

CIVILE - Scuola storica del diritto di Giovanni Orrù

(Anno di pubblicazione: 1998)

Bibliografia: E. I. Bekker, *Über den Streit der historischen und der philosophischen Rechtsschule*, Heidelberg, 1886; G. Beseler, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843; K. F. Eichhorn, *Über das geschichtliche Studium des deutschen Rechts*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1. Bd., Berlin, 1815, 124 ss.; J. Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, 2 Bde., 1894 (Nachdr. 1955); Id., *Kleinere Schriften*, Berlin, Gütersloh, 1864-1890; G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Berlin, 1821, trad. it., *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1987; G. Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin, 1819; G. F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, 2 Bde., 1828-1837; Id., *Cursus der Institutionen*, 2 Bde., 1841-1842; Id., *Lehrbuch der Pandekten*, 1838; F. Carl von Savigny, *Juristische Methodenlehre*, herausgegeben von G. Wesenberg, Stuttgart, 1951; Id., *Das Recht des Besitzes*, 1. Aufl., 1803, 5. Aufl., Giessen, 1827 und Stuttgart, 1837; Id., *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, trad. it. di M. Peretti, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, Napoli, 1982; Id., *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1. Bd., Berlin, 1815, 1 ss.; Id., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1815, trad. it., *Storia del diritto romano nel Medio Evo*, Torino, 1854-1857; Id., *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840, Aalen, 1981, trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, Torino, 1886-1896; A. F. J. Thibaut, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg, 1814, trad. it., di M. Peretti, *La necessità di un diritto civile per la Germania*, Napoli, 1982; B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 Bde., Frankfurt/M., 1891; Id., *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904.

Per le idee esposte nella voce, cfr., più ampiamente, nella letteratura più recente, N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1979; M. Bretone, *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 6 (1976), 187 ss.; Id., *Il "Beruf e la ricerca del "tempo classico"*, in *Quaderni Fiorentini*, 9, Milano, 1981, 189 ss.; P. Caroni, *La cifra codificatoria nell'opera di Savigny*, in *Quaderni Fiorentini*, 9, Milano, 1981, 69 ss.; H. Coing, *Savigny und die deutsche Privatrechtswissenschaft*, in *Jus Commune*, VII (1979), 9 ss.; H. Conrad, *Aus der Entstehungszeit der historischen Rechtsschule: Friedrich Carl von Savigny und Jacob Grimm*, ZGR, Germ. Abt., 65 (1947), 261 ss.; B. Croce, *La storia come pensiero e come azione*, Bari, 1954; W. Dilthey, *Einleitung in die Geisteswissenschaften*, in *Gesammelte Schriften*, Bd. I, pp. XV-XVI, trad. it. di G. A. De Toni, *Introduzione alle scienze dello spirito*, Firenze, 1974; A. Dufour, *Droit de l'homme droit naturel et histoire*, Paris, 1991; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III, Bologna, 1970; W. Fikentscher, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, III, Tübingen, 1976; M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979; R. Gmür, *Savigny und die Entwicklung der Rechtswissenschaft*, Münster, 1962; H. Hattenhauer (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, München, 1973; H. U. Kantorowicz, *Was ist uns Savigny?*, in *Recht und Wirtschaft*, I (1911), 47 ss.; H. Kiefner, *Thibaut und Savigny. Bemerkungen zum Kodifikationsstreit*, in *Festschrift für R. Gmür*, Bielefeld, 1983, 53 ss.; P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München und Berlin, 1958, trad. it., *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, 1962; K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1960, trad. it., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Milano, 1966; A. Laufs, *Rechtentwicklungen in Deutschland*, 3. Aufl., Berlin-New York, 1984; L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967; G. Marini, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Napoli, 1966; Id., *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, 1969; Id., *La polemica con la Scuola storica del diritto nella Filosofia del diritto hegeliana*, in *Rivista Filosofia*, 7-8-9 (1977), 167 ss.; Id., *Storicità del diritto e dignità dell'uomo*, Napoli, 1987; L. Marino, *I maestri della Germania. Göttingen 1770-1820*, Torino, 1975; A. Mazzacane, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1974; Id., «Pandettistica», in *Enc. dir.*, XXXI, Milano, 1981, 592 ss.; R. Orestano, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1953; *Quaderni Fiorentini - Per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9, su *Federico Carlo di Savigny*, Milano, 1981; G. Radbruch, *Introduzione alla scienza del diritto*, Torino, 1958; E. Rothacker, *Savigny, Grimm, Ranke. Ein Beitrag zur Frage nach dem Zusammenhang der historischen Schule*, in *Historische Zeitschrift*, CXXVIII (1923), 414 ss.; A. Schiavone, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democrazia e diritto*, 1973, 74 ss.; F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Heidelberg, 1837; R. Stintzing/E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abt. 3, Halbb.2, 1910; G. Solari, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940; G. Tarello, *Sulla Scuola storica del diritto*, in *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, 1988, 103 ss.; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, trad. it., *Storia del diritto privato moderno*, Milano, 1980; Id., *Wandlungen in Bilde der historischen Rechtsschule*, Karlsruhe, 1967; W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt/M., 1958, trad. it., *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974; E. Wolf, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963⁴.

Sommario: 1. Storico. Presentazione generale. La Scuola storica del diritto e i suoi rapporti con il Romanticismo. Precursori e fondatori della Scuola storica. Il ramo romanistico e il ramo germanistico della Scuola storica. - 2. Sistemático. La Scuola storica come dottrina. Genesi del diritto: tra «organicismo» e «spirito del popolo». Dal «nesso organico» di Savigny al «nesso sistemático» di Puchta. - 3. La polemica Thibaut-Savigny sull'opportunità di dare un codice alla Germania. - 4. Valutazione complessiva della Scuola storica del diritto.

1. Storico. Presentazione generale. La Scuola storica del diritto e i suoi rapporti con il Romanticismo. Precursori e fondatori della Scuola storica. Il ramo romanistico e il ramo germanistico della Scuola storica.

Nel senso più ampio dell'espressione, «Scuola storica del diritto» (historische Rechtsschule) sta a designare un movimento culturale, vasto e complesso, affermatosi in Germania, all'inizio dell'Ottocento, attraverso l'opera e il magistero di tre grandi giuristi e storici del diritto: Gustav Hugo (1764-1844), Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e Georg Friedrich Puchta (1798-1846) ⁽¹⁾.

Nelle opere di questi tre giuristi, ai quali in seguito se ne aggiunsero molti altri, è messa nel massimo rilievo la «dimensione storica del diritto» in un duplice modo: cercare di comprendere, da un lato, il diritto come storia e orientare storicamente, dall'altro, la stessa scienza del diritto ⁽²⁾. La storia viene in tal modo concepita non come «espressione di una dinamica di vita irrazionale e meccanicamente determinata», ma come «relazione spirituale tra passato e presente sostenuta dalla tradizione» ⁽³⁾. A determinare il rapporto tra passato e presente, tra essere e divenire è, a giudizio di Savigny, «l'indissolubile legame organico delle generazioni e delle epoche, tra le quali può pensarsi soltanto uno sviluppo, non già una fine assoluta o un assoluto inizio» ⁽⁴⁾. Se la storia è l'unica via per conoscere la nostra propria condizione, comprendere il presente, vuol dire rendere presente il passato ⁽⁵⁾. I motivi che giustificano la validità del diritto, secondo i giuristi della Scuola storica, sono di natura storica e consistono nell'organico e ininterrotto divenire della «comune coscienza del popolo», vera sede di quella continuità che i giusnaturalisti ascrivevano all'immutabilità della ragione umana. Il fatto che il diritto non possa essere più considerato come il puro prodotto dell'attività razionale del legislatore, ma come il frutto di una complessa e stratificata evoluzione storica, di cui il diritto presente costituisce il risultato, chiarisce la concezione che gli storicisti hanno dell'impostazione metodologica e della funzione della scienza giuridica. La scienza del diritto trova il suo oggetto naturale nello studio del diritto attuale, nel diritto vivente di una nazione, poiché in questo si ha una sintesi tra passato e presente in tutti i molteplici aspetti che li connettono. La spiegazione del presente viene cercata nel passato e nel presente è possibile trovare i motivi profondi, non artificialmente e astrattamente razionali, per procedere verso il futuro.

Come reazione agli apriorismi e agli schematismi cui aveva dato luogo la fede illuministica nella pura ragione, lo storicismo giuridico si rende interprete di un nuovo atteggiamento e di una nuova sensibilità nei confronti dell'uomo, della ragione, della storia. Come il Romanticismo, esso trova in parte le ragioni del suo nascere nei delusi ideali illuministici che, per esaltare una ragione astratta e universale principio immutabile di intelligibilità della natura umana e della realtà, aveva trascurato le concrete determinazioni storiche all'interno delle quali quel principio di ragione si manifesta e avevano ignorato la presenza non eliminabile e l'incidenza degli elementi irrazionali che possono determinare lo svolgersi degli eventi ⁽⁶⁾. L'ingenua convinzione che la ragione possieda solo versanti luminosi e positivi, un potere unicamente chiarificatore dell'agire umano e la capacità di realizzare il bene e la felicità per tutti, aveva dovuto subire l'impatto con il Terrore generato dalla Rivoluzione francese, per prendere atto dei lati oscuri della ragione stessa e della sua insufficienza quale strumento ermeneutico nei confronti del divenire storico. A questa astrattezza intellettualistica e riduttiva il Romanticismo contrappone la storia nella sua concretezza, il farsi stesso delle cose nella sua complessità: complessità in cui le forze razionali e irrazionali, ragione e sentimento, interagiscono in modo inestricabile.

In questa prospettiva, si spiegano i nuovi miti propugnati dal Romanticismo: il culto del passato, delle origini e, più in generale, di tutto ciò che è vergine, spontaneo, primitivo, di tutto ciò che accoglie le voci profonde dell'io e dell'anima popolare.

La ragione del romantico non è razionalistica; è una ragione che riconosce come ragionevole la presenza dell'irrazionale inteso soprattutto come momento intuitivo. Questa forza viene messa in opposizione alla «ragione ragionante», come creativa più che critica, molteplice più che unitaria, profonda più che superficiale, naturale più che convenzionale, incontrollabile e titanica più che metodica. Di qui l'esaltazione della poesia come espressione dell'ideale dell'«anima bella» (Schiller, Goethe) e l'identificazione della fantasia poetica con il potere infinito dell'anima del mondo (Schlegel, Novalis, Hölderlin).

Teoricamente è dunque innegabile l'affinità dello storicismo giuridico con il Romanticismo; sarebbe, tuttavia, piuttosto semplicistico, avverte Wieacker, affermare che la Scuola storica del diritto è «un prodotto del Romanticismo». Di sicuro è soltanto che «la data di fondazione della scuola coincide con il punto di massima fioritura del Romanticismo e che entrambi i movimenti si trovano in costante rapporto di osmosi nel quadro generale della cultura dell'epoca» ⁽⁷⁾.

Il Precursore della Scuola storica del diritto viene tradizionalmente considerato Gustav Hugo, autore nel 1798, di un «Manuale di diritto naturale come filosofia del diritto positivo» (*Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*). Nel titolo significativo di questo lavoro di Hugo è già presente, allo stato embrionale, il programma della Scuola e risulta chiaro l'assunto dell'autore: il suo diritto naturale non è quello della tradizione giusnaturalistica, ma è qui concepito come principio e insieme risultato di un più profondo (filosofico appunto) intendimento del diritto positivo, che, in quanto espressione della realtà storica, è l'unico vero diritto. Una razionalità immanente è da presumersi rintracciabile negli istituti giuridici che hanno trovato concreta realizzazione, forse anche quelli che più sembravano contrastare con la ragione dei giusnaturalisti, come ad esempio la schiavitù e la tortura. In questo senso, il diritto naturale residuo nella Scuola storica rappresenta un utile schema per la sistematizzazione, la costruzione e l'elaborazione concettuale del diritto positivo, inteso principalmente come insieme di consuetudini, poiché solo le manifestazioni spontanee del diritto, non cristallizzando gli istituti giuridici in geometrici apriorismi dottrinali o in atti di volontà legislativi, ne rivelano l'essenza più autentica.

«Con la riduzione del diritto naturale a filosofia del diritto positivo la tradizione giusnaturalistica è esaurita»; questo giudizio di Bobbio, e l'altro per cui l'opera di Hugo segna «il punto di passaggio dalla filosofia giusnaturalistica a quella (lato sensu) giuspositivistica» ⁽⁸⁾ vanno presi cum grano salis, e

riferendo il termine «giusnaturalismo» solo al razionalismo giuridico più conclamato. In realtà, sembra possibile discernere nella Scuola storica anche qualcosa come un sostanziale «giusnaturalismo storico» di tipo vichiano, teso a indagare, nel factum, il verum ad esso immanente; in questo senso è forse riduttivo affermare che la Filosofia del diritto di cui parla Hugo sarebbe più propriamente, utilizzando una terminologia moderna, una «teoria generale del diritto». Infatti, la scienza giuridica prospettata da Hugo aveva il compito di superare il dualismo tra giurisprudenza puramente pratica e speculazione giusrazionalistica attraverso la sistemazione concettuale di quell'insieme, solo in apparenza informe e incoerente, di istituti giuridici che la storia aveva prodotto ⁽⁹⁾.

Il vero iniziatore della Scuola storica, nonché la figura più rappresentativa, è indubbiamente Friedrich Carl von Savigny. Nella monumentale, e tuttora insuperata, opera di Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Savigny è considerato «uno dei pochi giuristi di tutti i tempi che sia entrato a far parte della comune coscienza culturale», e i suoi scritti risalenti agli anni 1814-1815, che si sogliono definire «scritti programmatici», perché sono quelli che danno l'avvio alla Scuola storica del diritto, vengono annoverati tra le «poche opere giuridiche che possano essere considerate patrimonio della letteratura nazionale» ⁽¹⁰⁾.

L'affermazione più decisa ed elaborata dello storicismo giuridico è contenuta nel celeberrimo scritto di Savigny *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* che costituisce la risposta polemica a un saggio di Thibaut, esponente di primo piano della cosiddetta «Scuola filosofica» del diritto, recante il titolo *La necessità di un diritto civile generale per la Germania*. I principi della dottrina filosofico-giuridica di Savigny sono espressi, oltre che nella *Vocazione*, nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, scritta in collaborazione con il germanista Eichhorn e con il romanista Göschen, e concepita sin dalla sua nascita come organo ufficiale della Scuola storica. Secondo il saggio di presentazione della rivista, due Scuole si fronteggerebbero da sempre: la «storica» e la «non-storica». Gli elementi per cui le due visioni divergono non sono di tipo occasionale o comunque parziale: il contrasto è di natura universale, poiché riguarda in generale il modo di concepire e studiare la realtà, che può essere realizzata secondo una prospettiva storica oppure astorica. Secondo la «Scuola non-storica» ogni epoca crea del tutto liberamente il proprio presente, cioè le proprie rappresentazioni e credenze; la storia, in questa visione, non è che un insieme di esempi passati, ininfluenti sulla contemporaneità. La «scuola storica», invece, concepisce la realtà come una totalità diveniente, nella quale ogni momento e ogni aspetto dipendono strettamente da ciò che li ha preceduti; ogni approccio conoscitivo che prescindendo dalla prospettiva storica non è che un'astrazione, da non confondersi mai con la realtà ⁽¹¹⁾.

Ricostruire l'albero genealogico o, se si vuole, una «galleria degli antenati» di Savigny, risulta alquanto arduo. C'è, infatti, chi legge nella sua opera dipendenze di tipo kantiano, chi di tipo hegeliano, e chi ancora di altri filosofi. Indubbiamente si ritrovano nei suoi scritti impronte di Herder, il precursore spirituale del Romanticismo, di Schelling, il filosofo del Romanticismo, e di Schleiermacher, successivamente suo collega a Berlino, per il quale la regione rappresenta una inconscia espressione globale della personalità umana ⁽¹²⁾. Un altro collega berlinese, Ranke, che condivideva con lui, e prima ancora con Herder, l'avversione per tutti gli aspetti «artificiosi» della storia, lo confermò nelle sue opinioni. Non si deve, al contrario, sopravvalutare l'influsso esercitato su di lui dai poeti romantici Arnim e Brentano e dai fratelli Schlegel, tutti amici intimi di Savigny. Per stile di vita e, in massima parte, anche nell'opera scientifica, Savigny era tutt'altro che romantico. Un intelletto penetrante e cristallino e una tenace applicazione predominavano in lui sul sentimento. Del resto, su di lui agivano anche forze opposte al sentimentalismo romantico: soprattutto - sebbene non per esplicita ammissione - la filosofia idealistica di Kant con il suo postulato di una struttura architettonica e sistematica del diritto.

Savigny fu, insomma, uomo profondamente inserito - anche nei suoi rapporti di famiglia - nella grande cultura del suo tempo; fu uomo di successo accademico e, negli ultimi anni della sua vita, politico ⁽¹³⁾. Tra i fondatori della Scuola storica, Puchta è certamente la figura di minor rilievo, ma anche quella più rappresentativa, perché nelle sue opere avvenne la più compiuta realizzazione dell'idea di sistematica come forma disponendi della materia giuridica. Con lui, infatti, la scienza giuridica del suo tempo si mise sulla strada del sistema logico-deduttivo e ne decise con ciò l'evoluzione verso la giurisprudenza formale dei concetti, massima espressione del giuspositivismo formalistico ottocentesco. Le *Pandette* di Puchta hanno convertito l'eredità giusrazionalista «nel più autentico principio metodologico della Pandettistica ed hanno avuto effetti più duraturi e più rapidi dello stesso "Sistema" del Savigny, che anzi ne ha subito palesemente l'influsso» ⁽¹⁴⁾.

La fine degli anni '30 segna un momento di tensione interna alla Scuola storica del diritto, tensione che sbocca nel 1839 nella pubblicazione della *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft*, di cui sono direttori Reyscher e Wilda ⁽¹⁵⁾. La pubblicazione di questa rivista porta alla luce la frattura esistente all'interno della Scuola savignyana e dà luogo alla fondazione del ramo germanistico della Scuola storica, di cui fanno parte *Karl Friedrich Eichhorn* (1781-1854), *Carl Friedrich von Gerber* (1823-1891) e *Jacob Grimm* (1785-1863). Il dissidio tra i due rami della Scuola storica si accese sia riguardo alla valutazione della recezione del diritto romano in Germania sia riguardo all'idea di codificazione del diritto privato tedesco. Per quanto riguarda la recezione del diritto romano, mentre per i romanisti la civiltà giuridica europea si era formata nella fedeltà a un nucleo storico originario, il diritto romano dell'epoca repubblicana, e un tale diritto si era armonicamente fuso con le tradizioni nazionali germaniche, diventando diritto vigente, per i germanisti, invece, la recezione del diritto romano era vista come una «colpevole sventura nazionale», causata dai giuristi culti, ai quali era da attribuire la spaccatura tra «diritto dei giuristi» (*Juristenrecht*) e «diritto del popolo» (*Volksrecht*) ⁽¹⁶⁾. Per quanto riguarda, invece, l'idea di codificazione, per i germanisti, essa poteva diventare la grande occasione alla quale legare le loro speranze «di veder finalmente rivalutato il loro diritto e realizzati i postulati (anche politici e sociali) che ad esso ricollegavano» ⁽¹⁷⁾, per i romanisti, invece, come vedremo ampiamente più oltre, bisognava puntare al rinnovamento della scienza giuridica e alla rivalutazione del suo ruolo nella vita pubblica.

Accanto a fondate rivendicazioni, molto purismo e trasporto patetico, la violenta disputa scolastica tra romanisti e germanisti si placò solo a seguito della delusione rappresentata dalla Convenzione nazionale della *Paulskirche* e infine con l'impegno legislativo nella seconda metà del secolo, riducendosi a «dispute di professori» (18).

2. Sistemático. La Scuola storica come dottrina. Genesi del diritto: tra «organicismo» e «spirito del popolo». Dal «nesso organico» di Savigny al «nesso sistemático» di Puchta.

I giuristi della Scuola storica agirono potentemente nel distruggere il mito del diritto naturale, combattendolo come astrazione intellettualistica. Mentre il diciottesimo secolo credeva di possedere nel diritto naturale un metro valido per tutti i tempi e per tutti i luoghi, per giudicare e riformare il diritto, la Scuola storica ha lasciato in eredità al ventesimo secolo l'idea che il diritto è uno spontaneo prodotto della storia, un fatto che vive e si svolge nella storia, consegnato nell'esperienza successiva di generazioni, nel deposito di esperienze dell'umanità.

Alle tesi del giusnaturalismo riguardanti il diritto, cioè alla teoria di un diritto naturale immutabile e universale, Savigny si oppone recisamente. Per lui il diritto è proprio di ciascun popolo, come il linguaggio, i costumi, l'organizzazione politica: tutti elementi connessi tra loro, che fanno di ciascun popolo che abbia coscienza di essi un individuo, e la cui origine non è accidentale e arbitraria (19). Come per il linguaggio, anche per il diritto, non vi è un attimo di sosta assoluta; esso «si sviluppa dunque insieme al popolo, si perfeziona con esso e infine si estingue man mano che il popolo perde la sua peculiarità» (20). Più precisamente, nelle età primitive, il diritto si manifesta «attraverso atti simbolici» che possono considerarsi come «la vera grammatica del diritto» di quelle età, e a questo proposito è degno di nota il fatto che «l'attività principale degli antichi giuristi romani consistesse nella tutela e nell'esatta applicazione di essi» (21). In questo periodo il diritto è esclusivamente consuetudinario, ed è avvertito dalla coscienza comune; esso è l'unico e vero diritto, poiché è quello degli usi tramandati di generazione in generazione, che si adeguano alla realtà senza che siano necessarie mediazioni. La consuetudine è appunto il versante esteriore, comportamentistico, della coscienza giuridica popolare. In questo senso, così come Savigny lo descrive, il diritto risulta, però, poco separato da altre forme di normatività, non essendo affatto esente da convinzioni di carattere etico e religioso.

Nel secondo periodo, nella maturità dei popoli, al diritto spontaneo si sovrappone quello elaborato scientificamente dai giuristi che, tuttavia, non cessa di partecipare all'intera vita del popolo, in quanto i giuristi formano il diritto come rappresentanti del popolo nel suo complesso. Savigny mette così in rilievo come la vita del diritto sia duplice: il diritto ha una sua vita «politica» fintanto che esso esprime la realtà di una data struttura sociale, ma ha pure una vita «tecnica» che comincia nello stesso momento in cui subisce la sua elaborazione scientifica, quando cioè diventa competenza esclusiva di un ceto di giuristi dotti (22). La confluenza di questo duplice principio di vitalità spiega poi tutte le manifestazioni successive del diritto e ci fanno comprendere come quella massa di manifestazioni particolari possa essere nata tutta spontaneamente dai costumi senza che vi abbia parte l'arbitrio del legislatore. Secondo i tempi e le situazioni, di fatto, può prevalere in un popolo l'uno o l'altro elemento e il diritto può quindi essere presso lo stesso popolo, in epoche diverse, diritto naturale (nel senso di diritto popolare), o diritto scientifico; ma, nell'un caso e nell'altro, sia che prevalgano i costumi e le credenze popolari, sia che prevalga la scienza del diritto, ciò che crea il diritto è sempre opera «di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dell'arbitrio di un legislatore» (23).

Savigny e tutti i giuristi della Scuola storica condividono la stessa concezione «organica» della genesi del diritto, sul modello della lingua e della consuetudine. La nozione fondamentale di «totalità organica» è frutto dell'influenza della filosofia della natura di Schelling (24). La società, così come la storia, sono concepite come esseri viventi, le cui diverse parti (individui, famiglie o popoli per la società e secoli per la storia) non possono condurre un'esistenza autonoma. Come, secondo l'opinione vitalistica, l'organismo non è costruito dall'azione concomitante di singole forze atomistiche, ma dalla «forza vitale del tutto», così anche il diritto non scaturisce dalla ragione individuale dei singoli, ma dallo «spirito del popolo» (*Volkgeist*) dominante nell'individuo e sopra l'individuo. Questa concezione organo-logica della società e della storia - reazione contro l'atomismo sociale dell'individualismo giusnaturalista e contro la discontinuità storica - finisce per tradursi in una teoria generale del diritto per via dell'insistenza posta sull'unità intrinseca della realtà giuridica di una data società, sulla sua connessione organica con altri aspetti culturali e sulla continuità del suo sviluppo. Savigny definisce questa genesi del diritto come evoluzione «organica» (25). Con questo termine prediletto e ripetutamente usato, egli intende sottolineare l'analogia tra il diritto come prodotto dello spirito e le creature viventi, uomini compresi, i quali pure si evolvono - organicamente - secondo la necessità interiore di leggi loro connaturate. Questo misterioso evento viene così implicitamente idealizzato insieme con il suo prodotto. Se lo sviluppo naturale delle singole piante spontaneamente realizza la propria finalità generando bellezza, armonia, perfezione, lo stesso può dirsi del diritto nella sua evoluzione organica. Nasce allora un organismo, perfettamente composto ed equilibrato nei suoi elementi da una mano invisibile, la cui organizzazione può essere oggetto di studio scientifico alla pari di un sistema naturale.

La dottrina organicistica è applicata da Savigny per spiegare anche la genesi del linguaggio. Anch'esso scaturisce dallo «spirito del popolo» (*Volkgeist*): quel Geist, operando nella lingua, diviene *Sprachgeist*, ma è uno stesso spirito che penetra le azioni degli uomini e il loro linguaggio (26). Il paragone tra diritto e linguaggio, diffuso nella cultura romantica del tempo, e forse risalente alla «mente fecondissima di Herder», costituisce l'immagine più adeguata per mostrare lo spontaneo divenire del diritto e il suo carattere storico e organico (27).

L'illustrazione più felice del paragone tra diritto e linguaggio doveva essere opera, e non poteva essere altrimenti, di un giurista e glottologo, Jacob Grimm, la mente più poetica della Scuola storica (28).

. Scrivendo a Savigny, nell'Ottobre del 1814 da Vienna, Grimm gli comunicava che la *Vocazione* lo

confortava e lo rafforzava in alcune delle sue idee predilette. «Radicali e decisive» - scrive Grimm «sono l'equazione e il confronto del diritto con il costume e il linguaggio, che vanno a colpire ogni aspetto della questione, smantellando la credibilità dell'esistenza di un cosiddetto diritto naturale. Il diritto, al pari del linguaggio e del costume, è *popolare* sia per la sua origine sia per l'organicità della sua evoluzione vitale. Non può essere separato da quelli, in quanto tutti e tre gli elementi si compenetrano intimamente per opera di un'energia che sovrasta l'uomo. Ora, voler *inventare* una lingua o una poesia sarebbe altrettanto insensato quanto, per un uomo, trovare con la sua ragione unilaterale un diritto che prosperi sempre vigoroso e clemente come quello generato dal terreno natio» (29).

La lingua è, dunque, un prodotto storico; e un prodotto storico è anche il diritto come linguaggio. Vi è, quindi, nel diritto e nella poesia, proprio in quanto entrambi derivano dalla storia (i cui inizi sono divini), una «inseparabile mescolanza di materiali celesti e terreni» (30).

Per Savigny e Grimm, non è possibile, pertanto, imporre ad un popolo un diritto «naturale» o «razionale», come invece pretenderebbe l'«illimitata presunzione» o l'«oscura brama di cultura» del legislatore giusnaturalistico (31). Non esiste, infatti, un legislatore linguistico che ponga le norme del linguaggio; queste norme «si» pongono, «si» istituiscono. Da un lato, illuministicamente, la «volontà generale» fondata sulla ragione, dall'altro, romanticamente e storicisticamente, la fecondità della tradizione.

La dottrina organicistica si dimostra particolarmente feconda nella spiegazione della genesi e dell'evoluzione degli istituti giuridici. La dottrina savignyana dell'istituto giuridico è appunto l'esempio più evidente di concretizzazione di quell'organicità totale che è il *Volksgeist* (32).

Savigny, che ha ripreso il concetto dell'istituto giuridico dal filosofo del diritto Justus Stahl (33), ragiona sulla base degli istituti giuridici e non delle singole norme giuridiche e meno che mai in base ai diritti soggettivi, come vuole la prassi attuale di giuristi. L'istituto giuridico, che è per Savigny un complesso unitario, mutevole nel tempo, di relazioni umane considerate come tipiche, viene «scoperto» dalla scienza giuridica nella coscienza giuridica collettiva. L'istituto giuridico presenta sempre una «natura organica», sia «nella vivente connessione delle sue parti» sia «nella sua progressiva evoluzione» (34). La forma scientifica data alla materia aspira a «svelare e completare la sua interiore unità», e la scienza giuridica, in questa sua aspirazione, in quanto procede *sistematicamente*, è imparentata con la filosofia.

Più precisamente, la scienza giuridica non solo può «costruire prima separatamente i vari istituti giuridici, e combinarli poi a suo arbitrio», ma deve anche riconoscere che «tutti gli istituti giuridici sono collegati in un sistema, e che solo nella grande armonia di questo sistema, nel quale si ritrova la medesima loro organica natura, possono essere completamente intesi» (35). Nella totalità del sistema viene dunque evidenziata la natura della singola parte: come ogni singolo istituto, così anche il sistema costituisce un'unità organica.

Il «sistema scientifico», costruito su categorie logiche, dev'essere posto in accordo con il «sistema naturale», deve cioè conservare in forma scientifica, e non distruggere, quel nesso naturale, in virtù del quale le singole parti del diritto stanno tra loro in legame vitale pur nella realtà più dissociata. In tale prospettiva, la scienza giuridica non deve trasferire un ordine fittizio sul diritto, sovrapponendosi dall'esterno a rapporti e istituti, come avviene nel sistema giusnaturalistico e giusrazionalistico, ma deve portare alla luce l'ordine immanente al diritto stesso, disponendo in un sistema un'immagine che rispecchi nel modo più fedele possibile i rapporti giuridici reali.

Anche l'interpretazione deve sempre partire dalla visione sistematica del diritto. Gli elementi dell'interpretazione sono, per Savigny, il grammaticale, il logico, il sistematico e lo storico. Nel *Sistema del diritto romano attuale*, come nella giovanile *Juristische Methodenlehre*, Savigny vede il compito principale dell'interpretazione nella «ricostruzione del pensiero immanente alla legge». A tal fine l'interprete deve «mettersi mentalmente dal punto di vista del legislatore, ripercorrere in se stesso artificialmente l'attività di quest'ultimo e, quindi, far sorgere ex novo la legge nel suo pensiero» (36). L'interprete deve sempre tener presente l'«idea» degli istituti giuridici, se vuol capire esattamente la singola norma; deve ricavare le regole giuridiche mediante una «astrazione», ossia mediante un «processo artificiale», dalla visione totale dell'istituto giuridico, dall'«idea» dell'istituto. Tra questa «idea» e la forma astratta della singola regola sussiste sempre una «sproporzione», il cui superamento è continuamente affidato alla scienza giuridica (37).

In definitiva, per Savigny, conoscere una norma significa interpretarla, cioè metterla in rapporto *sistematico* con altre norme. Il sistema viene così configurandosi come un mezzo di interpretazione delle norme positive che hanno bisogno appunto di essere calate nel sistema, e filtrate dai concetti del sistema, per articolarsi fino a costituire una disciplina giuridica esauriente.

Questa tendenza alla sistematicità, già presente in Savigny, si ritrova fortemente accentuata presso Puchta, suo allievo e continuatore. Il concetto di *Volksgeist*, usato da lui per la prima volta in seno alla Scuola storica, gli serve per fondare quell'unità logica del sistema che, conducendo al formalismo astratto, ne nega le premesse storicistiche. L'elaborazione scientifica del diritto, partita dallo studio e dalla ricostruzione storica del diritto romano, si allontana in modo progressivo, specialmente ad opera degli allievi di Savigny, da questa metodologia, in direzione di una sempre più accentuata astrazione e concettualizzazione, accogliendo istanze proprie del giusnaturalismo formalistico. Il diritto positivo rimane l'unico diritto, ma per darne una rappresentazione scientifica non basta più la mera esegesi del testo, occorre ricostruire, per usare un'espressione di Puchta, la «genealogia dei concetti» che è latente nelle norme e in base alla quale queste possono venir ricondotte alla loro connessione sistematica. Sorge così l'indirizzo dogmatico-concettuale (la «giurisprudenza dei concetti», *Begriffsjurisprudenz*, come la chiamarono i suoi avversari), il quale, attraverso il suo massimo rappresentante nella seconda metà dell'Ottocento, Bernhard Windscheid, influenzerà poi decisamente sia la cosiddetta «Scuola tedesca di diritto pubblico» (Gerber, Laband, Jellinek) sia la nascita, all'alba del nuovo secolo, del Codice civile tedesco (*BGB*).

Con l'indirizzo dogmatico-concettuale, il sistema cessa di essere calato nella storia e assume la valenza di un nesso puramente logico, che consente allo scienziato di dedurre regole nuove, ma inevitabilmente sganciate dal mondo della pratica dei rapporti. I giuristi sono «portatori di verità scientifiche»; essi producono un diritto che viene riconosciuto soltanto per «ragioni sistematiche interne» (38). Ciò significa che quel diritto dedotto dal sistema non è un «diritto storicamente divenuto», ossia non è un diritto sorto attraverso un procedimento obiettivo, dimostrabile storicamente, ma è, in senso stretto, un prodotto della ragione, non un diritto scoperto, ma «inventato». Riprendendo una frase poetica di Walter Wilhelm, si può dunque dire che «la nebbia del Volksgeist si alzò sopra questo diritto scientifico e restarono solo le nude leggi del pensiero» (39).

3. La polemica Thibaut-Savigny sull'opportunità di dare un codice alla Germania.

All'inizio dell'Ottocento, ad eccezione della Prussia, i numerosi Stati in cui la Germania si trovava divisa erano ancora regolati dal diritto giustiniano, modificato o integrato da norme locali. Con il Congresso di Vienna sorgeva la Federazione tedesca (*Deutscher Bund*) che riuniva circa quaranta piccoli territori o Stati, alcuni dei quali in forte contrasto tra loro, come nel caso della Prussia e dell'Austria. Questi due Stati erano regolati da due differenti ordinamenti giuridici: *YALR (Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten)* in Prussia, l' *ABGB (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch)*, in Austria; le rimanenti regioni erano invece rette dal diritto romano e in esse la scienza giuridica si atteneva all'usus modernus pandectarum. Alcuni territori, infine, quelli che avevano subito l'invasione degli eserciti francesi, avevano adottato per lo più il Code Napoléon. Data questa situazione di particolarismo giuridico e di frammentazione politica, numerosi erano gli studiosi che si facevano paladini di una comune codificazione tedesca sul modello del codice civile napoleonico. Da una codificazione unitaria essi si ripromettevano una crescita concorde del Paese diviso tra le varie dinastie, una garanzia contro gli attacchi della reazione e soprattutto «l'elevazione del diritto, da morta tradizione dotta a vitale patrimonio politico dell'intera nazione» (40). Questi ragionevoli propositi suscitarono l'opposizione degli ambienti conservatori, di coloro cioè che vedevano nel codice uno strumento rivoluzionario che avrebbe sancito l'abolizione definitiva dei privilegi e degli status particolari di cui ancora godevano le classi altolocate. Di questa opposizione si fece portatore un tipico esponente del pensiero controrivoluzionario tedesco, August Wilhelm Rehberg, autore di un libro dal titolo *Untersuchungen über die französische Revolution*, del 1793, corrispondente tedesco delle più celebri «riflessioni» dello statista e scrittore politico inglese Edmund Burke, le *Reflections on the French Revolution*, del 1790.

Contro l'ipotesi di una estensione del codice civile francese agli Stati germanici e in difesa delle caratteristiche nazionali, Rehberg pubblicò, nel 1814, un libro intitolato *Über den Code Napoléon und dessen Einführung in Deutschland*. Tale scritto provocò una recensione critica, apparsa, nel 1814, sugli *Heidelberger Jahrbücher*, da parte di uno dei maggiori giuristi tedeschi dell'epoca Friedrich Justus Thibaut (1772-1840), della stessa generazione di Hugo e Savigny e capofila della cosiddetta «Scuola filosofica». Questa Scuola si era nel suo complesso già schierata a favore della codificazione in genere e del Codice Napoleone in specie. K.S. Zachariae aveva scritto la prima e la più grande opera tedesca di commento sistematico del codice francese. Netamente favorevole alla codificazione, non solo penale ma anche civile, era anche Anselm Feuerbach, la «testa calda dell'Illuminismo», disciplinata dal criticismo di Kant (41).

Thibaut, dopo la recensione polemica di Rehberg, ritornò sull'argomento della codificazione del diritto con un saggio apparso pochi mesi dopo e intitolato *La necessità di un diritto civile generale per la Germania*, del 1814 (42).

In questo scritto, caratterizzato da un forte senso della nazione germanica, Thibaut difende e sostiene l'idea di codice sulla base di istanze progressive e illuministiche: il diritto si fonda sulla ragione umana, possiede, conseguentemente, una natura universale e trova quindi il suo compimento e la sistemazione più idonei in una codificazione. Il codice corrisponde pienamente all'essenza del diritto e può svolgere un fondamentale ruolo di rinnovamento e unificazione politica (43). Una legislazione globale appare al giurista tedesco necessaria a causa dell'insufficienza e della rozzezza del diritto in Germania. Secondo Thibaut, il codice dev'essere caratterizzato da una duplice completezza, formale e materiale: il codice dev'essere perfetto *formalmente*, deve cioè enunciare le norme giuridiche in modo chiaro e preciso; e dev'essere perfetto *sostanzialmente*, deve cioè contenere norme che regolino tutti i rapporti sociali (44).

Anticipando le obiezioni che potrebbero essere mosse al suo progetto, Thibaut cerca di fugare le perplessità con cui temeva che le sue idee potessero venire accolte. Alla possibile obiezione che una codificazione è innaturale, poiché, bloccando lo sviluppo del diritto, ne impedisce la vita più vera, Thibaut oppone il fatto che nelle materie fondamentali il diritto cambia molto poco, varia nel tempo in misura minima (45).

L'osservazione di Thibaut è tipicamente illuministica, poiché si fonda sull'universalità del diritto nelle sue linee fondamentali. La codificazione del diritto non può avere carattere astratto e artificiale, dal momento che essa non fa che rispecchiare e definire quelle regolarità sostanziali dei rapporti che la giuridicità stessa esprime; sono piuttosto le differenze nei diritti locali che, a parere di Thibaut, hanno la loro origine non nello spirito del popolo, ma nell'arbitrio dei legislatori.

All'argomentazione «razionalmente lucida, fervida e insieme ferma e dignitosissima nel suo amor di patria» di Thibaut si oppone *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* di Savigny, che costituisce - a giudizio di Wieacker - «uno dei contributi più belli della prosa giuridica al patrimonio letterario della lingua tedesca» (46).

In questo scritto, Savigny, esponendo il programma della Scuola storica, cerca di confutare le tesi di Thibaut, più per motivi di principio che per ragioni storiche contingenti, legate alla particolare situazione in cui si trovava la nazione tedesca.

Non solo la situazione politica, ma anche quella giuridica versava, a parere di Savigny, in condizioni di decadenza e di scarso vigore intellettuale. Una codificazione, al contrario, avrebbe avuto senso e sarebbe stata auspicabile soltanto in un clima di ripresa politica e di fruttuosa attività della scienza giuridica. Le compilazioni volute da Giustiniano rappresentavano esattamente ciò che una codificazione non doveva essere: il prodotto estremo di una civiltà ormai esaurita che irrigidisce in un insieme di norme istituti ormai privi di vita. In un'epoca giuridicamente primitiva, quando cioè il diritto è in via di formazione, la codificazione è inopportuna o addirittura dannosa perché interrompe l'evoluzione del diritto e impedisce il lento e spontaneo adeguamento delle strutture giuridiche alla realtà sociale (47).

Per conseguire gli apprezzabilissimi fini propostisi dai fautori della codificazione - primo fra tutti la certezza del diritto - lo strumento adatto non è, a giudizio di Savigny, il codice, ma una scienza «organica e progressiva», in grado cioè di assolvere pienamente al compito di mantenere vivo il diritto, rispondente alle mutevoli esigenze della società, e, contemporaneamente, renderlo sistematico, coerente, certo. I giuristi rappresentano il popolo poiché si rendono interpreti delle esigenze da esso espresse; il legislatore, invece, è più facilmente lo strumento di un potere che tende a modificare arbitrariamente la realtà.

In realtà, come numerosi autori hanno sottolineato, Savigny era perfettamente consapevole che una riforma del diritto poteva avvenire, oltre che per opera della scienza giuridica, anche per l'intervento del legislatore e del giudice; ma il ricorso a questi ultimi due implicava necessariamente l'uso di quel diritto naturale del tipo difeso dai giusnaturalisti, così invisito a Savigny. Quel diritto naturale rappresentava infatti la più antistorica e irrealistica astrazione del pensiero illuministico, dal momento che era formato da un insieme di norme generali e immutabili, del tutto incuranti del *Volksgeist*. Così, mentre legislazione e giurisdizione non sarebbero potute partire che da basi razionalistiche e giusnaturalistiche, i giuristi potevano invece procedere alla costruzione del sistema giuridico raccogliendo e ordinando le molteplici e differenti fonti vive ed effettive di un diritto stratificatosi nei secoli.

L'opposizione all'intervento del legislatore si fondava, comunque, secondariamente, anche su altri motivi, che consentono di mettere nel giusto risalto le posizioni politiche di Savigny, in particolare il peso che esse hanno avuto nella sua concezione del diritto.

Savigny non poteva negare che la codificazione avrebbe dato unità e certezza al diritto, ma paventava che in Germania la redazione di un codice avrebbe inevitabilmente adottato come modello il codice francese, assumendone non solo l'impostazione razionalistica, ma anche i contenuti rivoluzionari.

Politicamente Savigny era un conservatore e temeva che un codice di stampo egualitarista avrebbe eliminato definitivamente tutti i privilegi della classe sociale cui egli apparteneva; quei privilegi insiti nella tradizione e tramandati da lungo tempo che, in quanto appartenenti alla realtà storica tedesca, egli era in grado di difendere anche dal punto di vista teorico. «Un sentimento *classista*» - scrive Wolf - «ha agito in lui coscientemente o inconsciamente (...). È senza dubbio uno di quegli strani eventi della storia dello spirito che Savigny si sia trovato a combattere, da un lato, contro il razionalismo giusnaturalistico e, dall'altro, contro il liberalismo fedele allo Stato di diritto, pur approvandone il programma politico-giuridico: certezza del diritto, impedimento dell'arbitrio giudiziale e unificazione nazionale del diritto. E non per una codarda chiusura nei confronti dei fatti sociali» (48).

Probabilmente Savigny respingeva l'idea di codificazione in quanto la riteneva inconciliabile con il suo programma scientifico, ossia con l'idea di diritto come di un'esperienza che si sviluppa via via; con la conseguente necessità di creare prima una scienza del diritto tedesco comune piuttosto che una codificazione prematura.

D'altro canto, come ha sottolineato acutamente Caroni, Savigny aveva affermato chiaramente che la codificazione, anche qualora avesse compreso il 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 le cose vecchie si caricavano di significati nuovi. La quintessenza della preziosa scoperta savignyana sta proprio in questo: nell'aver capito che ogni codificazione, già perché innovava le gerarchie tra le fonti e così facendo creava nuove interdipendenze, innovava sia a livello formale che materiale» (49).

La legislazione, dunque, ben lungi da poter costituire lo strumento volontaristico di una ridefinizione globale della realtà giuridica, poteva essere ammessa a compiere solo interventi puntuali e settoriali nella risoluzione delle controversie esistenti fra le fonti romanistiche e nella registrazione scritta delle antiche consuetudini. Anche in questo caso, però, l'opera del legislatore doveva conservare un carattere eccezionale e non doveva vantare nessuna pretesa di completezza né di definitività.

In breve, dunque, dietro la polemica Thibaut-Savigny si fronteggiavano in realtà due scelte di fondo personali: cultura aristocratica e politica democratica, tradizione europea e nascente sentimento nazionale, scienza e prassi operante.

A giudizio di Tarello, «Thibaut mostra tutti i limiti di una formazione astrattamente illuministica (del tipo tedesco)» quando accenna ai mezzi per la realizzazione del suo programma. Tali mezzi, infatti, finivano per ridursi ad un accordo fra i principi tedeschi, ispirati «da una comune volontà nella persecuzione del comune bene della nazione germanica». Ora, come si sa, la situazione politica della Germania non consentiva nulla di tutto questo. Perciò, conclude Tarello, il programma di Thibaut va valutato come «una utopia destinata, in quanto politica del diritto, al fallimento», mentre la politica del diritto proposta come alternativa da Savigny «appare molto più realistica, e non solo per il fatto di essere reazionaria in un mondo reazionario, ma anche per il fatto di essere appunto una politica anziché una predica» (50).

Più pacato appare il giudizio di Wieacker secondo il quale la storia «ha dato ragione sia a Thibaut che a Savigny, a ciascuno nella parte migliore del suo pensiero: a Thibaut nella sua affermazione dell'esigenza di un codice comune quale garanzia di libertà e di unità nazionale; a Savigny nella sua previsione che soltanto attraverso un rinnovamento della scienza del diritto, cioè attraverso la costituzione di una cultura scientifica, la Germania potesse un giorno divenire matura per un tale codice» (51).

4. Valutazione complessiva della Scuola storica del diritto.

Sulla figura scientifica di Savigny e sulla Scuola storica del diritto si è esercitata una letteratura sterminata, che ne ha messo in evidenza i meriti, ma anche i limiti.

Al fine di darne, con quanto più equilibrio possibile, una valutazione complessiva, mi sembra opportuno raggruppare le valutazioni in senso lato *politiche* o ideologiche e quelle propriamente *giuridiche*. Tra le prime: «conservatrice», «fatalista», «reazionaria» (contro «progressista», «liberale», «democratica», «rivoluzionaria»); «nazionalista» (contro «cosmopolitica» o «europea»); «antenata del nazismo» (contro «difenditrice dello Stato liberale di diritto, del normativismo garantista, della certezza del diritto»); «fautrice dei privilegi», ecc. Su questo genere di etichettamenti non è facile, a mio avviso, pronunciarsi in modo fondato perché le etichette sono poco precise e perché se la Scuola storica è in qualche misura qualcuna di queste cose lo è preterintenzionalmente o contro le proprie intenzioni. Ma, vediamo dettagliatamente i singoli punti.

Gli avversari della Scuola storica hanno potuto dipingerla come cieca adoratrice del passato, di una storia da accettare nel suo valore intrinseco, senza sviluppo, come divenire lento, costante. In breve, un modo di pensare «storico-conservatore», «quietistico», «legittimistico», se non addirittura «reazionario» (52). Queste pesanti accuse rivolte dai partigiani della ragione ai partigiani della storia, come quelle di «fatalismo», «quietismo», «passività politico-giuridica», ecc., se contengono tutte un fondo di verità, andrebbero tuttavia contestualizzate e relativizzate. Intanto, l'accusa di «fatalismo» è priva di fondamento o per lo meno esagerata. La Scuola storica parlò di «necessità storica», non di «fatalismo», e affermò anzi la legge di causalità nell'orbita di fenomeni sociali, senza neppure ritenere che ogni libertà dell'individuo fosse del tutto schiacciata da leggi fatali. L'istanza che la teoria savignyana faceva valere, quella del richiamo alla storia e al valore delle istituzioni da questa create indipendentemente dalla loro conformità ad un modello razionale e universale, se reagiva alle ideologie illuministiche non per questo era «fatalista» o «reazionaria». Essa era diretta, infatti, non contro gli ideali liberali, ma contro ciò che dell'illuminismo e del giusnaturalismo era tanto astratto e antistorico da non poter essere storicamente realizzato (53). In definitiva, l'ugualitarismo illuministico non faceva che sostituire ad un atteggiamento elitario e aristocratico un atteggiamento liberale e democratico del tutto arbitrario, poiché nella sua volontà di cambiamento esso non teneva conto della continuità della storia e dei suoi tempi di evoluzione, come pure del principio di ragion sufficiente insito nella storia stessa - principio postulato benché non esplicitamente espresso da Savigny - per cui il naturale farsi degli eventi ha in sé le ragioni del proprio accadere. L'orientamento di Savigny era indubbiamente conservatore e generalmente caratterizzato, anche in senso materiale, dall'interesse al mantenimento del già esistente, ma era ben lontano dal quietismo disonesto e particolaristico di alcuni uomini della Restaurazione. L'atteggiamento conservatore di Savigny - rileva Wolf - «era di tutt'altro genere: era di natura etica, nazionale e sociale, che obbliga i suoi portatori ad una illimitata dedizione personale» (54).

La concezione di Savigny non rientrava nel cinico realismo del primato della forza di un Karl Ludwig von Haller, che sia Hugo che Savigny ricusavano nettamente ed esplicitamente. Lungi dal legittimare alcuna forma di Restaurazione, in realtà la filosofia sociale e politica dei fondatori della Scuola storica è servita a spianare la strada verso il costituzionalismo tedesco, transazione tra la necessità della continuità storica e le nuove manifestazioni di libertà (55).

Soprattutto al carattere mistico-irrazionale del concetto di *Volksgeist* furono rivolte molte critiche per il suo carattere pressoché mitologico, che non lo rendeva atto ad essere assunto come causa prima di un processo storicamente reale. Ci si può, infatti, domandare se la raffigurazione di un diritto popolare, a poco a poco e misteriosamente scaturito dallo «spirito popolare», non sia troppo idealizzata, troppo romantica ed anche un po' sentimentale. Questa oscura nozione, impiegata «nei modi alquanto misteriosofici cui sembrava a bella posta preordinata» (56), fu, per la sua indeterminatezza, intesa e sfruttata anche dai teorici del nazionalsocialismo.

La Scuola storica - come si è visto - richiamandosi a quel poetico *Volksgeist*, che né Savigny né Puchta seppero mai definire, attingeva a un elemento romantico essenzialmente irrazionalistico. Ora, avverte Fassò, «la strada del romanticismo e dell'irrazionalismo è senza dubbio suggestiva ed affascinante, ma è una strada insidiosa. C'è il rischio di imbattersi in qualche Nietzsche e in qualche Rosenberg. E, oltrepassata la tappa nietzschiana e rosenbergiana, c'è un rischio ancora maggiore: ed è quello di approdare al nazismo» (57).

Come è noto, infatti, la dottrina giuridica nazionalsocialista non era affatto giuspositivistica: essa, considerando lo Stato mero apparato al servizio del Volk, inteso come comunità di razza e di sangue, rappresentava lo sviluppo estremo della concezione romantica del diritto come espressione immediata del *Volksgeist*. Karl Larenz, ad esempio, uno dei maggiori teorici della dottrina giuridica nazionalsocialista, in uno scritto intitolato *Volksgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule*, afferma che il nazionalsocialismo e la Scuola storica del diritto hanno in comune la convinzione che tutto il diritto sia radicato nel popolo e nella sostanza etnica, anche se entrambi hanno una concezione profondamente diversa dello «spirito del popolo». La critica alla Scuola storica del diritto - scrive Larenz - «deve indirizzarsi in primo luogo contro l'identificazione dello spirito del popolo con le convinzioni popolari concepite psicologicamente» (58). Il nazionalsocialismo respinge l'idea romantica che il diritto possa essere «scoperto» dal giudice che si cala nell'anima del suo popolo e risale alle usanze giuridiche tramandate. Non il giudice, ma il Führer, il «grande uomo», è chiamato a determinare quali siano le convinzioni giuridiche del popolo. Per la Scuola storica del diritto la vera fonte del diritto è la comune coscienza popolare, per Larenz, invece, la decisione se si debbano seguire le convinzioni giuridiche del popolo spetta al «grande uomo». Soltanto lui può decidere se le convinzioni del popolo sono «autentiche» e pertanto valide come direttrice, oppure se esse corrispondono soltanto alla «opinione collettiva» da cui ci si deve liberare (59).

Per quanto riguarda, dunque, il confronto tra la teoria nazionalsocialista e quella della Scuola storica, occorre sottolineare che mentre la prima è fondata su un nazionalismo razzista ed esclusivamente tedesco, Savigny, parlando di Volksgeist, anche se lo intendeva come spirito di un popolo particolare, non ometteva tuttavia di ricordare che esso è parte dello spirito dell'umanità: di modo che, pur considerata la sua manifestazione giuridica peculiare ad esso, non si dovevano e potevano trascurare i contributi provenienti da altri popoli (non per nulla Savigny esaltava il diritto romano), e da quel «momento universale» che gli è implicito, in quanto fondato sui principi fondamentali della natura umana ⁽⁶⁰⁾. In ogni caso, la *reductio ad Hitlerum* è sempre un po' sospetta, perché siamo nell'assoluto preterintenzionale e perché i nazisti hanno strumentalizzato tutto quello che trovavano, snaturandolo: vedi i casi Nietzsche e «giusliberismo» (Freirecht). Tra l'altro, non credo che Savigny o gli altri potessero amare Nietzsche; e il Freirecht è proprio il nemico della pandettistica: prenazisti tutti e due? Il Volksgeist della Scuola storica si depositava in lenti, quasi dorati processi di maturazione di istituti. La Volkstümlichkeit del Freirecht voleva solo dire «vicinanza alla vita» (*Lebensnähe*) contro «inesperienza di mondo», «stravaganza dottrina», (*Weltfremdheit*) ⁽⁶¹⁾. C'entrano ben poco con il Volk e il Führer del nazismo. Venendo alle valutazioni propriamente giuridiche, sembra opportuno distinguere (quelle su) gli scritti programmatici o i manifesti e (quelle su) gli scritti dogmatici (Besitz ... grandi trattati). Gli scritti programmatici sono bellissimi e interessanti e hanno generato coerentemente notevoli studi storici in campo sia romanistico (diritto comune germanico) che germanistico. Gli scritti dogmatici sono comunque una (se non la) grande prestazione scientifica della Scuola storica, malgrado il loro frequente ascendere nel *Begriffshimmel*. Quali i rapporti tra i due?

Il problema forse più vessato, ma indubbiamente centrale per la valutazione propriamente giuridica, è quello della coerenza tra gli scritti programmatici, assai brevi, e gli scritti dogmatici, maestosi. Sembra esserci uno iato incolmabile tra lo storicismo «popolare» e «organico» dei primi e il logicismo sistematico e sovratemporale dei secondi. Sarebbe molto difficile per un estraneo indovinare nel *Lehrbuch* di Hugo, e tanto più nel *System* di Savigny o «nei trattati di *Pandektenrecht* di Puchta o di Windscheid, delle «esecuzioni» del programma storicista. E neppure è facile considerare queste cattedrali del razionalismo giuridico formale come antitesi del razionalismo giusnaturalistico. C'è molta più continuità visibile tra gli scritti dogmatici dei romanisti della Scuola storica e la giurisprudenza romanistica di diritto comune, dai glossatori e commentatori fino agli stessi padri francesi del Code, che tra quegli scritti dogmatici e i manifesti dei loro stessi autori: anche la giurisprudenza di diritto comune era, se non nella forma, certo nell'atteggiamento interpretativo radicalmente sistematica e razionalista. E viceversa molto giusnaturalismo filosofico-giuridico era assai più in continuità con la giurisprudenza di diritto comune che con il razionalismo illuminista alla francese o con le teorie della volontà generale o democratico-maggioritaria fonte del diritto. Del resto queste teorie hanno inciso ben poco sull'effettivo processo della codificazione soidisant illuministica. Nessun codificatore antico o moderno compreso i recentissimi ha mai realmente discusso democraticamente il suo codice. Da un lato dunque la Scuola storica ha generato sistemi e codici altamente razionali, dall'altro molto razionalismo giusnaturalista ha dimostrato un attento senso storico. Ma c'è forse meno contraddizione di quanto sembra. Per riprendere il paragone con la biologia, caro all'organicismo giuridico: evoluzione storica e logos strutturale del vivente non solo non si escludono, ma non esiste scienziato dell'evoluzione che non ambisca comprendere le ragioni strutturali del successo evolutivo e non c'è filosofo della biologia che volendo delineare l'apriori intelligibile e l'unità teorico-sistematica del corpo vivente non faccia tesoro dell'analisi dell'accaduto storico. Ancora sul piano giuridico. L'addebito principale alla Scuola storica in materia di metodo è quello adombrato da Jhering, e poi orchestrato in modo più ampio e incisivo da Geny e dalla *Freirechtsbewegung*, di avere essa col suo logismo, col suo assunto sistematico, con la sua teoria dell'interpretazione fondata sul postulato dell'organicità interna dei singoli istituti, allontanato la scienza giuridica dalla vita e soprattutto ignorato (per non dire occultato) l'insopprimibile componente valutativa (per non dire politica) della stessa scienza giuridica.

Risultano insomma largamente fittizie sia la storicità in senso filologico, sia la netta contrapposizione al giusnaturalismo, sia la natura organico-popolare, sia la neutralità-avalutatività (e in questo senso la scientificità) delle costruzioni dogmatiche: quattro pretese tutt'altro che marginali, quattro «verità ufficiali» poco meno che costitutive di quel monumento di fantasia e perizia giuridica che porta il nome di Scuola storica.

(1) Per la definizione di Scuola storica, si vedano: Wieacker, *Storia*, cit., 11 e Tarello, *Sulla Scuola storica*, cit., 103. In Dilthey, *Introduzione alle scienze dello spirito*, cit., 6, la Scuola storica è così descritta: «Essa s'estese da Winckelmann a Herder, attraverso la scuola romantica, fino a Niebuhr, Jacob Grimm, Savigny e Boeck. (...). In questa scuola fiorì un modo di considerare affatto empirico che era amorevole aderenza alla peculiarità del processo storico, e insieme uno spirito universale nel guardare alla storia - inteso a determinare il valore del fatto particolare solo movendo dal contesto dello sviluppo complessivo».

(2) Cfr. Wieacker, *Storia*, cit., 11.

(3) Wieacker, *Storia*, cit., 65.

(4) Savigny, *Zeitschrift*, cit., 2.

(5) Savigny, *Zeitschrift*, cit., 4.

- (6) Spettò a Jacob Grimm, al maggiore allievo di Savigny, il più romantico tra gli autori della Scuola storica, coltivare un settore altrimenti inesplorato del diritto, indirizzare le sue indagini verso le espressioni spontanee dell'anima popolare. Cfr., in proposito, Marini, *Storicità*, cit., 224 ss.
- (7) Wieacker, *Storia*, cit., 20.
- (8) Cfr. Bobbio, *Il positivismo*, cit., 44.
- (9) Su Hugo si veda soprattutto Marini, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, cit.
- (10) Wieacker, *Storia*, cit., 56.
- (11) Savigny, *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, Berlin, 1815, oggi in *Vermischte Schriften*, Aalen, I, 1968, 108 ss.
- (12) Cfr. Gmür, *Savigny*, cit., 24 s.
- (13) Sotto il profilo biografico, si veda, nella letteratura italiana, il bel libro di Marini, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Napoli, 1966.
- (14) Wieacker, *Storia*, cit., 80.
- (15) Sul punto Fioravanti, *Giuristi*, cit., 102.
- (16) Wieacker, *Storia*, cit., 93.
- (17) Cfr. Caroni, *La cifra codificatoria*, cit., 90 s.
- (18) Così Koschaker, *L'Europa*, cit., 266.
- (19) Cfr. Savigny, *La vocazione*, cit., 97.
- (20) *Ibidem*, 99.
- (21) *Ibidem*, 99.
- (22) *Ibidem*, 100.
- (23) *Ibidem*, 101.
- (24) Cfr. Dufour, *Droit de l'homme*, cit., 182.
- (25) Savigny, *La vocazione*, cit., 100, 118, 165.
- (26) Cfr. Marini, *Storicità*, cit., 45, con riferimento, oltre che a Savigny, anche a J. Grimm.
- (27) Marini, *ibidem*, 31.
- (28) Marini, *ibidem*, 43.
- (29) Cfr. *Briefe der Bruder Grimm an Savigny*, Berlin, 1953, 172 (Hrsg. W. Schoof und I. Schnack). Sul punto, Marini, *Storicità*, cit., 46.
- (30) *Briefe*, *ibidem*, 172.
- (31) Così Wieacker, *Storia*, cit., 69.
- (32) Cfr. Marini, *Storicità*, cit., 182.
- (33) Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, cit., 162 ss.
- (34) Savigny, *System*, Aalen, 1981, cit., 9.
- (35) *Ibidem*, 10.
- (36) Savigny, *Juristische Methodenlehre*, cit., 19 e *System*, cit., 213.

- (37) Savigny, *System*, cit., 11.
- (38) Puchta, *Gewohnheitsrecht*, cit., 17; Id., *Pandekten*, cit., 27.
- (39) Wilhelm, *Metodologia*, cit., 85.
- (40) Wieacker, *Storia*, cit., 66.
- (41) Così Radbruch, *Introduzione*, cit., 124.
- (42) Lo scritto di Thibaut, *La necessità di un diritto, civile per la Germania* e quello di Savigny, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* sono oggi disponibili nell'opera, a cura di G. Marini, Thibaut-Savigny, *La polemica sulla codificazione*, trad. it. di M. Peretti, Napoli, 1982. Le citazioni si riferiscono a tale opera.
- (43) Thibaut, *La necessità*, cit., 54 ss.
- (44) *Ibidem*, 57.
- (45) *Ibidem*, 79: «Molte parti del diritto civile sono una specie di matematica del diritto, su cui nessun carattere locale può esercitare un influsso decisivo».
- (46) Wieacker, *Storia*, cit., 65. Secondo Marini, *La polemica*, cit., 26 s. Se «all'argomentazione razionalmente lucida, fervida e insieme ferma e dignitosissima nel suo amor di patria, dell'opera di Thibaut, si contrappone nulla di meno che la solennità del genio».
- (47) Savigny, *La vocazione*, cit., 108 s.
- (48) Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, cit., 507.
- (49) Caroni, *La cifra codificatoria*, cit., 74.
- (50) Tarello, *Sulla Scuola storica*, cit., 114.
- (51) Wieacker, *Storia*, cit., 74.
- (52) Il detto di Hegel, *Lineamenti*, cit., 170: «Si parla del resto al giorno d'oggi più di vita e di riportare in vita proprio là dove si versa nella materia più morta e nelle idee più morte», valse anche per gli anni successivi. Non soltanto giuristi «astorici» come Gans, Kierulff e Thibaut condannavano il «rigido, antiquario indirizzo che distrae dal presente», ma anche Stahl metteva in guardia contro lo studio storico senza rapporti con la sistematica, che si perde nel micrologico e nell'antiquario» (= Wilhelm, *Metodologia*, cit., 34). Il rimprovero di Hegel, *Lineamenti*, cit., § 3, alla «fatica puramente storica» di Hugo esplicitamente e di Savigny implicitamente, è stata poi ripresa, in tempi recenti, da Bretone, *Tradizione*, cit., 189 ss. e Schiavone, *Storiografia*, cit., 74 ss. In questi ultimi due scritti si è dato il massimo credito - rileva Marini, *Storicità*, cit., 164, 182 - «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». Nella visione hegeliana, come è noto, la storia è il terreno in cui si risolvono le opposizioni e in cui rinascono eternamente nuove opposizioni, scaturendo dalla sintesi raggiunta, secondo un processo che non ha mai termine e che è il processo della ragione che si incarna nella storia, dell'idea che, per usare il termine hegeliano, si fa storia.
- (53) Cfr. Fassò, *Storia*, cit., 56.
- (54) Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, cit., 507.
- (55) Cfr. Dufour, *Droit*, cit., 266.
- (56) Così R. Orestano, *Edificazione e conoscenza del «giuridico» in Savigny. Tre motivi di riflessione*, in *Quaderni Fiorentini*, cit., 35.
- (57) G. Fassò, *Società, legge e ragione*, Milano, 1974, 116.
- (58) K. Larenz, *Volksgeist und Recht. Zur Revision der Rechtsanschauung der historischen Schule*, in *Zeitschrift für deutsche Kulturphilosophie*, I, 40 s., sp. 52.
- (59) Cfr. E. Fraenkel, *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura*, trad. it., Torino, 1983, 164.
- (60) Cfr. R. Treves, *La filosofia di Hegel e le nuove concezioni*

⁽⁶¹⁾ *del diritto e dello Stato*, in *Annali dell'Istituto di scienze giuridiche, politiche e sociali dell'Università di Messina*, vol. III, 1934-35, 27 s. Lombardi, *Saggio*, cit., 328.