁾ Auf der Innenseite des Umschlags zum Aprilheft der Kritischen Jahrbücher von 1839 heißt es: « Wir bemerken, daß die Rezension, welche den Anfang dieses Heftes bildet, bereits vor vier Wochen gedruckt worden ist. Am 7. Mai. Die Redaktion » (GANS war am 5. Mai gestorben).

PUCHTA bemerkte hierzu in einem Brief an SAVIGNY vom 7.5.1839 (Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/63): « Der Tod von GANS, den ich soeben erfahre, gibt mir eine eigene Lehre. Gerade wird das Aprilheft der Jahrb[ücher] ausgegeben mit einer Anzeige von seiner Duplik. Nun habe ich mir zwar ... nichts vorzuwerfen ...; aber was um und um ist, setzt ihn als einen Lebenden voraus. Wie gut wäre es, wenn man nicht vergäße, daß man mit Sterblichen zu tun hat. Nun wird besonders die Kälte, die ich seinen Beleidigungen entgegengesetzte, unangenehm berühren ».

Nicht zutreffend dürfte es übrigens sein, wenn J. BOHNERT, *Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny*, Göttingen 1979, 36 FN 88, PUCHTAS Erwiderung auf die Duplik von GANS zu den « beiden Rezensionen » zählt, von denen PUCHTA in dem darüber abgedruckten Text sagt, SAVIGNYS « Lob » davon sei « so süß » gewesen, daß er nicht abgeneigt sei, weitere Rezensionen zu verfassen. Gegen eine solche Vermutung spricht schon, daß das Aprilheft der Kritischen Jahrbücher noch gar nicht ausgeliefert war, als PUCHTA diesen Brief schrieb. Sodann übersieht BOHNERT, daß PUCHTA sein Pamphlet gegen GANS im Gegensatz zu den erwähnten Rezensionen gleich darauf nicht « Rezension », sondern « Anzeige » nennt, und zwar spricht er nicht von « der Anzeige » als einer SAVIGNY bereits bekannten Sache, sondern von « einer Anzeige », die SAVIGNY also inhaltlich *noch nicht* kennt.

ten Vorwurf zu scheren, er habe aus denselben (HEGELSchen) Quellen geschöpft, die er ständig besudle, drehte PUCHTA den Spieß einfach um und machte gegenüber GANS — nicht etwa HEGELS, sondern — *sein* «Eigentum» geltend. Der Anlaß für diese überraschende Wendung erscheint ebenso trivial wie komisch: In seiner «Duplik» hatte GANS der Klarstellung halber vermerkt, daß der von PUCHTA so sehr betonte Begriff der «Person» nichts anderes war als «die erste unmittelbare Gestalt, welche der Wille annimmt»⁽¹²⁵⁾ - ein Satz, an dem nach HEGELS Rechtsphilosophie⁽¹²⁶⁾ ohnehin nicht zu zweifeln war. Da GANS aber die Unvorsichtigkeit beging, auch sonst noch einige Male von der «Person» zu sprechen anstatt vom «besonderen Willen», war PUCHTA ehrlich davon überzeugt, GANS habe *von ihm* abgeschrieben⁽¹²⁷⁾. Im Eifer des Gefechts nahm PUCHTA überhaupt nicht mehr wahr, daß GANS ihm gerade vorgehalten hatte, er habe das Besitzrecht mit der Zurückführung auf die *Person* nur nach der *subjektiven* Seite hin näher bestimmt, von anderen Rechten dagegen, die in diesem Sinn allesamt ebenfalls Ausfluß der Person seien, aber noch gar nicht unterschieden. Er hörte nur «Person», und schon war er mit dem Vorwurf des «Plagiats» und der «Taschenspielerei»⁽¹²⁸⁾ bei der Hand. «Der Umstand», so schloß er seine Ausführungen, «daß der Verfasser [GANS] gerade den Gegner am heftigsten angreift, dessen Ansicht er sich zufällig angeeignet hat, wird in gewissen Kreisen für eine

Daß SAVIGNY PUCHTAS Artikel mit einem «süßen Lob» bedachte, ist aber auch aus anderen Gründen kaum anzunehmen.

⁽¹²⁵⁾ E. GANS (FN 74), 53.

⁽¹²⁶⁾ Vgl. G. W. F. HEGEL (FN 24), §§ 35 f, 41, 44.

⁽¹²⁷⁾ Vgl. G. F. PUCHTA an F. C. v. SAVIGNY am 16.3.1839 (Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/61): «Seit meinem letzten Brief habe ich erst eine nähere Einsicht in die GANS'sche Schrift genommen. Zu meinem Erstaunen habe ich gefunden, ... daß seine jetzige Ansicht in der Hauptsache (von der 'Formulierung' und ähnlichen Kunststücken abgesehen) die meinige ist. Mir war wie dem Geizhals, der den Affen sein Geld zum Fenster hinauswerfen sieht. Dies scheint mir doch eine kleine Verwahrung vor dem Publikum zu fordern. Ich bin sonst nicht sicher, daß nicht dieser Escamoteur nach ein paar Jahren mit der Beschuldigung auftritt, ich hätte, nachdem ich von Anfang als erbittertster Gegner aufgetreten sei, damit geendigt, ihn zu bestehlen».

⁽¹²⁸⁾ G. F. PUCHTA (FN 123), 290.

bewundernswürdige Taktik gelten. So viel scheint gewiß, ein Autor, der für Adoptivkinder so tapfer gestritten hat, wird löwenartig kämpfen, wenn ihm das Glück einmal eigene bescheren sollte » (129).

Das hieß nun freilich, die Dinge auf den Kopf stellen. Wer hier wem vorangegangen war, lag so offen zutage, daß für jeden anderen außer PUCHTA in dieser Frage überhaupt kein Zweifel möglich war (130). Aber PUCHTA übersah noch mehr. Hätte er nämlich seine jetzige Rezension mit seiner ersten Besitztchrift verglichen, so hätte ihm auffallen müssen, daß er sich *damals* (131) über die Redeweise vom « anfangenden Eigentum », mit der GANS das Besitzrecht nach seiner objektiven Seite hin bestimmte, lustig gemacht hatte, während es *nunmehr* auch bei ihm selbst hieß, « daß der Besitz, wenn wir so sagen wollen, auf dem Übergang von der Person zum Eigentum gesucht werden müsse » (132). PUCHTA fiel nicht einmal auf, daß er damit eine Lücke füllte, auf die ihn GANS in seiner « Duplik » noch einmal ausdrücklich aufmerksam gemacht hatte. Das Erstaunlichste war aber doch folgendes: GANS hatte seit 1823 (133) nie einen Hehl daraus gemacht, daß er ein Mann HEGELS war; PUCHTA dagegen versuchte alles auf sein eigenes Konto zu verbuchen. Peinlich für ihn, denn daß auch seine Lehre auf HEGELSchem Boden gewachsen war, war aus HEGELS Rechtsphilosophie (1821) und dessen 1817 erschienener Enzyklopädie (134) leicht zu ersehen. Als im Jahr darauf dann auch noch HEGELS « Propädeutik » posthum veröffentlicht wurde, konnte sich jedermann, der daran gezweifelt hatte, selbst

(129) G. F. PUCHTA (FN 123), 291.

(130) Vgl. etwa C. C. BRUNS (FN 18), 415 und dort FN 3; R. v. IHERING, *Über den Grund des Besitzschutzes*, 2. Aufl., Jena 1869, 28 f.; R. STINTZING - E. LANDSBERG (FN 12), 368, 450 ff.; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3. Aufl., 1. Bd., Düsseldorf 1873, 402 FN 6.

(131) Vgl. im Text bei FN 49 ff.

(132) C. F. PUCHTA (FN 123), 287.

(133) In diesem Jahr erschien der erste (auf 1824 vordatierte) Band seines « Erbrechts in weltgeschichtlicher Entwicklung » mit einer Ergebnheitsadresse am HEGEL (Vorrede XXXIX).

(134) G. W. F. HEGEL, *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften*, Heidelberg 1817, §§ 403 ff.

überzeugen, daß HEGEL entsprechende Ausführungen bereits seinen Schülern auf dem Nürnberger Gymnasium vorgetragen hatte ⁽¹³⁵⁾. PUCHTA hatte sich also nicht bloß « von den Brosamen genährt, die von des Reichen Tische fielen » ⁽¹³⁶⁾; « vermutlich war sein Gedächtnis », wie es Walther SCHÖNFELD einmal spöttisch bemerkte, auch « etwas einseitig » ⁽¹³⁷⁾.

PUCHTAS Rezension versetzte die HEGEL-treuen « GANSianer » in helle Empörung. Persönliche Rücksichten wurden jetzt nicht mehr genommen; wo man die Folgen scheute, schützte man sich durch den Deckmantel der Anonymität. Schon wenige Wochen nach PUCHTAS Artikel trat in den Hallischen Jahrbüchern ⁽¹³⁸⁾ ein Anonymus für GANS in die Schranken und machte sich daran, diesen gegen « Angriffe ..., die nicht mehr eine wissenschaftliche Grundlage ansprechen ..., sondern die ganze sittliche Existenz des Gegners, seine *Ehre* in Zweifel stellen wollen », energisch zu verteidigen. « Wir ziehen hier für den Toten », heißt es da, « dem unser Herz in Pietät und Liebe tief anhänglich ist, das Schwert zur Rechtfertigung und Vergeltung. Nun wahren Sie sich, Herr PUCHTA - denn Sie sind jener Angreifer » ⁽¹³⁹⁾. Und nun wird PUCHTA im einzelnen vorgerechnet, daß er « im Jahr 1829 die von HEGEL 1821 und von GANS 1827 ausgesprochene Ansicht aufgenommen » habe, « nur freilich in *seiner* Weise » und auch so, daß « er sich sein Ich daran vorbehalten » habe ⁽¹⁴⁰⁾.

Es blieb nicht aus, daß auch SAVIGNY von dieser verschärften Gangart einiges zu spüren bekam. Er, der so sehr seine Ruhe liebte, sah sich mit einem Male als Zielscheibe heftiger Angriffe und respektloser Bemerkungen. Was GANS zu Lebzeiten nie so recht gelungen war, nämlich SAVIGNY in den Mittelpunkt des Streits um eine abermalige Umgestaltung der Rechtswissenschaft hineinzuzerren - mit seiner letzten selbständigen Druckschrift

⁽¹³⁵⁾ Vgl. G. W. F. HEGEL, *Philosophische Propädeutik*, I. Kursus (Unterkategorie), I. Abschnitt: Rechtslehre, §§ 4 ff (= GLOCKNER-Ausgabe Bd. 3, 56 ff).

⁽¹³⁶⁾ W. SCHÖNFELD, Festgabe für BINDER, Berlin 1930, I (26).

⁽¹³⁷⁾ W. SCHÖNFELD (FN 136), 27.

⁽¹³⁸⁾ Hallische Jahrbücher 1839, 1641 ff.

⁽¹³⁹⁾ Hallische Jahrbücher 1839, 1645.

⁽¹⁴⁰⁾ Hallische Jahrbücher 1839, 1649; vgl. dort auch 2054.

gelang es ihm. Nun wurde erst offenbar, daß der Besitzrechtsstreit nur die Spitze eines Eisbergs war, der noch in ganz andere Regionen hinabreichte. Die « Besitzlinge » schossen nun so aus dem Boden, daß PUCHTA sinnierte, man werde bald « betrübende Nachrichten in den Zeitungen lesen von Juristen, die sich in Einöden zurückgezogen oder unter die Wilden begeben haben, nur weil sie die Besitzliteratur nicht mehr aushalten konnten »⁽¹⁴¹⁾. Selbst Männer, die sich an sich zur historischen Schule bekannten, fühlten sich nun berechtigt, die Besitztheorie SAVIGNYS für « eine der unrichtigsten » zu erklären, « die je aufgetaucht sind »⁽¹⁴²⁾. Schärfer schlugen die Vertreter des von GANS nachhaltig unterstützten « praktischen Rechts » in die von ihm vorbereitete Bresche. Dabei wurde überraschend deutlich, daß die von GANS angeführte « philosophische Rechtsschule » u.a. ein Sammelbecken für all diejenigen war, die unter dem unverdächtigen Namen der « Philosophie » auf eine Zuwendung zur Gegenwart und Praxis hinarbeiteten. In SAVIGNY seien « die alten Sophisten wieder auferstanden », heißt es etwa in einer anonymen Schrift⁽¹⁴³⁾ im Anschluß an seitenlange Zitate aus GANS und HEGEL⁽¹⁴⁴⁾; SAVIGNY höre und sehe « nur *das*, was ihm in seinen Kram pass[e]; *alles übrige ignorier[e] er auf vornehme Weise* »⁽¹⁴⁵⁾. Die « schönste Frucht seiner und seiner Jünger Bestrebungen », das Besitzrecht, wird ungerührt als « innerlich faul » hingestellt⁽¹⁴⁶⁾. Und dann, unter deutlicher Bezugnahme auf ältere Polemiken von GANS⁽¹⁴⁷⁾, der eigentliche Stein des Anstoßes: SAVIGNY sei einer « der größten Philologen unserer Zeit », aber kein Jurist, seine historische Rechtsschule sei in Wahrheit eine « philologisch-antiquarische

⁽¹⁴¹⁾ G. F. PUCHTA an F. C. v. SAVIGNY am 18.2.1840, Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/70.

⁽¹⁴²⁾ K. PFEIFER, *Was ist und gilt im römischen Rechte der Besitz?*, Tübingen 1840, 3.

⁽¹⁴³⁾ Darstellung der Lehre vom Besitz als Kritik des v. SAVIGNY'schen Buches: « Das Recht des Besitzes. 6., verbesserte Auflage », von einem preußischen Juristen, Berlin 1840 (Nachdruck Frankfurt/M. 1970), 85.

⁽¹⁴⁴⁾ FN 143, 49 ff.

⁽¹⁴⁵⁾ FN 143, 115.

⁽¹⁴⁶⁾ FN 143, 122.

⁽¹⁴⁷⁾ Vgl. E. GANS (FN 27), 142 ff, insbesondere 155-163.

Rechtsschule », ihre Mitglieder verachteten die Philosophie und kümmerten sich wenig um die Praxis. Das juristische Studium könne aber « *nur gedeihen, wenn die Rechtslehrer zugleich Philosophen und Praktiker* » seien ⁽¹⁴⁸⁾. Ein anderer hielt es nun endlich für an der Zeit, « für die Emanzipation des teutschen Rechts, der teutschen Nationalität und der Philosophie des Rechts zu wirken von der Gewalt der romanisierenden Jurisprudenz » ⁽¹⁴⁹⁾. Wieder ein anderer erwähnte den Besitzrechtsstreit nur noch ganz beiläufig (150) und meinte ohne viel Umschweife, « daß der rechte Augenblick gekommen » sei, um « nicht nur die Wurzel » der « in jüngster Zeit so vielfach besprochen[en] und beklagt[en] » « Trennung der juristischen Theorie und Praxis » « aufzudecken, sondern auch zu deren Ausrottung Hand anzulegen » und dadurch zugleich « eine innigere Verbindung zwischen dem vaterländischen Rechte und Volksleben wieder herzustellen » ⁽¹⁵¹⁾. Wiederum unter Übernahme ganzer Passagen aus der « Systemschrift » von GANS ⁽¹⁵²⁾ wird die Wissenschaft aufgefordert, sich endlich auch den Fragen der Gegenwart und dem « vaterländischen Recht » zuzuwenden ⁽¹⁵³⁾. Gegenwärtig seien die deutschen Rechtsfakultäten keine « in das Rechtsleben eingreifenden Anstalten » mehr, sondern « Trümmer der Vergangenheit », ihre « Mitglieder und echten Zöglinge » aber « *Gespenster aus einer vergangenen Zeit* » ⁽¹⁵⁴⁾.

Während die offene Auseinandersetzung sich auf diese Weise von den eigentlichen Besitzrechtsfragen zunehmend entfernte und offenbar Konflikten, die an anderer Stelle schwelten, neue Nah-

⁽¹⁴⁸⁾ FN 143, 122.

⁽¹⁴⁹⁾ L. HÖPFNER, *Die Besitzrechtsmittel und Besitzprocesse des heutigen gemeinen und des königlich sächsischen Rechts*, Leipzig 1841, VII. (Bei HÖPFNER ist besonders deutlich, daß er sich GANS nicht der Philosophie wegen anschloß — davon verstand er rein gar nichts [vgl. S. 10 ff] — sondern allein deshalb, weil ihm die *praktische Tendenz* der GANS'schen Bestrebungen gelegen kam.)

⁽¹⁵⁰⁾ Anonym, *Die juristische Fakultät der Universität zu Berlin, seit der Berufung des Herrn von Savigny bis zur Niederlegung seines akademischen Amtes, und deren erforderliche Umgestaltung*, Berlin 1842, 14.

⁽¹⁵¹⁾ FN 150, 3.

⁽¹⁵²⁾ FN 150, 14-20.

⁽¹⁵³⁾ FN 150, 24.

⁽¹⁵⁴⁾ FN 150, 32.

rung zuführte, entstand gegen SAVIGNYS Besitzrecht aus den Reihen der « HEGELIANER » auch eine Art « stillwirkende » Opposition, die um sich griff, ohne daß man dessen recht gewahr wurde. Sehr geschickt wurden etwa von KIERULFF ⁽¹⁵⁵⁾ HEGELSche Gedanken auch in der Lehre vom Besitz ohne jede Namensnennung wie « Basiliskeneier gewissermaßen heimlich ins feindliche Lager eingeschmuggelt » ⁽¹⁵⁶⁾. Auch dieses Vorgehen blieb nicht ohne Nachahmer. Als BRUNS ⁽¹⁵⁷⁾ im Jahr 1848 auf den « große[n] Streit zwischen GANS und SAVIGNY » zu sprechen kam, « der anfangs die Grenzscheide einer neuen Aera der Wissenschaft bilden sollte », versuchte er ebenfalls erst einmal zu beschwichtigen: « im Fortgange der Geschichte » sei die Sache « mehr und mehr zu einer gewöhnlichen Kontroverse ein[geschmumpft,] eine ausführliche Darstellung derselben entbeh[r]e schon jetzt des Interesses ». Dann aber lehnte er die « Gewalttheorie » des Besitzes wie zufällig mit denselben Argumenten ab, die bereits GANS gegen SAVIGNY angeführt hatte ⁽¹⁵⁸⁾. Und obwohl es über den Besitz heißt, er sei « kein Recht wie Eigentum, Obligation usw., sondern Faktum », bricht sich doch die Erkenntnis Bahn, daß dieses « Faktum des Besitzes ... faktisches Dasein *des Willens* » ist und daß man « allein » in diesem Willen, welcher « vermöge seiner Geistigkeit und Freiheit überhaupt die Grundlage und der Ausgang alles Rechts » sei, auch « den Grund des Besitzschutzes zu suchen » habe ⁽¹⁵⁹⁾.

Auf diese Weise von persönlichen Konflikten « entschärft », verlor die Auseinandersetzung freilich bald an Interesse. Immer seltener und beiläufiger wurde nun an den « großen Streit » erinnert ⁽¹⁶⁰⁾. Der alte Schwung, die Leidenschaft des Erkennens,

⁽¹⁵⁵⁾ J. F. KIERULFF, *Theorie des Gemeinen Civilrechts*, I. Bd., Altona 1839, 347 ff; vgl. auch 344 FN.

⁽¹⁵⁶⁾ So R. STINZING - E. LANDSBERG (FN 12), 596.

⁽¹⁵⁷⁾ C. G. BRUNS (FN 18), 415 f FN 3.

⁽¹⁵⁸⁾ C. G. BRUNS (FN 18), 488 f.

⁽¹⁵⁹⁾ Vgl. C. G. BRUNS (FN 18), 488 f, 491 f.

⁽¹⁶⁰⁾ Vgl. E. J. BEKKER, *Das Recht des Besitzes bei den Römern*, Leipzig 1880, 12 ff, 33 ff; R. v. IHERING (FN 130), 3-45; E. MEISCHNER, *Besitz und Besitzschutz*, Berlin 1876, 8, 29 ff; A. RANDA, *Der Besitz mit Einschluß der Besitzklagen*, 3. Aufl., Leipzig 1879, 36 ff; A. A. F. RUDORFF, im Anhang der 7. Auflage (Wien 1865)

war dahin. Als sich LENZ ⁽¹⁶¹⁾, ein ehemaliger Schüler von GANS, im Jahr 1860 daran machte, die sich ausbreitende Ruhe zu stören und den alten Streit zu erneuern — für LENZ hatte selbst GANS den Besitz noch nicht deutlich genug als « Recht » bestimmt, um jeden Zweifel auszuschalten, wollte er daher nachweisen, daß der Besitz überhaupt « *das einzige Recht auf die Sache* » ist ⁽¹⁶²⁾ —, stieß er nur auf Unverständnis. Allein JHERING gelang es noch einmal, durch seine energischen Angriffe gegen die Animustheorie der Frage nach dem Grund des Besitzschutzes ein breiteres Interesse abzugewinnen. Ansonsten aber war man diese Frage jetzt zunehmend leid. Symptomatisch für diese Haltung erscheint BEKKER. Für BEKKER war der Besitz fraglos ein Recht; ebenso fraglos aber war jedes Recht zugleich eine Tatsache ⁽¹⁶³⁾. Die « bisher beliebte Methode, den Grund des Besitzschutzes zu ergründen », « d.h. von dem 'Grund des Besitzschutzes' mehr Aufhebens zu machen als von dem irgend eines beliebigen anderen Rechtsschutzes », konnte von daher ohne viel Umstände « verworfen werden » ⁽¹⁶⁴⁾. Die entscheidende Frage war für BEKKER bereits eine ganz andere geworden: Grundlage allen Rechts war nicht mehr der freie Wille, die praktische Vernunft, sondern die « Anerkennung der legislatorischen Potenz » ⁽¹⁶⁵⁾. Mit dieser Wendung war der Streit zwischen SAVIGNY und GANS, der einmal als « Grenzscheide einer neuen Aera der Wissenschaft » angesehen worden war, historisch überholt.

III. DER HINTERGRUND: « PHILOSOPHIE » CONTRA « GESCHICHTE ».

Wenn wir uns nunmehr der Frage nach dem *Sinn* dieses so lebhaft geführten Streits zuwenden, so fällt zunächst auf, wie wenig dabei von dogmatischen Einzelheiten die Rede war. Bei

VON SAVIGNYS « Besitzrecht », 543 ff, 575 ff; v. ZIELONACKI, *Der Besitz nach dem Römischen Rechte*, Berlin 1854, I ff, 31 ff; O. v. SCHMIDT (FN 50), 5 ff, 23 ff.

⁽¹⁶¹⁾ G. LENZ (FN 1), 81 ff.

⁽¹⁶²⁾ G. LENZ (FN 1), 84 und 86.

⁽¹⁶³⁾ E. J. BEKKER (FN 160), 16, 34 f, 358 f, 362 ff.

⁽¹⁶⁴⁾ E. J. BEKKER (FN 160), 16.

⁽¹⁶⁵⁾ Vgl. E. J. BEKKER (FN 160), 363.

aller Schärfe stellte namentlich GANS das Besitzrecht SAVIGNYS nur in seinen « allgemeinen Grundlagen » in Frage, nicht aber in irgendwelchen Details. Man sah es « der ihre eigene Vernunft explizierenden Rechts-Idee sehr deutlich an », wie selbst LENZ ⁽¹⁶⁶⁾ nicht unterdrücken konnte zu bemerken, « daß sie erst *nach* dem Erscheinen von SAVIGNYS Monographie ihre Arbeit begonnen » hatte. Wenn man sich jedoch einig war, daß unter bestimmten Voraussetzungen bestimmte Rechtsfolgen eintraten, war es dann nicht gleichgültig, ob man dafür diesen oder jenen tieferen « Grund » anführte? War also der ganze Streit um die « Rechtsnatur » des Besitzes nicht ein Streit um des Kaisers Bart, wie Louis DRUCKER mit seiner Frage angedeutet hatte, ob die Stimme der Achmalia RINDFLEISCH ein Recht oder ein Faktum sei? ⁽¹⁶⁷⁾ Erst mit dieser Frage rühren wir überhaupt an den Kern der ganzen Auseinandersetzung.

I. *Fehldeutungen.*

Die bisherigen Interpretationen des Besitzrechtsstreits führen hier in der Sache kaum weiter. Näher betrachtet, handelt es sich vielmehr durchweg um Fehldeutungen.

a) Das gilt zunächst von dem beliebten Versuch, GANS' Opposition gegen SAVIGNY ausschließlich auf *persönliche* Motive zurückzuführen, auf Rachsucht, Eitelkeit und eine angeblich durch nichts gehemmte Sucht, sich auf welche Weise auch immer hervorzutun. Richtig daran ist zweifellos, daß GANS einigen Grund haben konnte, gegen SAVIGNY Groll zu hegen. Bei einer psychologischen Analyse könnte man den Faden vielleicht sogar noch weiterspinnen: Die Habilitation eines von GANS geradezu abgöttisch geliebten Jugendfreundes, des frühreifen Karl WITTE ⁽¹⁶⁸⁾,

⁽¹⁶⁶⁾ G. LENZ (FN 1), 84.

⁽¹⁶⁷⁾ Vgl. oben bei FN 4. Ähnlich im Ergebnis E. J. BEKKER (FN 160), 14 ff; C. F. F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, 3. Aufl., Bd. I, Leipzig 1868, 448 FN 8. Anders dagegen R. v. IHERING (FN 130), 3 f.

⁽¹⁶⁸⁾ Einige Jugendbriefe von GANS an WITTE sind veröffentlicht bei W. DOROW (Hrg.), *Reminiscenzen*, Leipzig 1842, 218 ff. Der größte Teil dieser Briefe und ein weiterer, von DOROW nicht veröffentlichter Brief (9.7.1817) befinden sich in der Universitätsbibliothek Göttingen, 4^o Philos. 178g.

war zunächst ebenfalls an SAVIGNY gescheitert. (GANS hatte aus diesem Anlaß seine erste selbständige Druckschrift verfaßt ⁽¹⁶⁹⁾ und darin für den Freund entschiedenen Partei ergriffen). Offenbar um seinen Unmut gegen SAVIGNY abzureagieren, war WITTE damals mit dem Gedanken umgegangen, über « gewisse Besitzeslehren » zu schreiben ⁽¹⁷⁰⁾. Wenn GANS sich später ebenfalls dem Besitzrecht zuwandte, setzte er dann vielleicht nur seine Freundschaftsdienste gegenüber seinem einstigen Idol fort? Führte er unbewußt die Auseinandersetzung mit SAVIGNY genau dort weiter, wo WITTE sie hatte liegen lassen? Eine solche Argumentation wäre freilich einem entscheidenden Einwand ausgesetzt: Wenn man es — mit Recht — für abwegig hält, SAVIGNYS Standpunkt im Besitzrechtsstreit auf andere als sachliche Gründe zurückzuführen ⁽¹⁷¹⁾, dann kann man es auch umgekehrt nicht für angemessen halten, die Opposition von GANS bloß auf psychologische Weise (hinweg) zu interpretieren. Wie dieser Streit solche Wogen schlagen und eine allgemeine Aufregung verursachen konnte, müßte dabei ohnehin rätselhaft bleiben.

b) Wenig überzeugend ist es daher auch, den Besitzrechtsstreit *unmittelbar* vor dem Hintergrund der jüdischen Herkunft von GANS zu deuten. Erstmals findet sich ein solcher Versuch bei dem Rabbiner PHILIPPSON, einem früheren Hörer von GANS. PHILIPPSON ⁽¹⁷²⁾ wollte in GANS' « Kampf ... mit dem *historischen* Besitze » nur ein « Zeugnis » dafür erblicken, daß GANS auch

⁽¹⁶⁹⁾ *Urtheil eines Unpartheischen in der Habilitationsangelegenheit* des Dr. WITTE (anonym veröffentlicht), Frankfurt a.O. 1817.

⁽¹⁷⁰⁾ Vgl. K. WITTE an W. DOROW am 21.8.1842, Faksimile in: *Die juristische Fakultät der Universität Berlin. Festgabe der Deutschen Juristen-Zeitung* (hrsg. von O. LIEBMANN), Berlin 1910, 77.

⁽¹⁷¹⁾ Ansätze für andere Deutungen ließen sich wohl auch hier finden. Wie PUCHTA in seinem Brief vom 5.11.1837 an SAVIGNY (Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/55) andeutet, hat SAVIGNY in der 6. Auflage des Besitzrechts einige Punkte, in denen er von PUCHTA abwich, stehenlassen, obwohl er diesem gegenüber eingeräumt hatte, hier « natürlich Unrecht » zu haben. Wenn das nicht Ironie war — was man sich gegenüber PUCHTA schwer vorstellen kann —, hat dann etwa SAVIGNY an einer Meinung, die er sächlich nicht für überzeugend hielt, aus taktischen Gründen gleichwohl festgehalten?

⁽¹⁷²⁾ L. PHILIPPSON, *Allgemeine Zeitung des Judentums*, 3. Jg., Leipzig 1839; 294 (295).

nach seiner Taufe noch Jude geblieben sei und für die jüdische Emanzipation gekämpft habe. « Wollte der Jude bei dem *bloß* historischen Besitze stehenbleiben » schrieb PHILIPPSON, « wollte er die Einwirkung des philosophischen Bewußtseins des Menschentums auf das *Recht aufgeben*, so müßte er sich selbst aufgeben und an dem Hungertuche ewiger Verwerfung nagen ». Eine extrem andere Färbung nahm die Anspielung auf GANS' Judentum in der Zeit nach 1933 an. « Unter dem Vorwande der Philosophie » hieß es da, habe GANS versucht, « jüdische Rechtsvorstellungen in die deutsche Rechtswissenschaft zu bringen ». Seine Bemühungen seien « eindeutig darauf gerichtet » gewesen, « das Rechtswesen für die jüdische Hehlerrasse günstiger zu gestalten »; so habe er behauptet, « daß der Dieb durch den Diebstahl nichts an seiner Persönlichkeit verliere, diebischer Besitz sei 'anfängendes Eigentum' usw. » (173). So verschieden diese Positionen auch sein mögen, gemeinsam ist beiden, daß sie den Kern der gedanklichen Auseinandersetzung wiederum nicht auf der Ebene suchen, auf der sich diese Gedanken bewegen, sondern gleichsam außerhalb. Die Auseinandersetzung selbst wird dabei im Ergebnis ausgeklammert; ihr Verlauf und das Gewicht der ausgetauschten Argumente erscheint nebensächlich.

c) Der Tendenz nach nicht unrichtig, in der Begründung dennoch unhaltbar, erscheint der von SCHRÖDER (174) unternommene Versuch, den Besitzrechtsstreit unmittelbar als eine Auseinandersetzung zwischen Feudalismus und Kapitalismus zu deuten. Zweifellos standen sich in SAVIGNY und GANS auch zwei Vertreter unterschiedlicher politischer Auffassungen — des konservativen Adels und des progressiven Bürgertums — einander gegenüber. Gleichwohl ist die unbesehene Übertragung des von hier aus vielleicht naheliegenden Erklärungsmusters auf den Besitzrechtsstreit nicht eben glücklich zu nennen. Wer diesen Streit näher kennt, dem muß die Behauptung, SAVIGNY habe mit der Betonung der faktischen Seite des Besitzes « auf dem Boden der herrschenden Klasse, auf der Position des Feudaleigentums »

(173) MEYER's *Lexikon*, 8. Aufl., 4. Bd., Leipzig 1938, 937 f.

(174) H. SCHRÖDER, *Staat und Recht*, 13. Jg., Berlin (Ost) 1964, 1413 (1423).

gestanden und dazu beigetragen, die überkommenen « ökonomischen Verhältnisse ... aus dem beginnenden Kapitalisierungsprozeß herauszuhalten », eher seltsam erscheinen. Entsprechendes gilt von der These, in den Darlegungen von GANS seien « die mit der Akkumulation des Kapitals verbundenen Forderungen zum Ausdruck gekommen »; « der Besitz als Erscheinungsform des Eigentums » habe « Rechtscharakter tragen » müssen, « damit der Kapitalisierungsprozeß voranschreiten konnte ». Wäre es nicht darum zu tun, SAVIGNY ideologisch abzuqualifizieren, hätte ihn SCHRÖDER ebenso gut auch zusammen mit GANS als « Vorkämpfer der Ideologie des aufbrechenden Bürgertums im Bereiche der Besitzeslehre » in Anspruch nehmen können, wie es in der Tat POLÁY ⁽¹⁷⁵⁾ bald darauf getan hat. In der Sache leidet SCHRÖDERS Interpretation aber ganz einfach daran, daß der systematische Ort, wo die Auseinandersetzung zwischen Feudal- und modernem Volleigentum ausgetragen wurde, nicht die Lehre vom *Besitz*, sondern die Lehre vom *geteilten Eigentum* war. Dort und allein dort finden sich entsprechende Ausführungen sowohl bei HEGEL ⁽¹⁷⁶⁾ als auch bei GANS ⁽¹⁷⁷⁾. Ob SAVIGNYS Eigentumslehre demgegenüber von Feudalinteressen geprägt war, mag hier dehin stehen. (LASSALLE soll über diesen Punkt ganz anderer Meinung gewesen sein).

2. *Der Kampf um eine « philosophische Rechtsschule ».*

a) *Der Besitzrechtsstreit als Grundlagenstreit.* — Einen ersten Schlüssel zu einem besseren Verständnis des Besitzrechtsstreits liefert eine Bemerkung PUCHTAS. Mit Ausnahme seiner Studie über den Besitzerwerb eines Kindes, schrieb dieser einmal an SAVIGNY ⁽¹⁷⁸⁾, sei es ihm bei seinen anderen Besitzschriften « ganz

⁽¹⁷⁵⁾ E. POLÁY, in: IHERINGS *Erbe* (hrsg. von F. WIEACKER u. C. WOLL-SCHLÄGER), Göttingen 1970, 192 (194 f, 198).

⁽¹⁷⁶⁾ G. W. F. HEGEL (FN 24), § 62.

⁽¹⁷⁷⁾ Andeutungsweise sogar in der von H. SCHRÖDER selbst herausgegebenen Vorlesungsnachschrift, vgl. dort (FN 44) S. 78. Siehe auch E. GANS in: *Beiträge zur Revision der Preußischen Gesetzgebung*, Berlin 1830-32, 443 f.

⁽¹⁷⁸⁾ G. F. PUCHTA an F. C. v. SAVIGNY am 15.10.1838, Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/59.

und gar nicht zunächst um den Besitz zu tun » gewesen. Für den Systematiker PUCHTA ging es im Kern vielmehr darum, ob das System des Privatrechts in letzter Konsequenz als ein System *subjektiver Rechte* begriffen werden konnte oder nur als ein System *allgemeiner Normen*, die letztlich auf anderen als privatrechtlichen Gründen beruhten. Wenn überhaupt irgendwo, mußte sich dies bei der Frage entscheiden, warum der *unberechtigte Besitz* gegen Verletzung *geschützt* war: weil auch der unberechtigte Besitzer dabei immer noch in einem *Recht* verletzt wurde oder weil im allgemeinen Interesse liegende Normen eine Besitzverletzung eben verboten? SAVIGNY, der an begrifflichen Konstruktionen weniger interessiert war, hatte sich hier zweideutig erklärt. Eben diese Schwäche in der systematischen Konstruktion hatte GANS mit dem Instinkt des Intimfeindes aufgespürt und demgegenüber mit großer Entschiedenheit das von HEGEL übernommene Erbe des Naturrechts, den Standpunkt des subjektiven Rechts, geltend gemacht. Im Gegensatz zu RUDORFF begriff PUCHTA sehr wohl, daß der entgegengesetzte Standpunkt die Grundlagen des gesamten damaligen Privatrechts tangiert hätte. Es gab für PUCHTA daher gar keinen anderen Weg: er *mußte* aus SAVIGNYS Ausführungen einfach eine Rechtsverletzung herauslesen, gleichgültig was SAVIGNY auch geschrieben hatte. Das war der Grund seiner Interpretationsakrobatik und erklärt auch, warum SAVIGNY diese widerspruchslos hingehen ließ.

Mehr noch als es sich für PUCHTA dabei insgeheim darum handelte, SAVIGNY als die große Symbolfigur der historischen Schule jedem Streit zu entrücken, ging es für GANS bei dieser Auseinandersetzung *zugleich darum*, SAVIGNY und seiner Schule vor den Augen der Welt einen entscheidenden Schlag zu versetzen. Genau genommen war der Streit um die Grundlage des Besitzes für GANS sogar nur ein Vorwand, um eine Auseinandersetzung über die *Grundlage allen Rechts überhaupt* vom Zaun brechen zu können, bei der er sich dem philosophisch weniger geschulten SAVIGNY im voraus überlegen wußte. Diese Absicht hat GANS deutlich genug selbst zum Ausdruck gebracht. Um die « Historiker » zu treffen, schrieb er einmal respektlos genug ⁽¹⁷⁹⁾, müsse man vor

(179) E. GANS an R. KÖSTLIN (FN 101).

allem ihrem « Leithammel » « auf den Kopf » schlagen; und für diesen Zweck wiederum erschien ihm besonders SAVIGNYS Besitzrecht geeignet: « hier » sei « der Sitz ihres Lebens ». Solange das « Besitzrecht » stand, war an einen Sieg über die historische Schule nicht zu denken; wenn es fiel, mußte die ganze Richtung mit ihm fallen.

b) *Die « philosophische » Opposition gegen Savigny.* — Historische Schule - das hieß vor PUCHTAS systematischen Entwürfen für viele zunächst nur: Reduktion der Rechtswissenschaft auf Geschichte und Philologie, Liquidation aller naturrechtlichen Errungenschaften, Absage an die großen politischen Forderungen der Zeit und Rechtfertigung der restaurativen Gewalten. Dagegen hatte sich schon bald auch Widerspruch geltend gemacht ⁽¹⁸⁰⁾. Aus den Arbeiten von THIBAUT, FEUERBACH, GÖNNER u. a. waren mosaikartig die Umrisse eines genauen Gegenprogramms sichtbar geworden: begriffliche Systematik anstelle von antiquarischer Philologie, umfassende Rechtsvergleichung anstelle von einseitiger Quellenforschung und rationale Rechtspolitik statt romantischer Volksgeistmetaphysik. Alle diese Männer waren nicht weniger als der Geschichte auch der *Philosophie* verbunden, teils dem totgesagten Naturrecht, mehr aber noch der kritischen Philosophie KANTS. Es ist daher kein Zufall, daß THIBAUT, als er sich gegenüber SAVIGNY den « anzüglichen Namen » einer « *ungeschichtlichen* Schule », den dieser seinen Gegnern zuge-dacht hatte, ausdrücklich verbat, für sich in Anspruch nahm, einer « *geschichtlich-philosophischen* Schule » anzugehören ⁽¹⁸¹⁾. Bei aller Verschiedenheit der von den Gegnern SAVIGNYS vertretenen « Philosophien » ist diese Selbsteinschätzung vielmehr gerade sehr bezeichnend.

Aus dem Schoß der HEGELSchen Philosophie erwachsen der historischen Schule schon bald neue Widersacher. Mit seiner bekannten Forderung, « das, *was ist*, zu begreifen » ⁽¹⁸²⁾, kam HEGEL

⁽¹⁸⁰⁾ Vgl. dazu auch H.-U. STÜHLER, *Die Diskussion um die Erneuerung der Rechtswissenschaft von 1780-1815*, Berlin 1978.

⁽¹⁸¹⁾ Vgl. A. F. J. THIBAUT, *Heidelbergerische Jahrbücher der Literatur*, 1815, 657 (658).

⁽¹⁸²⁾ G. W. F. HEGEL (FN 24), Vorrede, XXI.

den gegen SAVIGNYS Bestrebungen gerichteten Gegenteilentendenzen sogar in mehrfacher Weise entgegen. In dieser Forderung verband sich zunächst die Ablehnung aprioristischer Naturrechtskonstruktionen — anders als bei SAVIGNY und dessen Anhängern — nicht mit einer Hinwendung zur Vergangenheit, sondern gerade umgekehrt mit einer entschiedenen Zuwendung zur Realität und Gegenwart. « Das Erfassen des Gegenwärtigen und Wirklichen » war die Losung HEGELS⁽¹⁸³⁾, « nicht das Aufstellen eines Jenseitigen ..., das Gott weiß wo sein sollte ». Die Forderung, das, was ist, zu begreifen, enthielt aber nicht bloß eine Absage an die gedankliche Konstruktion einer angeblich *besseren* Welt, sondern brachte zugleich zum Ausdruck, daß auch die *vorhandene* Welt sich immer noch dem « Begriff » zu stellen habe und daß alles, was sich diesem *Begreifen* widersetze, in einem bestimmten Sinn gar nicht existent war. Mit der Gleichsetzung von Vernunft und Wirklichkeit (« Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig »⁽¹⁸⁴⁾) schuf HEGEL unvermerkt die Voraussetzungen dafür, jede historische Erscheinung, die nicht auf den « Begriff » zu bringen war, als « ein Faules »⁽¹⁸⁵⁾, als ein *brutum factum* einfach abzutun. Anders als SAVIGNY war HEGEL damit nicht bloß ein *Kritiker* des Naturrechts, sondern zugleich auch sein legitimer *Nachfolger*. Dies war der Boden, von dem aus HEGEL gegen HUGOS historischen Positivismus loszog⁽¹⁸⁶⁾, von dem aus er ein Recht forderte, das nicht « in einer fremden Sprache vergraben » ist⁽¹⁸⁷⁾ und SAVIGNYS Schrift « Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft » kaltblütig für einen « der größten Schimpfe » erklärte, der einer gebildeten Nation oder dem juristischen Stand angetan werden konnte⁽¹⁸⁸⁾.

c) *Gans und das brutum factum*. — All diese Anregungen griff GANS begierig auf und baute sie unter allgemeiner Anteilnahme

⁽¹⁸³⁾ G. W. F. HEGEL (FN 24), Vorrede, XIX.

⁽¹⁸⁴⁾ G. W. F. HEGEL (FN 24), Vorrede, XIX.

⁽¹⁸⁵⁾ Vgl. C. W. F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, hrg. von J. HOFFMEISTER, Hamburg 1955, 78.

⁽¹⁸⁶⁾ G. W. F. HEGEL (FN 24), § 3 Anm.

⁽¹⁸⁷⁾ G. W. F. HEGEL (FN 24), § 215 Anm.

⁽¹⁸⁸⁾ G. W. F. HEGEL (FN 24), § 211 Anm; vgl. auch § 216 Anm.

zielstrebig aus. Die Opposition aus den Reihen der Juristen selbst, die man fast schon als besiegt angesehen hatte, war mit GANS mit einem Schlag wieder da und bediente sich einer bisher nicht gekannten Schärfe. Geschlossene Systematik, Rechtsvergleichung, zeitgemäße Gesetzgebung — lauter Reizvokabeln für die frühen « Historiker » — fanden sich nun als Forderungen eines Mannes wieder, der die historische Schule « auf Leben und Tod » herausforderte ⁽¹⁸⁹⁾. Wenn SAVIGNY einst seine Gegner damit zu treffen gehofft hatte, daß er sie einer « *ungeschichtlichen* Schule » zuwies, so hatte GANS die Stirn, sich dagegen nicht bloß zu verteidigen, sondern die historische Schule SAVIGNYS auch noch offen zur « *unphilosophischen* » zu erklären ⁽¹⁹⁰⁾. Und was niemand geglaubt hatte: er hatte Erfolg damit. Das übliche Mittel des Totschweigens versagte und bei erstaunlichem Zulauf galt GANS in Berlin bald als das anerkannte Haupt der mit ihm überraschend wiedererstarkten « philosophischen Rechtsschule ». Selbst BLUNTSCHLI, in seiner Jugend ein ergebener Schüler SAVIGNYS und auch später noch GANS persönlich eher abgeneigt, mußte bekennen: « Seit GANS vornehmlich pflegt man wieder von einer *philosophischen Rechtsschule* zu reden und dieser dann eine *nichtphilosophische* in ähnlicher Weise entgegenzusetzen, wie früher die *historische* Schule einer *nichthistorischen* entgegengestellt wurde » ⁽¹⁹¹⁾.

In eben diesem Zusammenhang muß man auch den Besitzrechtsstreit sehen. Das war nicht bloß eine Auseinandersetzung um die Grundlage des Besitzes, sondern zugleich der erregende Kampf zwischen HEGELianern und Historikern um den « Begriff » der Rechtswissenschaft, um die Berechtigung einer bestimmten Art des rechtlichen Denkens und Begründens überhaupt, ausge tragen an eben der Universität, die eine Hochburg für beide Richtungen war. Nicht das dogmatische Detail interessierte dabei, sondern darauf kam es an, ob die Vernunft — der « Wille » als « praktischer Geist » — berechtigt war, sich als den inneren Motor auch des *geltenden* Rechts zu begreifen, und alles, was auf diese Weise *nicht* zu « begreifen » war, als « unwirklich », als « faule

⁽¹⁸⁹⁾ Vgl. E. GANS, *Erbrecht* Bd. 2 (FN 26), IX.

⁽¹⁹⁰⁾ E. GANS (FN 27), 163.

⁽¹⁹¹⁾ J. C. BLUNTSCHLI, *Hallische Jahrbücher* 1839, 1905 (1950).

Existenz » der Geschichte zu überantworten. Man geht wohl nicht fehl in der Vermutung, daß der dialektische Wirklichkeitsbegriff HEGELS — « wirklich » ist nur die vom Bewußtsein « begriffene » Erscheinung — der entscheidende Punkt war, der GANS an dieser Philosophie so anzog. Als Angehöriger eines damals noch immer entrechteten Volkes war der Glaube an eine sich selbst verwirklichende Vernunft seine einzige wirkliche Hoffnung, und er setzte darauf bedingungslos. (*Insofern* hat daher die Deutung PHILIPPSONS ⁽¹⁹²⁾ durchaus einen berechtigten Kern). Schon in jungen Jahren, als Präsident des « Vereins für Kultur und Wissenschaft der Juden », war diese Hoffnung seine treibende Kraft gewesen. « Kann es [das denkende Bewußtsein] eine bestimmte Erscheinung nicht durchdringen », rief er damals aus ⁽¹⁹³⁾, « kann es sich in ihr nicht wissen, o dann ist auch zugleich das Todersurteil für die Erscheinung ausgesprochen, sie ist gar nicht wirklich, sondern ihre Existenz ist nur eine ephemere, vorübergehende und nichtige ». Und noch in seinen letzten Jahren hielt GANS an diesem Gedanken unverrückt fest: « ... wenn gesagt wird, was vernünftig ist, ist wirklich, so heißt dies, die Vernunft hat die Kraft, sich eine Welt zu erschaffen für ihre Existenz. Eine Vernunft ohne Kraft, ohne Beine, ist keine Vernunft » ⁽¹⁹⁴⁾. Wie kein anderer Schüler HEGELS verstand es GANS, solche Gedanken einer breiten Menge zu vermitteln, die vor allem an den politischen Konsequenzen dieser Philosophie interessiert war. Und GANS enthielt seinen Lesern und Hörern diese Konsequenzen keineswegs vor, sondern sprach aus, was mit seiner Stellung nur irgendwie zu vereinbaren war. Deshalb die allgemeine Aufregung, die auch den Mann von der Straße nicht unberührt ließ! Ob der Besitz ein Recht oder ein Faktum war, war dabei in einem gewissen Sinn nur ein Streit um Worte. Aber es waren Worte, die, je nachdem wie sie gedeutet wurden, unter den damaligen Verhältnissen zu einer Theorie der Revolution umschlagen konn-

⁽¹⁹²⁾ Vgl. dazu oben III 1 b.

⁽¹⁹³⁾ E. GANS, Rede am 4.5.1823, abgedruckt in: *Der Jüdische Wille*, 1. Jg., Berlin 1918, 193 (195).

⁽¹⁹⁴⁾ So die oben (FN 44) angeführte Vorlesungsnachschrift aus dem Jahr 1837/38, 3. Textseite.

ten. (Es ist daher vielleicht nicht uninteressant zu wissen, daß unter den Hörern von GANS neben einigen «48ern» auch der junge MARX zu finden war).

Einige Zitate mögen belegen, daß dies keineswegs zu hoch gegriffen ist. Wohin GANS mit seiner Kritik an dem aus der Schule SAVIGNYS hervorgegangenen «Haß ... gegen das Denken, welches nicht Ausmitteln eines Faktums ist»⁽¹⁹⁵⁾, letztendlich zielte, wird bereits in seiner 1824 geschriebenen Polemik gegen HASSE sichtbar⁽¹⁹⁶⁾. Den Anlaß dafür gab die These HASSES, «daß die Ehe an und für sich gar kein Recht und kein Rechtsverhältnis, sondern ein bloßes Faktum, ein Naturverhältnis» sei. GANS witterte sogleich, daß sich hier ein allgemeines Erklärungsmuster der «Historiker» ankündigte, das schon bald auch politische Verwendung finden und dabei nicht zuletzt dazu dienen würde, das «brutum factum» der restaurativen Politik unvermittelt als «Recht» auszugeben, und er schlug los, wohl eingedenk, woher HASSE diese «Phrase» nahm: «nämlich aus dem berühmten Buche des Herrn v. SAVIGNY über den Besitz, das auch so beginnt: der Besitz sei eigentlich ein Faktum und kein Recht»⁽¹⁹⁷⁾. Gegen SAVIGNY und nicht so sehr gegen HASSE sind daher auch die folgenden Angriffe gerichtet. Anknüpfend an HEGELS Unterscheidung zwischen der faktischen Entwicklung historischer Situationen und der vernünftigen Entwicklung aus dem «Begriff», setzte GANS in einer überraschenden, aber keineswegs aus der Luft gegriffenen Erweiterung der gedanklichen Perspektive die unvermittelte Anerkennung eines «Faktums» als «Recht» mit der Anerkennung der faktisch wirksamen restaurativen Tendenzen gleich, und ungleich deutlicher und entschiedener, als HEGEL dies jemals getan hatte, stellte er diesem politischen «Faktum» das *nachrevolutionäre* Preußen der STEIN-HARDENBERG'schen Reformen als die Realisierung des «Rechts» gegenüber. Die Zurückführung des Rechts auf «Fakten» lief damit für GANS auf den Versuch hinaus, den modernen «Staat der Intelligenz» theoretisch zurückzunehmen und die positiven Errungenschaften der

⁽¹⁹⁵⁾ E. GANS, *Erbrecht* Bd. 1 (FN 39), xv.

⁽¹⁹⁶⁾ E. GANS, *Erbrecht* Bd. 2 (FN 26), xi f, 267 ff, 291 ff.

⁽¹⁹⁷⁾ E. GANS (FN 26), 269.

Revolution preiszugeben. In HASSES « Phrase » vom « Faktum der Ehe » sah er denn sogleich auch eine Bestätigung dafür, « auf welcher Grundlage diese historische Wissenschaft der historischen Juristen beruht, wie ihnen *Gesetz* und *Gewalt* identisch sind und wie, wenn man das Wesen dieser Lehre weiter verfolgen wollte, man ihre Wurzel, bei allem anscheinenden Widerspruche in jenem platten nivellierenden Demagogismus unserer Tage fände, der alles atomisiert und als Einzelnes und Partikulares sieht » (198). Auf dem Höhepunkt seiner persönlichen Auseinandersetzung mit SAVIGNY verkündete GANS unverhohlen, die historische Schule erkläre « die Gegenwart lediglich durch die Vergangenheit »; aber « ebenso wie der, welcher das Gewordene von seiner Wurzel ablösen will, sich revolutionär gegen das Bestehende erklärt, ebenso würde man es in einem gewissen Sinne als auf den Umsturz des Bestehenden abgesehen betrachten können, wenn man in dem Gewordenen und Entwickelten nicht es selbst, sondern nur die Wurzel erblicken wollte » (199).

Daß dieses entschiedene Auftreten gegen die « faulen Existenzen » der Gegenwart in konservativen Kreisen, die bis dahin nur die zweideutige Sprache HEGELS gewohnt waren, als « revolutionär » empfunden wurde (200), nimmt nicht eben wunder. Aber GANS ließ es bei der bloßen Abwehr restaurativer Bestrebungen auch hier nicht bewenden. Die Gegenüberstellung von « Recht » und « brutum factum » dient ihm immer wieder als Vehikel, um auch den progressiven Forderungen der Zeit Beachtung zu verschaffen. Als er 1830 die St.-Simonisten kennengelernt hatte,

(198) E. GANS (FN 26), XI f.

(199) So ein Gutachten des Ministeriums ALTENSTEIN vom. 7.7.1829 über GANS, das offenbar auf dessen eigener Einlassung beruht, Staatsarchiv Bamberg, Nachlaß K. F. v. STEIN zum ALTENSTEIN.

(200) Vgl. etwa J. HOFFMEISTER (Hrg.), Briefe von und an HEGEL, Bd. 3, Hamburg 1954, 457 und 472. Siehe auch T. A.H. SCHMALZ an E. GANS am 15.II. 1830, abgedruckt bei W. DOROW (Hrg.), *Krieg, Literatur und Theater*, Leipzig 1845, 180 f: « Seit mehreren Jahren beschuldigt sie das Gerücht, daß Sie in Ihren Vorlesungen ... revolutionäre Grundsätze verbreiten ... und ich versichere Sie, daß militärische Zuhörer von Ihnen durch solche Grundsätze, welche Sie aus Ihrem Munde (zu Ihrem vermeinten Lobe) verbreiten, schon Militärbehörden aufmerksam gemacht haben ».

führte er in seinen Vorlesungen aus: « Muß der Pöbel bleiben? Ist er eine notwendige Existenz? Hierin schließe ich mich der Meinung der Simonisten an, welche allein hierin recht haben ... Er ist ein Faktum, aber kein Recht. Man muß zu den Gründen des Faktums kommen können und sie aufheben »⁽²⁰¹⁾. Bisweilen ließ ihn sein Temperament geradezu alle konventionellen Schranken überschreiten. Völlig vergessend, daß er sich auf einem preußischen Katheder befand, erhob er sich dann in kühnem Gedankenflug über seine engstirnige Umgebung, die ihn sein früheres Judentum auch jetzt noch spüren ließ, und wurde zum Wortführer für die große Masse all derer, für die in dieser Welt kein angemessener Platz vorgesehen war und deren endliche Befreiung auch ihn befreien würde, weil dabei all die Schranken fallen mußten, die nicht nur sie, sondern bei allem äußeren Erfolg auch noch ihn zum Außenseiter stempelten. LEONHARD⁽²⁰²⁾, der seine Informationen vermutlich seinem Schwager MARHEINEKE, einem Freund von GANS, verdankte, überliefert so etwa als « die letzten Worte, welche GANS auf dem Lehrstuhl gesprochen », als seinen « Schwanen-Gesang », folgendes: « Die Geschichte neuer Zeit ist die einer großartigen Revolution. Früher hat der Adel die Revolutionen gemacht, überhaupt die Privilegierten, da hat denn die französische Umwälzung die Aristokratie des dritten Standes geschaffen, der die Privilegien sicherte mit Hilfe des Volkes, das heißt des armen Volkes, des Pöbels. Eine dritte Revolution wird aber jene dieses Pöbels, der ganzen großen Masse der Nicht-Privilegierten und Besitzlosen sein; tritt diese ein, so wird die Welt erzittern ».

d) *Die « Historiker » lenken ein.* — Hatte die historische Schule dem Streit um « Recht » oder « Faktum », soweit er nach der zuletzt angedeuteten Richtung hin geführt wurde, wenig entgegenzusetzen⁽²⁰³⁾, so zeigte sie sich doch bemüht, in der Auseinan-

⁽²⁰¹⁾ So I. HEGEL — der jüngste Sohn HEGEL — in seiner Nachschrift der Naturrechtsvorlesung von GANS aus dem Wintersemester 1832/33 (FN 44), S. 113.

⁽²⁰²⁾ K. C. v. LEONHARD, *Aus unserer Zeit in meinem Leben*, Bd. 2, Stuttgart 1856, 213 f.

⁽²⁰³⁾ Über den politischen Charakter dieser Auseinandersetzung war man

dersetzung um den «Begriff» der Rechtswissenschaft unauffällig zu vermitteln und einzulenken. Gewöhnlich hat man nur vermerkt, daß GANS im Laufe der Zeit von seinen zunächst sehr schematischen Geschichtskonstruktionen abkam, was um so leichter festzustellen war, als er mit dem damit einhergehenden Gesinnungswandel nicht hinter dem Berg hielt ⁽²⁰⁴⁾. Aber auch die historische Schule verdankt GANS eine Reihe von Einsichten. Nach Zeugnissen, in denen dies ungeschminkt eingeräumt ist, wir man sich freilich vergebens umsehen. Der über GANS verhängte Bann wurde offiziell nie aufgehoben. Um so mehr bemühte man sich jedoch im Stillen, die «philosophischen» Juristen durch beschwichtigende Erklärungen und einige Änderungen im Programm in den Schoß der auf einmal überraschend «verjüngten» historischen Schule zurückzuführen.

So meinte z.B. BLUNTSCHLI ⁽²⁰⁵⁾, der Gegensatz zwischen philosophischer und historischer Rechtsschule sei «ein fließender», und schlug vor, «nicht von so *verschiedenen Schulen*, sondern nur von so *verschiedenen Richtungen* zu reden», deren Notwendigkeit und relative Wahrheit aufgenommen sei «in das gemeinsame Bewußtsein der Wissenschaft». Selbst PUCHTA ließ sich ähnlich vernehmen, wenn er sich im Schutz der Anonymität wußte. Während er sonst, wenn er offen unter seinem Namen schrieb, an HEGEL kein gutes Wort ließ, hieß es nun auf einmal, «daß die historische und die spekulative Schule eine gewisse und nicht sehr entfernte Verwandtschaft miteinander hätten. Was

sich freilich auch hier im klaren. So schrieb PUCHTA über den anonymen Verfasser der oben (FN 143) erwähnten Schrift «Darstellung der Lehre vom Besitz als Kritik usw.» am 18.2.1840 an SAVIGNY (Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/70): «Lebte dieser 'Als-Kritiker' z.B. in Belgien, so wäre ihm nicht eingefallen, die Jurisprudenz zu besudeln; würde er nach dem seidnen Strumpf eines Fürsten beißen können, so würde er nicht an den Ihrigen fahren. Diese Leute möchten alle lieber politische Sansculotten sein und sind nur aus Feigheit literarische».

⁽²⁰⁴⁾ Vgl. E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, Bd. 3, Stuttgart 1829, VIII f sowie Bd. 4, Stuttgart 1835, x f. Siehe auch E. GANS an M. KIND (FN 100), 902.

⁽²⁰⁵⁾ J. C. BLUNTSCHLI (FN 191), 1955 f.

insbesondere die SAVIGNY' sche und HEGEL' sche Schule anbelang[e], so [hätten] manche einsichtsvolle Nichtjuristen gar nicht begreifen [können], wie sie in eine so feindliche Kollision hatten kommen können ⁽²⁰⁶⁾ ». Schließlich zeigte sich auch SAVIGNY in seinem « System » um Vermittlung bemüht, einmal schon dadurch, daß er dieses Buch — entgegen dem Ratschlag PUCHTAS übrigens ⁽²⁰⁷⁾ — « System des *heutigen* römischen Rechts » nannte, sodann aber auch durch einige als geradezu sensationell empfundene Sätze in der im September 1839 geschriebenen Vorrede zum ersten Band. Besorgt, daß « die unbefangene Aufnahme dieses Werks durch das, was sich in neuester Zeit in unserer Wissenschaft zugetragen hat, gefährdet werden » könne, erklärte er sich damit einverstanden, « den ganzen Parteistreit und die darauf bezüglichen Parteinamen allmählich zu beseitigen; zumal da die Gründe, die den ersten Gebrauch des Namens einer historischen Schule veranlaßten, zugleich mit den vorherrschenden Mängeln, deren Bekämpfung damals nötig war, so gut als verschwunden » seien ⁽²⁰⁸⁾.

Jahre zuvor schon hatte PUCHTA durch seine streng begrifflichen systematischen Arbeiten die Weichen gestellt, um die historische Schule in eine andere, der Gegenwart näherstehende Richtung umzulenken. Dabei erscheint es im nachhinein betrachtet als eine seltsame Laune des Schicksals, daß sich PUCHTA die ersten Umrisse seines Systems, mit dem er der historischen Schule neues Leben zuführte, ausgerechnet bei seiner Auseinandersetzung mit GANS erarbeitete - einem Mann also, der nicht nur einer der schärfsten Kritiker der Schule war, sondern die « frühen » Historiker wegen ihrer Abneigung gegen das Aufstellen von « Systeme-

⁽²⁰⁶⁾ Hallische Jahrbücher 1839, 785 (788). Anonym gedruckt, aber ausweislich PUCHTAS Brief an SAVIGNY vom 12.8.1838 (Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/58), wo sich PUCHTA dafür zu entschuldigen sucht, daß er etwas für A. RUGES progressive « Hallische Jahrbücher » geliefert hat, von PUCHTA verfaßt.

⁽²⁰⁷⁾ Vgl. G. F. PUCHTA an F. C. v. SAVIGNY am 16.3.1839, Universitätsbibliothek Marburg, Ms. 838/61.

⁽²⁰⁸⁾ F. C. v. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840, XII und XVI.

men » immer wieder angegriffen hatte. Wenngleich GANS das von PUCHTA entworfene System — ebenso wie SAVIGNY übrigens — ablehnte ⁽²⁰⁹⁾, so läßt sich doch nicht übersehen, daß mit der durch PUCHTA ins Werk gesetzten Wende im Ergebnis auch eine der von ihm erhobenen Forderungen erfüllt wurde. Die Entfremdung zwischen Wissenschaft und Praxis freilich war auf diese Weise allein nicht zu beheben.

Den Kampf zur Förderung des nationalen Rechts, der Rechtsvergleichung und der wissenschaftlichen Rechtspolitik fortzuführen, waren die Schüler von GANS nach dem endgültigen Zusammenbruch der Berliner «HEGELEI» selbst nicht mehr in der Lage. Ihre unmittelbare Spur im Privatrecht verliert sich nach dem Abflauen des Besitzrechtsstreits. Selbst von diesem Streit weiß die Rechtsgeschichte des 19. Jahrhunderts nur noch wenig zu berichten. Es ist die Geschichte des Siegers, von ihm selbst geschrieben, und so sieht sie aus.

IV. SCHLUß.

Um den «Begriff» der Rechtswissenschaft wird heute noch ebenso gerungen wie zu den Zeiten von SAVIGNY und GANS. Über die Rechtsnatur des Besitzes wird dabei freilich nicht mehr gestritten; vermutlich ist der Besitz derzeit sogar das letzte, woran man in diesem Zusammenhang denkt. Wo aber ist die Frage, ob der Besitz ein Recht oder ein Faktum ist, in der Folge hingerraten? Was ist aus dem Streit geworden, der einmal «die Grenzscheide einer neuen Aera der Wissenschaft bilden sollte»? ⁽²¹⁰⁾.

Am Ende seiner «Duplik» hatte GANS ⁽²¹¹⁾ eine resignierende Prognose gewagt. Er schrieb: «Nach vielen Jahren wird man, ich weiß nicht in der wievielten Ausgabe des SAVIGNY' schen Buches lesen» - und dann zitierte er einen Passus, an dem SA-

⁽²⁰⁹⁾ Vgl. FN 113.

⁽²¹⁰⁾ C. G. BRUNS (FN 18), 415 f FN 3; vgl. auch v. ZIELONACKI (FN 160), 3 I Anm.

⁽²¹¹⁾ E. GANS (FN 74), 64.

VIGNY, über alle Diskussion erhaben, von der 1. bis zur 6. Auflage seines Besitzrechts unverändert festgehalten hatte ⁽²¹²⁾:

« Da der Besitz an sich kein Rechtsverhältnis ist, so ist auch die Störung desselben keine Rechtsverletzung, und sie kann es nur dadurch werden, daß sie ein anderes Recht zugleich mit verletzt. Wenn nun die Störung des Besitzes gewaltsam geschieht, so liegt in dieser Störung eine Rechtsverletzung, weil jede Gewalttätigkeit unrechtlich ist, und dieses Unrecht ist es, was durch ein Interdict aufgehoben werden soll ».

SAVIGNY selbst brachte keine weitere Auflage seines Buches mehr heraus. Davon abgesehen aber war die Wirklichkeit der Phantasie auch hier wieder einmal überlegen. Schlägt man die neueste Auflage des sog. « Reichsgerichtsrätekommmentars » zum BGB auf, so liest man unter der Überschrift « Rechtsnatur des Besitzes » ⁽²¹³⁾ folgendes:

« Gemeinsam ... ist ihnen [den Rechten an der Sache] allen, daß sie ein persönliches (subjektives) Recht darstellen. Beim *Besitz* trifft dies nicht zu. Er hat zwar ebenfalls seine Stelle im Sachenrecht gefunden, weil begriffsmäßig auch bei ihm eine unmittelbare Beziehung der Person zur Sache vorliegt. Aber dieses Verhältnis ist ... kein rechtliches, sondern begrifflich nur ein *tatsächliches* ... Trotzdem ist dem Besitz eine bedeutsame Rolle zugewiesen, so daß ihm *im Ergebnis* selbst auch die *Eigenschaft eines Rechtes* beigelegt worden ist ... Hiernach hat der Besitzer, wenn auch keine wirkliche Rechtsstellung, so doch eine *rechtsähnliche Stellung* ... Der Grund, weshalb der Besitz wie ein Recht behandelt wird, ist die Rücksichtnahme auf den *Rechtsfrieden*, der die Aufrechterhaltung der äußeren tatsächlichen Beziehungen der Personen zu den Sachen fordert ».

Eine Satire zu schreiben, lag übrigens ganz außerhalb der Absicht des Verfassers. Es handelt sich wohl auch mehr um ein Trauerspiel.

⁽²¹²⁾ Die Stelle steht in der 1. Auflage von 1803 auf S. 6 f, in der 6. Auflage von 1836 auf S. 8 und in der 7., von RUDORFF posthum besorgten Ausgabe von 1865 auf S. 30 f. Vgl. bereits oben FN 17.

⁽²¹³⁾ Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, hrg. von den Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, 12. Aufl., Bd. III, 1. Teil, Berlin - New York 1979, Vor § 854 Rn. 2.

FRANCO CASAVOLA

JHERING SU SAVIGNY

1. Il 25 ottobre del 1861, Savigny moriva a Berlino. Era nato a Francoforte sul Meno il 21 febbraio del 1779. Ad un giornale della città natale, *Die Zeit*, Jhering inviava un lungo saggio commemorativo, pubblicato in quattro puntate tra il 31 ottobre e il 6 novembre di quello stesso anno 1861 (1). In esso, alcune valutazioni appaiono singolarmente penetranti e confermate dai centoventi anni trascorsi fino a noi.

Scrivendo Jhering che la storia della giurisprudenza si è come incarnata all'inizio del XIX secolo in Savigny più che in qualunque altro grande intelletto e che « quando, con il passare dei secoli, lo splendore della maggior parte dei nomi che adesso ci appaiono ancora grandi sarà offuscato, il suo brillerà in maniera tanto più rilucente, e l'intera epoca della scienza che inizia con lui e tutto ciò che è stato fatto e apprestato da altri si concentrerà intorno a questo centro e gli sarà attribuito come merito indiretto » (2).

« Desolata » (3) giudicava Jhering l'epoca in cui Savigny nasceva; « pietrificato e ossificato » in decisioni isolate il pensiero dei giuristi romani, leggi e frammenti del *Corpus Iuris* « invece di stimolare un pensiero originale » servivano solo « a renderlo inutile » (4). Ventiquattrenne, con il *Recht des Besitzes* del 1803, Savigny rigenera la scienza giuridica, ritrovando il libero spirito

(1) Raccolto in R. von JHERING, *Gesammelte Aufsätze* (Fischer, Jena 1882) Bd. II 1-21 (= *GA.*); utilizzo l'italiano di Elvio Racinaro, traduttore di un'antologia di testi jheringhiani, di prossima pubblicazione.

(2) *GA.* 2.

(3) *GA.* 3.

(4) *GA.* 4.

creativo dei giuristi romani, inseguendo i loro ragionamenti « fin nei meandri più complicati » ⁽⁵⁾, costruendo su un tema dogmatico un'opera storica, affrancandosi « dalle vedute del presente » ⁽⁶⁾ e convincendo, e convincendosi, della necessità dello studio storico per conoscere e comprendere scientificamente il diritto.

Tuttavia, il postulato dell'evoluzione organica, lenta e graduale, che acquistò buona fama per la Scuola Storica presso i governi conservatori e impopolarità presso la massa del popolo, portava a sottovalutare « il valore e l'importanza della forza attiva dell'uomo, il ruolo che la decisione libera, la riflessione e l'intenzione giocano nella storia » ⁽⁷⁾. Molti giuristi della Scuola Storica, secondo Jhering, pensavano che « compito dell'uomo fosse quello di mettersi le mani in grembo ed aspettare che il genio della storia gli faccia capitare ciò che è necessario mentre dorme » ⁽⁸⁾. Tanta ironia misura la immagine che della Scuola e di Savigny stesso si era diffusa nel gran pubblico, soprattutto dei pratici del diritto.

Il pregiudizio che Savigny fosse soltanto uno studioso di storia e non un giurista, che sembrava confermato dalla sua produzione tra il 1803 e il 1839 ⁽⁹⁾, fu appunto smentito nel 1840 dall'uscita dei primi tre volumi del *System des heutigen roemischen Recht*, « frutto lungamente maturato di tutta una vita » ⁽¹⁰⁾.

2. Chi, dopo molti decenni riempiti di nuove visuali metodi tecniche di ricerca, che hanno profondamente rinnovato la romanistica, rilegga oggi il *System*, non potrà non sorprendersi della straordinaria modernità della conoscenza e capacità di impiego delle fonti posseduta dal suo autore.

Al di là delle cornici del *corpus* giustiniano, le opere dei giuristi rivivono nel proprio tempo classico; l'erudizione savigniana le confronta con testimonianze letterarie e storiche e con dati

⁽⁵⁾ GA. 6.

⁽⁶⁾ GA. 6.

⁽⁷⁾ GA. 14.

⁽⁸⁾ GA. 14.

⁽⁹⁾ Un elenco della bibliografia di Savigny è curato da Vittorio SCIALOJA nella prefazione alla trad. it. del *Sistema del diritto romano attuale* (Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino 1886), vol. I, XLIII-LXIII.

⁽¹⁰⁾ GA. 15.

della vita materiale economica sociale dei loro secoli, con una sicurezza di metodo, in pagine che sono ancora lezione da non dimenticare.

La raffinatezza di letture esegetiche, la vastità e complessità dei nessi intravisti nel pensiero dei giuristi non tradiscono mai un senso di fatica nello scrittore. Questa qualità del *System* ha suggerito a Jhering la metafora del « frutto già maturo, rimasto a lungo sull'albero prima che il proprietario lo prendesse » ⁽¹¹⁾, proprio per spiegare che nell'opera « non è il soggetto che esprime la sua veduta sulla materia, ma è la materia stessa che assume la forma del pensiero » ⁽¹²⁾, e che in essa pertanto « non vi è più nulla del lottare e dell'affaticarsi soggettivo » ⁽¹³⁾.

L'assenza di ogni intento apologetico rispetto al diritto romano — « Come se la materia fosse del tutto estranea al suo interesse e al suo cuore, egli sta al di là della materia stessa » ⁽¹³⁾ — consente a Savigny di esplorare il « perchè interno » ⁽¹⁴⁾ di ogni istituto giuridico, vale a dire gli scopi e i motivi pratici che i giuristi intendevano raggiungere. « Per questo — scrive Jhering — tale opera ... è un'opera *pratica* in senso eminente, un mezzo di formazione per i giuristi pratici quale nessun'altra » ⁽¹⁵⁾.

3. Componendo e decantando antico e moderno, teoria e pratica, il *System* è il laboratorio sperimentale della *geschichtliche Rechtswissenschaft*, di quella « scienza-storia » del diritto, che resta la più profonda intuizione savigniana di un modello di sapere giuridico, destinato a realizzarsi in pochi esemplari, nelle rare personalità intellettuali, in cui si armonizzino vocazioni ed esperienze storiche scientifiche politiche forensi. La scienza-storia del diritto guida ogni articolazione tematica del *System*, e perciò per l'esemplificazione di una tale scienza-storia ogni pagina di quest'opera può essere utilmente sollecitata.

Ma due punti mi paiono più di altri significativi.

⁽¹¹⁾ GA. 17.

⁽¹²⁾ GA. 17.

⁽¹³⁾ GA. 17.

⁽¹⁴⁾ GA. 17.

⁽¹⁵⁾ GA. 17.

4. Trattando dei rapporti di famiglia, Savigny ne analizza gli elementi naturale, morale, giuridico e conclude: « Ne deriva che i rapporti di famiglia hanno natura giuridica solamente in parte; anzi noi dobbiamo aggiungere, che la parte giuridica della loro essenza è proprio la minore, poichè la più importante appartiene ad un campo del tutto diverso (scil. quello della morale) da quello del diritto » (16). E più avanti: « Quindi è che noi non avremo se non una conoscenza molto incerta dello stato dei rapporti di famiglia in una nazione, ogni volta che guarderemo solamente alle norme giuridiche in essa vigenti, senza tener conto della parte integrante, che vi hanno i costumi » (17).

Il duplice osservatorio sulle leggi e sui costumi è proprio del suo idealtipo di scienziato-storico. Ma vorrei dire che è peculiare di un Savigny attento interlocutore dei giuristi romani e assimilatore critico del loro pensiero. L'endiadi leggi-costumi è eco del canone interpretativo delle leggi formulato da Sesto Cecilio Africano: « verbis moribusque sententia legum comprehensa est » (18).

È accaduto infatti a Savigny esattamente quel che accadde a Sesto Cecilio, di discutere con Hegel come quello con Favorino, negli stessi termini, su questioni legate dagli stessi nessi problematici. Hegel dalla durezza della *patria potestas* deduceva: « La condizione servile dei figli appo i Romani è una delle istituzioni che maggiormente fanno disonore alla loro legislazione, e questa offesa alla morale nei rapporti più intimi e più teneri della vita è uno dei momenti più importanti per comprendere il carattere storico dei Romani e la loro tendenza al formalismo del diritto » (19). Favorino considerava inumane alcune prescrizioni della legge delle XII Tavole e, quanto a quella sulla dissezione del cadavere del debitore insolvente, dichiara addirittura di provare vergogna a parlarne (20).

(16) *Sistema cit.*, I 348 = *System des heutigen Römischen Rechts* (Veit und. Comp., Berlin 1840) I 347.

(17) *Sistema* I 351 = *System* 350.

(18) Gell. *n.a.* 20.1.6.

(19) *Naturrecht* paragr. 175 in *Sistema* I 351 nt. f.

(20) Gell. *n.a.* 20.1.19; cfr. F. CASAVOLA, *Cultura e scienza giuridica nel secondo secolo d.C.: il senso del passato*, in *ANRW* II 15, 131 ss., ora in *Giuristi adrianei* (Jovene, Napoli 1980) 8 ss.

I due filosofi cadono nel medesimo errore, di leggere le norme giuridiche al di fuori della realtà dei comportamenti sociali, di separare leggi e costumi. Le loro espressioni « disonore », « offesa », « vergogna », esprimono lo sdegno patetico di profani che riducono il diritto alle leggi. Ma profani sono anche quei giuristi, e non pochi, che sulle cattedre e nei tribunali dalla letteralità delle leggi ricavano teorie e decisioni così lontane dalla concretezza della vita sociale e dall'esperienza dei suoi bisogni, che traverso le elucubrazioni professorali e le cavillazioni avvocatescche loro la figura del giurista appare la caricatura dell'*homo sapiens* nel primo giorno della sua venuta al mondo.

5. Ma più legata al programma del *System* è la questione del quadro generale degli istituti giuridici, che Savigny propone nella sequenza diritti reali, obbligazioni, diritto di famiglia, diritto di successione ⁽²¹⁾. Egli dichiara di non voler discutere altrui « saggi di ordinamento sistematico degli istituti giuridici » ⁽²²⁾ ma di non potere non fare un'eccezione per l'ordine seguito nelle Istituzioni di Giustiniano, perchè riprodotto per secoli da gran numero di insegnanti e di scrittori e perchè « ha assunto l'importanza storica di una grande autorità » ⁽²³⁾.

Savigny comincia con il privare quest'ordine del crisma dell'autorità imperiale, dato che esso risulta, dopo la scoperta del Gaio Veronese, essere venuto a Giustiniano da Gaio. Inoltre: « Quest'ordine tenuto da Gaio dovrà da noi essere esaminato sotto un duplice punto di vista: da quello cioè della sua origine e diffusione e da quello del suo valore intrinseco » ⁽²⁴⁾. Dal primo punto, la ipotesi che il sistema *personae res actiones* fosse comune e tralaticio nella letteratura didattica dei Romani è priva di qualunque prova e porta Savigny a concludere che la tripartizione sia « un'opinione individuale ed accidentale » di Gaio: « Così sparisce completamente l'importanza storica che a questo si è voluto attribuire » ⁽²⁵⁾. Quanto al valore intrinseco, Savigny confuta la

⁽²¹⁾ *Sistema* I 386 = *System* I 389.

⁽²²⁾ *Sistema* I 390 = *System* I 394.

⁽²³⁾ *Sistema* I 391 = *System* I 394.

⁽²⁴⁾ *Sistema* I 391 = *System* I 395.

⁽²⁵⁾ *Sistema* I 393 = *System* I 396.

tesi di Hugo che le *personae* costituissero la trattazione della capacità giuridica, perchè vi manca la distinzione di *cives latini peregrini*, vale a dire la base pubblicistica della capacità giuridica. Come *ius personarum* Gaio tratterebbe invece di ciò che i moderni chiamano diritto di famiglia. Nelle *res* è compreso tutto il diritto patrimoniale (diritti reali e di obbligazione); nelle *actiones* si traccia la dottrina generale della difesa dei diritti.

Il sistema gaiano assegna « a molti dei più importanti istituti giuridici un posto troppo secondario; così al matrimonio, che vi appare solamente come origine della patria potestà, quasi che non avesse diritto anche di per sè stesso ad essere riconosciuto; così pure il diritto di successione, il quale è menzionato solamente come modo d'acquisto della proprietà ... Questa distribuzione così contraria alla natura delle cose deriva in gran parte dal fatto, che in tutta l'opera si fa un uso esagerato della forma logica delle *divisiones* ... Però non vi è alcuna ragione di imitarne pedestremente l'ordine formale, anche là dove lo si riconosca imperfetto, e non dovremo essere tacciati di presunzione e di orgoglio, se cercheremo di esporre la materia del diritto romano a noi tramandato dalla storia, secondo che porta la sua speciale natura, ma in modo però differente da quello tenuto da Gaio » ⁽²⁶⁾.

Savigny esorta a non sopravvalutare il problema dell'ordine sistematico, ad esercitare una « limitata tolleranza, decoroso riconoscimento di quella latitudine concessa alla individuale libertà di apprezzamento, sulla quale si basa la vera vita di ogni scienza » ⁽²⁷⁾.

6. Tra autorità e libertà, dunque, oscilla il « diritto scientifico », prodotto dalla scienza giuridica. Nella questione sopraesposta sono da sottolineare i gradi della confutazione savigniana del sistema tralaticio in Europa: *a)* non giustiniano ma gaiano; *b)* non di tutti i giuristi classici, ma del solo Gaio; *c)* imperfetto; *d)* giustificata è dunque una scelta diversa. Demolita l'autorità formale del potere (Giustiniano), della ragione (tutta la giurisprudenza), venuta meno l'utilità per la dimostrata inadeguatezza del

⁽²⁶⁾ *Sistema* I 400 s. = *System* I 405.

⁽²⁷⁾ *Sistema* I 402 = *System* I 407.

sistema galiano agli oggetti da ordinare, la strada è aperta alla libertà di un nuovo scienziato. È singolare che nello stesso anno 1840 — segno di una sincronica comune sensibilità delle élites culturali europee — Alessandro Manzoni pubblicava la *Storia della colonna infame*, nella quale, nel secondo capitolo si tocca il tema dell'autorità del diritto scientifico: « La legge, dico, era divenuta una scienza; anzi alla scienza, cioè al diritto romano interpretato da essa, a quelle antiche leggi de' diversi paesi che lo studio e l'autorità crescente del diritto romano non aveva fatte dimenticare, e ch'erano ugualmente interpretate dalla scienza, alle consuetudini approvate da essa, a' suoi precetti passati in consuetudini, era quasi unicamente appropriato il nome di legge: gli atti dell'autorità sovrana, qualunque fosse, si chiamarono ordini, decreti, gride, o con altrettanti nomi; e avevano annessa non so quale idea d'occasionale e di temporario. Per citarne un esempio, le gride de' governatori di Milano, l'autorità de' quali era anche legislativa, non valevano che per quanto durava il governo de' loro autori; e il primo atto del successore era di confermarle provvisoriamente. Ogni *gridario*, come lo chiamavano, era una specie d'Editto del Pretore, composto un poco alla volta, e in diverse occasioni; la scienza invece, lavorando sempre, e lavorando sul tutto; modificandosi, ma insensibilmente; avendo sempre per maestri quelli che avevan cominciato dall'esser suoi discepoli, era, direi quasi, una revisione continua, e in parte una compilazione continua delle Dodici Tavole, affidata o abbandonata a un decemvirato perpetuo » (28).

Al Manzoni questa « così generale e così durevole autorità di privati sulle leggi » appariva un « fatto strano » e addirittura « funesto » all'umanità « principalmente nella parte criminale, e più principalmente nel punto della procedura » (29).

Per lo scrittore lombardo quei privati si erano come impadroniti del diritto disponendone quasi legislatori. Al contrario, nella visione savigniana del diritto scientifico, quella dei dotti è un'autorità regolata da criteri di concordia e di durata ed essa « non può mai considerarsi come esclusiva ed immutabile; poichè

(28) A. MANZONI, *Tutte le Opere* (Sansoni, Firenze 1973), I 1285.

(29) A. MANZONI, *Tutte le Opere* (Sansoni, Firenze 1973), I 1285.

una ricerca futura più profonda può modificare l'opinione finora accettata, e allora naturalmente la nuova opinione avrà diritto ad un'autorità non minore di quella accordata alla precedente » ⁽³⁰⁾.

7. Certo, la radice sia del diritto scientifico in senso stretto, o « teorico », sia di quello scientifico-consuetudinario, o « pratico », era il diritto romano con la sua *interpretatio*. La critica di una dottrina consiste perciò nel « distinguere nel diritto romano, ciò che è già morto, da ciò che ancora vive e per la maggior parte seguirà sempre a vivere » ⁽³¹⁾.

Vincolato a questa radice, lo scienziato-storico deve rispettare una condizione: « La condizione essenziale per riuscire in questa impresa è di avere un sentimento della verità puro e scevro da ogni prevenzione. A ciò non è adatto colui che mosso da predilezione per il diritto romano cerca soltanto di ristabilirlo in ogni caso nella sua purezza; ma del pari non lo è neppure colui che fa dipendere le sue idee dalla pratica più recente e attribuisce a questa un'indipendenza al di là di quel che non pensassero i suoi stessi autori. Ad entrambi può rimproverarsi un pregiudizio: a quello perchè tratta come viva una parte già morta della storia, a questo perchè considera le proprie immaginazioni come realtà » ⁽³²⁾.

Fuori del contesto del diritto romano attuale, l'equazione passato-presente, dato normativo-realtà sociale, attende ancora di essere risolta con il modello savigniano di un giurista scienziato-storico, cercatore, senza rigidezze logiche e prevenzioni ideologiche, di verità.

⁽³⁰⁾ *Sistema* I 109 = *System* I 90.

⁽³¹⁾ *Sistema* I 112 = *System* I 94.

⁽³²⁾ *Sistema* I 112 s. = *System* I 95.

HANS KIEFNER

IDEAL WIRD, WAS NATUR WAR

Von Pflanzenglük begannen die Menschen und wuchsen auf, und wuchsen, bis sie reiften; von nun an gährten sie unaufhörlich fort, von innen und außen, bis jezt das Menschengeschlecht, unendlich aufgelöst, wie ein Chaos daliegt, daß alle, die noch fühlen und sehen, Schwindel ergreift; aber die Schönheit flüchtet aus dem Leben der Menschen sich herauf in den Geist; Ideal wird, was Natur war, und wenn von unten gleich der Baum verdorrt ist und verwittert, ein frischer Gipfel ist noch hervorgegangen aus ihm, und grünt im Sonnenglanze, wie einst der Stamm in den Tagen der Jugend; Ideal ist, was Natur war. Daran, an diesem Ideale, dieser verjüngten Gottheit, erkennen die Wenigen sich und Eins sind sie, denn es ist Eines in ihnen, und von diesen, diesen beginnt das zweite Lebensalter der Welt.

I. «Hyperion v. Hölderlin B. 1 Tüb. 97 p. 112» — unter dieser Überschrift hat Savigny den eben wiedergegebenen Teil der Rede Hyperions in Diotimas Garten ⁽¹⁾ auf einem Blatt exzerpiert. Dieses Blatt gehört zu einem Konvolut, in dem Savigny unter der Aufschrift «Politik Neuere Legislationen» ⁽²⁾ Materialien als «Notanda et adhibenda in opere proxime scribendo» ⁽³⁾ gesammelt hat. Der Inhalt des Konvoluts — unter anderem ausführliche Notizen vor allem zur französischen Gesetzgebung, Reflexionen über Gewohnheitsrecht, Auszüge aus Melanchthon und Schlosser — läßt keinen Zweifel daran, daß es sich hier um Vorarbeiten

⁽¹⁾ Hyperion I 2; in der grossen Stuttgarter Hölderlin-Ausgabe (StA) Bd. 3, S. 63.

⁽²⁾ Universitätsbibliothek Marburg, Nachlass Savigny (erworben 1978) Mat. 13; Aufschrift auf Umschlagblatt.

⁽³⁾ Hintere Innenseite des Umschlagblatts.

zum späteren « Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft » handelt ⁽⁴⁾.

Über eine Berührung Savignys mit Hölderlin gibt es bislang, soviel ich weiß, kein bekanntgewordenes Zeugnis, oder wenigstens Hinweise in der Literatur. Desto größeres Interesse muß deshalb der zitierte Text aus *Hyperion* im wissenschaftlichen Nachlaß Savignys wecken; überraschend und aufschlußreich für den Rechtshistoriker, aber instruktiv wohl auch für die Hölderlinforschung im Blick auf die Wirkungsgeschichte Hölderlins in einer bisher nicht vermuteten Richtung.

Offenbleiben mag hier, wie Savigny auf den « Eremiten in Griechenland » aufmerksam geworden ist, ob selbst — bei seiner literarischen Bildung gut denkbar, oder durch Vermittlung Fritz von Leonhardis, Karoline von Günderrodes oder Bettina Brentanos ⁽⁵⁾. Auch die Frage der Datierung des Exzerpts soll dahingestellt bleiben.

Nicht nur, daß Savigny *expressis verbis* Hölderlin im 'Beruf' nicht zitiert hat ⁽⁶⁾ — das besagte nur wenig: er hat sich zu dem Text auch in den Vorarbeiten nicht weiter geäußert. Die einzige Zutat von seiner Hand besteht eben in der Überschrift « *Hyperion von Hölderlin ...* ». Die Suche nach Spuren Hölderlins im 'Beruf' bleibt also ausschließlich auf vergleichende Textinterpretation angewiesen: Hyperions Rede — hat sie teil an der Entstehung eines der « bedeutendsten Dokumente der deutschen Privatrechtsgeschichte » und zugleich einem « der schönsten Beiträge der Rechtsliteratur zum Prosaschatz unserer Sprache »?. ⁽⁷⁾ Dem gewiß gewagten Versuch kommt immerhin eine fast unwiderlegliche Vermutung zustatten: Plan- und wahllos Texte exzerpiert und ad acta genommen hat ein von seinen wissenschaftlichen Anfängen an so planvoll und systematisch vorgehender Kopf wie Savigny mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht; Hyperions Rede gehört nicht nur zu den *notanda*, sondern eben auch zu den *adhibenda* des konzipierten opus.

(4) Über Einzelheiten werde ich anderswo berichten.

(5) Vgl. BEISSNER in StA a.a.O. S. 318f.

(6) Vgl. aber unten bei Anm. 15.

(7) WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl. 1967, S. 388, 390.

II. Ideal wird, Ideal ist, was Natur war — diese Formulierung Hölderlins, die den Sinn der Stelle sehr prägnant zusammenfaßt, dürfte auch der für Savigny zentrale Gedanke des Textes gewesen sein; davon als Hypothese auszugehen scheint mir jedenfalls plausibel zu sein.

In Hölderlins Satz von der Ideal gewordenen Natur steckt eine geschichtsphilosophische Vorstellung, die er hier in sehr eindrucksvoller, bildhafter Sprache poetisch umschrieben hat ⁽⁸⁾.

Die Menschheitsgeschichte hat im « Pflanzenglück » begonnen: Pflanzen sind vollkommene Organismen, sinnvoll gegliedert, alle Anlagen späterer Entwicklung notwendigerweise schon in sich tragend, mögen sie auch noch nicht sichtbar sein. Pflanzen sind lebendig, sie wachsen und entfalten die in ihnen angelegte Ordnung. « Pflanzenglück » ist allerdings eine eigenartige Metapher. Pflanzen kennen nicht eigentlich Glück, was immer das sei, denn ihnen fehlt das Bewußtsein ihrer selbst; sie kennen damit aber auch nicht das Unglück, weder Auflösung noch Chaos. Das Glück der Pflanze liegt offenbar in der — ihr selbst unbewußten — vollkommenen und lebendigen Organisation, die ihre « Natur » ausmacht und zugleich ihre « Schönheit ». Vielleicht sind Natur und Schönheit überhaupt ineins zu setzen.

Der Anfang des Menschengeschlechts, sein ' Naturzustand ' im Pflanzenglück, lag also in unreflektierter, naiver, gleichwohl vollkommener Organisation seines Lebens (wenn Hölderlin im Satz unmittelbar zuvor von « Kinderharmonie der Völker » spricht ⁽⁹⁾, dann drückt er damit einen ähnlichen Gedanken aus).

Wie Pflanzen wachsen, so wachsen — notwendigerweise — auch Menschen und Völker. Sie altern freilich nicht nur wie der Baum, dessen Stamm unten verdorrt und verwittert; hier versagt die Metapher. Auf der Höhe seiner Reife gerät das Menschengeschlecht in einen fortdauernden Prozeß der Gärung, aus sich heraus, aber auch durch von außen einwirkende Zersetzung: Auflösung vormals « natürlicher » Ordnung, Chaos ist schließlich die Folge, was freilich die dümpf und blind Gewordenen nicht anficht.

⁽⁸⁾ Andernorts hat er dies in theoretischer Form dargelegt; vgl. unten Anm. 10.

⁽⁹⁾ « Von Kinderharmonie sind einst die Völker ausgegangen, die Harmonie der Geister wird der Anfang einer neuen Weltgeschichte seyn »; StA a.a.O. S. 63.

Nur diejenigen, die « *noch* fühlen und sehen », die Empfindung und Blick für verlorene Natur bewahrt haben und sich deshalb ihrer Situation bewußt sind, erfaßt « Schwindel » angesichts des Abgrunds, an dessen Rand sie stehen. Sie, « die Wenigen », verfallen nun aber nicht etwa der Faszination des Chaos, sie versuchen auch nicht die, doch vergebliche, Rückkehr zu naivem, ursprünglichem Naturzustand. Was Natur *war*, wird für sie vielmehr zum « Ideal », zum Gestaltungsprinzip des « zweiten Lebensalters der Welt ». Natur war vollkommene Organisation sich dessen nicht bewußten Lebens der Menschen und deshalb « Schönheit » — Ideal ist die bewußte, gestaltete Organisierung der Welt des Menschen durch die « Wenigen »; auch diesem Ideal eignet in seiner Vollkommenheit nach Analogie der Natur die Schönheit. Sie hat nunmehr ihren Ort nicht mehr im Leben der Menschen, das nicht mehr ursprüngliche Natur ist, sondern, im « Geist », in den sie sich heraufgeflüchtet hat und an dem nur die Wenigen teilhaben — diejenigen, die sich am Ideal der Schönheit erkennen und durch dieses Ideal vereint werden.

III. Gewiß bedürfte es zum besseren Verständnis dieses Textes einer sehr tief eindringenden Untersuchung, wobei man die Einleitung zum « Fragment von Hyperion » ⁽¹⁰⁾, die « Vorletzte Fassung » ⁽¹¹⁾ und auch das sogenannte « Älteste Systemprogramm des deutschen Idealismus » ⁽¹²⁾ heranziehen müßte. Doch kann Sa-

⁽¹⁰⁾ « Es giebt zwei Ideale unseres Daseyns: einen Zustand der höchsten Einfachheit, wo unsre Bedürfnisse mit sich selbst, und mit unsern Kräften, und mit allem, womit wir in Verbindung stehen, durch die bloße Organisation der Natur, ohne unser Zuthun, gegenseitig zusammenstimmen, und einen Zustand der höchsten Bildung, wo dasselbe statt finden würde bey unendlich vervielfältigten und verstärkten Bedürfnissen und Kräften, durch die Organisation, die wir uns selbst zu geben im Stande sind ... »; StA a.a.O. S. 163. Das Fragment ist erschienen in Schillers « Thalia » (1794).

⁽¹¹⁾ StA a.a.O. S. 235ff.

⁽¹²⁾ StA Bd. 4, I, S. 297ff. Überliefert von der Hand HEGELS, formuliert von SCHELLING (?), unter Beteiligung HÖLDERLINS. Jedenfalls die in unserem Zusammenhang wichtigen Sätze über die *Idee der Schönheit* dürften HÖLDERLIN gehören (dies ist heute wohl unstreitig): « Zulezt die Idee, die alle vereinigt, die Idee der Schönheit, das Wort in höherem platonischem Sinne genommen. Ich bin nun überzeugt, daß der höchste Akt der Vernunft, der, indem sie alle Ideen umfaßt, ein ästhetischer Akt ist, und daß Wahrheit und Güte, nur in der

vigny allenfalls das Thaliafragment gekannt haben; nachzuweisen ist das indes nicht ⁽¹³⁾. Deshalb muß all dies außer Betracht bleiben, wenn man sich von der Rede Hyperions dem 'Beruf' zuwendet.

Sie müßte sich in ihren Grundgedanken vor allem im Abschnitt über die « Entstehung des positiven Rechts » ⁽¹⁴⁾ finden. Savigny beschreibt dort die « Jugendzeit der Völker ». Sie « ist arm an Begriffen, aber sie genießt ein klares Bewußtseyn ihrer Zustände und Verhältnisse, sie fühlt und durchlebt diese ganz und vollständig ». Er spricht vom « klaren, naturgemäßen Zustand », der sich vorzüglich auch im bürgerlichen Recht bewähre. Dies geschehe freilich nicht in ausgesprochenen Grundsätzen, was eine « bedeutende Abstraction » voraussetze die einer « jugendlichen Zeit » nicht möglich sei. Hingegen fänden sich überall symbolische Handlungen von « sinnlicher Anschaulichkeit » für Entstehung oder Untergang von Rechtsverhältnissen. Das bürgerliche Recht sei mit Sprache, Sitte, Verfassung, als « einzelnen Kräften und Thätigkeiten » eines Volkes, in der « Natur » untrennbar verbunden. « Was sie zu einem Ganzen verknüpft, ist die gemeinsame Ueberzeugung des Volkes, das gleiche Gefühl innerer Nothwendigkeit, welches allen Gedanken an zufällige und willkürliche Entstehung ausschließt ».

Übereinstimmungen mit dem Hölderlinterext sind unverkennbar. Auch Savigny geht von einem Naturzustand der Jugendzeit aus, dem Zustand einer Ordnung von innerer Nothwendigkeit, die aber nicht auf rational gestalteter Organisation beruht, auf ausgesprochenen Prinzipien, die vielmehr « gefühlt » und « durchlebt » wird in symbolischen Handlungen von sinnlicher Anschaulichkeit. Savigny widerspräche wohl auch nicht, wenn man von der « Schönheit » dieses « klaren, naturgemäßen Zustands » spräche. Gleichwohl:

Schönheit verschwistet sind. Der Philosoph muß eben so viel ästhetische Kraft besitzen, als der Dichter. Die Menschen ohne ästhetischen Sinn sind unsre Buchstabenphilosophen. Die Philosophie des Geistes ist eine ästhetische Philosophie ... » (S. 298).

⁽¹³⁾ Bis jetzt nicht. Der Briefwechsel mit v. Leonhardi könnte vielleicht Aufschluß gewähren.

⁽¹⁴⁾ In der Ausgabe von 1814 S. 8ff. Dort alle folgenden Zitate, soweit nicht anders angegeben.

besonders spezifisch sind diese Übereinstimmungen nicht, sie allein rechtfertigten es kaum, hier Spuren Hölderlins zu sehen.

Sehr viel aufschlußreicher hingegen sind Savignys Überlegungen zum « Fortgang der Zeiten », in dem er das Recht « derselben Bewegung und Entwicklung unterworfen » sieht, « wie jede andere Richtung des Volkes », unter « demselben Gesetz innerer Nothwendigkeit » stehend wie seine Jugendzeit:

Allein diese innere Fortbildung auch in der Zeit der Cultur hat für die Betrachtung eine große Schwierigkeit. ... Bey steigender Cultur nämlich sondern sich alle Thätigkeiten des Volkes immer mehr, und was sonst gemeinschaftlich betrieben wurde, fällt jetzt einzelnen Ständen anheim. Als ein solcher abgesonderter Stand erscheinen nunmehr auch die Juristen. Das Recht bildet sich nunmehr in der Sprache aus, es nimmt eine wissenschaftliche Richtung, und wie es vorher im Bewußtseyn des gesammten Volkes lebte, so fällt es jetzt dem Bewußtseyn der Juristen anheim, von welchen das Volk nunmehr in dieser Function repräsentirt wird. Das Daseyn des Rechts ist von nun an künstlicher und verwickelter, indem es ein doppeltes Leben hat, einmal als Theil des ganzen Volkslebens, was es zu seyn nicht aufhört, dann als besondere Wissenschaft in den Händen der Juristen. ... Der Kürze wegen nennen wir künftig den Zusammenhang des Rechts mit dem allgemeinen Volksleben das politische Element, das abgesonderte wissenschaftlichen Leben des Rechts aber das technische Element desselben.

Der Gedanke der Repräsentation des Volks durch die Juristen — diese « neue Ansicht der Entwicklung des Rechts » — hat immer Verlegenheit bereitet; er mußte künstlich, ja gewaltsam erscheinen und gerade nicht innerer Notwendigkeit entsprechend. Hier nun scheint mir der Hölderlintext in der Tat höchst aufschlußreich zu sein. Die Parallele zwischen der sich aus dem Leben der Menschen in den Geist flüchtenden, zum Ideal der Wenigen werdenden Schönheit und dem dem Bewußtsein der Juristen anheimfallenden Recht ist, wie ich meine, handgreiflich.

Savigny zitiert sogar, so möchte ich vermuten, gegen Ende seiner Abhandlung im Abschnitt darüber, « Was wir thun sollen wo keine Gesetzbücher sind » ⁽¹⁵⁾ versteckt Hölderlin:

Es soll also eine lebendige Schule entstehen, so wie sämtliche Römische Juristen ... in der That Eine große Schule gebildet haben. Auch können nur aus einer solchen über die Gesammtheit der Juristen

⁽¹⁵⁾ A.a.O. S. III; der folgende Text S. 125.

verbreiteten lebendigen Bearbeitung selbst *die Wenigen hervorgehen, die durch ihren Geist zu eigentlicher Erfindung berufen sind ...*

Die Parallelität ist nicht äußerlich: Der Schlüsselbegriff dürfte für Savigny der Begriff « Ideal » gewesen sein. « In verschiedenen Zeiten ... wird bey demselben Volke das Recht natürliches Recht (in einem andern Sinn als unser Naturrecht) oder gelehrtes Recht seyn ... » (16). Das ist im Kern der, lediglich sprachlich umgestellte, Satz Hölderlins: Was Natur war, wird Ideal. « Ideal » hat schon für den Savigny der Marburger Methodenlehre (17) mit der systematischen Natur des Rechts, d.h. mit seiner wissenschaftlichen Gestaltung zu tun, die nur in der Hand des gelehrten Juristen liegen kann — der ganze 'Beruf' ist ja ein Plaidoyer für die Erneuerung des bürgerlichen Rechts durch Rechtswissenschaft. Das kann und braucht hier im einzelnen nicht ausgeführt zu werden: Der organische, d.h. von innerer Notwendigkeit bestimmte Charakter des Rechts, das im naiven Zustand der « Natur » gelebt worden ist, kann jetzt nur durch seinen systematischen Entwurf, durch « Erfindung » der « Wenigen » gewährleistet werden. Dabei fehlt auch das Moment des Ästhetischen nicht, liest man Savigny nur genau: er bezeichnet das wissenschaftliche Leben des Rechts als das « technische » Element desselben (18); man muß das nur im ursprünglichen Sinn von τέχνη verstehen, zumal Savigny an anderer Stelle von « wahrer, kunstmäßiger Vollendung » der Rechtslehre spricht (19). Selbst eine Anspielung auf die « verjüngte Gottheit », die im Kontext Hölderlins ich nicht weiter zu interpretieren wage, fehlt vielleicht nicht, wenn Savigny, dem es auch im 'Beruf' um die Verbindung des Systematischen mit dem Geschichtlichen geht, sagt (20):

Wenn überhaupt die Geschichte auch im Jünglingsalter der Völker eine edle Lehrerin ist, so hat sie in Zeitaltern, wie das unsrige, noch

(16) A.a.O. S. 13.

(17) Juristische Methodenlehre, hg. von WESENBERG, S. 48: « Alles System führt auf Philosophie hin. Die Darstellung eines bloß historischen Systems führt auf eine Einheit, auf ein Ideal, worauf sie sich gründet, hin. Und dies ist Philosophie ».

(18) Beruf S. 12, oben zitiert.

(19) A.a.O. S. 129.

(20) A.a.O. S. 117.

ein anderes und *heiligeres* Amt. Denn nur durch sie kann der lebendige Zusammenhang mit den ursprünglichen Zuständen der Völker erhalten werden, und der Verlust dieses Zusammenhangs muß jedem Volk den besten Theil seines geistigen Lebens entziehen.

IV. Erschöpfend sind diese fragmentarischen und vorläufigen Überlegungen gewiß nicht: zu fragen wäre etwa auch, inwieweit Savigny die Geschichtsphilosophie Hölderlins verkürzt. Es fehlt das für Hölderlin wichtige Entwicklungsstadium der Auflösung, das schwindelerregende Chaos, aus dem erst die gestaltende Tat der Wenigen herausführt. Das ist gewiß kein Zufall; zum Problem der Revolution waren die Standpunkte unvereinbar ⁽²¹⁾. Unerörtert bleiben muß auch, inwieweit für Hölderlin, und damit mittelbar für Savigny, Schillers Abhandlungen über «Anmuth und Würde» und vor allem über «Naive und sentimentalische Dichtung», und damit letzten Endes Kants Kritik der Urteilskraft von Bedeutung waren ⁽²²⁾.

Gar nicht berührt ist überdies die schwierige Frage, ob sich Savigny möglicherweise durch unseren Hölderlinterext zu entwicklungsgeschichtlicher Spekulation mit hat inspirieren lassen; in der Marburger Methodenlehre fehlt sie noch so gut wie ganz ⁽²³⁾.

Hier ging es zunächst nur um das bescheidenere Ziel des ersten Hinweises auf eine Möglichkeit, die Entstehung von Savignys Lehre über «Juristenrecht» etwas besser als bisher zu verstehen.

⁽²¹⁾ Diese Feststellung kann man treffen, ohne deshalb der These über den Jakobiner Hölderlin beitreten zu müssen. Vgl. dazu BERTAUX, *Hölderlin und die Französische Revolution*, 4. Aufl. 1977. BERTAUX äussert sich übrigens auch zu unserem Text, a.a.O. S. 173.

⁽²²⁾ Vgl. BEISSNER in StA Bd. 3 S. 460 zu 112, 15.

⁽²³⁾ Sollte dem so sein, dann dürfte sich Savigny erst nach 1803 mit dem Text befasst und ihn exzerpiert haben - ohnehin naheliegend auch aus anderen Gründen.

MARIO G. LOSANO

BISMARCK PARLA DI SAVIGNY CON JHERING

I. *L'oggetto di questa nota.*

Questa nota sostituisce il paragrafo intitolato *Bismarck habla de Savigny con Ihering*, incluso nel mio saggio *Savigny en la correspondencia de Ihering y Gerber* ⁽¹⁾. Infatti, al momento della pubblicazione di quel saggio mi fu impossibile accedere alla documentazione tedesca che avrebbe potuto risolvere alcuni miei dubbi sul testo di cui si occuperanno le prossime pagine. Oggi, il materiale raccolto presso la *Bayerische Staatsbibliothek* di Monaco di Baviera mi consente di documentare la fondatezza dei miei dubbi e di completare così quella ricerca. Essa ha per oggetto le pagine che Jhering scrisse subito dopo il suo incontro con Bismarck, nell'esplicito intento di farle pubblicare postume.

Le vicende di quello scritto furono però più complesse di quanto Jhering avrebbe desiderato. Esso conobbe una prima edizione — limitata alle sole pagine su Savigny ed accompagnata da una fama di edizione pirata, fama sinora nè documentata a fondo, nè radicalmente dissipata —, ed una seconda edizione debitamente autorizzata, ma mutilata proprio nelle parti che riguardano Savigny.

Come già quel mio primo saggio, così anche questa nota vuole soltanto consolidare i testi su cui fondare una futura analisi dei rapporti tra Jhering e Savigny ⁽²⁾. Nelle pagine che seguono mi

⁽¹⁾ Il saggio è contenuto in *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, « Anales de la Catedra Francisco Suarez », 1978-79, Nr. 18-19, pp. 321-340. Il paragrafo da completare si trova a p. 330.

⁽²⁾ Sui pochi cenni finora reperiti nella letteratura tedesca, cfr. *infra*, nota 39.

limito dunque a chiarire le vicende e l'attendibilità di questo scritto iheringhiano minore, ma affascinante per la triade dei personaggi evocati.

2. *L'incontro tra Bismarck e Jhering.*

L'evento da cui trae origine il breve scritto iheringhiano oggetto di questa ricerca è l'invito ad una cena con Bismarck, avvenuta il 27 marzo 1885 ⁽³⁾. L'occasione per questo invito venne fornita dalla consegna a Bismarck del diploma di dottore *honoris causa* dell'università di Göttingen, di cui in gioventù il Cancelliere fu allievo distratto e turbolento ⁽⁴⁾. Per consegnare di persona quel diploma Jhering dovette superare l'opposizione dei colleghi della facoltà di cui era decano: la procedura della consegna personale era infatti inconsueta. Lo stesso Bismarck non dovette essere entusiasta di questa visita, che ebbe inizio in un'atmosfera gelida. Nel corso della serata il contatto fra i due divenne però meno formale, anche se la conversazione doveva svolgersi seguendo i rigidi binari d'un protocollo che vietava di affrontare qualsiasi tema politico. Era quindi inevitabile che si finisse per parlare delle università in cui Bismarck aveva studiato, cioè Göttingen e Berlino.

In una lettera a Oskar Bülow del 20 giugno 1885 è Jhering stesso ad indicare il dibattito su Savigny come il punto saliente del suo colloquio con Bismarck:

⁽³⁾ Non il 25, come figura invece nel primo capoverso dello scritto edito da Franzos nel 1892: poichè quel capoverso non è scritto da Jhering, si tratta o di una svista redazionale, o di un errore tipografico. Anche una pubblicazione successiva conferma la data del 27 marzo: «Dai docenti di Göttingen ho avuto poco: non sono stati capaci di risvegliare il mio interesse per il diritto; soltanto lo storico Heeren mi ha stimolato. Ho visto il giurista Savigny soltanto due volte a lezione, ma spesso a casa» (al decano della Facoltà di Giurisprudenza di Göttingen durante la consegna del diploma di dottore, 27 marzo 1885) (*Bismarck-Kalender auf das Jahr 1913*, herausgegeben von Albrecht Philipp und Horst Kohl, Theodor Weicher - Dieterich'sche Verlagsbuchhandlung, Leipzig 1912, p. 74).

⁽⁴⁾ «A Göttingen, da studente, ebbi ventotto duelli in tre semestri» (*Bismarck-Kalender auf das Jahr 1913*, cit., p. 78). Bismarck venne immatricolato a Göttingen il 10 maggio 1832.

« Nelle vacanze di Pentecoste ho messo per iscritto il mio incontro con Bismarck: ma soltanto per la mia famiglia, perchè quel saggio non è destinato alla pubblicazione. I giudizi su Savigny meriterebbero tuttavia di essere pubblicati: nel piano umano lo stimava straordinariamente poco. Questi giudizi, come tutti gli altri, sono stati messi per iscritto con precisione » (5).

Questo passo consente anche di fissare esattamente il momento della stesura del memoriale di Jhering: è con la sua pubblicazione tuttavia, che incominciano i problemi.

3. *La pubblicazione curata da Franzos nel 1892.*

Proprio le pagine su Savigny, che la lettera a Bülow indica come quelle centrali del memoriale, videro la luce immediatamente dopo la morte di Jhering, avvenuta il 20 settembre 1892. I lettori della rivista « Deutsche Dichtung » dell'ottobre 1862, infatti, poterono leggervi uno scritto di Jhering che il sottotitolo qualificava come inedito (6). Una nota della redazione avvertiva: « Sull'epoca in cui queste annotazioni vennero scritte, sullo scopo e sul modo della loro pubblicazione si troveranno ulteriori notizie nell'articolo *Rudolf von Jhering* di questo fascicolo » (7).

L'articolo in questione — o, più esattamente, il necrologio — venne pubblicato in due puntate, la prima delle quali segue immediatamente il testo iheringhiano. Ne è autore Karl Emil Franzos, scrittore nato il 25 ottobre 1848 nella Podolia russa e morto il 28 gennaio 1904 a Berlino, dove si era stabilito nel 1886 per dirigere la rivista « Deutsche Dichtung » da lui fondata. Gli studi di diritto a Graz e Vienna lo portano a diretto contatto con Jhering, come Franzos stesso rievoca nel necrologio. Egli aveva affrontato gli studi giuridici non per interesse, ma per far fronte alle necessità della vita. Il suo rapporto con la scienza giuridica era quindi ca-

(5) Jhering a Bülow, Göttingen, 20 giugno 1885, in *Rudolf von Jhering in Briefen an seine Freunde*, Breitkopf & Härtel, Leipzig 1913, p. 388.

(6) Rudolf von JHERING, *Erinnerungen an Bismarck und Savigny*. Ungedruckter Nachlaß, « Deutsche Dichtung », Bd. XIII, Oktober 1892 bis März 1893, pp. 47-49.

(7) *Op. cit.*, p. 47.

ratterizzato da una certa superficialità venata d'insofferenza. Il primo incontro con Jhering avvenne così:

« Nel 1869, dall'università di Graz dove allora studiavo mi recai a Vienna per una visita di qualche settimana. Se allora qualcuno mi avesse predetto che, nel corso di quei giorni, tra i piaceri della bella ed allegra capitale avrei annoverato la partecipazione quotidiana alle lezioni di Pandette, probabilmente non l'avrei preso sul serio. Effettivamente andai alle lezioni di Jhering soltanto per la futile ragione di convincere alcuni amici a partecipare ad una gita. Volevo andarmene prima che Jhering arrivasse. Stavo dunque per caso accanto al primo banco, quando egli entrò: dal momento che non mi potevo decentemente allontanare, stetti a sentirlo, e tornai poi tutti i giorni. Allora non seppi spiegarmi con precisione perchè le cose fossero andate così: credevo che dipendesse dall'eloquio avvincente, dall'esposizione divertente e acuta. Però queste qualità si potevano trovare anche in altri che non avevano saputo infondermi alcun più profondo interesse per la giurisprudenza, come invece avveniva con Jhering. Quando tornai a casa, cominciai a fare di più di quanto fosse mio dovere; cominciai addirittura a leggere opere giuridiche, soprattutto quelle di Jhering » (8).

Il secondo incontro tra Franzos e Jhering avvenne nel 1886, quando Jhering aveva già da tempo pubblicato *Der Kampf ums Recht* e Franzos il pressochè omonimo romano *Ein Kampf ums Recht*, che tra il 1881 e il 1901 conobbe quattro edizioni (9). Queste due opere sono all'origine del contatto dapprima epistolare, poi personale dei due scrittori. Lasciamo ancora la parola a Franzos:

« Il libretto di Jhering venne pubblicato nel 1872. Lo lessi subito e mi fece una profonda impressione, ma in un primo momento non mi spinse ad alcuna rielaborazione poetica. Il suo messaggio — cioè la lotta per il proprio diritto come dovere morale dell'uomo — era già stato insuperabilmente illustrato da Kleist nel *Michael Kolhhaas*. Tuttavia Jhering rafforzò ed approfondì la mia convinzione sulla sacralità del diritto. L'idea

(8) Karl Emil FRANZOS, *Rudolf von Jhering*, « Deutsche Dichtung », Bd. XIII, Oktober 1892 bis März 1893, p. 70.

(9) Karl Emil FRANZOS, *Ein Kampf ums Recht*, List, Leipzig 1953, 448 pp. Cfr. in proposito la mia *Introduzione* a JHERING, *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino 1972, p. LXXVII s.

di esprimerla in un'opera poetica comincio a ritornarmi costantemente, finchè nel 1878 gettai giù lo schizzo di un romanzo, la cui idea fondamentale non è però contenuta nello scritto di Jhering: si ha il dovere di lottare non soltanto per il proprio diritto, ma per il diritto in generale, ribellandosi all'ingiustizia anche quando essa non ci riguarda personalmente. È quanto fa il mio personaggio Taras Barabola, giudice di Zulawce nel 'Weliki Lys', la grande selva sui Carpazi. Originariamente il villaggio si sarebbe dovuto chiamare 'Ridowa', ed il romanzo *Il giudice di Ridowa*; tuttavia per altrui consiglio utilizzai il popolare titolo di Jhering, ed il romanzo s'intitolò quindi *Ein Kampf ums Recht*. Il libro non è perciò una rielaborazione poetica di quanto insegna Jhering: l'idea di base è mia, ma Jhering ha esercitato un influsso costante sulle concezioni da cui scaturì questa idea. Gli scrissi tutto ciò nella lettera che accompagnava il volume [...]»⁽¹⁰⁾.

Quel « consiglio altrui » ha tutta l'aria di venire dall'editore, certamente desideroso di sfruttare l'enorme successo del libretto iheringhiano. Oggi la rapidità con cui si diffonde e si commercializza ogni prodotto culturale rende difficile valutare correttamente la diffusione dell'opera di Jhering. Quel titolo compariva dovunque: persino una « czarda » portava quel nome. La disponibilità di Franzos a cedere alle esortazioni commerciali è rivelatrice del suo bisogno di affermarsi presso il grande pubblico: questo bisogno può in parte spiegare la precipitazione con cui venne pubblicato il brano di Jhering di cui si occupa questo paragrafo.

All'invio del romanzo di Franzos Jhering rispose con una lunga lettera del 25 novembre 1881 (che Franzos pubblicò per intero ed in cui Jhering annunciava di accingersi alla lettura del libro) e con un'altra del 22 gennaio 1882, che Franzos pubblicò soltanto in parte: riprodurla per intero, osserva, « non sarebbe di buon gusto » (11).

Ma è solamente alla fine della seconda puntata del necrologio, e precisamente nel penultimo suo capoverso, che si trovano quelle informazioni promesse dalla già citata nota redazionale, posta all'inizio dello scritto postumo iheringhiano. In realtà, confron-

⁽¹⁰⁾ FRANZOS, *Rudolf von Jhering*, cit., p. 79.

⁽¹¹⁾ *Op. cit.*, p. 80.

tando le promesse di quella nota con il contenuto di questo capoverso, appare subito chiaro che Franzos narra bene, ma non dice molto nè sull'epoca in cui Jhering scrisse il suo memoriale, nè soprattutto sullo scopo e sul modo della pubblicazione:

« Nel 1886 conobbi di persona Jhering, a Vienna. Ho già detto quale impressione mi avesse fatto come uomo. In quell'occasione mi diede anche le annotazioni pubblicate nel fascicolo precedente. Le aveva scritte per i suoi amici e non pensava di darle alle stampe. Quando gli chiesi di lasciarmele come contributo per una rivista che allora dirigevo, mi rispose: 'Dopo la mia morte le consento di pubblicare quanto è destinato ad una più vasta cerchia di lettori'. Allora è meglio che ne riparlamo fra trent'anni, ribattei io ... Egli però si fece subito dare il manoscritto ed indicò i passi » ⁽¹²⁾.

La parte che, secondo Franzos, Jhering stesso aveva destinato alla pubblicazione coincide con il tema che, anni prima, Jhering aveva messo in rilievo nella lettera a Bülow: il giudizio di Bismarck su Savigny. Questa concordanza rende plausibile la versione di Franzos. L'opposizione degli eredi di Jhering alla pubblicazione di questo scritto si fondò non tanto sull'aspetto formale dell'autorizzazione, quanto sul contenuto del memoriale. Per questo è ora opportuno esaminare i giudizi contenuti nel testo édito da Franzos.

4. *I giudizi su Savigny.*

Le pagine di Jhering sono il memoriale di un osservatore non imparziale. Dai giudizi attribuiti a Bismarck si scivola in quelli formulati da Jhering, che a loro volta vengono rafforzati con notizie e pareri forniti da terzi. Così, contro il Savigny del periodo berlinese si schierano non soltanto Bismarck e Jhering, ma anche studiosi come Bachofen, Bruns, Jakob Grimm, Rudorff, Sill, nonchè i ministri della giustizia Friedberg e Bormann. Per venire a capo del gioco di scatole cinesi di questi giudizi, conviene distinguere i passi attribuiti a Bismarck dai giudizi personali di Jhering.

Come studente a Göttingen, annota Jhering, Bismarck « sembra esser stato in contatto più con i bidelli che con i docenti » ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Ivi.

⁽¹³⁾ JHERING, *Erinnerungen an Bismarck und Savigny*, cit., p. 47.

Oltre a Gustav Hugo, Bismarck ricordava soltanto il libero docente Valett, del quale aveva seguito un corso di Pandette. Un secondo corso doveva poi essergli impartito a Berlino: fu in questa occasione che Bismarck entrò in contatto con Savigny. Jhering riferisce tra virgolette il giudizio di Bismarck sul grande giurista, anche se è ovvio che si tratta d'una sua ricostruzione:

« Savigny, disse Bismarck, l'ho conosciuto bene. Ero amico dei suoi figli e frequentavo la sua casa. Che impressione gretta e meschina mi faceva quest'uomo grande e venerato. Si gonfiava come un pavone e perfino noi studenti non gli sembravamo troppo umili per farci impressione. Quand'egli, dopo la lezione, doveva andare ad una seduta del Consiglio di Stato, arrivava con una sopravveste ampiamente aperta, affinché si potesse intravedere la splendida uniforme di consigliere di Stato. Avrebbe potuto abbottonarsi tutta la sopravveste, però noi studenti dovevamo vedere quell'uniforme. Nelle sue lezioni ci misurava le parole come se fossero grani d'oro e come se per lui costituisse un'umiliazione il fatto di doverci parlare. Nessun rapporto con l'uditorio, nessuna parola calda o viva, nessun segno di interesse nei nostri riguardi. La sua tanto celebrata oggettività non era altro che una totale indifferenza generata dall'alterigia. Per chi l'ascoltava essa aveva addirittura qualcosa di offensivo, perchè si percepiva chiaramente che serviva sempre e soltanto a mantenere la distanza tra lui e gli altri. Questo comportamento affettato me lo rendeva veramente insopportabile, suscitando così in me proprio i sentimenti opposti a quelli che egli desiderava: non mi sembrava grande, ma anzi indicibilmente piccolo e gretto.

Un altro tratto del suo carattere contribuiva a rendermelo invisibile: la sua avarizia e la sua avidità. Gli studenti che frequentavano per la seconda volta il corso di Pandette non dovevano pagare l'onorario. Quanto ciò lo contrariasse era dimostrato dal fatto che assegnava a questi studenti certi posti nell'aula, cui volgeva sempre la schiena nel corso delle lezioni: parlava soltanto per quelli che avevano pagato. In un intervallo girammo a sinistra la sedia della cattedra, che era sempre girata a destra: egli captò il messaggio e da allora in poi parlò anche nella nostra direzione » (14).

Con queste parole termina la parte attribuita a Bismarck, cui Jhering si ricollega rilevando la coincidenza del proprio giudizio

(14) *Op. cit.*, p. 47 s.

con quello del Cancelliere ⁽¹⁵⁾. Da qui in avanti Jhering esprime giudizi suoi, fornendo esempi dell'avarizia ed avidità ricordate da Bismarck: il persistere dei medesimi termini crea un'unità stilistica che può indurre in inganno nell'ascrivere i giudizi così formulati. Il tutto è poi ulteriormente complicato dallo stesso Jhering, che, dopo una pagina di opinioni proprie, conclude:

« Gli è sempre mancata una vera dignità, perchè gli erano note soltanto la vanità e l'alterigia; e qui riporto una tagliente espressione che Bismarck, con i suoi noti modi bruschi, usò nei suoi riguardi: 'Era un vanesio, un essere veramente gretto' » ⁽¹⁶⁾.

Dopo questo giudizio di Bismarck, Jhering ritorna a fornire esempi dell'alterigia di cui egli (e non il Cancelliere) ha parlato poco prima, finchè — poche righe prima della fine del testo édito da Franzos — avverte: « Torno ora a Bismarck » ⁽¹⁷⁾, e descrive in poche righe la cerimonia della consegna del diploma.

Dunque, soltanto il lungo discorso diretto e la frase ora citata sono attribuite a Bismarck. Vediamo ora i giudizi con cui Jhering integra quelle asserzioni.

Jhering ebbe modo di valutare il carattere di Savigny in due occasioni: da studente, nel 1840, ne ascoltò le lezioni sulle Pandette, mentre da libero docente, probabilmente nel 1844, lo incontrò di persona. Le impressioni lasciategli da questi incontri sembrano polarizzarsi intorno a due qualità negative di Savigny: da un lato, l'avarizia ed avidità; dall'altro, l'alterigia.

Dopo aver narrato un episodio in cui Savigny dichiarava che le sue pur elevate entrate accademiche costituivano soltanto l'*argent de poche* della moglie e rinviava quindi sprezzatamente ad essa lo studente indigente che chiedeva di essere esonerato dal

⁽¹⁵⁾ « L'immagine di Savigny tracciata da Bismarck coincide con quella che io ho ricavato da un contatto personale con lui; nè è per me privo di valore il fatto che il mio giudizio venga confortato anche dal suo; e qualche riga più avanti: « L'impressione che mi fece Savigny, quando nel 1840 ascoltai le sue lezioni sulle Pandette, fu esattamente quella che egli aveva prodotto su Bismarck » (*op. cit.*, p. 48).

⁽¹⁶⁾ *Op. cit.*, p. 49.

⁽¹⁷⁾ Ivi.

pagamento dell'onorario, Jhering valuta così l'attività ministeriale di Savigny:

« Quando Federico Guglielmo IV, il cui dottrinarismo si rivelò anche in questa misura, creò appositamente per Savigny quel Ministero per la legislazione che con lui sorse e tramontò, Savigny richiese, e riuscì anche ad ottenere, che gli venisse concessa una somma di varie migliaia di talleri per compensare il mancato introito degli onorari accademici: l'argent de poche della moglie! Lo Stato prussiano dovette pagare a caro prezzo l'esperimento fallimentare del ministro per la legislazione Savigny. Ben presto infatti Savigny fornì la prova che la sua teoria della « mancanza di vocazione del nostro tempo per la legislazione » era perfettamente fondata, almeno per quanto riguardava lui stesso. Il ministro della giustizia Friedberg, cui dovette riferire sul colloquio con Bismarck e, quindi, anche sui suoi giudizi su Savigny, mi disse: « È stato il peggior ministro della giustizia che la Prussia abbia mai avuto ». Ed anche il più caro, come si è visto. Alla mancanza di doti pratiche si accompagnavano l'alterigia e l'impermeabilità alle opinioni altrui, cioè quel senso di infallibilità di cui Savigny aveva fornito già tante prove come teorico e come scrittore e che, in quella carica, era veramente controproducente. Nessuno dei consiglieri scelti dallo stesso Savigny riuscì a sopportare la sua presenza: dopo breve tempo lasciarono tutti il suo ministero e, se esso avesse avuto vita più lunga, Savigny avrebbe finito per trovarsi da solo » ⁽¹⁸⁾.

Infine la narrazione dell'incontro, avvenuto con ogni probabilità nel 1844, fa luce sull'esperienza personale da cui dovette consolidarsi il risentimento di Jhering nei riguardi di Savigny. In margine a questo incontro va ricordato che, proprio in quel periodo, Jhering andava pubblicando sulla « Literarische Zeitung » la serie anonima di articoli *Die historische Rechtsschule der Juristen* ⁽¹⁹⁾.

« Anche a me non mancò l'occasione di conoscere la sua alterigia. Quando divenni libero docente volevo consegnargli il

⁽¹⁸⁾ *Op. cit.*, p. 48.

⁽¹⁹⁾ Su questi articoli, cfr. la bibliografia di JHERING nel volume *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Giuffrè, Milano 1977, p. 568 ss., ovvero LOSANO, BONAZZI, *Bibliografie di Jhering e Gerber*, Giuffrè, Milano 1978, p. 6 ss.

mio primo lavoro, le *Abhandlungen aus dem römischen Recht*. Il suo allievo e protetto Rudorff lo aveva informato del mio desiderio ed aveva fissato anche l'ora in cui dovevo presentarmi al suo palazzo. Già prima Rudorff aveva richiamato l'attenzione di Savigny su di me. Il governo bavarese aveva chiesto a Savigny di proporre una persona atta a ricoprire la cattedra di diritto romano vacante a Würzburg, Savigny si era rivolto a Rudorff e questi aveva proposto me. Quando mi presentai a Savigny, egli sedeva allo scrittoio. Non si alzò dalla sedia, ma venni ricevuto con un cenno del capo e con l'indicazione della sedia su cui dovevo accomodarmi. Soltanto nel corso della mia attuale visita a Berlino ho appreso dal ministro della giustizia Friedberg che questa era ancora un'accoglienza abbastanza gioviale, anche se per me, allora come in seguito, costituì un modello di ineducazione. [...] Lo svolgimento del mio incontro con Savigny fu in armonia con questa accoglienza. Mi parve opportuno cogliere l'occasione per ringraziare Savigny del suo interessamento per Würzburg: mal me ne incolse! Savigny non si ricordava di quell'evento. E come avrebbe potuto, dal momento che la sua raccomandazione non aveva sortito alcun effetto? Anche di me non sapeva nulla: si comportò infatti come se avesse sentito il mio nome per la prima volta in vita sua. Poche parole pronunciate con voce perfettamente atona, poi un segno di mano che mi diceva che potevo alzarmi, un impercettibile cenno del capo: la mia udienza era terminata. Me ne andai giurando che mai più in vita mia avrei varcato quella soglia. Eppure, a modo suo, Savigny era forse stato ancora trattabile! » (23).

In conclusione, le pagine del memoriale iheringhiano pubblicato da Franzos possono prestarsi ad equivoci nell'attribuzione dei pesanti giudizi, e ciò per due ragioni: in primo luogo, come già si è detto, i giudizi fin qui raggruppati in base al loro autore sono, nell'originale iheringhiano, intrecciati l'uno con l'altro e, per di più, arricchiti da ricordi e giudizi di altre persone; in secondo luogo, l'unità stilistica del testo si fonda sulla costante ripresa dei medesimi concetti-chiave, indipendentemente dalla persona che li ha formulati. Era perciò quasi inevitabile che la pubblicazione di queste pagine suscitasse polemiche.

A ciò bisogna aggiungere gli interventi di Franzos sul testo iheringhiano. Il primo capoverso non è di Jhering, ma è una pre-

(20) JHERING, *Erinnerungen an Bismarck und Savigny*, cit., p. 49.

messa redazionale, benchè scritta in prima persona; in essa si è anche inserito un errore sulla data dell'incontro, che ebbe luogo non il 25, bensì il 27 marzo 1885 ⁽²¹⁾. Inoltre, nel corso del testo, compare una frase che sembra più una giustificazione di Franzos che una divagazione di Jhering:

« La narrazione di Bismarck sul periodo trascorso a Berlino come studente aveva al suo centro soprattutto Savigny, presso il quale egli aveva ascoltato per la seconda volta le lezioni sulle Pandette. Le sue affermazioni su questo giurista ebbero per me un tale interesse, che ne avrei preso nota anche indipendentemente dalla presente occasione. Esse meritano infatti di essere conservate, ed io non ho nulla in contrario a che un giorno le si pubblichino, prendendole da queste mie note » ⁽²²⁾.

Questa è l'unica autorizzazione alla stampa riprodotta da Franzos, insieme con il già citato racconto del permesso impartitogli oralmente da Jhering. Si è già visto che quel racconto è coerente con altre asserzioni di Jhering; inoltre il fatto di avere quel testo nelle proprie mani è certamente un punto a favore di Franzos: in qualche modo, Jhering glielo deve pur aver dato, anche sapendo che Franzos era direttore d'una rivista. Però la mancanza d'una precisa autorizzazione scritta giustificò la protesta degli eredi di Jhering contro questa pubblicazione.

5. *La pubblicazione curata da Poschinger nel 1908.*

Un'eco di quell'incontro e del titolo di dottore *honoris causa* dell'università di Göttingen si trova nella lettera del 21 agosto 1888, con cui Bismarck formula « i più fervidi auguri » per i settant'anni di Jhering, cui egli si rivolge con l'appellativo di « verehrter Herr Kollege »: « Mi è particolarmente gradito, grazie al titolo attribuitomi dalla Georgia Augusta, di appartenere nuovamente insieme con Lei all'università che lasciai studente cinquantacinque anni or sono » ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Cfr. *supra*, nota 3.

⁽²²⁾ JHERING, *Erinnerungen an Bismarck und Savigny*, cit., p. 47.

⁽²³⁾ La lettera è riprodotta in Heinrich von POSCHINGER, *Bismarck und Jhering. Aufzeichnungen und Briefe*, Verlag von Gebrüder Paetel, Berlin 1908, p. 41.

La notizia di questa lettera venne riportata sui giornali ed il biografo ufficiale di Bismarck, Heinrich von Poschinger ⁽²⁴⁾, si rivolse a Jhering per avere una copia della missiva, al fine di includerla nell'epistolario bismarckiano. Jhering rispose il 30 agosto 1889, spiegando che non aveva acconsentito alla pubblicazione della lettera sulla « Göttinger Zeitung » « per non trarre profitto da un'attestazione di rispetto » ⁽²⁵⁾, ma che l'avrebbe trasmessa volentieri a Poschinger. E aggiungeva:

« Le posso mettere a disposizione anche qualcos'altro, e precisamente un memoriale che a suo tempo stilai sulle tre ore che, in occasione del settantesimo anniversario del principe, ebbi l'onore di trascorrere alla sua tavola, nella cerchia dei suoi famigliari più intimi. Nella mia famiglia lo si conserverà come un ricordo del mio incontro con il principe. Certo lo scritto sarebbe stato non privo di interesse anche per un pubblico più vasto, però anch'esso non venne pubblicato per la ragione già esposta. Potrà vedere la luce dopo la morte mia e del principe, non prima. Forse alcune osservazioni in esso contenute presentano qualche interesse per la finalità che Lei persegue: poichè ritengo mio dovere appoggiarLa in ogni modo, su Sua richiesta Le metterò a disposizione il mio scritto, a condizione però che non venga pubblicata alcuna parte nè di esso, nè della lettera » ⁽²⁶⁾.

Poichè Poschinger avrebbe voluto stampare subito il memoriale, in una lettera del 22 aprile 1890 Jhering esprimeva così i motivi di questa sua ritrosia:

« La ragione che mi induce a ciò non è il timore di suscitare scandalo a causa della mia ammirazione per il principe o, meglio, a causa del modo in cui la esprimo. Non ho mai celato il mio contatto col principe Bismarck e sarei assai lieto se mi si presentasse l'occasione di pronunciarmi pubblicamente ed a

La sua traduzione si trova nella già ricordata *Introduzione a JHERING, Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino 1972, p. xxiv.

⁽²⁴⁾ Heinrich von Poschinger nacque a Monaco il 31 agosto 1845 e morì nel 1911. Autore di numerose opere giuridiche e di studi sul sistema bancario, raccolse e pubblicò per tutta la vita materiali e studi su Bismarck. Su Bismarck scrisse persino un'opera teatrale (1905), che venne però vietata dalla censura. Dopo la morte del Cancelliere si ritirò a Nizza: è lì che, nel giugno 1908, terminò di preparare il volumetto su Bismarck e Jhering.

⁽²⁵⁾ POSCHINGER, *Bismarck und Jhering*, cit., p. 5.

cuore aperto su di lui. Dovrei però averne l'occasione, ed io non voglio crearmela appositamente. D'altra parte, la mia posizione professionale non mi offre alcun appiglio per esprimere i miei sentimenti sul principe, anzi considererei un atto presuntuoso il farlo. Mi si addice dunque l'ammirazione tacita e paga di se stessa. Proprio perchè essa è vera e autentica, ho ritengo nel prendere la parola sul principe senza alcuna causa esterna: mi parrebbe di volermi gonfiare e dar lustro con la sua luce riflessa. Come vedrà nel mio memoriale, Bismarck è per me oggetto di un culto che riterrei di profanare se l'offrissi non richiesto al pubblico » (27).

Tra le caratteristiche del proprio carattere Jhering indica anche il fatto di non aver mai cercato di mettersi in primo piano, e prosegue:

« Ho serbato questo atteggiamento anche nei confronti dell'attenzione di cui il principe mi ha fatto oggetto: non ho reso pubblico alcunchè in proposito, nè la notizia che a suo tempo ero stato da lui ricevuto personalmente, nè la lettera augurale ch'egli mi indirizzò in occasione del mio settantesimo compleanno. Col principe, se mi si passa l'espressione, non posso andare per funghi: è troppo in alto, e poi questo atteggiamento è estraneo al mio carattere. Quello che posso fare è che il mio nome non venga collegato con il suo finchè io sia in vita: se ciò avviene dopo la mia morte, non mi si potrà rimproverare di aver ceduto alla vanità » (28).

Queste asserzioni sono coerenti con quelle enunciate nell'incontro con Franzos nel 1886: l'unico punto poco chiaro — a causa delle discordanti formulazioni di Jhering stesso — è se la pubblicazione del memoriale dovesse avvenire dopo la morte del solo Jhering, ovvero dopo la morte sia di Jhering, sia di Bismarck. Il curatore del lascito di Jhering, cioè il giurista Viktor Ehrenberg, marito di Helene Jhering, fu quindi forse troppo rigoroso nell'interpretare le ultime volontà del suocero, se, come scrive Poschinger, « il curatore del lascito letterario iheringhiano, seguendo un sentimento condiviso dall'intera famiglia, si è opposto a lungo ad

(26) *Op. cit.*, p. 6.

(27) *Op. cit.*, p. 6 s.

(28) *Op. cit.*, p. 8.

autorizzare la stampa del memoriale, sebbene a sua insaputa e decisamente contro la sua volontà già da anni C. E. Franzos ne avesse pubblicato un frammento, che così isolato poteva offuscare l'immagine del defunto. Però le varie notizie errate o inesatte riportate dai giornali dopo la morte di Rottenburg hanno ora indotto il curatore del lascito letterario di Jhering ad approvare la stampa del memoriale, richiesta da più parti, con l'omissione di alcune aggiunte irrilevanti per il rapporto con Bismarck » ⁽²⁹⁾.

Dopo tutte queste traversie, il memoriale di Jhering venne pubblicato nel 1908 in un volumetto che contiene anche altro materiale sui rapporti tra Jhering e Bismarck ⁽³⁰⁾. A questo punto disponiamo degli elementi per proporre una ricostruzione del testo iheringhiano e per formulare un giudizio sulla sua attendibilità filologica.

6. *La ricostruzione di un testo attendibile.*

Il memoriale di Jhering édito da Poschinger nel 1908 presenta una vasta lacuna in corrispondenza alle pagine già pubblicate da Franzos nel 1892. Per la precisione, il primo capoverso di Franzos non è di Jhering, come già si è detto, ma è una premessa redazionale per spiegare l'origine del testo che segue. Pur essendo scritto in prima persona, come se fosse Jhering a parlare, quel passo non esiste nel testo édito da Poschinger. Anzi, inserendolo immaginariamente in quest'ultimo contesto, risulterebbe totalmente fuori luogo. Il testo di Franzos e quello di Poschinger proseguono paral-

⁽²⁹⁾ *Op. cit.*, p. 8 s.

⁽³⁰⁾ Il volumetto di Poschinger non ha indice; può quindi essere utile indicare qui il materiale di cui si compone: 1. La *Einleitung* di Poschinger (p. 5-9), che riproduce le due lettere di Jhering di cui si è parlato nel testo; 2. Il testo iheringhiano *Drei Stunden im Hause des Fürsten von Bismarck* (p. 9-41); 3. Una lettera di Bismarck a Jhering del 21 agosto 1888 (p. 41; cfr. *supra*, nota 23); 4. La risposta di Jhering a Bismarck del 15 settembre 1888 (p. 42-46), e non 1855, come risulta dalla pubblicazione di Poschinger senza dubbio per un errore di stampa; 5. Una lettera di Jhering a Bismarck del 30 marzo 1890; 6. L'articolo tratto dalla « *Göttinger Freie Presse* » del 2 agosto 1887 *Aus Bismarcks Göttinger Studentenzeit* (pp. 48-52), che Jhering stesso aveva inviato a Poschinger per sostituire la parte su Savigny, omessa in quell'edizione.

leli per alcuni capoversi ⁽³¹⁾, poi divergono nuovamente: Franzos omette senza alcuna indicazione in luogo capoverso, che in Poschinger occupa invece quasi una pagina ⁽³²⁾. Poschinger, a sua volta, omette l'intera parte su Savigny pubblicata da Franzos, sostituendola con questa nota tra parentesi quadre:

« A questo punto Jhering ricorda che la conversazione di Bismarck sugli anni trascorsi da studente a Berlino ebbe per oggetto soprattutto Savigny, le cui lezioni Bismarck affermò di aver ascoltato soltanto due volte. L'idea che Jhering si era fatta di Bismarck era tutt'altro che lusinghiera. Nel corso dello scritto Jhering riassume così il suo giudizio su Savigny » ⁽³³⁾:

ma qui, dell'intera parte su Savigny, Poschinger riporta soltanto le undici righe più clementi, e precisamente quelle contenenti l'unico giudizio vagamente benevolo, secondo cui l'adulazione degli ammiratori e l'aria di corte avevano trasformato profondamente la natura del Savigny berlinese ⁽³⁴⁾. Basta ricordare i pesanti giudizi su Savigny, riportati in questo scritto al § 4, per rendersi conto sia dell'attenuazione compiuta da Poschinger, sia dei motivi per cui la pubblicazione di Franzos era stata così invisibile agli eredi. In questa vicenda non mancano forse anche risvolti personali. Infatti il figlio di Savigny fu un concorrente di Bismarck per il cancellierato imperiale. I giudizi riportati nel memoriale edito nel 1892 potevano sembrare un inutile accanimento contro la famiglia di un collega che, sconfitto nel 1868, era già defunto dal 1875 ⁽³⁵⁾. I due testi corrono di nuovo paralleli dalla frase: « Torno

⁽³¹⁾ Nel testo edito da Franzos, la p. 47, colonna 1, corrisponde alle pagine 34, 35 e 36 (fino a metà) di quello edito da Poschinger.

⁽³²⁾ Il testo omissso da Franzos si trova in Poschinger, p. 36-37.

⁽³³⁾ POSCHINGER, *Bismarck und Jhering*, cit., p. 32.

⁽³⁴⁾ In Poschinger queste righe si trovano tra la fine di p. 37 e l'inizio di p. 38; esse corrispondono — ma con omissioni — a parte del 3° capoverso di Franzos, p. 48, colonna 1.

⁽³⁵⁾ Bismarck aveva frequentato la famiglia Savigny, e proprio questa dimestichezza gli consente, nelle sue memorie, di delegare ad altri il giudizio negativo su Savigny: « Di Gončarov — scrive Bismarck — i suoi collaboratori al ministero dicevano: ' Il se mire dans son encrier ', e Bettina si esprimeva analogamente su suo cognato, il celebre Savigny: ' Non può scavalcare un rigagnolo senza spec-

ora a Bismarck » ⁽³⁶⁾, la quale introduce le ultime righe del testo édito da Franzos.

Con quest'opera di intarsio si ricostruisce un testo iheringhiano abbastanza attendibile, ma comunque corrotto per almeno tre ragioni:

1. Franzos è intervenuto liberamente sul testo, con interpolazioni ed omissioni non segnalate in alcun modo. Due aggiunte ed un'omissione sono già state illustrate: ma ne esistono altre?

2. Poschinger ha pubblicato il testo « tralasciando alcune aggiunte irrilevanti per l'incontro con Bismarck » ⁽³⁷⁾: con questa frase Poschinger allude soltanto alle pagine su Savigny, ovvero anche ad altre omissioni non altrimenti segnalate?

3. Ulteriori omissioni vanno infine ascritte all'intervento dello stesso Bismarck: « Il memoriale che segue — avverte Poschinger — è stato sottoposto per interposta persona anche al Principe Bismarck, il quale, dopo averne rettificato pochi punti, non ha sollevato obiezioni contro la pubblicazione dello scritto, che soltanto gli sembrava troppo lusinghiero nei riguardi della sua persona » ⁽³⁸⁾.

Da quanto si è visto fin qui, risulta che la parte più corrotta del memoriale iheringhiano è proprio quella su Savigny. Anche nella sua forma attuale, comunque, lo scritto offre un quadro preciso dell'idea che Bismarck e Jhering (e non essi soltanto) si erano fatti dell'ultimo Savigny. Anche se un giorno dal « Jhering-Schrank » della Georgia Augusta dovesse saltar fuori il manoscritto originale, il testo filologicamente accertabile non dovrebbe capovolgere quei giudizi, ma anzi — considerata la natura censoria degli interventi sui testi pubblicati — dovrebbe addirittura rafforzarli ⁽³⁹⁾.

chiarvisi' » (Otto Fürst von BISMARCK, *Gedanken und Erinnerungen*, Cotta, Stuttgart 1898, vol. 2, p. 108).

⁽³⁶⁾ Questo punto si trova in Poschinger a p. 38, in Franzos a p. 49, colonna 2.

⁽³⁷⁾ POSCHINGER, *Bismarck und Jhering*, cit., p. 9.

⁽³⁸⁾ Ivi.

⁽³⁹⁾ Le notizie fin qui raccolte e ordinate dovrebbero oggi permettere di affrontare il problema dei rapporti tra Bismarck, Savigny e Jhering con maggior precisione di quanto sia avvenuto in passato. Di questi giudizi ed attacchi si

trovano soltanto cenni nella letteratura tedesca: alcuni di essi vengono qui riprodotti in traduzione italiana. Essi mi sono stati messi a disposizione dal Dr. Joachim Rückert dell'Università di Monaco di Baviera, cui sono grato non soltanto per questo contributo, ma anche per l'aiuto che mi ha prestato nell'intero lavoro.

Scrivono Erik WOLF (*Große Rechtsdenker*, 4ª ed., Tübingen 1963, p. 471): « La leggenda della vanità di Savigny manca di ogni fondamento concreto. Essa si fonda su un detto di Bismarck nei suoi *Gedanken und Erinnerungen* e si richiama ad una maligna osservazione di Bettina, secondo cui 'Savigny non può scavalcare un rigagnolo senza specchiarsi', osservazione riportata a Bismarck dal figlio di Bettina, il diplomatico Friedmund von Arnim. O forse l'origine di queste dicerie va vista nell'ironico detto di Heinrich Heine: 'dolciastro ed azzimato trovatore delle Pandette' ». Questo passo non indica fonti, nè era incluso nell'edizione del 1939. Sul richiamo a Bettina von Arnim, cfr. nota 35.

D. STRAUCH (*Recht, Gesetz und Staat bei C. F. von Savigny*, Bonn 1960, p. 107 ss.) scrive: « Su posizioni decisamente critiche si schiera Jhering, che aveva già criticato Savigny nel suo *Spirito del diritto romano* (vol. 1º, 1852), riconfermando poi — sia pure in forma più smorzata — questa sua posizione nel Necrologio. La sua vera e ben più netta opinione in proposito venne pubblicata soltanto traendola dal suo lascito letterario ». Quest'ultima asserzione è accompagnata da una nota, che rinvia al fascicolo di « Deutsche Dichtung », di cui già ci si è occupati.

A. STOLL (*F. C. von Savigny*, Bd. 3, Berlin 1939) ritorna tre volte sull'argomento: « Soltanto Mohl [...] ha criticato il suo carattere [cioè di Wächter], come Kohler aveva già fatto con Windscheid e Jhering e quest'ultimo con Savigny » (p. III, nota 71, senza però indicare alcuna fonte); « Anche se il suo [cioè di Savigny] eloquio perse con l'età lo smalto degli anni giovanili [...] », e in nota: « Così asserì Jhering una volta » (p. 189, nota 29, senza indicazione di fonti); « Non era proprio di Savigny questo ricercare contatti stretti con gli ambienti nobiliari », e in nota: « Ciò è stato sostenuto da Varnhagen e Jhering » (p. 222, nota 18, senza indicazione di fonti).

H. KANTOROWICZ, (*Savigny and the Historical School of Law*, 1937, p. 419 s.) scrive diffusamente sull'incontro tra Jhering e Bismarck: « Uno dei maggiori tra i successori di Savigny, Rudolf Jhering, visitò Bismarck nel 1885, e per la sua famiglia scrisse un resoconto della loro conversazione, che venne pubblicato molto tempo dopo la sua morte [qui Kantorowicz cita il volume di Poschinger]. Molti si stupirono che un uomo come Bismarck potesse aver parlato soltanto di banalità, e che un uomo come Jhering potesse aver scritto un lungo resoconto colmo soltanto di chiacchiere. La spiegazione sta nel fatto che gli eredi di Jhering tagliarono via una parte importante dello scritto, e precisamente quella su Savigny. Savigny era stato docente di entrambi ed entrambi concordavano nel giudicare in modo estremamente sfavorevole il suo carattere, scambiandosi una serie di aneddoti, assai divertenti anche se forse non sempre del tutto veri. Esiste anche una pubblicazione di questa parte [qui Kantorowicz cita lo scritto di Franzos], ma nessuno dei biografi dei tre grandi uomini lo ha mai menzionato ».

ANTONIO MANTELLO

A PROPOSITO DI SAVIGNY:
UNA RIFLESSIONE SULLE RIFLESSIONI

Vorrei discutere quella che — con linguaggio ormai abusato — potremmo chiamare la ‘ rivisitazione ’ di Savigny effettuata dalla romanistica negli ultimi decenni (*). Non un esame del modo in cui Savigny o, meglio, i suoi contributi strettamente tecnici vengano utilizzati dagli studiosi dell’esperienza romana. Né, ancora, una ricognizione delle indagini che sul piano della storia del pensiero giuridico moderno i romanisti contemporanei contribuiscono a svolgere intorno alla personalità di Savigny. Né, a maggior ragione, una valutazione del peso sempre più crescente che la figura di Savigny sta assumendo nelle ricerche svolte in altre discipline storico-giuridiche. Quelli che desidero proporre sono alcuni elementi di riflessione intorno al significato e alla portata che alcune note proposizioni teoriche savigniane intorno al diritto hanno assunto negli odierni dibattiti romanistici sui ‘ procedimenti metodologici ’ della storiografia giuridica, sui nessi fra quest’ultima e lo studio del diritto positivo, sulle opzioni da compiere rispetto alla fenomenologia giuridica, sulle concezioni insomma che modellano i nostri ragionamenti circa la posizione del giurista all’interno delle esperienze giuridiche attuali.

Non è difatti inutile porsi il problema di certe aporie presenti nella riflessione metodologica della storiografia giuridica contem-

(*) Testo di un ‘ intervento autonomo ’ da me preparato per il Seminario di cui si pubblicano qui gli atti e al quale non ho potuto poi partecipare. Ne è stata conservata la stesura originaria: una rielaborazione avrebbe significato non tener più conto dello spirito e dell’occasione che mi avevano spinto ad elaborarlo.

Ringrazio il prof. Paolo Grossi per averne consentito ugualmente la pubblicazione.

poranea e, più precisamente, in quella romanistica, molto più attenta all'esame del proprio modo d'essere e dei condizionamenti che le derivano dalle correnti storicistiche dell'Ottocento, ma anche abbastanza indirizzata verso forme di 'recupero' non sempre appaganti. Sarà dovuto al caso, ma il nome di Savigny campeggia spesso all'interno di tante riflessioni sui problemi generali del diritto e non di rado lo storicismo da lui propugnato diviene lo storicismo per eccellenza, con il quale fare i conti e confrontarsi al di là — mi si passi il giuoco di parole — della sua medesima storicità. Potremmo dire che, almeno per alcuni aspetti, Savigny ha saputo creare terra bruciata intorno a sé, che è rimasta tale fino ad oggi. E in tal senso proprio la funzione filtrante dell'operazione culturale della Scuola storica serve talvolta, e in ultima analisi, per sostanziare quasi una sublimazione delle relative concezioni del diritto, di carattere quasi atemporale e volta quasi a dar conferma alle nostre visioni di fondo intorno alla fenomenologia giuridica.

In ciò, va da sé, sono luci ed ombre, aperture e chiusure, diversità; contraddizioni fors'anche rispetto a più spregiudicate analisi della figura savigniana condotte in chiave di storia del pensiero giuridico. Inoltre le singole posizioni non sono certo suscettibili di *reductio ad unitatem*. Spesso però (almeno mi sembra) il tutto si compie all'insegna di una sorta di neutralità della proposta savigniana, cui si guarda in negativo o in positivo — più in positivo che in negativo — sotto l'egida delle sue 'qualità' intrinseche. E se non mancano le precisazioni di rito sul carattere conservatore (come si ama ripetere) di tale proposta, non di rado l'atteggiamento di fondo è la valutazione *in vitro* della stessa, al di qua di un effettivo ripensamento dei suoi limiti più gravi: primo fra tutti, la 'decapitazione' di ogni funzione critica del giurista nell'ambito della fenomenologia giuridica.

* * *

So bene che è un aspetto molto delicato, e qualcuno potrebbe forse oppormi di ragionare col famigerato senno del poi di cui son piene le fosse; o altrimenti accusarmi di introdurre discettazioni *à la page* sull'ideologia del giurista per mettere in discussione anche acquisizioni così vitali come l'insegnamento di Savigny.

In realtà, il mio scopo è un altro. Non si vuole qui perpetuare la *laudatio* di Savigny attraverso una mera constatazione del 'recupero' delle sue dottrine generali intorno al diritto nei dibattiti metodologici della romanistica contemporanea. Si vuole piuttosto accennare agli esiti di questo 'recupero': se abbia, cioè, frenato o sviluppato la consapevolezza del nostro concreto operare; della funzione, voglio dire, cui — storici del diritto — siamo chiamati nel più vasto campo della scienza giuridica. E da questa angolazione, forse i tempi sono maturi per una discussione franca e aperta sul significato politico, oltre che tecnico, del modo di 'far storia' nel presente e per il presente.

* * *

Chesnaux, in un'opera piena certo di esasperato criticismo così come stimolante sotto vari profili, si domanda: « Che posto occupa il sapere storico nella vita sociale? Opera a favore dell'ordine costituito o contro di esso? È un prodotto gerarchizzato che dagli specialisti cala verso i 'consumatori di storia' ...? O è innanzitutto radicato in un *bisogno collettivo*, in un rapporto-colpassato che opera in tutto il corpo sociale, un sapere le cui ricerche specializzate sarebbero solo un aspetto tra gli altri? Tutti questi problemi sono *politici* » (1). Risposta e domande inquietanti. Sbaglieremmo a credere che siano nate così, per amor di polemica.

La stessa storiografia giuridica, a partire almeno dalle teorizzazioni umanistiche sulla storia e la storicità del diritto, si è affannata a rispondere: il più delle volte, è vero, in senso elitario e — per continuare ad usare l'espressione di Chesnaux — a favore dell'ordine costituito. Ma anche noi, uomini del nostro tempo, non possiamo sottrarci a questi interrogativi. Urge ancor oggi una risposta, e soprattutto nei nostri studi, se è vero (come è vero) che noi storici del diritto e noi romanisti in particolare non abbiamo solo il problema di farci ascoltare dagli studiosi di diritto positivo, ma addirittura quello di ristabilire un'effettiva interazione con gli altri settori storiografici. Non si presta spesso la dovuta attenzione al fatto che, mentre le frange più avvertite

(1) Cfr. J. CHESNAUX, *Che cos'è la storia*, trad. it., Milano 1977, p. 7.

della romanistica contemporanea sono abbastanza sensibili ai dibattiti e alle discussioni che sui ' procedimenti metodologici ' e l'attività dello storico si svolgono negli altri campi del sapere storiografico, questi viceversa si sviluppano e vanno avanti nella più completa indifferenza verso il nostro lavoro. Paradossalmente, inoltre, la risorgente ' fame di storia ' che negli ultimi tempi prende sempre più piede (e in forma sempre più massificata) non tocca e non coinvolge la storia del diritto. Perché? Dipende tutto, come si dice spesso, dalle peculiarità tecniche delle nostre ricerche, ormai così raffinate da poter esser comprese soltanto dagli addetti o dipende anche dal nostro modo di ' fare storia '? Dipende tutto da limiti intrinseci al nostro oggetto di studio o dipende anche da una nostra insufficiente riflessione sui problemi politici di cui parla Chesnaux? È insomma possibile una scissione di questi dalle nostre indagini concrete? Tali indagini possono andarsene per loro conto e basta rivestirle (in modo più aggiornato) di quel certo tecnicismo scientifico che ci portiamo dentro dall'Ottocento per assicurar loro un'effettività e un valore intrinseco? Io, onestamente, non me la sentirei di rispondere dando il classico colpo al cerchio e l'altrettanto classico colpo alla botte. Viviamo in un'epoca, in cui ciascuno deve prendersi le proprie responsabilità, perché solo di responsabilità si tratta.

Penso che solo riportando nel nostro oggetto di studio i suddetti problemi politici o, meglio, i problemi di raccordo fra le nostre individuali scelte di fondo e l'analisi concreta si possa rendere più ' umano ' e, quindi, più indirizzato verso il presente il nostro studio. Perché — va sottolineato — l'aspetto tecnico o, se si vuole, la peculiarità dello studio della fenomenologia giuridica (presente o passata) non esclude, non deve escludere la coscienza anche del sotteso momento ideologico. L'aspetto tecnico è certamente imprescindibile ma pur sempre strumentale il più delle volte a *certi*, e non *altri*, valori sociali politici ideologici.

Il discorso è più facile in riferimento al diritto odierno, alla funzione del giurista che studia la fenomenologia giuridica contemporanea. Qui l'operazione del giurista è più manifesta, perché tutti siamo immersi nel nostro reale e abbiamo pertanto maggiori strumenti di giudizio sugli interventi che il ceto dei giuristi e, al suo interno, i singoli giuristi compiono.

Ma anche nel campo storiografico non possiamo rifugiarsi dietro un improbabile *non liquet*, esaltando magari la famigerata distinzione fra *Sein* (che sarebbe appannaggio e fine dello storico) e *Sollen* (appannaggio e fine, invece, dello studioso del diritto positivo). L'operazione ideologica dello storico del diritto può essere sì meno evidente, ma non va escluso *a priori* il suo carattere, appunto, ideologico: anche quando lo storico si nasconde dietro il tecnicismo più puro (e sappiamo tutti quanto simile prospettiva tardi a tramontare), egli storico compie sempre una opzione ideologica per il presente e nel presente, che magari è aggiogata al mito della scientificità cui accennavo poc'anzi, ma che in via indiretta e mediata contribuisce, se non altro, a rafforzare visioni acritiche, apparentemente asettiche e, per ciò stesso, conservative di tradizionali concezioni dell'uomo di cultura-giurista. È l'idea del giurista 'tecnico', del giurista-ago della bilancia, del giurista che obbedisce a non meglio precisati fini profondi del diritto, del giurista che 'fa storia' (o, meglio, continua a 'far storia') nel senso dell'ordine costituito; del giurista, insomma, che si appaga della certezza del diritto intesa come giustizia formale e non sostanziale.

Non che il giurista possa tutto. E tutto non può nemmeno lo storico del diritto. Ma una più lucida consapevolezza di tali profili non fa certo male alle nostre quotidiane fatiche. Tanto più che si tratta di discorsi abbastanza avvertiti sul piano degli enunciati. Il fatto è, però, che gli enunciati spesso non trovano rispondenza nell'attività pratica, nel nostro concreto operare. Come al solito, è sempre problema di coerenza fra teoria e prassi o, se più aggrada, di coordinamento fra il modo d'essere uomini del proprio tempo e il modo di manifestare il proprio impegno politico e civile nell'attività quotidiana di studio.

Non dimentichiamoci che anche dietro il monumento del *Corpus iuris* v'era la realtà, v'erano ingiustizie sostanziali che diventavano giustizie per il voler di qualcuno che, giocando magari sull'universalità del proprio operato e del prodotto del proprio operato, dava forza e consistenza ad assetti gerarchizzati del momento sociale e politico. E non dimentichiamoci inoltre che anche dietro la cd. 'purezza' della giurisprudenza romana — una 'purezza' inventata dai nostri fantasmi concettuali — v'era

tutto un mondo di operazioni ideologiche, che hanno magari dato ai giuristi del tempo il primato della raffinatezza tecnica ed elaborativa, ma hanno anche condotto a proiettare non di rado sul piano riflessivo ingiustizie sostanziali e reali.

E noi? Non dovremmo tener presenti queste cose nel momento stesso in cui dobbiamo fare i conti con il problema se la nostra storiografia operi come critica o conferma del nostro reale? Non possiamo, a mio avviso, dimenticare che anche il nostro operare può contribuire a rafforzare o meno gli assetti istituzionalizzati del presente. E il giuoco può valere anche la candela, se vien di meditare che « autre motif d'orgueil, que d'être citoyen! Cela consiste pour les pauvres à soutenir et à conserver les riches dans leur puissance et leur oisiveté. Ils y doivent travailler devant la majestueuse égalité des lois, qui interdit au riche comme au pauvre de coucher sous les ponts, de mendier dans les rues et de voler du pain ».

Lo ricordava Anatole France ⁽²⁾ e la riflessione, pur con tutti i mutamenti avvenuti (e quali mutamenti!), resta ancora valida.

* * *

È qui, d'altra parte, che possiamo riprendere il discorso su Savigny o, con maggior precisione, sul tipo di 'recupero' che ne abbiamo effettuato nella nostra riflessione intorno ai 'procedimenti metodologici' della storiografia giuridica.

Lasciamo pur da parte l'affermazione recente di un illustre romanista, che ha voluto ricordare il nome di Savigny per il grande imperituro merito di aver trattenuto, riportato il diritto sulla terra: un'affermazione che, nella sua apoditticità e brevità, è paradigmatica di tutto un modo di vedere il nostro problema. Non vorrei entrare in polemica, ma perché non dare il giusto peso allora alle analisi, non so, dei Glossatori e dei Commentatori, così legate all'esigenza di attualizzazione del *Corpus iuris* e non ancorate soltanto — come in definitiva proponeva lo stesso Savigny — al criterio dell'*Olim. ... ergo et hodie?* Perché trascurare

(2) Devo la citazione a M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne* ³, Napoli 1967, p. 31.

tanti giuristi dell'Umanesimo, così permeati di sensibilità storica, checché dicano i sostenitori del carattere meramente 'culto' del loro riflettere? Perché tralasciare giusnaturalismo e giusrazionalismo, per i quali sarebbe forse ora che anche noi storici del diritto cominciamo a meditare seriamente su quanto scriveva, fra gli altri, Cassirer circa la pretesa antistoricità del sec. XVIII? L'elenco potrebbe continuare, dato che ogni epoca ha il suo senso storico: peculiare e, proprio in quanto peculiare, di volta in volta diverso. Certo è, comunque, che l'affermazione da cui ho preso le mosse è uno dei tanti esempi del modo in cui l'esaltazione acritica del personaggio Savigny possa servire per riproporre, da un lato, *topoi* storiografici non del tutto risolutivi e, dall'altro, 'letture' della tradizione romanistica ideologicamente orientate verso una mera acquiescenza al giudizio che, in ultima analisi, Savigny riservava alle proprie conclusioni. Parlavo di terra bruciata: e il 'recupero' di cui si discute non è niente altro che l'oggettivazione dei risultati della determinazione savigniana.

Lasciamo ancora da parte lo spunto che molti romanisti contemporanei hanno voluto rintracciare in quel famoso « zurück zu Savigny » che Koschaker lanciava come monito e messaggio per superare la cd. 'crisi del diritto romano': uno spunto, ricordiamocelo, che è servito non di rado per discettare sull'opportunità o meno di perseguire un'*Aktualisierung* del diritto romano secondo i metodi della Pandettistica.

Lasciamo da parte infine l'utilizzazione che di Savigny ha proposto Schulz, là dove nei *Prinzipien* i noti discorsi savigniani sulla fungibilità del metodo dei giuristi romani sono resi funzionali ad altrettanto noti discorsi sulla mancanza, tutto sommato, di individualità scientifica in costoro: un modo come un altro di continuare a proporre attraverso l'indagine storiografica la visione ottocentesca del giurista di professione, del giurista garante della tradizione e delle certezze.

Gioverà piuttosto approfondire l'analisi delle posizioni storiografiche più sensibili ad un effettivo ripensamento del significato dei nostri studi. Mi riferisco ad Orestano e, per riprendere una immagine già impiegata, alle luci e alle ombre della sua stessa riflessione (*così come si è venuta svolgendo — è bene precisarlo — fra gli anni '50 e '80*).

* * *

Le luci. Sono molte, e non lo dico certo per amor di scuola. Fin dagli anni '50, in un momento in cui la scienza giuridica andava ancora perpetuando visioni del fenomeno giuridico di matrice positivista e la storiografia romanistica ancor affannosamente discettava sulla distinzione fra conoscenza dommatica e conoscenza storica, e considerava tale contrapposizione un dato oggettivo per il dibattito metodologico, Orestano ha avuto il grande merito di riproporre il vecchio, ma sempre attuale principio del dubbio metodico. Non certezze, ma relatività. Non oggettivazione del criterio dommatico, non assolutezza di questo come parametro per qualificare (in positivo o in negativo) il compito dello storico del diritto, bensì necessità di compiere finalmente il 'salto del fosso' e di porre su basi diverse, *tout court* storiche, l'attività del giurista rispetto al presente e rispetto al passato. Al quale giurista poi egli ha rivendicato un preciso 'esser dentro' alla fenomenologia giuridica. È la metafora, che gli è cara, del giurista che sta sulla nave e non si limita a guardarla dalla spiaggia.

Orbene, dietro questo modo di caratterizzare una centralità del giurista e del suo operare v'è molto di Savigny (anche se non solo di Savigny). Orestano lo riconosce espressamente, si dichiara debitore della Scuola storica e di quello che considera l'aspetto più felice della sua operazione culturale: il richiamo alla concretezza, contro ogni astrattismo, che sta dietro le « intuizioni geniali » della riaffermazione, tra l'altro, del collegamento fra società e diritto e della rivendicazione della funzione della giurisprudenza ⁽⁸⁾. Tutto si è venuto determinando, insomma, anche aderendo all'invito savigniano di considerare il carattere storico del diritto e della riflessione su di esso.

Potremmo dire, anzi, che questo è il tratto che felicemente ha qualificato l'atteggiamento di Orestano rispetto agli altri studiosi contemporanei. Se egli ha avuto il merito di riprendere da Savigny il discorso del senso storico e della storicità, la maggior parte dei romanisti ha continuato invece a difendere e a lodare

⁽⁸⁾ Cfr. *Introduzione allo studio storico del diritto romano* ², Torino 1961, p. 216 s.

quel momento sistematico, che sempre Savigny riservava all'attività del giurista in un *embrassons nous* con l'esigenza storica poco felice e non sempre appagante. Così ad esempio Biondi (uno dei difensori della risoluzione dei rapporti tra storiografia giuridica e scienza giuridica nella solita obbiettivazione del profilo logico-dommatico quale referente per giustificare il ruolo dello studio del diritto romano) raccoglieva l'invito di Koschaker a tornare a Savigny nel senso di « applicare al diritto oggi vigente il metodo seguito dai pandettisti, che importa non solo ricostruzione dommatica degli istituti giuridici, ma continuo adattamento del diritto vigente alle nuove esigenze che man mano si presentano ». E ciò, per giunta, nell'ambito di una prospettiva volta ad equiparare il metodo dei pandettisti a quello dei giuristi romani e ad assegnare alla storiografia il mero compito di sensibilizzare e educare a tanto metodo lo studioso del diritto positivo (4).

* * *

Le suddette precisazioni non escludono, però, che anche nel pensiero di Orestano siano rintracciabili delle ombre. Piccole, ma neppure trascurabili.

Così, potrebbe osservarsi che la funzione da lui riservata al giurista continua in definitiva ad articolarsi secondo scelte di fondo non molto dissimili da quelle di Savigny. Questi, come sappiamo, giuocava nel *Beruf* su una distinzione fra « politisches Element » e « technisches Element » per individuare, da un lato, la dipendenza del diritto dalla vita sociale e, dall'altro, la sua vita scientifica di competenza dei giuristi. Mi domando fino a qual punto Orestano si sia liberato dall'idea che si nasconde qui dietro; quella di un giurista fotografo del reale, di una persona che con il suo potere di rappresentanza e di intermediazione controlla il reale senza per altro porsi fino in fondo il problema dell'eventuale critica del reale stesso.

(4) Cfr. B. BIONDI, *Crisi del diritto romano e marxismo (A proposito di recenti orientamenti)* (1957), in *Scritti giuridici*, I, Milano 1965, p. 536 ss. Per un ancor più recente esempio di 'fascinoso malla' esercitata dall'istanza sistematica di Savigny, G. G. ARCHI, *Riflessioni sui problemi attuali dell'insegnamento del diritto*, in AA. VV., *L'educazione giuridica*, I, Perugia 1975, p. 249 s.

Intendiamoci. Gli faremmo un grave torto se volessimo ipotizzare un Orestano pedissequo difensore dell'ideologia sottesa alle suddette proposizioni savigniane, che anche da ultimo l'amico Fioravanti ha esaminato in alcune pagine del suo bel libro sui rapporti fra giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco. Se da questo punto di vista v'è uno studioso che paradossalmente è antisavigniano, tale studioso è proprio Orestano. Il problema è un altro. Basta ribadire la storicità del diritto e del giurista? Basta davvero riaffermare l'opportunità del senso storico quale parametro dell'azione del giurista per risolvere altresì la questione dell'effettività del suo operare? Non dimentichiamo che questo operare si indirizza verso l'industriale milanese, ma pure verso il contadino calabrese, verso il 'colletto bianco' e verso l'operaio, verso il burocrate dalle certezze borghesi e verso l'emarginato, verso il ricco e verso il povero. E in un'angolazione del genere limitarsi a sottolineare il carattere storico, irripetibilmente storico, la storicità di ogni cosa è forse un po' poco.

A voler approfondire anzi la portata effettiva di questa tensione orestaniana verso l'integrale storicità dell'esperienza e della relativa riflessione dottrina, potremmo forse osservare che si tratta di una tensione per un verso giustissima e per un altro verso non completamente decantata.

Giustissima, perché soltanto in nome della storia non più intesa come un processo che si fermi ad ieri, ma come un *quid* che si estenda anche all'oggi, è possibile parlare di un'elaborazione del giurista perfettamente conscia di essere inserita all'interno di un processo che coinvolge il tempo passato al pari del tempo odierno, e la cui conoscenza è fondamentale per comprendere il mondo attuale.

Non del tutto decantata, perché non mi sembra che da siffatte premesse vengano tratte alcune conseguenze piuttosto importanti. Come deve essere difatti intesa questa coscienza storica, che presiede alla centralità dell'operato del giurista? Come 'indeterminata' esigenza di ampliare l'oggetto dell'indagine oltre il dato normativo, magari allo scopo di riallacciarsi ad altrettante generiche ed indeterminate istanze reali, di cui essere portatori in sede tecnica? Oppure come esigenza di cogliere i contrasti politici, sociali e così via della realtà odierna, della nostra realtà per giu-

dicarne (attraverso analisi spregiudicate e con una precisa, chiara, continua determinazione ideologica) il valore decisivo nelle costruzioni tecnico-giuridiche? Non va dimenticato che anche il riferimento al concetto di 'coscienza storica' quale semplice modulo ermeneutico per superare la distinzione tra 'giuridico' e 'metagiuridico' di derivazione positivistica può essere un modo come un altro per riproporre la visione 'mitologica' del reale sottesa allo spirito popolare di un Savigny e che, in definitiva, è presente spesso nelle medesime correnti dottrinarie odierne che reputano massima apertura il ricondurre l'attività del giurista alla cd. 'interpretazione evolutiva' delle norme e dei precetti. A ben vedere, in tal modo si sostituisce ad un miraggio (quello della neutralità conoscitiva, garantita dal fine logico-classificatorio del procedimento) un altro miraggio (quello di una neutra registrazione del concreto), ugualmente insufficiente ed evanescente in quanto viene a fondare l'aggancio al reale senza una effettiva valutazione dello stesso, e soprattutto senza considerare che proprio il tipo di approccio a questo reale che si effettua dà colore in un senso o nell'altro all'elaborazione del giurista.

Mi sembra quindi molto più utile finalizzare il concetto di coscienza storica e trarne le debite conclusioni: che, cioè, nella nostra società esistono tavole di valori contrastanti, se non 'alternative', e comunque non sempre suscettibili di *reductio ad unitatem*. Tavole, queste, di cui non è più bastevole constatare la esistenza, ma rispetto alle quali è necessario operare una scelta, che a sua volta non può non condurre chi la compie a porre in essere *certe*, e *non altre* valutazioni tecniche, arbitrarie quanto si vuole, ma non più arbitrarie di quelle che si pongono all'insegna di una pretesa obbiettività della costruzione dottrinaria.

Non è che Orestano creda all'obbiettività della costruzione dottrinaria; tutta la sua elaborazione è proprio all'insegna di una visuale opposta. Ma è anche vero che il suo richiamo all'idea della coscienza storica manca di una compiuta decantazione nel senso appena indicato. Se dovessi utilizzare un'immagine, direi che egli si accontenta di indicare quale sia la scena storica, di bloccare l'interlocutore sul senso storico, sospendendo poi il giudizio sul tutto. Non spiegherei altrimenti le sue angolazioni teoriche, così come possono desumersi da una significativa frase;

« Che lo studio del diritto... debba... intendersi in via principale come studio di un'esperienza giuridica, e che quindi debba trovare in se medesimo, *a questo titolo*, la propria giustificazione e il proprio fine, è mio convincimento profondo. Le altre giustificazioni possono essere valide ed utili — e, secondo i punti di vista, più o meno legittime — ma sono tutte transenti e contingenti; mentre in quanto studio di esperienza giuridica lo studio storico del diritto, e quindi anche del diritto romano, ha una sua giustificazione assoluta e senza limiti » (5).

Né trascurerei le sue finissime ricerche particolari: sulla personalità giuridica, sul concetto di azione, sul concetto di diritto soggettivo. L'ultima, ad esempio, con quel riandare alla genesi e alla vicenda dottrinarie del problema trattato ha introdotto il tarlo del dubbio rispetto a certe conferme sulla validità più o meno universale della nozione di diritto soggettivo, che si erano venute ponendo e stratificando anche attraverso l'indagine storiografica. Sono però sufficienti questi pur necessari scossoni alle certezze dommatiche senza proporsi un obiettivo di fondo, che non può certo ridursi alla sola eliminazione di tali certezze, ma deve anche coinvolgere il momento della scelta di campo, squisitamente politica e ideologica (in riferimento, ben inteso, al presente)?

Perché — e siamo all'altra faccia della medaglia — la centralità rivendicata per il giurista deve valere pure per lo storico del diritto. E pure per lo storico del diritto si pone il problema dell'effettività del suo contributo. Vi ho già accennato. Ora si può aggiungere che, se è un dato di fatto che la sua attività deve ormai prescindere — e giustamente — da esigenze di attualizzazione, se è vero che le sue riflessioni non possono separarsi dai processi elaborativi della scienza giuridica, è vero anche e consequenziale che ancora una volta sia soltanto problema di intendersi sul concetto di coscienza storica.

Non trovo nulla di meglio che parlare di una coscienza storica la quale — a differenza di quella dello studioso di diritto positivo — si esercita sul passato, ma deve aver pur sempre di mira

(5) Cfr. *op. cit.*, p. 603 s.

il presente, determinarsi e realizzarsi in funzione delle scelte ideologiche per il presente. E non si tratta di muovere dalle esigenze attuali al fine di pervenire ad un apprezzamento del passato che non condanni né assolva. Si tratta invece di esaltare al massimo grado il momento della opzione ideologica e in funzione di esso — inteso come unico, effettivo ‘bisogno pratico’ che spinga alla ricerca — determinare il giudizio sulle esperienze giuridiche trascorse. Con l’effetto così (e non posso non sottintendere ora quale sia la *mia* opzione per il *mio* presente) di concepire il lavoro storiografico come elemento portante, pungolo per un discorso sull’esperienza attuale che *in termini critici* possa coinvolgere lo storico del diritto insieme al giurista.

* * *

Qualcuno dirà forse che ripropongo cose vecchie, una delle tante ‘filosofie della storia’ che hanno sostanziato (e continuano a sostanziare) la riflessione intorno ai nostri problemi. Il rimprovero però non sarebbe del tutto fondato, anche perché non credo a qualsivoglia razionalizzazione di un fatto di per sé non lineare, come appunto il reale storico. Né tanto meno credo al totale sacrificio del presente in nome del futuro. Al di là delle discettazioni sui ‘massimi sistemi’, conta piuttosto l’assunzione quotidiana delle nostre responsabilità, la consapevolezza della funzionalità del nostro contributo all’attimo fuggente.

Ma è questo già un altro profilo: e io ho abbastanza abusato della vostra pazienza.

POSTILLA. Devo alla cortesia del prof. Orestano se durante la stampa di questo ‘intervento’ mi è stato possibile leggere in bozze il testo definitivo di un suo recentissimo contributo sulla nozione di esperienza giuridica (destinato alla *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, nonché ad una raccolta di suoi scritti che sta per uscire sotto il titolo: ‘*Diritto. Incontri e scontri*’). Alcune delle idee sopra esaminate trovano qui chiarificazione e sviluppo nel senso di una più compiuta consapevolezza teorica del rapporto fra noi, le nostre scelte politiche ed ideologiche, la nostra (nozione di) esperienza giuridica. È stata una piacevole sorpresa, di cui ho voluto dar atto in qualche modo, specificando nel corso della trattazione che la mia analisi delle luci e delle ombre della riflessione orestaniana veniva a coinvolgere i lavori pubblicati fra gli anni ’50 ed ’80.

OLIVIER MOTTE

SAVIGNY. UN RETOUR AUX SOURCES

Dans quelque domaine que ce soit, tout travail de rénovation commence nécessairement par un retour aux sources. Il n'est en effet meilleure démarche pour éviter les gloses qui finissent par altérer la pensée que de se mettre directement en présence des documents originaux. Par là seulement il est possible de recouvrer le sens primitif.

S'agissant de Savigny, cette démarche est plus nécessaire que jamais car, en quelque sorte victime de son succès même, il a fait l'objet d'une multiplicité d'interprétations souvent contradictoires dans lesquelles il est parfois difficile de distinguer sa pensée de celle de ses exégètes.

Cette pensée originale, non altérée, se trouve bien évidemment d'abord dans les écrits même de Savigny auxquels il convient de se reporter sans cesse ⁽¹⁾. Leur nombre restreint, la réunion des articles dans les *Vermischte Schriften* et les récentes rééditions qui en ont été faites ⁽²⁾ en rendent la consultation aisée.

Elle se trouve aussi dans des correspondances souvent difficiles d'accès, dont n'existe aucun répertoire d'ensemble et publiées en partie seulement. C'est à elles que nous voudrions nous attacher ici. Ces correspondances en effet constituent une introduction privilégiée au monde savignien. Elles sont aussi la source qui est

(1) L'ouvrage classique de J. STERN — *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften* (Berlin 1914) — réédité en 1959, a été récemment remplacé par celui de H. HATTENHAUER, *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften* (München 1973).

(2) *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter et System des heutigen Römischen Rechts* Darmstadt (1956); *Vermischte Schriften* (Aalen 1968).

le plus à même, ses écrits ayant été explorés en tous sens, de renouveler profondément notre connaissance de Savigny.

A côté de l'ouvrage classique de Stoll ⁽³⁾, qui, bien qu'il prétende être une biographie de Savigny, n'est à peu de chose près qu'un recueil de ses lettres, nous possédons une liste déjà assez impressionnante, mais malheureusement dispersée dans des revues très diverses, de lettres imprimées de Savigny ⁽⁴⁾ et, depuis peu, de remarquables éditions critiques de celles que lui envoyèrent les frères Grimm ⁽⁵⁾ et Creuzer ⁽⁶⁾.

⁽³⁾ A. STOLL, *Friedrich Karl von Savigny. Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, T. I. *Der junge Savigny*, T. 2. *Professorenjahre in Berlin 1810-1843*, T. 3. *Ministerzeit und letzte Lebensjahre 1842-1861* (Berlin 1927-1939).

⁽⁴⁾ O. PFÜLF, *Savigny als Ireniker* [lettres à Ringseis], *Stimmen aus Maria-Laach*, 66 (1904), 33, 165, 307, et *Savigny und die Dinge in Bayern* [lettres à Ringseis], *Stimmen aus Maria-Laach*, 67 (1904), 188; C. VARRENTTRAPP, *Briefe von Savigny an Ranke und Perthes*, *Historische Zeitschrift*, 100 (1908) 330; W. OECHSLI, *Briefwechsel Johann Kaspar Bluntschli mit Savigny. Niebuhr, Leopold Ranke, Jakob Grimm und Ferdinand Meyer* (Frauenfeld 1915); E. SALZER, *Zwei Briefe Savignys an Stahl*, *Konservative Monatsschrift für Politik, Literatur und Kunst*, 70-1 (1912-1913), 346; O. LENEL, *Briefe Savignys an Georg Arnold Heise*, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Rom. Abt.*, 36 (1915), 96; H. U. KANTOROWICZ, *Savignybriefe. Briefe Friedrich Carl von Savignys an Friedrich Heinrich Christian Schwarz*, *Neues Archiv für die Geschichte der Stadt Heidelberg und der Kurpfalz*, 13 (1924), 57 et 13 (1928) 60; W. FELGENTRAEGER, *Briefe F. C. von Savignys an P. F. Weis (1804-1807)*, *S. Z. Rom.*, 46 (1928), 114; J. HENNIG, « *Vom Berufe unserer Zeit* » und « *Geschichte des Römischen Rechts* », *ihre Entstehung und ihr Verhältnis zueinander mit einem unbekanntem Briefe Savignys an Zimmer*, *S.Z. Germ.*, 56 (1936), 394; *Über eine christliche Lebensansicht. Unveröffentlichtes Schreiben von Friedrich Karl von Savigny*, *Hochland*, 33-6 (1936), 503; A. VAHLEN, *Savigny und Unterholzner. Vierundzwanzig Briefe F. K. v. Savignys aus dem Nachlaß von K. A. D. Unterholzner*, *Abhandlungen der Preußischen Akademie der Wissenschaften Phil.-hist. Klasse*, 3-1941; H. LIERMANN et H. J. SCHOEPS, *Materialien zur preußischen Eherechtsreform im Vormärz. Aus dem Briefwechsel Savigny, Puchta und Bethmann-Hollweg mit Ludwig von Gerlach*, *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen Phil.-hist. Klasse* (1961), 489; D. STRAUCH, *Savigny Briefwechsel mit Friedrich Bluhme 1820-1860* (Bonn 1962); P. LEGENDRE, *Lettres de Savigny à Laboulaye*, *S.Z. Rom.*, 88 (1971), 322.

⁽⁵⁾ W. SCHOOF et I. SCHNACK ed., *Briefe der Brüder Grimm an Savigny* (Berlin-Bielefeld, 1953).

⁽⁶⁾ H. DAHLMANN et I. SCHNACK ed., *Briefe Friedrich Creuzers an Savigny 1799-1850* (Berlin 1972).

Cependant les correspondances imprimées, malgré leur importance, ne constituent qu'une très faible partie des lettres envoyées et reçues par Savigny. Ces dernières sont depuis peu déposées, dans leur intégralité, aux bibliothèques de Münster et Marburg.

La bibliothèque universitaire de Münster a récemment acquis l'ensemble de la correspondance privée de la famille Savigny, soit environ trois mille lettres. L'intérêt de ces lettres tient aux liens des Savigny avec les Arnim, les Brentano et les Stolberg. De ce fait, elles constituent une introduction privilégiée à la connaissance de la vie sociale et culturelle de la noblesse allemande du 19^e siècle. Sur Savigny lui-même, la bibliothèque offre une riche documentation biographique et en particulier son arbre généalogique, des lettres de ses parents, des manuscrits de discours, des essais à caractère moral destinés à ses enfants et jusqu'à son testament. Il y a là aussi, à côté d'un grand nombre de lettres émanant de la haute noblesse, les lettres de sa fille Bettina et son journal où se trouve en particulier un portrait de Savigny par Peter Cornelius (7). C'est là un ensemble de documents d'un exceptionnel intérêt qui nous introduit très profondément dans la sensibilité de Savigny (8).

Cependant si ces documents nous apprennent beaucoup sur la personnalité de Savigny et sur sa famille, ils ne sont pas d'un intérêt direct pour l'histoire de la science juridique. D'un tout autre intérêt est de ce point de vue la correspondance déposée à la bibliothèque universitaire de Marbourg. Il s'agit d'une part de 1450 lettres acquises en 1948 et complétées par près de 500 lettres acquises de 1949 à 1966 (9) et d'autre part de cent dossiers de manuscrits scientifiques et de 1885 lettres qui se trouvaient

(7) R. STEFFEN, *Der Nachlaß Friedrich Carl von Savigny*, Auf roter Erde, 81 (1966), 3-4, et *Aus der Arbeit der Bibliotheken. Münster, Universitätsbibliothek*, Verband der Bibliotheken des Landes Nordrhein-Westfalen. Mitteilungsblatt N.S., 16 (1966), 182-183.

(8) A. RAUB-DOMNICK, *Friedrich Carl von Savigny an seine Kinder Bettina und Leo. Zwei Dokumente aus den Jahren 1821 und 1836*, Literaturwissenschaftliches Jahrbuch N.S., 11 (1970), 121-187.

(9) F. ROHDE, *Aus den Bibliotheken. Marburg: Universitätsbibliothek*, Nachrichten für wissenschaftliche Bibliotheken, 3 (1950), 195.

encore en possession de la famille de Savigny et ont été achetés en 1977 ⁽¹⁰⁾. Cette documentation a déjà commencé à fournir une très riche information sur les relations de Savigny avec les juristes de son temps en Allemagne ⁽¹¹⁾ et à l'étranger ⁽¹²⁾.

Quant aux lettres de Savigny lui-même, il est peu de bibliothèques dans les pays de langue allemande mais aussi, on peut le dire, dans l'ensemble de l'Europe qui n'en possèdent au moins quelques unes. Elles sont, pour celles qu'il nous a été donné de lire, d'un intérêt très inégal. Mais Savigny est de ces esprits profonds et originaux qui n'écrivent jamais pour ne rien dire ou dire des banalités. Très réservé voire distant lorsqu'il a affaire à un étranger, il s'anime dès lors qu'il s'adresse à un de ses disciples préférés ou parle d'un sujet qui lui tient à coeur. Parfois même il sait être incisif, lorsque les intérêts de la science lui paraissent en jeu, ne ménageant dans ses jugements ni les personnes ni les institutions.

Il serait évidemment très désirable que ces lettres pussent faire d'abord l'objet d'un répertoire, donnant éventuellement un bref résumé de leur teneur et ensuite, dans la mesure du possible, d'une édition complète.

Dès à présent, certaines mériteraient d'être portées à la connaissance des chercheurs. Nous pensons en particulier aux quarante-neuf lettres de Savigny à Warnkoenig conservées à la Bibliothèque nationale et universitaire de Strasbourg qui, en raison de la personnalité de leur destinataire, en correspondance avec tout ce que l'Europe comptait alors de juristes éminents, apportent une information d'une extrême richesse sur les sciences juridiques allemande et française du 19^e siècle et sur leurs rapports ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ *Savigny-Nachlaß*, Fritz-Thyssen Stiftung. Jahresbericht, 1977-78 (Köln 1978), 40. Il n'est pas de notre propos d'envisager ici les manuscrits des cours et des travaux de Savigny, auxquels nous consacrerons prochainement une étude.

⁽¹¹⁾ J. BOHNERT, *Vierzehn Briefe Puchtas an Savigny*, Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen Phil.-hist. Klasse (1979); *Beiträge zur einer Biographie Georg Friedrich Puchtas*, S.Z. Germ., 96 (1979), 229-242.

⁽¹²⁾ F. RANIERI, *Savignys Einfluß auf die zeitgenössische italienische Rechtswissenschaft*, Ius Commune, 8 (1979), 192-219.

⁽¹³⁾ B. N. U. Strasbourg Mss 2450-2458, 2460 et 2566 v. G. WILD, *Leopold-August Warnkönig 1794-1866* (Karlsruhe 1961) notamment 10, 12 et 22-23.

Mais les lettres ne sont pas tout. Riches d'information sur les recherches du savant, elles apprennent en général assez peu sur les activités du professeur, sinon son attachement profond à l'université et l'enthousiasme qu'il porta toujours à son enseignement. Aussi convient-il de les compléter par une exacte connaissance de ses cours manuscrits.

C'est là, il faut bien le dire, un sujet à peu près totalement inconnu malgré les révélations apportées dans les années vingt par l'ouverture des *Grimm-Schränke* de Berlin (14).

Sans doute connaît-on, au moins de réputation, les notes de cours des frères Grimm, qui nous ont tant appris sur l'enseignement dispensé, de 1802 à 1804, à Marbourg (15) et sait-on l'extraordinaire richesse de substance du cours de méthodologie juridique qui a si profondément renouvelé notre connaissance du jeune Savigny (16). Mais au delà, que de lacunes et d'incertitudes.

Bien moins connues en effet sont les notes de cours prises par les disciples de Savigny, telles celles de Homeyer qui suivit les cours d'histoire, d'Institutes et de Pandectes de Savigny en 1814-1815 (17) ou de Bluhme qui suivit son cours de Pandectes en 1818-1819 (18).

A peu près inconnues enfin sont les notes de cours d'étudiants plus obscurs, dont aucun répertoire d'ensemble n'a été tenté à ce jour. Nous voudrions au moins signaler ici les cahiers qui se trouvent à la *Niedersächsische Staats- und Universitätsbibliothek* de

(14) H. DAFFIS, *Inventar der Grimm-Schränke in der Preussischen Staatsbibliothek* (Leipzig 1923).

(15) H. DEGERING, *Kurzes Verzeichnis der germanischen Handschriften der preussischen Staatsbibliothek*, II (Leipzig 1926), 161-162 (mss. 963-965).

(16) H. U. KANTOROWICZ, *Savignys Marburger Methodenlehre*, S.Z. Rom., 53 (1933), 465-471; G. WESENBERG ed., *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm* (Stuttgart 1951); E. SCHULTE, *Die juristische Methodenlehre des jungen Savigny. Die Entwicklung des historischen Denkens von dem Methodenkolleg des Wintersemesters 1802-1803 zur Methodologie des « Systems des heutigen römischen Rechts »* (thèse droit Kiel 1954); G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica* (Milano 1966).

(17) *Kurzes Verzeichnis*, II, 204 (mss. 1172-1173).

(18) A la bibliothèque universitaire de Bonn se trouvent les notes de Bluhme sur le cours de Pandectes du semestre d'hiver 1818-1819. *Universitätsbibliothek Bonn*, Hs. 786.

Göttingen qui nous font connaître l'enseignement d'histoire du droit romain, d'Institutes et de Pandectes dispensé par Savigny de 1816 à 1827 ⁽¹⁹⁾.

Et pourtant que de révélations insoupçonnées peut apporter un seul cours retrouvé. Tel ce cours sur le *Landrecht* découvert par Kantorowicz à Harvard qui se révéla être en fait un véritable enseignement de droit romain et qui manifeste à l'évidence que Savigny fut pleinement un romaniste pour qui le droit actuel se définit toujours dans tous les domaines par la référence au droit romain.

« It was Savigny in person, écrit Kantorowicz, who, when organizing the new university of the capital of Prussia, prevented the teaching of the modern Prussian Code. It is true that afterwards he gave courses of lectures on it himself, and he has been praised for this sacrifice. Nothing was known about this strange incident; but some years ago, while visiting Harvard law School, I was shown a student's note-book of these lectures which also contained a printed Syllabus of them. And it then appeared that these lectures were really on Roman private law, with a short presentation of the points in which the Prussian Code deviated from what was called Pandectenrecht » ⁽²⁰⁾.

Ces conclusions se trouvent confirmées par l'étude consacrée à une date plus récente au manuscrit du même cours qui se trouve à la Bibliothèque universitaire de Bonn ⁽²¹⁾.

Sur cette question les manuscrits récemment acquis par la Bibliothèque universitaire de Marbourg, qui nous font connaître le cours même de Savigny, vont projeter une lumière entièrement nouvelle.

Enfin, à côté de la correspondance et des cours, se trouvent bien des témoignages de l'activité de Savigny qui gagneraient à

⁽¹⁹⁾ Jurid. 22f, 22h, 22ia, 52e, 55ea, particulièrement intéressant est un cours d'Institutes de Gaius professé en 1819-1820 soit à une date remarquablement proche de leur découverte.

⁽²⁰⁾ H. KANTOROWICZ, *Savigny and the Historical School of Law*, Law Quarterly Review, 53 (1937), 337.

⁽²¹⁾ D. STRAUCH, *Friedrich Carl von Savignys Landrechtsvorlesung vom Sommer 1824*, in *Staat, Recht, Kultur. Festgabe für Ernst von Hippel zu seinem 70. Geburtstag* (Bonn 1965), 245-264, notamment 248.

être édités ⁽²²⁾, en particulier les notes réunies par lui à l'occasion de la préparation de ses ouvrages et le manuscrit même de ceux-ci. C'est donc un vaste travail de « répertorisation » qu'il importe de mener à bien afin que soit exactement connue l'ampleur et la richesse de la documentation manuscrite sur Savigny.

Il est en effet des incertitudes qui sont inacceptables. L'activité de Savigny au sein du *Spruchkollegium* de la faculté de droit de Berlin, dont on sait toute l'importance, ne saurait par exemple être étudiée sans une exacte connaissance des nombreux qu'il rédigea à son intention ⁽²³⁾.

Et cependant, à lire un ouvrage récent, nul ne sait ce que sont devenus ces témoignages essentiels.

« Ob sich die bei Koschaker erwähnten 138 von Savigny verfaßten Relationen für die Berliner Spruchfakultät erhalten haben, ließ sich nicht feststellen » ⁽²⁴⁾ ne craint pas d'écrire l'auteur sans plus de précision.

Plus loin il écrit encore, à propos du cours sur le *Landrecht* dont on a vu toute l'importance:

« In Greifswald ging eine Kollegnachschrift des Landrechts-Kollegs zugrunde (nach frdl. Mitteilung von Herrn Prof. Thieme) » ⁽²⁵⁾.

Il est souhaitable qu'à l'avenir on ne puisse plus voir de pareilles « informations » mais qu'il suffise de se reporter à un répertoire pour que soit nettement établie la documentation dont chaque chercheur peut faire usage. On se demande ce que deviendrait l'histoire des glossateurs si un auteur déclarait qu'il « croit savoir » qu'un manuscrit se trouve dans telle bibliothèque. Il n'est que de vérifier ou alors de passer sous silence une « information » qui n'en est pas une.

⁽²²⁾ V. p. e. W. SCHUBERT, *Savigny und die rheinisch-französische Gerichtsverfassung*, S.Z. Germ., 95 (1978), 152-169.

⁽²³⁾ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (München⁴ 1966), 257 n. 2.

⁽²⁴⁾ G. WESENBERG et G. WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* (Lahr³ 1976), 165.

⁽²⁵⁾ *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte*, 165. v. D. STRAUCH, *Friedrich Carl von Savignys Landrechtsvorlesung*, 246 n. 6. Il s'agit du manuscrit cité par H. THIEME, *Die preußische Kodifikation. Privatrechtsgeschichtliche Studien II*, S.Z. Germ., 57 (1937), 411 n. 2.

Il est enfin une dernière source qui, peu étudiée jusqu'ici, demande à l'être désormais profondément: la bibliothèque de Savigny. Elle a fait — sur le modèle de l'étude consacrée par A. Jammers à la bibliothèque de Mittermaier ⁽²⁶⁾ — l'objet d'un ouvrage qui se lit avec beaucoup de plaisir et d'intérêt ⁽²⁷⁾.

Comment Savigny constitua sa bibliothèque ⁽²⁸⁾, sa composition ⁽²⁹⁾, son destin après sa mort ⁽³⁰⁾, c'est sans doute trop peu. Mais c'est beaucoup déjà pour avancer dans la connaissance non seulement du bibliophile et du savant mais aussi de l'homme.

L'intérêt d'une semblable étude, c'est que l'information qu'elle est en mesure de fournir est à peu près illimitée. Si l'on s'attache par exemple aux relations de Savigny avec la France, il n'est pas sans intérêt d'apprendre que parmi les ouvrages de celui-ci sur les droits étrangers c'est le droit français qui est le plus largement représenté ⁽³¹⁾ et qu'il possédait parmi les revues étrangères la Revue historique de droit, la Revue de législation et de jurisprudence et les Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques ⁽³²⁾. Sans doute, dans l'un et l'autre cas, s'agissait-il le plus souvent de dons ⁽³³⁾ mais il ne fait pas de doute que Savigny lisait attentivement les oeuvres qui lui étaient adressées.

⁽²⁶⁾ A. JAMMERS, *Die Bibliothek des Heidelberger Juristen Karl Joseph Anton Mittermaier (1787-1867) und ihre Eingliederung in die Universitätsbibliothek Heidelberg*, Bibliothek und Wissenschaft, 3 (1966), 156-218.

⁽²⁷⁾ H. P. WEBER, *Die Bibliothek des Juristen Friedrich Carl von Savigny in der Universitätsbibliothek Bonn* (Bonn 1971).

⁽²⁸⁾ *Die Bibliothek*, 12-17.

⁽²⁹⁾ *Die Bibliothek*, 36-60. La nature des intérêts de Savigny se manifeste très nettement dans la structure même de sa bibliothèque. Sur 3874 ouvrages 56% concernent le droit romain.

⁽³⁰⁾ Savigny légua en 1852 ses manuscrits et ses ouvrages les plus précieux à la Bibliothèque royale de Berlin. Les incunables se trouvent aujourd'hui à la *Deutsche Staatsbibliothek* de Berlin, les manuscrits à la *Staatsbibliothek Preußischer Kulturbesitz* à Berlin-Dahlem, les ouvrages à la *Staatsbibliothek* à Marbourg. Ce legs ne représentait cependant que 5% environ de la bibliothèque de Savigny. Les autres ouvrages, après avoir été un temps destinés à l'université catholique qui devait être fondée à Fulda, furent cédés en 1959 à la bibliothèque universitaire de Bonn.

⁽³¹⁾ *Savigny-Bibliothek*, Sav. 2570-2645.

⁽³²⁾ *Savigny-Bibliothek*, Sav. 2763, 2795, 3463.

⁽³³⁾ V. p. e., les lettres de Laboulaye et Wolowski à Savigny *Universitätsbibliothek*, Marburg, Hs. 925.

Cependant, s'il importe d'étendre notre documentation, il importe aussi d'utiliser pleinement celle qui existe. Il est en effet des apports non encore intégrés.

Rien n'a été écrit par exemple sur le séjour de Savigny à Paris, si important dans l'élaboration de son *Histoire du droit romain au Moyen-Age*, alors que nous disposons pourtant sur lui d'une très riche documentation ⁽³⁴⁾.

On peut penser aussi à ce petit article si révélateur des circonstances de l'élaboration du *Vom Beruf* et des relations qu'il entretient dans la pensée de Savigny avec la *Geschichte* et qui semble pourtant n'avoir pas modifié les conceptions couramment exprimées à ce sujet alors qu'il fait connaître une genèse jusqu'ici insoupçonnée de l'ouvrage. Après l'avoir lu on ne devrait plus pouvoir écrire qu'il s'agit d'un « écrit de circonstances » motivé par l'ouvrage de Thibaut, d'une oeuvre de nature essentiellement polémique. Il révèle en effet que le *Vom Beruf* a fait l'objet d'une lente maturation et ne s'est que progressivement dégagé de l'*Histoire du droit romain*. La controverse avec Tibaut ne fut que l'occasion de sa parution ⁽³⁵⁾.

Cet ensemble de considérations met en évidence la nécessité d'un répertoire et d'une édition de l'ensemble du *Savigny-Nachlaß* ⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ W. FELGENTRAEGER, *Briefe F. C. von Savignys an P. F. Weis* (1804-1807), S.Z. Rom., 48 (1928), 148-159; v. aussi J. GRIMM, *Jugendbriefe* (Weimar 1881); A. STOLL, *Der junge Savigny* (Berlin 1927).

⁽³⁵⁾ J. HENNIG, « *Vom Berufe unserer Zeit* » und « *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter* », ihre Entstehung und ihr Verhältnis zueinander; mit einem unbekanntenen Briefe Savignys an Zimmer, S.Z. Germ., 56 (1936), 593-398.

⁽³⁶⁾ Nous avons proposé à l'occasion du deuxième centenaire de la naissance de Savigny la constitution d'un *Internationales Komitee für die Herausgabe des Savigny-Nachlasses* qui se donne pour but la publication d'une *Savigny-Edition* en trois parties: I. *Repertorium*, II. *Edition*, III. *Savigny-Studien*. La première comprendra une bibliographie des ouvrages et articles consacrés à Savigny et un catalogue des manuscrits de et relatifs à Savigny. La seconde sera une publication systématique et critique de tous ces documents: correspondance (lettres adressées et reçues par Savigny); cours (cahiers de Savigny et notes de ses étudiants); travaux (impression des variantes); autres documents relatifs à Savigny. La troisième accueillera des monographies élaborées à partir de ces sources et particulièrement des sources récemment mises à la disposition des chercheurs. La plupart de ceux qui ont travaillé sur ces documents ont déjà répondu favorablement à cette proposition.

Una presenza

LUIGI RAGGI

SAVIGNY E MARX (*)

da « Materialismo storico e studio del diritto romano »
(1955-1956)

Con gli inizi dell'Ottocento lo svilupparsi della polemica anti-individualistica portò, sul terreno giuridico, ad una sempre più profonda revisione del sistema concettuale su cui poggiavano la scienza e la prassi giuridiche. Contro un'esegesi che in luogo di muovere dall'esame del concreto sorgeva da un alchimistico giuoco di formule, contro una sistematica che dalla tradizione teologica continuava a mutuare la tecnica delle teorizzazioni degli astratti, si veniva faticosamente affermando una scienza ed una pratica del diritto in cui al senso dello storicamente concreto e condizionato s'accoppiava il rinato senso della misura sociale dell'uomo. Infatti una considerazione storicistica della storia giuridica pone di fronte all'operare non già di astratte individualità o di astratti principi, bensì di gruppi e collettività nel loro concreto, continuo organizzarsi. In questo senso del sociale e del concreto è implicita una polemica sul diritto romano, che porta al ripudio della visione tradizionale di quel diritto come immutabile *ratio scripta*. Il concetto di *Volksgeist*, la riabilitazione della consuetudine, l'idea del divenire degli istituti giuridici e insieme l'acquistato senso della storicità del diritto romano e della sua inserzione in nuove esperienze, costituiscono un complesso di fattori che concorrono

(*) Luigi Raggi (1930-1968) sarebbe stato certamente fra i partecipanti di questo Convegno e dei più ascoltati. Si è pensato di renderlo presente con la riproduzione di alcune pagine del suo primo lavoro (in *RISG*, 91, 1955-56, pp. 11-19 = *Scritti*, Milano, 1975, pp. 11-19) che hanno ancora piena attualità.

a mettere in crisi ed a far superare quella visione aprendo la via ad un'interpretazione in senso sociale del diritto romano.

L'esempio più significativo, a questo proposito, è dato dalla ricostruzione del diritto romano ad opera della Scuola Storica tedesca. In quanto venne costruendosi sul postulato della derivazione del diritto dalla coscienza popolare, e quindi della sua natura collettiva, tale interpretazione fu volta a ricostruire il diritto romano appunto come prodotto della scienza collettiva del popolo Romano, in polemica contro l'interpretazione individualistica fornita dal razionalismo illuministico, abbandonando così il tradizionale modo di considerare il fatto giuridico come qualcosa che solo in se stesso avesse la propria ragion d'essere, qualcosa di astratto dalla complessa realtà sociale, ma anzi interpretandolo proprio in funzione della sua inserzione in quella realtà ⁽¹⁾. E

(1) V. SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, pag. 152-162; CORREIA, *Premesse per una valutazione comprensiva della concezione storica del diritto*, in *Bidr*, 1948; BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali nel sistema della giurisprudenza*, Milano, 1907, pag. 50-52; nella considerazione del diritto come fatto sociale e quindi come prodotto della storia, nella conseguente negazione della sua origine individuale o convenzionale, nell'intuizione del consenso sociale come condizione dello sviluppo giuridico il Brugi vide, da parte della Scuola Storica, l'anticipazione del relativismo giuridico positivistico (v. *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, in *Circolo giur. Palermo*, 14, 1883 e ulteriori considerazioni, sotto il medesimo titolo, in *Rivista ital. di Sociologia*, 1902, pag. 228; v. anche *Il moderno positivismo e la filosofia dei giureconsulti romani*, Urbino, 1880). Il Vanni criticò la tesi del Brugi, opponendogli che «l'idea del dinamismo che sospinge la società umana per una serie di stati storici l'un l'altro legati dal rapporto di filiazione e connessione necessaria è dovuta al genio di Augusto Comte» (*I giuristi della Scuola Storica di Germania nella storia della Sociologia e della Filosofia positiva*, in *Rivista di Filosofia Scientifica*, 1885, pag. 699); invece «la dottrina della relatività del diritto, lungi dall'essere per la Scuola Storica una deduzione logica di una ben più generale e comprensiva premessa psicologica, è stata da essa concepita in modo del tutto indipendente e particolare» (*ibid.*); «ma non nascondo che, prendendo ad esame speciali teorie ed opinioni dei singoli suoi membri o di qualcuno fra essi, le si troverebbero non solo metafisiche ma addirittura teologiche» (*op. cit.*, pag. 705). Il Brugi mostrò nella polemica una maggiore apertura, in quanto intese il positivismo, la scuola storica, nonché le rispettive premesse ideologiche non in senso strettamente accademico. Aggiungiamo che ciò che tanto scandalizza il Vanni sono le stereotipe affermazioni del Puchta sull'origine divina del diritto, affermazioni cioè ch'erano d'obbligo, a quei tempi, all'inizio di ogni trattazione (v.

quando il motivo individualistico tornò a trionfare nella Pandettistica, si ebbe un nuovo moto di reazione, in senso sociale, già a partire da Jhering, e che giunge fino a noi ⁽²⁾.

Questo carattere innovatore della Scuola Storica non è stato compreso da Marx, per il quale essa è, sotto ogni profilo, un frutto del Settecento, e il cui carattere essenziale sarebbe la « frivolezza » ⁽³⁾. Nel contatto della Scuola Storica con il movimento romantico Marx vide unicamente il perfezionamento tecnico-giuridico dell'oppressione della Restaurazione: « Se quindi a ragione si deve considerare la filosofia di Kant come la teoria tedesca della Rivoluzione francese, il diritto naturale di Hugo è allora la teoria tedesca dell'ancien régime francese » ⁽⁴⁾. La Scuola Storica nega che la razionalità dei diritti positivi sia da fondarsi su idealità astratte: deve invece vedersi nella positività stessa del diritto, e perciò nella sua storicità. In ciò sta il merito di quella scuola, il progresso da essa realizzato rispetto all'atteggiamento razionalistico dei giusnaturalisti. Nella giustificazione del diritto in base alla sua stessa esistenza Marx vide invece negata la possibilità di una critica del diritto sulla base di un dover essere, negazione implicante perciò la consacrazione dell'ordine giuridico costituito: « Una scuola che legittima l'infamia odierna con quella di ieri; una scuola che dichiara ribelle ogni grido del servo della gleba

Corso delle Istituzioni, Napoli, 1854, pag. 7). Per il Solari simili affermazioni, del Puchta come del Savigny, nascono dalla incapacità di costoro di sviluppare sino alle estreme conseguenze i presupposti filosofici della loro storiografia, per cui anziché adottare la soluzione che scaturiva logicamente dalla concezione romantica della realtà, e cioè la soluzione che sarà poi di Hegel e di Marx, preferirono ripiegare sulla tradizionale soluzione dualistica: cfr. *Storicismo*, cit., pag. 188 seg.

⁽²⁾ Il Gneist ha rilevato che Savigny e Puchta non hanno sviluppato l'aspetto sociale del concetto di *Volksgeist*; molto opportunamente però il Solari obietta che « nella affermazione della collettività come principio attivo e produttivo era implicito l'ulteriore riconoscimento della realtà sociale » (*op. cit.*, pag. 177 seg.).

⁽³⁾ « L'opinione comune considera la scuola storica come una reazione allo spirito frivolo del secolo XVIII. La diffusione di questa opinione è in rapporto inverso alla sua verità. Al contrario, il secolo XVIII ha creato un solo prodotto che abbia per carattere essenziale la frivolezza, e quest'unico prodotto frivolo è la scuola storica » (MARX, *Il manifesto filosofico della scuola storica del diritto*, in *Scritti politici giovanili*, a cura di L. Firpo, Torino, 1950, pag. 157).

⁽⁴⁾ *Op. cit.*, pag. 161.

contro lo staffile qualora lo staffile sia vetusto, tradizionale, storico; una scuola che presenta la storia, come il Dio d'Israele di fronte al suo Servo Mosé, solo come svolgimento a lei posteriore, cioè la scuola storica del diritto, avrebbe quindi inventato la storia germanica, se non fosse invece essa medesima un'invenzione della storia germanica. Uguale a Shylock — ma un Shylock che ha ottenuto il rimborso — essa giura per ogni libbra di carne strappata dal cuore del popolo sul suo attestato, sull'attestato storico, sull'attestato cristiano-germanico » (5).

Possiamo facilmente comprendere come Marx, per quella alterazione che deriva al giudizio dalla contemporaneità col fenomeno giudicato, non potesse valutare la portata reale dei nuovi principi posti dalla Scuola Storica, e ne sottolineasse soltanto l'aspetto reazionario ed oppressivo (6). Non si dimentichi che questo suo atteggiamento non deriva da un'indagine intorno al fondamento del diritto come problema generale ed astratto, bensì è dettato dalle esigenze della lotta contro le strutture giuridiche borghesi e, quindi, contro la condizione sociale ed umana che a quelle si riconnette.

Però, condannando Hugo e Savigny, Marx si riduce a postulare la necessità di un dover essere in base al quale poter giudicare la razionalità del diritto positivo, e di conseguenza finisce per riaccostarsi all'atteggiamento giusnaturalistico: « Hugo non cerca in nessun modo di dimostrare che il reale è razionale, bensì che il reale non è razionale. Con compiaciuta abilità raduna qui da ogni parte del mondo le ragioni per mettere in evidenza che

(5) MARX, *Critica della filosofia del diritto di Hegel. Introduzione*, in *Scritti politici giovanili*, cit., pagg. 396-397; cfr. PARADISI, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, in *Risg*, 1952-1953, pagg. 135 segg., in particolare pag. 137 nt. 5 a;; PLEKHANOV, *Essai sur le développement de la conception moniste de l'histoire*, 1906, rist. Mosca, pagg. 169 segg.

(6) Marx riconosce che « Hugo profana perciò tutto quanto è sacro per l'uomo giuridico, morale e politico, ma distrugge queste cose sacre solo per poter attribuire loro l'ufficio di reliquia storica, le diffama dinnanzi agli occhi della ragione per onorarle poi agli occhi della storia, e onorare nello stesso tempo gli occhi della storia » (*Manifesto*, cit., pagg. 159-160). Direi che più efficace esaltazione del significato, della funzione della Scuola Storica non poteva essere fatta: ma Marx in tale atteggiamento vede solo « le vecchie e sudice trovate del nostro illuminista da ancien régime » (*op. cit.*, pag. 167).

nessuna necessità razionale anima le istituzioni positive, come la proprietà, la costituzione politica, il matrimonio, ecc.; anzi, che esse sono contrarie alla ragione, che tutt'al più è permesso discuterne a tempo perso il pro e il contro. Non si può in nessun modo attribuire questo metodo alla sua individualità in quello che ha di contingente; è viceversa il metodo del suo principio, il metodo aperto, spregiudicato della scuola storica. Se il positivo deve aver valore in quanto positivo, allora devo dimostrare che il positivo non ha valore in quanto razionale; e come potrei farlo in modo più evidente che attraverso la dimostrazione che l'irrazionale è positivo e che il positivo è irrazionale? Che il positivo non esiste per mezzo della ragione ma nonostante la ragione? » (7).

Eppure proprio nella Scuola Storica trovò larga applicazione quella distinzione tra storia esterna e storia interna del diritto che, nella concezione marxista, doveva acquistare un significato determinante.

È nel quadro di questa polemica sociale che si deve collocare l'origine dell'attuale dibattito sulla crisi del diritto romano. Certamente se le prime manifestazioni di questo dibattito sono da vedersi nella crescente opposizione dei germanisti all'influenza romanistica sul diritto tedesco, potrebbe sembrare che il motivo dominante di tale opposizione, l'essere cioè il diritto romano estraneo allo spirito ed alle esigenze della nazione tedesca (8), non vada

(7) *Op. cit.*, pag. 159; cfr. MONDOLFO, *Il materialismo storico in F. Engels*, Firenze, 1952, cap. VI. Questo autore ritiene che la dottrina della Scuola Storica si risolva nella distruzione del concetto stesso di sviluppo storico, perché essa nega la legittimità di ogni opposizione, cioè della condizione stessa dello sviluppo (*op. cit.*, pag. 68). Ma ciò equivale a negare la validità della concezione savigniana solo perché non espressa nei termini della dialettica hegeliana: il che è anti-storico, perché il pensiero di Savigny s'è compiutamente formato prima di quello hegeliano (cfr. in proposito SOLARI, *Storicismo*, cit., pagg. 157-158). Il senso dello storicamente concreto, l'attento esame della realtà in tutte le sue particolarità e quindi in tutte le sue contraddizioni (caratteri, questi, propri della Scuola Storica), sono certamente assai più vicini all'interpretazione dialettica della storia di quanto non lo sia l'atteggiamento giusnaturalistico di un Ahrens o di un Del Vecchio, cui invece il Mondolfo pare, almeno in parte, aderire (cfr. *op. cit.*, pagg. 69-70).

(8) Così THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, suscitando la nota reazione del Savigny.

inquadrate nella polemica sociale ⁽⁹⁾; ad essa invece, certamente, va riferito l'altro motivo, che troviamo connesso al primo, ed in cui è palese l'istanza sociale, cioè l'accusa al diritto romano di essere stato introdotto in Germania dai legisti contro la volontà ed i bisogni del popolo tedesco ⁽¹⁰⁾. In realtà un'uguale istanza sociale è rilevabile anche nel primo motivo indicato, in quanto esso si fondava sulla concezione del diritto germanico come espressione della visione corporativa della vita, come realizzazione dell'idea di comunità (per cui la volontà del singolo, i suoi interessi, le sue stesse libertà venivano subordinati alla volontà, agli interessi, alla funzione storica della comunità). Di fronte ad una tale concezione stava l'interpretazione tradizionale del diritto romano come esaltazione dell'individuo, della sua volontà, della sua proprietà: di qui, inevitabilmente, la convinzione che al diritto romano fosse estraneo lo spirito associativo, il senso organico della società ⁽¹¹⁾. Questo fondamento sociale della polemica germanistica appare ancor più evidente allorché consideriamo la polemica sviluppatasi in Italia, di riflesso a quella germanica: si noterà allora come il motivo nazionalistico necessariamente venisse a cadere perché privo di ragion d'essere nella diversa situazione ambientale, mentre continuò ad essere sviluppato il motivo sociale della polemica ⁽¹²⁾.

⁽⁹⁾ Benché ripugni ad una tale conclusione il concetto del carattere di formazione spontanea e popolare del diritto che sta alla base di quell'opposizione, concetto che, per la posizione anti-individualistica in esso implicita, mostra un evidente nesso con la polemica « sociale » sopra indicata, ed in particolare con l'aspetto sociale della Scuola Storica, sul cui terreno, pur traendo impulso da motivi più remoti, si sviluppò la polemica germanistica; cfr. GIERKE, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlino, 1903.

⁽¹⁰⁾ Così BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Lipsia, 1843.

⁽¹¹⁾ GIERKE, *Naturrecht und deutsches Recht*, Francoforte, 1883; ID., *Der Entwurf eines BGB und das deutsche Recht*, Lipsia, 1889.

⁽¹²⁾ Assai significativo in tal senso è il SALVIOLI, *I difetti sociali del Codice Civile in relazione alle classi non abbienti ed operaie*, Palermo, 1890, ove sostiene che l'influenza della tradizione romanistica è impedimento al progresso giuridico ed alla trasformazione in senso sociale della legislazione. Cfr. PAMPALONI, *Il futuro codice civile germanico e il diritto romano*, Siena, 1888; PEROZZI, *Delle condizioni e necessità attuali dell'insegnamento e degli studi romanistici* (1891), ora in *Scritti giuridici*, III, Milano, 1948; BRUGI, *I romanisti e le riforme del diritto civile*, in *La scienza del diritto privato*, I, 1893; ID., *La guerra al diritto romano*,

Si deve evitare di valutare l'intera polemica germanistica sulla base dei più recenti aspetti di essa, cioè come polemica antiromana condotta in funzione degli interessi dell'ideologia nazionalsocialista: in effetti in quest'ultima fase della polemica il motivo nazionalistico appare prevalente, ed anche nel nuovo moto di riflesso che si verificò in Italia continuò a prevalere, perché i romanisti italiani furono costretti, per motivi contingenti, a far leva proprio su un opposto sentimento di nazionalità ⁽¹³⁾.

Si potrebbe pensare che avendo noi parlato di polemiche socialistiche, si sia inteso sottolineare il significato meramente « politico » e non giuridico di esse: cioè si sia voluto ricondurle sul piano delle ideologie politiche, perché sorte da interessi direttamente politici e solo mediatamente giuridici in senso stretto. In effetti la polemica intorno al socialismo giuridico è dovuta più che a giuristi (tra i quali però ricordiamo il Cimballi, il Vadalà-Papale, il Gianturco, il Chironi, il Cogliolo, il Miceli, il Vivante e i penalisti della Scuola positiva) a filosofi del diritto o della politica (come il Gierke, lo Stammler, Karl Renner e il Menger in Germania; il Duguit, il Sorel e gli istituzionalisti in Francia; il Vanni, il Del Vecchio, il Fragapane, il Filomusi Guelfi, il Donati, il Carle, il Groppali, il Loria in Italia). Ma se il problema ch'è alla base di quella polemica è sentito maggiormente e soprattutto da poli-

in *Riv. cit.*, II; BUONAMICI, *Di quello che debbono fare i romanisti nella moderna dottrina giuridica, ossia di un programma dell'insegnamento di diritto romano nelle scuole italiane moderne*, in *Archivio Giuridico*, 3, 1894; CARUSI, *Il diritto romano nella scienza e nella scuola moderna*, Roma, 1894; BRUNETTI, *Il diritto romano e le scienze sociali*, Firenze, 1896; BAVIERA, *Importanza odierna del diritto romano e suo metodo di studio e di insegnamento* (1900), ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1909.

⁽¹³⁾ KOSCHAKER, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München-Berlin, 1938; ID., *Europa und das römische Recht*, München-Berlin, 1947; LAVAGNA, *La dottrina nazionalsocialista del diritto e dello Stato*, Milano, 1938; OLGIAI, *Il concetto di giuridicità nella scienza moderna del diritto*, Milano, 1950, pagg. 88 segg., 185 seg.; WALINE, *L'individualisme et le droit*, Parigi, 1945. Sull'atteggiamento dei romanisti italiani cfr. LAURIA, *Indirizzi e problemi romanistici*, in *Foro italiano*, 1936; BENDISCIOLI, *Diritto romano e diritto germanico*, in *Studium*, 1934; BETTI, *La crisi odierna della scienza romanistica in Germania*, in *Riv. dir. commerciale*, 1939; GROSSO, recens. a Koschaker, in *Sdhi*, 1939.

tici e filosofi ciò non esclude trattarsi pur sempre di problemi giuridici. Quando si vuole che il discorso giuridico sia condotto su un piano esclusivamente « tecnico », si esprime, assai spesso inconsapevolmente, un'opzione effettuata che, dal piano di diverse scelte ideologiche fondamentali, si proietta su quello di una determinata concezione della storia e da questa a una determinata concezione del diritto. Infatti alla base dell'istanza formalistica sovraccennata sta la postulazione della « fissità » dell'ordinamento giuridico, le cui modificazioni o progressi consisterebbero in un sempre maggiore affinamento tecnico interno: è evidente il legame che unisce quel postulato di immutabilità sostanziale dell'ordinamento giuridico con posizioni culturali e politiche conservatrici. Dunque il concetto di un discorso giuridico che nella giuridicità esaurisca il proprio contenuto, esprima una scelta politica effettuata (derivante a sua volta da una più generale opzione teoretica o addirittura mitologica); ma chi muove da una diversa scelta, e quindi postuli la trasformazione dell'ordinamento giuridico, non può propugnare un discorso giuridico fine a se stesso, privo cioè del collegamento con i problemi del moto politico contemporaneo. In conclusione non si può negare la natura giuridica della polemica socialista sul diritto (sia in sede storiografica che in sede di critica ai sistemi normativi vigenti) a causa dell'interesse palesemente politico che la determina: tale polemica, direttamente politica e solo indirettamente giuridica, è polemica *giuridica*, per le ragioni sopradette, allo stesso modo come una polemica direttamente giuridica è, in quanto frutto di una diversa opzione politica, polemica politica.

Ragguagli fiorentini

UN « CENTRO DI STUDI PER LA STORIA
DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO »
NELLA UNIVERSITÀ DI FIRENZE

Con Decreto del Presidente della Repubblica Italiana in data 2 giugno 1980 (*Gazz. Uff.*, 2.10.1980, n. 271) è stato modificato l'art. 17 dello Statuto della Università di Firenze, istituendo presso la Facoltà di Giurisprudenza di questo Ateneo un « Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno ».

Si è così concluso un itinerario formale iniziatosi il 16 gennaio 1980 con la proposta del Consiglio di Facoltà e proseguito con le successive deliberazioni positive, in sede locale, del Consiglio di Amministrazione e del Senato Accademico, in sede nazionale, del Ministero della Pubblica Istruzione.

L'itinerario sostanziale aveva avuto invece un'origine più risalente. Fu infatti nella primavera del 1971 che Paolo Grossi si fece promotore di una iniziativa tesa a indagare e illuminare, non episodicamente ma organicamente, quel « deplorabile e umiliante vuoto storiografico » costituito appunto dal pensiero giuridico moderno nel suo formarsi e nel suo svilupparsi, proponendo « un banco comune di incontro e di lavoro che veda seduti assieme, in stretto contatto, storici e filosofi del diritto, privatisti e pubblicisti » (1).

Grazie alla pronta adesione di Pietro Costa, Piero Fiorelli, Luigi Lombardi Vallauri e Francesco Romano — tutti docenti dell'Ateneo fiorentino —, nacque, quale comunità spontanea di studio, il « Gruppo di ricerca per la storia del pensiero giuridico moderno » e, subito dopo, i « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno », foglio programmatico del Gruppo e

(1) Sono parole tratte dalla ' Pagina introduttiva ' che, a mo' di programma per i nascenti ' Quaderni fiorentini ', Paolo Grossi diffuse tra gli studiosi nel 1971.

terreno di prova dell'esperimento culturale, nonché, a fianco, una Collana di pubblicazioni monografiche.

A quasi dieci anni di distanza, con parecchi numeri del periodico e con parecchi volumi della Collana ormai varati e accolti con successo, dopo tante e autorevoli adesioni e partecipazioni, in mezzo a un tessuto di rapporti confermando una attenzione viva e sincera da parte della cultura giuridica europea (e non soltanto europea), è nella attività costante di questi anni che si motiva e si legittima la proposta per la creazione d'uno stabile Centro universitario di studi.

Il Centro è oggi una realtà anche sul piano formale: ha un suo Regolamento deliberato dal Consiglio della Facoltà giuridica fiorentina; è una unità amministrativa autonoma, con una propria dotazione finanziaria, proprio personale, proprii locali assegnatigli dalla Facoltà; ha un proprio Direttore e un proprio Consiglio direttivo eletti per un quinquennio.

Completiamo questa sommaria informazione, pubblicando qui il testo del 'Regolamento':

REGOLAMENTO

Art. 1 - Il « Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno » è annesso alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

Art. 2 - Il Centro è un organismo scientifico specializzato avente le seguenti finalità:

a) promuovere e coltivare studi e ricerche di storia del pensiero giuridico moderno, divulgandone i risultati mediante pubblicazioni, organizzando convegni, incontri e seminari scientifici;

b) proseguire nella organizzazione e nella stampa della pubblicazione periodica « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno »;

c) formare e addestrare specialisti per gli studi e le ricerche di storia del pensiero giuridico moderno;

d) sviluppare la collaborazione internazionale con organismi aventi scopi analoghi e sviluppare altresì gli scambi con studiosi di altri paesi.

Art. 3 – Sono organi del Centro:

- a) il Direttore;
- b) il Consiglio di direzione.

Art. 4 – Il Direttore del Centro è eletto dal Consiglio della Facoltà di Giurisprudenza fra i professori ordinari di discipline storico-giuridiche, che, per titoli scientifici, si possano definire cultori della storia del pensiero giuridico moderno; resta in carica un quinquennio e può essere rieletto.

Art. 5 – Il Consiglio di direzione è composto dal Direttore che lo presiede e da quattro docenti eletti dal Consiglio di Facoltà fra i docenti ordinari ed associati.

Il Consiglio di direzione resta in carica un quinquennio e può essere rieletto; si riunisce almeno una volta l'anno ed approva i programmi speciali di ricerca.

Le deliberazioni sono prese con la presenza di almeno tre componenti e a maggioranza semplice dei presenti.

Art. 6 – Il Direttore cura lo svolgimento dell'attività di ricerca e la realizzazione dei programmi speciali approvati annualmente dal Consiglio di direzione, assumendo le decisioni necessarie per assicurare il regolare funzionamento del Centro; presenta annualmente al Consiglio di Facoltà una relazione sull'attività del Centro; è il consegnatario dei beni ai sensi del T.U. sull'istruzione universitaria.

Art. 7 – Al funzionamento del Centro si provvede con la dotazione assegnata dall'Università di Firenze sulla base di un bilancio preventivo approvato dalla Facoltà. L'Università di Firenze attribuirà inoltre al Centro quei fondi che il Ministero della Pubblica Istruzione, altri Ministeri, enti pubblici e privati, italiani e stranieri, conferiscano a tal fine all'Università.

Art. 8 – Al Centro sarà addetto personale universitario non docente.

Art. 9 – L'Università di Firenze fornisce i locali idonei alla attività del Centro.

Art. 10 – Per quanto non previsto nel presente regolamento si applicano le norme del T.U. sull'istruzione universitaria.

Per il quinquennio 1980-85 sono stati nominati Direttore il prof. Paolo Grossi, ordinario di storia del diritto italiano, membri del Consiglio di direzione i proff. Pietro Costa e Piero Fiorelli, ordinarii di storia del diritto italiano, Luigi Lombardi Vallauri, ordinario di filosofia del diritto, Francesco Romano, ordinario di diritto civile.

Indice

	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Pagina introduttiva</i>	I
SEMINARIO INTERNAZIONALE SU FEDERICO CARLO DI SAVIGNY - Firenze, Palazzo dei Congressi, 27-28 ottobre 1980 - ATTI	
Programma del Seminario	5
I partecipanti al Seminario	7
PAOLO GROSSI, <i>Introduzione ai lavori</i>	15

RELAZIONI

RICCARDO ORESTANO, <i>Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny - Tre motivi di riflessione</i>	21
PIO CARONI, <i>La cifra codificatoria nell'opera di Savigny</i>	69
GIULIANO MARINI, <i>Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente</i>	113
ALDO SCHIAVONE, <i>La nascita del pensiero giuridico borghese in Germania - Formalismo della legge e formalismo della libertà nella polemica di Hegel con Savigny</i>	165
MARIO BRETONE, <i>Il « Beruf » e la ricerca del « tempo classico »</i>	189
ALDO MAZZACANE, <i>Prospettive savignyane vecchie e nuove - I corsi inediti - di metodologia</i>	217
FRANCA DE MARINI AVONZO, <i>La filologia romanistica di Savigny</i>	245
MASSIMO BRUTTI, <i>La sovranità del volere nel sistema di Savigny</i>	265

INTERVENTI E COMUNICAZIONI NEL DIBATTITO

FRANZ WIEACKER	303
MARIO A. CATTANEO, <i>Savigny e Feuerbach</i>	307
MAURIZIO FIORAVANTI, <i>Savigny e la scienza di diritto pubblico del diciannovesimo secolo</i>	319

	<i>pag.</i>
MICHAEL STOLLEIS	339
JAN SCHRÖDER	343
ALFRED DUFOUR	347
HEINZ MOHNHAUPT	351
FILIPPO RANIERI, <i>Savigny e il dibattito italiano sulla Codificazione nell'età del Risorgimento - Alcune prospettive di ricerca</i>	357
GIAN GUALBERTO ARCHI, <i>Due riflessioni per una rilettura di Savigny</i>	369
CESARE VASOLI	375
ALFRED DUFOUR, <i>Essai d'interprétation des parallèles droit-langages et jurisprudence-mathématiques dans la pensée de l'auteur du ' Vom Beruf ' - Réflexions en marge du rapport du professeur Mario BREONE, Il ' Beruf ' e la ricerca del ' tempo classico '</i>	379
CLAUDIO CESA	383
GIOVANNI TARELLO	387
GIUSEPPE GIARRIZZO	389
DOMENICO MAFFEI	395
HERBERT KADEL	397
JOACHIM RÜCKERT, <i>Der Unbekannte Savigny - Offene und verdeckte Lücken unserer Savigny-Kennntnis</i>	401
KLAUS LUIG, <i>Bemerkungen zum Stand der Savigny-Forschung</i>	417
HANS SCHLOSSER	427
 <i>REPLICHE DEI RELATORI</i>	
PIO CARONI	433
GIULIANO MARINI	437
ALDO SCHIAVONE	443
MARIO BREONE	447
ALDO MAZZACANE	451

	pag.
<i>APPENDICE</i>	
JOHANN BRAUN, <i>Der Besitzrechtsstreit zwischen F. C. Von Savigny und Eduard Gans - Idee und Wirklichkeit einer juristischen Kontroverse</i>	457
FRANCO CASAVOLA, <i>Jhering su Savigny</i>	507
HANS KIEFNER, <i>Ideal wird, was Natur war</i>	515
MARIO G. LOSANO, <i>Bismarck parla di Savigny con Jhering</i>	523
ANTONIO MANTELLO, <i>A proposito di Savigny: una riflessione sulle riflessioni</i>	541
OLIVIER MOTTE, <i>Savigny. Un retour aux sources</i>	555
 <i>UNA PRESENZA</i>	
LUIGI RAGGI, <i>Savigny e Marx</i>	567
 <i>RAGGUAGLI FIORENTINI</i>	
Un 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' nella Università di Firenze	577
<i>I collaboratori del nono «Quaderno»</i>	585

I collaboratori del nono « Quaderno »

Paolo GROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Firenze

Riccardo ORESTANO

Prof. Ordinario f.r. di Diritto romano - Università di Roma

Pio CARONI

Prof. Ordinario di Storia del diritto e Diritto privato svizzero - Università di Bern

Giuliano MARINI

Prof. Ordinario di Filosofia della politica - Università di Pisa

Aldo SCHIAVONE

Prof. Straordinario di Istituzioni di diritto romano - Università di Bari

Mario BRETONE

Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Bari

Aldo MAZZACANE

Prof. Straordinario di Diritto comune - Università di Napoli

Franca DE MARINI AVONZO

Prof. Ordinaria di Storia del diritto romano - Università di Genova

Massimo BRUTTI

Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Roma

Franz WIEACKER

Emerit. Professor für Römisches Recht. Universität Göttingen

Mario A. CATTANEO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Ferrara

Maurizio FIORAVANTI

Prof. Straordinario di Storia del diritto italiano - Università di Modena

Michael STOLLEIS

Ord. Professor für Öffentliches Recht, Rechtsgeschichte und Kirchenrecht - Universität Frankfurt am Main

Jan SCHRÖDER

Privatdozent für Bürgerliches Recht und Deutsche Rechtsgeschichte - Universität Bonn

Alfred DUFOUR

Professeur d'Histoire du Droit - Université de Genève

Heinz MOHNHAUPT

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt am Main

Filippo RANIERI

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt am Main

Gian Gualberto ARCHI

Prof. Ordinario f.r. di Diritto romano - Università di Firenze

Cesare VASOLI

Prof. Ordinario di Storia della filosofia - Università di Firenze

Claudio CESA

Prof. Ordinario di Filosofia morale - Università di Firenze

Giovanni TARELLO

Prof. Ordinario di Filosofia del diritto - Università di Genova

Giuseppe GIARRIZZO

Prof. Ordinario di Storia moderna - Università di Catania

Domenico MAFFEI

Prof. Ordinario di Storia del diritto italiano - Università di Roma

Herbert KADEL

Bibliotheksrat - Universitätsbibliothek Marburg

Joachim RÜCKERT

Assistent am Leopold Wenger-Institut für Rechtsgeschichte - Universität München

Klaus LUIG

Ord. Professor für Bürgerliches Recht und Römisches Recht - Universität Passau

Hans SCHLOSSER

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit und Bürgerliches Recht - Universität Augsburg

Johann BRAUN

Wissenschaftlicher Assistent - Universität Mannheim

Franco CASAVOLA

Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Napoli

Hans KIEFNER

Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte - Universität Münster

Mario G. LOSANO

Prof. Incaricato di Teoria generale del diritto - Università di Milano

Antonio MANTELLO

Prof. Incaricato di Storia del diritto romano - Università di Macerata

Olivier MOTTE

Chercheur à l'Institut de recherches juridiques comparatives - Paris

Luigi RAGGI (1930-1968)

gia Prof. Ordinario di Storia del diritto romano - Università di Macerata