GIOELE SOLARI

L'IDEA INDIVIDUALE E L'IDEA SOCIALE

NEL

DIRITTO PRIVATO

Parte II — L'IDEA SOCIALE

Lo storicismo e il diritto privato

MILANO - TORINO - ROMA
FRATELLI BOCCA, EDITORI

Depositario per la Sicilia: ORAZIO FIORENZA - PALERMO.
Deposito per Napoli e Provincia: SOCIETÀ COMMERCIALE LIBRARIA - NAPOLI

1918

ex libris

P. Jannaccone

DEP. J. 235

GIOELE SOLARI

UB0030771

L'IDEA INDIVIDUALE E L'IDEA SOCIALE

NEL

DIRITTO PRIVATO

Parte II — L'IDEA SOCIALE

Lo storicismo e il diritto privato

MILANO - TORINO - ROMA
FRATELLI BOCCA, EDITORI

Depositario per la Sicilia: ORAZIO FIORENZA - PALERMO.
Deposito per Napoli e Provincia: SOCIETÀ COMMERCIALE LIBRARIA - NAPOLI

1918

N.ro INVENTARIO PRE 15983

PROPRIETÀ LETTERARIA

Torino - Officine Grafiche della S.T.E.N.

INDICE ANALITICO DELLA MATERIA

Reazione ideologica contro l'individualismo nel diritto privato.

§ 1. *Introduzione*, p. 1-8. — La speculazione filosofica e giuridica del secolo XIX e la reintegrazione sociale dell'individuo e del diritto privato, p. 1. — Reazione contro l'individualismo giuridico e politico del XVIII secolo e sue diverse forme e direzioni, p. 2. — La reazione spiritualista, suo carattere e significato, p. 2. — Il sistema giuridico e politico dell'Haller, p. 3. — Forme di reazione progressiva, p. 4. — Cenno sul concetto di società, in quanto si contrappone all'individuo e si distingue dallo Stato, anteriormente al secolo XIX, nell'antichità classica, medioevale, nell'età dei giusnaturalisti, p. 4. — La reintegrazione dell'individuo nella società nei diversi sistemi filosofici del secolo XIX, nell'idealismo e materialismo storico, nell'indirizzo biologico e psicologico, p. 6.

Lo storicismo e il diritto privato.

§ 2. *L'Hugo e l'introduzione del metodo storico nel diritto privato*, p. 8-28. — Sul significato di storicismo, p. 8. — Rapporti del Vico collo storicismo, p. 8. — L'opera del Burke e suoi rapporti col movimento storico tedesco, p. 9. — L'Hugo e l'origine dello storicismo come metodo di studio, p. 11. — La civilistica tedesca all'epoca dell'Hugo e suoi metodi di studio, p. 11. — L'Hugo contro i giusnaturalisti e contro i giuristi seguaci del Kant, p. 13. — Nuovo concetto del diritto positivo per opera dell'Hugo, p. 13. — Rapporti tra l'Hugo e il Kant, p. 15. — Nuova interpretazione e nuove applicazioni del kantismo negli studi di diritto privato per opera dell'Hugo, p. 15. — La filosofia del diritto positivo dell'Hugo, p. 17. — L'opera di riforma della civilistica tedesca iniziata dall'Hugo, p. 20. — Sua polemica coll'Hopfner e col Glück, p. 22. — Caratteri della riforma dell'Hugo nella civilistica e suoi risultati, p. 23. — Rapporti dell'Hugo col Montesquieu, (p. 24) e col Savigny, p. 27.

§ 3. *Il Thibaut e l'esigenza filosofica nel diritto privato*, p. 28. — Posizione del Thibaut rispetto al kantismo negli studi giuridici, p. 29. — Thibaut e il metodo storico, p. 31. — Suoi rapporti coll'Hugo, p. 32. — L'esigenza razionale e storica nella scienza del diritto privato secondo il Thibaut, p. 33.

§ 4. *Il Thibaut e la sistemazione del diritto privato*, p. 34-40. — Il problema dell'ordinamento razionale del diritto privato nel Putter, Hugo, Thibaut, p. 34. — Criteri sistematici seguiti dal Thibaut, p. 35. — Il sistema di diritto privato ideato dal Thibaut, p. 37. — Classificazione sistematica dei rapporti di diritto privato secondo il Thibaut, p. 38.

§ 5. *L'Heise e la sistemazione del diritto privato*, p. 40-48. — Il nuovo ordinamento del diritto privato ideato dall'Heise, p. 40. — Esigenze pratiche a cui egli informò l'opera sua, *ivi*. — Filosofia e scienza del diritto privato, *ivi*. — La classificazione dell'Heise dei rapporti di diritto privato, p. 41. — La sistemazione del diritto di famiglia (p. 41) e di successione (p. 43). — Valore dell'opera dell'Heise e sua influenza sullo sviluppo della civilistica tedesca, p. 46.

§ 6. *Il Thibaut e la questione della codificazione in Germania*, p. 48-55. — Diffusione e influenza del diritto francese in Germania a principio del secolo XIX, p. 48. — L'idea della codificazione e sua diffusione in Germania, p. 50. — Difficoltà ch'essa incontrava in Germania, p. 51. — La difesa della codificazione fatta dal Thibaut, p. 51. — Ragioni dell'insuccesso della sua tesi, p. 53.

§ 7. *Il metodo storico e il saggio sul possesso del Savigny*, p. 55-86. — La dottrina del possesso e sue vicende storiche prima del Savigny, p. 56. — L'opera dei glossatori in ordine al possesso, p. 58. — Le opinioni dei giusnaturalisti in ordine al possesso, p. 60. — La dottrina al riguardo del Wolff e del Kant, p. 61. — La configurazione del possesso nel codice prussiano, napoleonico, austriaco, p. 64. — Il saggio sul possesso del Thibaut, p. 68. — L'applicazione del metodo storico allo studio del possesso fatta dal Savigny e la novità dei risultati raggiunti, p. 70. — La dottrina dell'*animus* nel possesso e suo significato secondo il Savigny, p. 72. — La giustificazione e l'interpretazione individualista del possesso secondo il Savigny e l'influenza del razionalismo giuridico del secolo XVIII, p. 76. — Critica della dottrina del possesso del Savigny e nostra opinione sull'origine e natura del possesso ne' suoi rapporti colla proprietà, p. 78. — Influenza della teoria del possesso del Savigny, p. 86.

§ 8. *Il Savigny e la dottrina storica del diritto*, p. 86-89. — Se e in qual senso il Savigny fu il rappresentante di un indirizzo di pensiero filosofico, p. 86. — Il Savigny e le correnti filosofiche dell'epoca sua, p. 87. — Rapporti del Savigny col Kant, p. 88. — Rapporti tra il Savigny e l'Hugo, pag. 88.

§ 9. *Lo Schelling e il fondamento metafisico della dottrina storica*, p. 89-95. — Nuove direzioni della speculazione filosofica dopo il Kant, p. 89. — Il problema gnoseologico nella soluzione data dallo Schelling, p. 90. — L'intuizione intellettiva nuovo strumento del sapere, p. 91. — Unificazione dello spirito teoretico e pratico, p. 92. — Nuovo concetto della libertà, p. 94. — Il rapporto tra l'individuo e l'Assoluto, p. 94.

§ 10. *Il Fichte e la sua soluzione del problema giuridico*, p. 95-100. — Individualità e rapporto giuridico nel Fichte, p. 95. — Diritto originario e diritto positivo, p. 96. — Significato del sistema giuridico del Fichte, p. 97. — Perfezionamento dell'individualismo giuridico, p. 98. — Contrattualismo e assolutismo nel sistema politico del Fichte, p. 99.

§ 11. *Il problema giuridico nel sistema filosofico dello Schelling*, p. 100-104. — Superamento del principio individuale nel sistema metafisico e giuridico dello Schelling, p. 100. — Il suo saggio sul diritto naturale e la nuova soluzione del problema giuridico, p. 101. — Nuovo concetto del diritto, p. 103. — La parte fatta all'ordine giuridico nell'*Idealismo trascendentale*, p. 104.

§ 12. *La concezione filosofica della storia nel sistema dello Schelling*, p. 104-111. — Precedenti storici, p. 104. — Il rapporto tra storia e filosofia secondo il Leibniz, p. 105. — La storia e suo valore teoretico nel sistema kantiano, p. 104. — La storia e suo significato nel Fichte, p. 108. — Nuova valutazione teoretica e pratica della storia nel sistema dello Schelling, p. 109. — Identificazione nello Schelling della filosofia del diritto con la filosofia della storia, p. 110. — Concezione storico-filosofica del diritto e dello Stato, p. 110.

§ 13. *La filosofia dello Schelling e l'indirizzo storico negli studi giuridici*, p. 111-119. — Se ed entro quali limiti la concezione filosofico-giuridica dello Schelling influì sulla concezione storica del diritto e dello Stato, p. 111. — Opinioni contrastanti del Singer e del Landsberg, p. 112. — Sui rapporti tra il Savigny e lo Schelling, p. 113. — Contro la derivazione della dottrina storica del diritto dalla filosofia dello Schelling, p. 115.

§ 14. *Il movimento romantico nella storia del pensiero*, p. 119-127. — Carattere e significato del romanticismo, p. 119. — Il Fichte e la preromantica, p. 121. — Lo Schelling e il romanticismo, p. 122. — Il romanticismo religioso, p. 123. — Il romanticismo etico, p. 124. — Empirismo e soggettivismo romantico, p. 126.

§ 15. *La psicologia e la storia nel pensiero romantico*, p. 127-133. — La nuova concezione della vita interna secondo i romantici, p. 127. — Le categorie della relatività e del divenire applicate alla vita psichica, p. 128. — La rappresentazione romantica di una vita collettiva, p. 128. — L'affermazione romantica di uno spirito collettivo, p. 129. — Romanticismo e storicismo, p. 129. — Reazione al razionalismo storico, p. 130. — Il nuovo idealismo a base storica, p. 132.

§ 16. *Il pensiero politico dei romantici*, p. 133-140. — Reazione alla dottrina illuminista dello Stato paterno e a quella kantiana dello Stato di diritto provocata dagli insuccessi della rivoluzione francese, p. 133. — Il nuovo individualismo romantico contrapposto all'individualismo astratto del secolo XVIII,

p. 134. — Le tendenze politiche del romanticismo, p. 136. — Restaurazione del concetto di nazione per opera dei romantici, p. 137. — Nazionalismo romantico e germanismo, p. 138. — Romanticismo e individualità, p. 140.

§ 17. *La dottrina romantica dello Stato*, p. 140-152. — La dottrina politica del Gonner, p. 140. — Trasformazione del concetto di Stato di diritto in quello di Stato nazionale per opera dell'Humboldt (p. 141) e del Fichte (p. 142). — I preromantici e la dottrina dello Stato, p. 144. — Caratteri della politica romantica, p. 145. — Il pensiero politico dello Schlegel e dello Schleiermacher, p. 146. — Il romanticismo e i giuristi, p. 147. — Il Burke e sua influenza in Germania, p. 148. — Il Müller e la fase romantica del suo pensiero politico, p. 149. — La critica del Rehberg alla concezione storico-romantica dello Stato, p. 152.

§ 18. *Il Savigny e le origini della dottrina storica del diritto*, p. 152-162. — Difetto nei romantici di una dottrina generale del diritto, p. 152. — Origini romantiche della dottrina storica del diritto proclamata dal Savigny, p. 153. — Educazione filosofica del Savigny e suoi rapporti col Kant e collo Schelling, p. 156. — Sui rapporti tra dottrina storica ed hegelismo, p. 157. — Il Vico e suoi rapporti col Savigny e colla scuola storica, p. 159. — La scuola storica considerata come l'aspetto giuridico del romanticismo, p. 160.

§ 19. *Il concetto di Volksgeist: origine e significato nel Savigny e nel Puchta*, p. 162-180. — Opinioni contrastanti sull'origine e significato di *Volksgeist*, p. 162. — Precedenti storici, p. 164. — Il concetto di popolo nei giuristi romani e nel Grozio, p. 165. — Se il Montesquieu possa considerarsi un precursore del Savigny, p. 166. — Origine romantica del concetto di *Volksgeist*, p. 169. — Il pensiero del Puchta in ordine al *Volksgeist*, p. 171. — Significato diverso di *Volksgeist* nei fondatori della scuola storica e nell'Hegel, p. 175. — La dottrina del *Volksgeist* nel Savigny e nel Puchta e la psicologia romantica, p. 176. — Contro la interpretazione naturalistica del *Volksgeist*, p. 178.

§ 20. *Lo storicismo e la dottrina del diritto*, p. 180-196. — Il dogma della derivazione del diritto dalla coscienza popolare, p. 180. — Indagini sulle forme primitive della vita giuridica, p. 181. — La *Volksüberzeugung* e la natura collettiva del diritto, p. 182. — La distinzione posta dal Savigny e dal Puchta tra elementi particolari e generali del diritto e suo significato, p. 184. — Il problema filosofico del diritto e sua soluzione nel Savigny e nel Puchta, p. 188. — Rapporto del diritto cogli altri aspetti della vita collettiva, p. 189. — Rapporto tra l'ordine etico e l'ordine giuridico nella dottrina storica, p. 190. — Il problema della coazione giuridica nella scuola storica, p. 192. — Nuovo concetto dello Stato e delle sue finalità nel Savigny e nel Puchta, p. 192.

§ 21. *Il rapporto tra il diritto privato e il diritto pubblico nella dottrina storica*, p. 196-201. — Il rapporto tra il diritto privato e pubblico nella tradizione classica, nella scuola del diritto naturale, nella dottrina kantiana, p. 197. — La dottrina del rapporto tra individuo e Stato, tra diritto privato e pubblico nel Savigny e nella scuola storica, p. 198. — Incoerenze pratiche della dottrina storica, p. 201.

§ 22. *La teoria delle fonti del diritto nella dottrina storica*, p. 201-212. — La teoria tradizionale delle fonti del diritto, p. 201. — La dottrina romana e canonica della consuetudine nei suoi rapporti colla legge scritta, p. 202. — L'età del giusnaturalismo e la dottrina delle fonti del diritto, p. 203. — Teorie soggettive e oggettive in ordine alla consuetudine, *ivi*. — La dottrina kantiana delle fonti del diritto, p. 206. — La parte fatta alla consuetudine nel codice prussiano, francese, austriaco, p. 207. — Riabilitazione della consuetudine nel nuovo indirizzo storico, p. 208. — Il pensiero al riguardo del Savigny, Puchta, Stahl, p. 209. — Concezione unitaria delle fonti del diritto nella scuola storica e rapporto tra diritto consuetudinario, legislativo, scientifico nel Savigny, Puchta, Stahl, p. 210. — Influenza della dottrina storica delle fonti del diritto sull'ulteriore svolgimento del diritto privato, p. 212.

§ 23. *Storicismo e codificazione*, p. 215-222. — Il movimento per la codificazione in Germania e suoi caratteri, p. 215. — L'opposizione del Savigny alla codificazione, suo fondamento e suoi limiti, p. 216. — Codificazione e legislazione, p. 219. — Dottrina del Savigny relativa alla codificazione, p. 220.

§ 24. *La scienza del diritto privato*, p. 222-228. — La trattazione scientifica del diritto privato iniziata dal Savigny in opposizione alla concezione filosofica del secolo XVIII, p. 224. — Presupposti teoretici, caratteri, finalità della nuova concezione scientifica del diritto privato, p. 226.

§ 25. *Storia e diritto privato*, p. 229-234. — La conoscenza storica del diritto condizione della scienza del diritto privato, p. 229. — Lo studio della storia nei suoi rapporti col diritto privato prima di Savigny — Erudizione e scienza storica, p. 230. — Il Savigny contro l'idea di un diritto universale, p. 231. — Il Savigny e la dottrina della comunicabilità del diritto, p. 233. — Raffronto tra la dottrina del Savigny e quella del Vico al riguardo, p. 234, nota.

§ 26. *Il diritto romano e la concezione scientifica del diritto privato*, p. 235-239. — Valore e significato del diritto romano nella dottrina storica del diritto, p. 235. — Interpretazione razionalista e interpretazione romantica del diritto romano, p. 236. — Conseguenze teoretiche e pratiche che derivarono dalla nuova concezione del diritto romano, p. 238.

§ 27. *I giuristi e l'elaborazione scientifica del diritto privato*, p. 239-240. — Vita *politica* e vita *tecnica* del diritto secondo il Savigny, p. 241. — La funzione dei giuristi, suoi caratteri e limiti, p. 241. — Il dogma della superiorità del

giurista e della scienza sul legislatore e sulla legge, p. 242. — I giuristi e la coscienza giuridica popolare, p. 242. — Il diritto scientifico fonte del diritto: dottrina al riguardo del Savigny, Puchta, Stahl, p. 242. — Il problema delle lacune e sua soluzione alla luce della dottrina storica, p. 246. — Critica della teoria del Donati in ordine al problema delle lacune, p. 248. — I giuristi e l'interpretazione della legge secondo la dottrina storica, p. 249.

§ 28. *Il rapporto tra teoria e pratica nella dottrina storica*, p. 250-256. — Accuse contro l'efficacia pratica dell'indirizzo storico, p. 250. — La critica del Feuerbach, p. 251. — Il rapporto tra teoria e pratica giuridica secondo la scuola tradizionale, p. 252. — Teoria e pratica e loro inscindibilità secondo il Savigny, p. 252. — Conseguenze per l'educazione del giurista, p. 253. — Il diritto romano e l'unità della scienza e della pratica giuridica, p. 254.

§ 29. *Il sistema di diritto privato del Savigny, Puchta, Stahl*, p. 256-284. — Carattere e significato generale del sistema di diritto privato consacrato nei codici, p. 256. — L'ordinamento dei rapporti privati seguito dal Savigny e suoi rapporti col sistema Hugo-Heise, p. 258. — Il sistema di diritto privato del Savigny nei suoi concetti fondamentali, p. 261. — Di una critica del Puchta al sistema di diritto privato del Savigny, p. 264. — Il sistema di diritto privato del Puchta, p. 265. — Lo Stahl e la sua concezione e sistemazione del diritto privato, p. 267. — Il diritto come ordine e potenza morale, p. 269. — Influenze romantiche e cristiane nel sistema filosofico e giuridico dello Stahl, p. 270. — Analisi critica del suo sistema di diritto privato in rapporto con quello del Savigny, p. 273.

§ 30. *Incoerenze tra la dottrina storica e le sue applicazioni al diritto privato*, p. 284 300. — Linee generali di un sistema di diritto privato secondo la logica interna dello storicismo, p. 284. — Storicismo e individualismo; storicismo e socialismo, p. 285. — L'elemento sociale nei sistemi di diritto privato del Savigny, Puchta, Stahl, p. 287. — Carattere essenzialmente individualistico dei loro sistemi, p. 287. — Cause della scarsa efficacia della dottrina storica nelle sue applicazioni al diritto privato, p. 291. — La struttura economica individualista della vita sociale, p. 291. — Lo storicismo del Savigny, del Puchta, dello Stahl nel suo fondamento filosofico, p. 293. — Storicismo e spiritualismo, p. 293. — Lo Stahl e lo storicismo spiritualista, p. 294. — Il problema del diritto oggettivo e sua soluzione nello Stahl e nel Savigny, p. 296. — Il problema dell'individuo e dell'universale, p. 300. — Storicismo, hegelismo e diritto privato, p. 300.

CAPO I.

Reazione ideologica contro l'individualismo nel diritto privato.

1. — La rivoluzione francese se da un lato attuava nell'ordine politico e giuridico l'ideale individualista, dall'altro provocava un movimento di reazione inteso a reintegrare l'uomo nella natura e nella società. Tale reazione non fu solo destata dagli eccessi rivoluzionari, da ragioni politiche e sentimentali, ma sopratutto da un nuovo orientamento del pensiero filosofico, determinato da un profondo rivolgimento delle menti circa il modo di considerare l'uomo ne' suoi rapporti cogli altri e col mondo esterno.

Il secolo XVIII aveva esaltato l'individuo, ne aveva fatto l'autore del mondo giuridico, il principio attivo da cui traevano vita e significato la natura, la storia, la società. Anche quando l'individuo sembra risolversi nel sistema della natura del D'Holbach, o nella personalità dello Stato del Rousseau, o nel processo storico indefinito del Condorcet, sempre e solo esso ha ragione di vita e di fine. La natura, lo Stato, la storia hanno valore e significato in quanto servono all'individuo, ne garantiscono le condizioni di sviluppo, ne registrano le gesta gloriose e le fasi progressive di elevazione.

Nella risoluzione dei problemi filosofici fondamentali, del problema gnoseologico, ontologico, deontologico, il secolo XVIII si era pronunciato definitivamente per opera di Emanuele Kant. La ragione umana è il *principium cognoscendi* e pone le condizioni del sapere giuridico: sottratta nell'ordine pratico ai dubbi e alle limitazioni della ragion pura essa crea il suo proprio oggetto in fuori dall'esperienza naturale e storica: essa traduce infine i principii necessari e universali posti, in valori morali, in norme direttive dell'operare.

Contro questo indirizzo di pensiero che aveva trionfato nelle costituzioni e nei codici reagisce il secolo nuovo e la reazione intese ad affermare i diritti della storia, della natura, della collettività sui diritti dell'uomo. Le più feconde energie del secolo XIX più che a comprimere l'individualità, a comprometterne le laboriose conquiste, furono dirette a integrarla, a ristabilire i vincoli e i rapporti intimi essenziali e non solo esteriori che legano l'individuo agli organismi di cui è parte, a coordinarne i fini, le attività, le qualità morali e intellettuali alle condizioni della vita in comune, a riabilitare i valori umani e sociali come valori a sè, aventi ragione non pur di esistenza ma di preminenza sugli stessi valori individuali in quelli compresi e da quelli nobilitati e rafforzati. E questa nuova coscienza apriva nuove vie alla speculazione. All'io come fonte del conoscere, come principio di valutazione, è sostituita la coscienza collettiva; gli oggetti del sapere non sono più considerati come prodotti della ragione astratta ma di forz ad essa estranee e sovrastanti, da cui si traggono le norme e il fondamento dell'operare. Il vecchio procedimento sistematico era per tal modo capovolto: le idee cessano di costituire cause efficienti e condizioni dell'operare e alla ricerca dei presupposti soggettivi del conoscere sottentra la ricerca delle condizioni esterne, dei fattori oggettivi, naturali, storici, sociali. La base della speculazione è trasportata consciamente o inconsciamente dal soggetto all'oggetto, dall'ideale al reale, dall'universale astratto all'universale concreto, dall'individuo alla società, cioè al termine che è assente dalla speculazione filosofica e giuridica del secolo XVIII e che diventa invece il punto di gravitazione della speculazione e dell'azione nel secolo XIX come lo era stato l'individuo nell'età anteriore (1).

La reazione ideologica contro l'individualismo giuridico e politico del secolo XVIII si presenta in forme molteplici e si svolge in diverse direzioni. Se è generale la tendenza a contrapporsi alla ideologia rivoluzionaria e in particolare alle teoriche del Rousseau, che molti per un superficiale apprezzamento dei fatti identificavano colla Rivoluzione, variano ed hanno valore e significato diverso le premesse invocate a giustificare la reazione.

La risurrezione dello spiritualismo, del pensiero teologico e teocratico a principio del secolo XIX nell'ordine civile e politico ebbe spiccato carattere di reazione contro le aberrazioni rivoluzionarie e gli eccessi

---

(1) Cfr. FRAGAPANE, *Obbietto e limiti della filosofia del diritto*, I (Roma, 1897), p. 50 e seg., II (Roma, 1899), p. 46.

del razionalismo e dell'individualismo giuridico. E tale risveglio è generale rivelandosi ad un tempo in Francia col Le Maistre, col De Bonald, in Germania con Adam Müller, con lo Stahl, in Inghilterra col Paley e la sua scuola, in Italia col Rosmini e ovunque mira a mortificare la ragione per mezzo della fede e del sentimento, a derivare da premesse etico-religiose le condizioni dell'ordine giuridico e politico. Anche quando non si tratta di un vero e proprio ritorno al pensiero teologico medioevale come nella scuola teocratica francese, si tende ad armonizzare le correnti nuove di pensiero, dell'utilitarismo e del razionalismo, col principio religioso. Notevoli particolarmente furono i tentativi del Paley in Inghilterra per cristianizzare l'utilitarismo, del Rosmini in Italia per razionalizzare lo spiritualismo. Nè mancarono nello stesso ordine di idee sistemi veri e propri di filosofia del diritto privato, come non mancò l'interpretazione sociale del diritto e dello Stato, la quale si tradusse in quel movimento di idee che ebbe nome di socialismo cristiano e che in realtà riducevasi alla accentuazione e allo svolgimento di quegli elementi morali e sociali che sono nell'essenza del pensiero teologico, nelle sue applicazioni al diritto e allo Stato. Non è certo il disconoscimento dell'importanza storica e del valore intrinseco del pensiero teologico che può distogliere dal trattarne particolarmente, quanto piuttosto la considerazione pregiudiziale che l'indirizzo teologico malgrado la grande vitalità e adattabilità alle condizioni storiche più diverse, malgrado la forza che deriva dalle esigenze pratiche a cui risponde, dai sentimenti a cui soddisfa, nasconde una debolezza intrinseca di principii, vive e si alimenta degli insuccessi della speculazione, degli sconforti della ragione umana nella ricerca del vero. Come tale l'indirizzo teologico rappresenta nell'età moderna una interruzione nel progresso indefinito del pensiero umano, una reazione negativa, regressiva, nè può gareggiare per importanza e significato con le forme di reazione positiva le quali mirano non a rinnegare le conquiste del pensiero umano, ma a integrarle, a riassumerle in principii più ampi e comprensivi.

Alle forme di reazione regressiva deve pure ascriversi il sistema dell'Haller, malgrado il principio individualista accolto, il rigore del metodo razionale seguìto. L'Haller sostiene l'origine naturale e individuale del diritto e dello Stato contro l'origine razionale e contrattuale, e finisce per identificare il diritto colla forza, per risolvere i poteri e rapporti di diritto pubblico in poteri e rapporti di diritto privato. È nell'ordine naturale delle cose, osserva l'Haller, che il più forte comandi, il debole obbedisca. Il potere pertanto s'origina dalla occupazione o dalla conquista, esiste nel vantaggio e per le finalità

di chi ne è investito ed ha la forza per conservarlo, partecipa della natura dei diritti privati alla stregua dei quali deve essere considerato. Nella dottrina dell'Haller l'antica concezione germanica medioevale del potere considerato come affare privato del principe si unisce con elementi derivati dalla dottrina dell'Hobbes e dello Spinoza senza i temperamenti derivanti dalla finzione del contratto. La teoria pertanto dell'Haller non deve solo collo Stahl considerarsi una caricatura del Medio Evo, le cui istituzioni sono invocate in appoggio, ma ancora come una caricatura della dottrina del diritto naturale, di cui sono richiamate in vita le forme primitive e gli elementi meuo vitali (1).

Per trovare forme di reazione progressiva, feconde di nuove applicazioni nel diritto privato bisogna rifarci a quegli indirizzi di pensiero che superando il punto di vista individuale intesero a reintegrare l'individuo nella società non in base a considerazioni d'indole morale e religiosa, o rievocando la finzione del contratto, ma mediante la ricostruzione agli effetti giuridici del termine stesso di società, considerato come termine autonomo distinto dallo Stato, contrapposto all'individuo, fonte di diritti e di doveri.

Non può certo sostenersi che tale concetto fosse anteriormente al secolo XIX ignorato; ma solo in questo secolo esso trovò le condizioni storiche e teoriche per affermarsi nell'ordine giuridico. L'antichità infatti solo cogli Stoici era riuscita a comprendere l'individuo in una unità superiore allo Stato, sottoponendone l'attività a una legge immutabile di natura avente per principio e per termine l'umanità. Il cosmopolitismo filosofico degli Stoici, privo di valore pratico e giuridico, non fu inteso nè riprodotto dai romani, il cui cosmopolitismo politico ebbe sempre per presupposto l'uomo come membro di una *civitas*, anche quando questa fu estesa tanto da comprendere tutto l'impero. Lo stesso *jus naturale* che i romani derivarono dalla filosofia greca e sopratutto stoica, separato dalle premesse metafisiche da cui logicamente si svolgeva, fu coordinato con processo artificiale al *jus civile et gentium* e

---

(1) Cfr. HALLER, *Restauration der Staatswissenschaft* (1816-20). Gli elementi essenziali della sua dottrina dello Stato già si trovano nell'*Handbuch der allgem. Staatenkunde* (Bern, 1808). Cfr. STAHL, *Phil. d. Rechts*, I, *Geschichte d. Rechtsphil.* (2 Aufl., 1847), p. 553 e seg. Per aver cercato il modello della sua concezione del diritto naturale nelle istituzioni positive dei tempi passati, l'Haller fu da alcuni posto tra i precursori della scuola storica. Contro siffatta erronea interpretazione del pensiero dell'Haller cfr. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie:* I Bd. (Leipzig, 1892), p. 174 (nota). Il Savigny stesso giudica severamente l'Haller e il metodo da lui seguito per combattere il Rousseau. Cfr. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Scialoja), I (Torino, 1886), § 10.

perciò apparve in ogni tempo un elemento ibrido, in contrasto col processo naturale di formazione del diritto romano. Solo per eccezione e sotto l'influenza cristiana penetrarono nel sistema giuridico romano nell'ultimo periodo del suo sviluppo norme che parvero inspirarsi al più largo concetto dell'*humanitas*.

Il pensiero medioevale che, al dire del Gierke, moveva sempre nelle sue concezioni filosofiche, religiose, politiche dall'idea del tutto (1), fu, sotto la duplice influenza cristiana e germanica, naturalmente portato a rappresentarsi la società umana come una unità organica, un corpo animato, distinto così dalla somma degli individui come dallo Stato, regolato da leggi naturali eterne inspirate all'equità e alle esigenze della vita comune, diverse e superiori alle leggi stesse positive. Il Cristianesimo infatti mirava ad affermare l'unità morale e religiosa del genere umano in opposizione ai rapporti civili puramente esteriori; perciò nella lotta sostenuta contro lo Stato esso doveva svolgere il concetto e il sentimento della solidarietà umana e dare forma e contenuto determinato al concetto religioso della comunione dei fedeli, concetto che non ebbe riconoscimento giuridico ma divenne per opera della chiesa capace di conseguenze giuridiche, fissate in altrettante istituzioni del diritto canonico, di natura essenzialmente sociale.

A loro volta i popoli germanici nella assenza prima, nella debolezza poi dei vincoli politici furono portati a svolgere di preferenza i rapporti d'indole famigliare e sociale, a temperare l'esuberanza dell'individualità con istituzioni giuridiche improntate a un sentimento profondo di solidarietà e di responsabilità collettiva. Può quindi affermarsi che nel Medio Evo il concetto di società anche se non sempre in forma chiara e cosciente, fu germe fecondo da cui trassero vita e significato le più caratteristiche istituzioni del diritto germanico e canonico, mentre la tradizione giuridica romana meglio rispondeva alle finalità civili e politiche dello Stato. Il contrasto tra le due tendenze degenerò in lotta aperta sul finire del Medio Evo all'epoca della formazione dello Stato moderno sul fondamento della tradizione giuridica romana, la quale finì colla recezione per trionfare nei paesi stessi di diritto germanico e divenne strumento precipuo di reazione contro lo spirito cristiano e feudale.

Colla restaurazione del diritto romano, col consolidarsi degli Stati assoluti il concetto di società come fonte di rapporti giuridici, come unità superiore all'individuo e allo Stato andò perduto. Da un lato l'individuo mirava ad affermare la sua libertà, a sciogliersi da qualsiasi vincolo politico o sociale, d'altra parte lo Stato, geloso custode del

(1) Cfr. Gierke, *Althusius*, ecc., 2 Aufl. (Breslau, 1892), p. 132.

principio di autorità, diffidava di tutte le forme di associazione che potevano sottrarre i sudditi alla sua azione diretta. La speculazione dei giusnaturalisti rispecchiò fedelmente questo stato di cose. Non tutti come l'Hobbes negarono la natura socievole dell'uomo e non ammisero altra forma di vita comune che quella politica; per lo più si poneva uno stato di società e di comunione anteriore allo Stato, imposto dalla natura umana o dalla ragione, fonte del diritto naturale. Ma nello stesso tempo era generalmente ammesso che lo stato di società e il diritto di natura erano forme di vita e di diritto imperfette che non garantivano contro la violenza. Donde l'esigenza della società civile e del diritto positivo, la cui importanza ed estensione nei rapporti col diritto naturale varia nei diversi sistemi. Solo nell'Hobbes lo stato civile sostituisce completamente lo stato primitivo di violenza e di guerra permanente. Nel Grozio e sopratutto nel Pufendorf e nel Wolff lo stato di natura è uno stato di società, si perpetua nella società civile ma con valore essenzialmente ideale e morale più che reale e giuridico: esso infatti è fonte di diritti e di doveri imperfetti. Nel Kant lo stato di società diventa una esigenza della ragione astratta e si distingue nettamente dalla società civile regolata dal diritto positivo. Il Locke che pure riconobbe allo stato di natura un valore reale e ad esso non contrappose uno stato civile e un diritto positivo, ammise la necessità dello Stato per garantirne l'esistenza e l'osservanza. I giusnaturalisti attesero piuttosto alla ricostruzione dello Stato, mettendone in evidenza l'origine individuale e contrattuale, la natura, i rapporti con l'individuo, e lasciarono per lo più indeterminato il concetto di società, considerandolo l'espressione di tendenze innate nell'uomo o un prodotto della ragione astratta, privo di valore pratico e di significato giuridico.

Certo è che nei primordi del secolo XIX il rapporto individuo e Stato costituiva il perno di tutto l'ordinamento giuridico e il diritto privato nelle sue diverse parti si svolgeva in fuori da qualsiasi considerazione non pur sociale ma politica. La reazione ideologica contro l'individualismo giuridico intese a preparare le condizioni teoriche per una reintegrazione sociale dell'individuo e del suo privato diritto. Accanto agli indirizzi di pensiero che per i principii da cui prendono le mosse rappresentano un ritorno al passato e tali principii traggono a nuovi svolgimenti, a nuove applicazioni (neo-contrattualismo, neo-kantismo, neo-spiritualismo), noi vediamo il pensiero filosofico e giuridico del secolo XIX nelle sue più notevoli e caratteristiche direzioni tendere a ricostruire su basi affatto nuove e con procedimenti per lo innanzi ignorati, il concetto di società e preparare le condizioni per una concezione sociale del diritto e dello Stato.

Ciascuna di queste direzioni rappresenta una fase progressiva nella dissoluzione dell'individualismo filosofico e giuridico. Alla pretesa di elevare la ragion individuale a fonte esclusiva del sapere giuridico, l'indirizzo storico comincierà ad opporre col Savigny le energie recondite e inconscie della storia, i cui processi si svolgono ininterrotti per una interiore necessità, sottratti all'azione riflessa degli individui. Il processo storico sarà poi tradotto in termini ideali dall'Hegel, in termini economici dal Marx; ma così l'idealismo come il materialismo storico riconoscono le superiori esigenze della collettività nei riguardi dell'individuo e mirano ad assorbire l'esistenza e le finalità individuali nell'eterno divenire dell'idea o della umanità, di cui la storia è l'espressione concreta. Nè doveva mancare alla concezione sociale del diritto e dello Stato il contributo delle scienze fisiche, biologiche, psicologiche. Esse prepararono l'interpretazione biologica e psicologica della storia, le due più note direzioni dell'empirismo filosofico nella seconda metà del secolo XIX, di cui l'una sostituì, l'altra integrò l'empirismo storico del Savigny.

Questi vari sistemi, malgrado la diversità dei principii posti e dei metodi seguìti, movono dalla storia come da comune fondamento e tutti concordano nell'ammettere l'esigenza sociale del diritto e dello Stato. L'interpretazione infatti della storia in senso metafisico o empirico costituisce nel secolo XIX il presupposto tacito o espresso della speculazione filosofica nelle sue applicazioni alle scienze morali. Di qui l'importanza e il significato dello storicismo in quanto mirava alla ricostruzione positiva del fatto storico. La storia diveniva elemento necessario della speculazione e il criterio storico elevato a criterio di verità divenne sempre più incompatibile coll'interpretazione razionale e individuale del diritto e dello Stato. E lo storicismo penetrò prima e più che altrove nella sfera del diritto privato, facendovi prevalere metodi e criteri nuovi di interpretazione, mettendone in nuova luce gli istituti. Ma se le sorti del diritto privato sono inscindibili nel secolo XIX da quelle dello storicismo, non può certo dirsi che la speculazione sia stata in quello pari all'importanza e ai risultati dell'indagine storica. Questa infatti non fu sempre accompagnata e illuminata da una corrispondente interpretazione ed elaborazione filosofica, per cui, contrariamente a quanto avvenne nel diritto pubblico, nel diritto privato malgrado il metodo storico e i risultati da esso raggiunti, l'ideologia della scuola del diritto naturale si è conservata tenacemente.

Dalle considerazioni fatte viene ad essere delimitato il campo della nostra indagine. Dopo di avere rilevato la natura e l'estensione del movimento storico nel diritto privato, vedremo in qual senso ed entro

quali limiti gli indirizzi metafisici (idealismo e materialismo storico) ed empirici (biologismo e psicologismo), applicati ai risultati della critica storica, hanno contribuito a una rinnovazione in senso sociale del diritto privato, ed hanno nel tempo stesso fornito principii ed argomenti alla critica e alla riforma in senso socialista dei rapporti d'indole privata.

A. — Lo storicismo e il diritto privato.

2. — Col nome di storicismo vuolsi sopratutto indicare la rivoluzione metodologica operatasi nelle scienze morali a principio del secolo XIX, per la quale queste scienze, abbandonato il metodo dogmatico-cartesiano, cercarono il loro fondamento anzichè in postulati razionali, nella realtà storica criticamente accertata. Sotto questo aspetto tale rivoluzione può solo per importanza paragonarsi alla rivoluzione analoga iniziata da Galileo e da Bacone nel dominio delle scienze naturali e alla conseguente trasformazione di queste scienze in scienze sperimentali e positive. Ma lo storicismo, oltre che un indirizzo metodologico, servì a indicare nella sua prima fase di sviluppo uno speciale indirizzo di pensiero, di cui erano caratteri essenziali il criterio storico elevato a criterio di verità, la realtà storica considerata come la sola, la vera realtà, come l'oggetto proprio delle scienze morali, il processo di formazione storica delle istituzioni giuridiche invocato a giustificazione delle medesime. Questi due aspetti dello storicismo l'uno metodologico, l'altro filosofico devono essere tenuti costantemente distinti e presenti per apprezzarne al giusto valore le manifestazioni molteplici, per sceverare gli elementi durevoli da quelli passeggieri che lo contraddistinguono.

Lo storicismo ha per patria la Germania, poichè, se ovunque le stesse cause lo generarono, solo in Germania esso incontrò coi maggiori rappresentanti le condizioni più favorevoli di sviluppo nella sfera del diritto privato. Ovunque infatti l'indirizzo storico sorge in contrapposizione alla metafisica razionalista e alle dottrine dei giusnaturalisti. Già dal principio del secolo XVIII ai Cartesiani e al metodo da essi introdotto nelle scienze morali, il Vico aveva opposto un metodo fondato sulla storia e sulla psicologia. Non perciò deve il Vico, e molto meno il Montesquieu, considerarsi precursore dello storicismo nel duplice significato sopra indicato. Il Vico pur essendo dotato di un senso storico e psicologico non comune, più che a ricostruire criticamente i

fatti storici, a riprodurli nella loro concatenazione temporale e spaziale, attese a penetrarli, a interpretarli sul fondamento della natura costante dell'uomo, a ricercare in essi il corso ideale eterno dell'umanità. Più che un metodo nuovo s'inizia col Vico una scienza nuova o meglio una nuova concezione filosofica del mondo e della società che significava la condanna del soggettivismo e dell'individualismo giuridico sia razionalista sia sensualista. Egli vide nel processo storico il processo dell'umanità e di questo intese segnare le fasi di formazione e fissare le leggi costanti. Perciò il Vico è nella direttiva dell'hegelismo ben più che dello storicismo; più che storico del diritto egli è filosofo della società umana (1).

Limitatamente al diritto pubblico e in un significato essenzialmente politico deve intendersi l'opera del Burke in Inghilterra. Il Burke non intese nè porre le condizioni per una interpretazione filosofica della storia, nè fare opera di ricostruzione storica; egli intese piuttosto ad elevare il criterio storico a criterio di verità nell'ordine politico, a rilevare l'importanza dell'esperienza storica nell'opera di governo. La storia è condizione di sapienza politica, perciò deve intendersi « as habit not as a precept and as an exercise to strengthen the mind, not as a repertory of cases and precedents for a lawyer ». Il punto di vista del Burke nel considerare la storia e il metodo storico non era precisamente quello dello storicismo. Il Burke intendeva la storia da un punto di vista essenzialmente pratico, educativo, come mezzo di formazione di una sana coscienza politica, laddove lo storicismo era sopratutto un metodo di studio e traeva la sua ragion d'essere da esigenze teoretiche prima ancora che da esigenze pratiche e politiche. Ma nella avversione allo spirito della rivoluzione francese, nella critica del razionalismo politico sul fondamento della esperienza storica, il Burke venne a trovarsi nell'ordine di idee e di sentimenti degli scrittori della contro-rivoluzione e molti suoi argomenti e atteggiamenti di pensiero furono da tali scrittori riprodotti o imitati. Malgrado il carattere polemico e un mal celato spirito di parte, le riflessioni del Burke sulla rivoluzione francese costituiscono una difesa vigorosa e insuperabile dei diritti della storia contro le astrazioni politiche della Rivoluzione (2). Nella importanza data alla prescrizione come titolo costitutivo di diritti, nella rappresentazione della nazione come un organismo vivente, il Burke

---

(1) Contro l'opinione di coloro che fanno del Montesquieu un precursore del metodo storico cfr. SOLARI, *Idea individuale*, ecc. Parte I, (Torino, 1911), p. 105.

(2) Le *Reflections on the Revolution in France* del BURKE furono pubblicate nel 1790.

precorre dottrine che la scuola storica doveva più tardi portare a completo sviluppo. La prescrizione è la parola sacra che il Burke costantemente oppone ai diritti dell'uomo. « Prescription (egli dice in un discorso sulla riforma parlamentare nel 1782) is the most solid of all titles, not only to property, but what is to secure that property, to government ». La prescrizione trae forza dalla presunzione in essa implicita in favore di un ordine costituito; essa è il titolo più valido, più generalmente riconosciuto dei diritti come quello che non si fonda sull'arbitrio ma sull'ordine eterno e inconscio delle cose e partecipa della legge stessa di natura (1). Questa dottrina della prescrizione se talora dal Burke, come più tardi dai seguaci della scuola storica, è intesa come accettazione incondizionata di ciò che esiste, come consacrazione dell'immobilità assoluta e disconoscimento dell'idea del progresso, celava in sè un germe fecondo di vero, che il Burke non mancò di svolgere e porre in evidenza. Il Burke prima ancora del Savigny ebbe vivo il sentimento e l'idea della nazione, intesa non come un aggregato artificiale di unità uguali, ma come un organismo vivente, vario e complesso nella sua struttura, avente una esistenza concreta e continuata nel tempo e nello spazio. Solo tra i suoi contemporanei il Burke seppe emanciparsi dalle concezioni politiche puramente meccaniche e matematiche. La dottrina della prescrizione rappresenta in lui l'omaggio reso al principio della continuità storica e della solidarietà tra le diverse parti del corpo politico, implica il riconoscimento dell'azione inconscia del tempo e delle generazioni che si succedono nella formazione delle istituzioni giuridiche, la cui riforma può solo intendersi come graduale modificazione di un organismo complesso.

È degno di nota come il Burke incontrò maggior favore in Germania che in Inghilterra; quivi l'opera sua fu contraddetta, la sua influenza contrastata e da ultimo soprafatta. La ragione di ciò deve ricercarsi nel fatto che la critica del Burke più che lo svolgimento di nuove tendenze filosofiche e politiche parve l'espressione di un indirizzo di pensiero e di azione oramai superato. Il Burke in filosofia era seguace dell'utilitarismo empirico, in politica apparteneva a quel gruppo più esiguo del partito liberale che era per lo *statu quo* e contrastava il movimento di riforma legislativa che incontrava nell'opinione pubblica inglese sempre maggior favore. In questa condizione di cose il metodo storico propugnato dal Burke senza averne chiara coscienza non fu

---

(1) Cfr. Leslie Stephen, *History of english thought in the eighteenth century* (3ª ed., Londra, 1902); vol. II, p. 228 e seguenti.

apprezzato in sè, per gli elementi di verità che in sè racchiudeva, ma fu giudicato e condannato per le finalità reazionarie a cui serviva. Certo è che il Burke vide combattuta l'opera sua non solo dai sostenitori della Rivoluzione, dal Mackintosh, dal Paine, dal Godwin, ma da quelli stessi del suo partito che ebbero più tardi nome di radicali e che accolsero il verbo del Bentham, il fondatore del razionalismo utilitario, dichiarato avversario del metodo storico, preoccupato solo di sottrarre la politica all'empirismo e di fondarla su principii certi e incrollabili (1). In Germania invece l'opera del Burke cade in un periodo di reazione contro l'abuso della metafisica nelle scienze giuridiche; perciò fu accolta con favore, sebbene non possa in nessun modo sostenersi che vi abbia determinato il movimento storico (2). Questo si svolse in Germania in fuori da qualsiasi diretta influenza sia del Burke sia della rivoluzione francese, come movimento di pensiero intimamente connesso col kantismo nelle sue applicazioni al diritto privato.

Lo storicismo come metodo nuovo di studio nel diritto privato si inizia coll'Hugo, come nuova dottrina generale del diritto col Savigny. L'importanza dell'Hugo per le sorti del diritto privato positivo può solo paragonarsi con quella spiegata dal Kant nel porre le condizioni per una trattazione filosofica del diritto privato. Tutta l'attività dell'Hugo ebbe come mèta unica e costante la restaurazione del diritto positivo, nel senso di rivendicarne le ragioni di esistenza e di autonomia nei rapporti col diritto filosofico. Tale scopo spiega la lotta sostenuta dall'Hugo da un lato contro i giusnaturalisti e contro gli pseudokantiani, dall'altro contro i pratici e giurisprudenti colti, nonchè gli sforzi da lui fatti per armonizzare l'opera sua di riforma del diritto positivo col kantismo rettamente inteso.

I metodi di studio e le dottrine del Wolff nel diritto privato erano in Germania sempre dominanti verso il 1790 quando cominciava in Gottinga l'attività scientifica dell'Hugo (3). Quasi contemporaneamente

---

(1) È noto il disprezzo del Bentham per il Savigny e la sua scuola. « Voulez-vous, egli scrive, suivre la méthode de Savigny et de son école, substituez à l'armée et à la marine d'un pays l'histoire des guerres qu'il a livrées; au lieu de donner à votre cuisinier des ordres pour le dîner, donnez-lui les comptes complets de votre intendant, tels qu'ils ont été tenus pendant les dernières années ». (Bentham, *Works*, ed. Bowring, vol. x, p. 562).

(2) Le « Reflections » del Burke furono tradotte in Germania fin dal 1793 per opera del Gentz con note e aggiunte.

(3) Gustav Hugo, nato nel 1764, studiò a Göttingen ove ebbe a maestri il Pütter della scuola del Wolff e lo Spittler da cui egli dichiara di avere appreso

la critica kantiana scuoteva dalle basi la speculazione dei giusnaturalisti. Senonchè mentre il Kant insorse contro l'empirismo delle loro premesse gnoseologiche e l'eudemonismo delle loro dottrine etico-giuridiche, l'Hugo rivolse particolarmente la sua critica contro il dogma dell'unità del diritto positivo e filosofico da essi generalmente accolto. Per i giusnaturalisti il diritto positivo non era che lo svolgimento logico di un unico supremo principio fondato sulla ragione o sulla natura umana. La distinzione di diritto naturale e positivo era per essi essenzialmente formale e riferivasi al carattere imperativo e coattivo che i principii del diritto naturale assumevano per opera del legislatore. Le eventuali modificazioni e correzioni legislative erano intese come eccezioni imposte da imprescindibili esigenze pratiche, ma non infirmavano l'esigenza logica della deduzione e giustificazione delle norme positive mediante i principii del diritto naturale. L'Hugo insorse contro tale dottrina che si risolveva nella negazione del diritto positivo come diritto autonomo e pretendeva di dare ai risultati della indagine filosofica il valore di diritto positivo. A riabilitare contro i giusnaturalisti il diritto positivo, a dimostrarne la ragion d'essere in sè e ne' suoi rapporti col diritto filosofico, a determinarne la natura, i caratteri, i metodi di studio fu rivolta l'attività scientifica dell'Hugo nel duplice aspetto negativo e positivo in cui si presenta.

Non erano mancate voci prima dell'Hugo contro il dogma di un diritto universalmente valevole e in favore di un diritto positivo autonomo e fondato sull'esperienza, ma erano state voci isolate o di persone non appartenenti alla classe dei giuristi. Il Flatt fin dal 1785

---

il metodo di studiare la storia. Nel 1788 fu nominato professore all'Università di Gottingen, ove sempre rimase fino alla morte (1844). L'opera critica dell'Hugo contro i metodi prevalenti nella civilistica all'epoca sua si rivela particolarmente nelle numerose recensioni da lui pubblicate per un periodo di oltre quarant'anni nei *Gottinger Gelehrten Anzeigen* (dal 1788). Egli stesso raccolse tali recensioni assieme con le prefazioni alle opere sue e coi saggi e le pubblicò come *Beiträge zur zivilistischen Bücherkenntnis der letzten 40 Jahre*, 2 Bd., Berlin, 1828-29. Organo di propaganda delle sue idee fu il *Civilistiches Magazin* da lui fondato in Gottingen nel 1790. Di esso videro la luce sei volumi di quattro fascicoli ciascuno: il I nel 1790; il II nel 1792-96; il III nel 1798-1812; il IV nel 1812-13; il V nel 1814-25; il VI nel 1827-37. Dei primi volumi si ebbero diverse edizioni. Noi abbiamo avuto presente l'edizione abbreviata dei primi cinque volumi pubblicata dal Mylius a Berlino nel 1823-25. Per la bibliografia sull'Hugo e sull'opera sua cfr. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III Abt., 2 ter Halbband, (*München-Berlin*, 1910). Noten zum XIII, Kap. 2; SINGER, *Zur Erinnerung an G. Hugo* (in *Zeits. f. d. Privat-u. off. Recht*, XVI (1889), p. 273-319.

nelle sue *Ideen zur Revision des Naturrechts*, contesta la pretesa di quest'ultimo al nome di scienza anche a costo di essere « als Ketzer gebrandmarkt ». Il Reinhold fa l'apologia del diritto positivo e combatte energicamente l'affermazione che esista un diritto il cui contenuto non derivi dall'esperienza (1). Analogamente il Rehberg afferma il carattere positivo di ogni diritto, il valore relativo delle istituzioni, l'insolubilità del problema postosi dal *Naturrecht* (2). Ma solo con l'Hugo la questione dei rapporti del diritto positivo e naturale fu discussa nel suo fondamento teoretico, nelle sue conseguenze pratiche e la tesi della loro reciproca indipendenza finì per trionfare sulla opposta tesi dei giusnaturalisti. Nell'Hugo il diritto positivo perde ogni significato logico, ogni valore deontologico: esso si identifica col diritto storico e come tale si presenta come un fatto mutevole, relativo, delimitato nel tempo e nello spazio. Non sempre la legge, espressione della ragione astratta, ne è la fonte e la giustificazione: più spesso lo origina e lo giustifica la consuetudine irrazionale esprimente una necessità inconscia e naturale (3). Il diritto positivo nel senso di un prodotto storico e empirico era ripudiato dai giusnaturalisti come un diritto essenzialmente illogico e come tale ingiusto, essendo per essi termini convertibili l'illogico, l'irrazionale con l'ingiusto e l'imperfetto. L'Hugo precorrendo idee che dovevano sistemarsi solo col Savigny intravvede negli elementi irrazionali del diritto, gli elementi per i quali esso può veramente dirsi naturale, partecipe cioè della necessità della natura fisica. Se ancora l'Hugo non arriva, come più tardi l'Hegel, ad identificare il reale col razionale, riconosce però esplicitamente che il diritto positivo trova nel fatto della sua esistenza storica giustificazione, ancorchè non si lasci svolgere per deduzione rigorosa da postulati razionali. Gli elementi irrazionali sono inerenti alla natura stessa del

---

(1) Cfr. Reinhold, *Ehrenrettung des positiven Rechtes*, apparso la prima volta nel *Neuen deutschen Mercur*, 3 Bd., 1791.

(2) Cfr. Rehberg, *Untersuchungen ueber die französ. Revolution*, I Th., 1793. Così lo Schlosser nel *Vorschlag und Versuch einer Verbesserung des deutschen bürg. Rechts* (1777) parla di un « sogenannten Recht der Natur » e nelle *Briefen ueber die Gesetzgebung* (1789) respinge esplicitamente l'affermazione di un diritto naturale universale e mette in ridicolo quanti affermano l'esistenza di diritti anteriori ai diritti positivi e da questi indipendenti. Sui rapporti tra l'Hugo e lo Schlosser cfr. Landsberg, *Geschichte*, ecc., III Abt., 2 Halbband, Noten zum XIII Kap.: 43.

(3) Cfr. Hugo, *Die Gesetze sind nicht die einzige Quelle der juristischen Wahrheiten* in *Civilist. Magazin*, VI Bd., 1 Hefte (1812) ed. cit., p. 89. Sul significato di diritto e di legge nell'Hugo cfr. Landsberg, *Geschichte*, ecc. Noten, ecc.: 40.

diritto positivo; ciò l'Hugo rileva per il diritto privato e per il diritto pubblico. La tortura, la schiavitù, la poligamia vissero storicamente a lungo malgrado la loro intima irrazionalità. La forza obbligatoria del patto può essere astrattamente tanto affermata quanto negata; non il diritto si origina dal patto, ma questo trae da quello la sua ragione d'essere e di obbligare. Il principio di diritto per cui la proprietà è riconosciuta a persone che non ne traggono vantaggio economico non può certo dedursi da postulati razionali, nè a questi possono ricondursi le disposizioni che regolano la successione testamentaria o che impongono la tradizione per il trapasso della proprietà, o determinate formalità per la conclusione dei contratti. I rapporti domestici potrebbero idealmente concepirsi diversi da quello che sono in realtà, nè sarebbe contrario a un ordine ideale di cose l'assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico e il regolamento dei rapporti privati secondo criteri di interesse generale. Nessun rapporto logico può infine astrattamente stabilirsi tra lo stato territoriale esistente nel fatto e lo stato di ragione abbracciante l'umanità intera, nel quale non può più parlarsi di un *jus belli ac pacis* (1).

L'indipendenza non formale ma sostanziale, fondata sull'origine e sulla natura diversa del diritto naturale ne' suoi rapporti col diritto positivo, non poteva essere con più efficacia affermata e illustrata. Ma un'altra anche più profonda differenza non sfuggì all'occhio penetrante dell'Hugo. Mentre il diritto razionale era concepito sotto la categoria dell'essere e si presentava come un sistema logico di principii assoluti e immutabili, il diritto positivo contemplato sotto la categoria del divenire appariva in tutta la sua relatività e mutabilità. Il diritto positivo cessava di essere un'astrazione, l'espressione legale ed esterna del diritto di natura, diveniva con l'Hugo un aspetto della vita storica, come questa mutevole e progressivo. La legge del divenire era incompatibile col dogma dell'immobilità del diritto, dogma che se poteva intendersi applicato ai prodotti della ragione, sarebbe stato pericoloso applicato ai prodotti della storia, in quanto avrebbe portato all'accettazione incondizionata del fatto anche se imperfetto o irrazionale. L'irrazionalità e l'imperfezione non esauriscono per l'Hugo il concetto di diritto positivo, ma ne costituiscono una fase transitoria necessaria nel processo di progressiva razionalizzazione. Con questa concezione del diritto positivo l'Hugo precorreva le dottrine che il Savigny e l'Hegel dovevano portare a completo svolgimento e nel tempo stesso sovvertiva in uno de' suoi dogmi fondamentali la tradizione del diritto naturale.

---

(1) Cfr. Landsberg, *Geschichte*, ecc., Text, p. 22.

Non può dirsi che l'influenza del Kant avviasse le menti verso una nuova e più esatta concezione del diritto positivo ne' suoi rapporti col diritto filosofico. E veramente il Kant se aveva contrapposto al *Naturrecht*, il *Vernunftrecht*, se aveva combattuto l'empirismo delle premesse su cui si fondavano i sistemi della scuola del diritto naturale, parve accogliere il punto di vista dei giusnaturalisti nel determinare il rapporto tra il diritto positivo e filosofico. L'ordine giuridico procede per Kant dalla ragione pratica sul fondamento della libertà esterna e il diritto positivo è lo stesso diritto di ragione promulgato dal legislatore. Di un diritto positivo nel senso di un diritto storico nessuna traccia nel Kant come nei giusnaturalisti: tale esclusione era giustificata nel Kant dal punto di vista strettamente formale sotto il quale vide e trattò il problema giuridico. Appunto perchè formale la dottrina del Kant implicitamente affermava l'esigenza della materia giuridica, la quale, date le premesse gnoseologiche kantiane, poteva solo originarsi dall'esperienza storica. Ciò non intesero i giuristi suoi seguaci; immemori della distinzione tra la forma e la materia del conoscere, scambiarono il significato formale che il diritto positivo aveva nel Kant col significato reale e diedero corpo e valore materiale alle categorie logiche che dovevano nel pensiero del Kant servire solo a comprendere la vita storica del diritto.

L'Hugo, antico ammiratore e convinto seguace del Kant, fu quasi solo a reagire contro siffatta interpretazione del kantismo, la quale perpetuava nel diritto privato i tradizionali sistemi di studio (1). Con felice intuito egli colse il significato essenzialmente gnoseologico del kantismo e cercò in esso il fondamento e la giustificazione del metodo storico negli studi giuridici. L'avere dimostrato questo aspetto generalmente trascurato del pensiero dell'Hugo, di importanza decisiva per le origini dello storicismo nel diritto privato, è merito sopratutto del Landsberg (2). Questi rivela un passo in cui l'Hugo richiama l'attenzione dei lettori sopra un antico scritto del Kant che si intitola: *Untersuchung ueber die Deutlichkeit der Grundsätze der naturlichen Theologie*

---

(1) Cfr. per la opposizione dell'Hugo ai giuristi seguaci del Kant le citazioni del Landsberg, *Geschichte*, ecc. Noten, ecc.: 44. Per i rapporti dell'Hugo col Kant cfr. ivi nota 65. Nel 1799 l'Hugo cominciò la pubblicazione di un compendio ad uso scolastico delle sue lezioni; tale compendio doveva essere « in manchen Punkten ein sistematischer Auszug aus allen kantischen Schriften ». La pubblicazione dopo i primi fogli fu sospesa.

(2) Cfr. Landsberg, *Kant und Hugo* (in *Zeits. f. d. Privat - und off. Recht*, 28 Bd. (1901), p. 670-686); Id., *Geschichte*, ecc. Text, p. 34 e seguenti.

und der Moral oder ueber die Evidenz in metaphysischen Wissenschaften (1). Questo scritto del Kant risale al 1763 e tende a dimostrare che la nostra conoscenza in tutte le scienze non matematiche non può avere altra fonte che l'esperienza. Mentre le scienze matematiche costruiscono da sè sinteticamente l'oggetto di studio e muovono da definizioni che fissano l'intero contenuto dei concetti usati, in tutte le altre scienze l'oggetto, è dato, nè può conoscersi nel suo contenuto se non mediante l'analisi. Da questa è bensì possibile sollevarsi all'idea corrispondente all'oggetto dato, ma la verità dell'idea è relativa alle osservazioni fatte, alle note rilevate. Nessuna certezza quindi assoluta nelle scienze non matematiche, ma solo una certezza e una verità relative, nessuna garanzia in esse che il concetto adegui la realtà. Non può quindi parlarsi dei metodi matematici nelle scienze non matematiche come si era fatto fino allora. In tali scienze due sono le regole che devono aversi costantemente presenti: la prima che non devesi movere da definizioni; la seconda che devonsi fissare e raccogliere specialmente i giudizi immediati intorno all'oggetto, ciò che in questo si ravvisa con certezza alla prima intuizione, la quale anche se non coglie l'intera natura dell'oggetto, rivelandoci di questo qualità certe ed essenziali, può servire di fondamento a molte deduzioni. Il metodo analitico pertanto è il solo che nelle scienze non matematiche fornisca con la necessaria certezza un sufficiente criterio di verità; per esso è possibile arrivare talora a concetti così chiari e adeguati da permettere anche in tali scienze l'applicazione della sintesi.

In queste affermazioni del Kant è evidente la difesa del metodo analitico che l'Hugo mirava a far prevalere negli studi giuridici, nonchè la condanna del metodo sintetico dei giusnaturalisti. Questi infatti senza curarsi di ricostruire analiticamente i fatti, ponevano i concetti destinati a comprenderli in guisa che solo per un caso fortunato poteva avvenire che vi fosse corrispondenza tra il concetto e la realtà giuridica. Comprese l'Hugo ciò che è oggi universalmente riconosciuto che l'importanza e il significato del kantismo era sopratutto nella soluzione nuova del problema conoscitivo, presupposto di tutte le scienze non escluse le giuridiche; in special modo comprese la rivoluzione

---

(1) « Konnte ich es doch dahin bringen, das jeder von meinen Lesern eine altère Schrift von Kant, die *Untersuchung*.... recht beherzigte! ». Tale invocazione dell'Hugo si trova nel *Civilist. Magazin*, Bd. 3, p. 96, nota 2. Lo scritto del Kant figura nei suoi *Vermischten*, Halle, 1799, Bd. 2, p. 1 54, e fu pubblicato in risposta a una questione posta dalla Regia Accademia delle Scienze di Berlino nel 1763.

operata al riguardo dal Kant, la quale ebbe per risultato di segnare limiti insuperabili al sapere umano, di distogliere le menti dalla ricerca delle cause ultime e avviarle allo studio del fenomenico, che non esiste per sè, ma esiste relativamente a noi e solo può esser oggetto di scienza. Il razionalismo giuridico che pretendeva cogliere l'essenza delle cose, che si illudeva di tutto spiegare e matematicamente dimostrare era colpito a morte dal criticismo, mentre era da esso riabilitata la ricerca empirica, induttiva, regolata dalla legge di causalità. I giuristi che si dichiaravano seguaci del Kant ciò non compresero e continuarono a trattare del diritto razionale con intendimenti essenzialmente pratici. Contro di essi l'Hugo potè efficacemente dimostrare che i principii del nuovo diritto naturale kantiano dovevano intendersi come *Begrenzungs- und Prufungsmaximen* non aventi ancora alcun contenuto materiale. Questo può solo esser dato dall'esperienza storica, senza di cui la forma del pensiero manca del punto a cui applicarsi. All'interpretazione scolastica del pensiero kantiano, l'Hugo opponeva l'interpretazione critica ch'era la sola vera.

Rimaneva dopo ciò aperta la via a comprendere la nuova concezione del diritto, destinata secondo l'Hugo a sostituire il tradizionale diritto di natura e da lui presentata come una filosofia del diritto positivo o della giurisprudenza (1). Senonchè il significato vero del *Naturrecht* dell'Hugo, da questi annunciato *als eine grundstürzende Neuerung*, sfuggì generalmente. I giuristi sopratutto lo accolsero con un senso di meraviglia e di disillusione sia per il contrasto colla anteriore produzione dell'Hugo, di carattere critico e storico, sia per la voluta oscurità di pensiero e di forma (2). Non sfuggì il valore e il significato

(1) Cfr. Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts.* La 1ª edizione di quest'opera è del 1798 (la Vorrede è datata dal nov. 1797) ad un anno di distanza dalla pubblicazione della *Rechtslehre* del Kant, la quale, malgrado la data del 1797, fu pubblicata subito dopo la fiera di S. Michele nel 1796 ed era stata oggetto di una recensione-critica nei *Gottinger Gelehrten Anzeigen* fin dal 18 febbraio del 1797, recensione che provocò la nota risposta del Kant nel 1798. Del *Lehrbuch*, ecc., dell'Hugo furono pubblicate altre tre edizioni nel 1799, nel 1809, nel 1819.

(2) Cfr. Landsberg, *Geschichte*, ecc. Noten, ecc., 51. L'Hugo non si preoccupò mai di chiarire il suo pensiero nè in altri suoi scritti, nè nelle tre successive edizioni del *Lehrbuch.* Fu trascurato dal Landsberg un breve scritto dell'Hugo pubblicato nel 1° fascicolo del *Civilist. Magazin* del 1812 col titolo: *Putter's Verdienste um die Philosophie des positiven Rechts.* Quivi l'Hugo rileva che il Putter fu tra i primi a sentire il bisogno di un *allgemeine bürgerlichen Rechts*, di una *Philosophie des positiven Rechts* e dice che ne aveva dato uno schizzo notevole da pag. 236 a 268 della 1ª edizione (1750) del *Naturrecht* dell'Achenwall.

del *Naturrecht* dell'Hugo ai filosofi e sopratutto al Fries, il quale ebbe a dire che il *Naturrecht* dell'Hugo è *ein consequenter kantisches als von Kant selbst* (1). E veramente mentre il Kant parve talora dimenticare la distinzione tra il diritto filosofico e il diritto positivo empirico, l'Hugo tenne costautemente distinti i due elementi e trasse alle ultime conseguenze la dottrina kantiana della materia e della forma del conoscere. Non interpretò esattamente il suo pensiero lo Zeiller quando, con aperto riferimento all'Hugo, definì la filosofia del diritto positivo per la valutazione delle leggi positive esistenti alla luce de' principii universali di giustizia (2). Neppure trattasi, come il titolo dell'opera poteva far credere, di una generalizzazione dell'esperienza storica fondata sulla comparazione degli istituti di diritto vigenti presso i vari popoli nei diversi tempi. Sebbene l'Hugo non sdegnasse la comparazione e spesso vi ricorresse per dimostrare la molteplicità e varietà del diritto esistente e per combattere la tendenza dei giusnaturalisti a considerare una norma di diritto positivo per la sola possibile, non perciò egli precorse coll'opera sua nè una scienza della legislazione comparata, nè una dottrina generale del diritto derivata per astrazione dallo studio del diritto positivo.

Prima dell'Hugo il Kant aveva parlato di una *Lehre des positiven Rechts* distinguendola dalla *Rechtslehre* o scienza generale del diritto; mentre questa comprende l'insieme delle leggi « für welche eine äus-

---

alla cui redazione il Putter ebbe gran parte. L'Achenwall nelle posteriori edizioni dell'opera tolse questa parte col pretesto che *kein Naturrecht sei*. Ora in nota a pag. 93 di questo scritto l'Hugo spiega in qual senso qui e nel suo *Lehrbuch* egli usò l'espressione: *Philosophie des positiven Rechts*. Il riferimento al Kant non poteva essere più chiaro.

(1) Cfr. Fries, *Reinhold, Fichte und Schelling* (Leipzig, 1803), p. 319 e seg. Il Landsberg (*Geschichte*, ecc., Text, ecc., p. 38) crede che colla frase citata il Fries volle intendere che il Kant ne' suoi *Metaphisische Anfangsgründe d. Rechtsl.* fu illogico, e contro le sue stesse premesse critiche cadde nel dogmatismo dei giusnaturalisti; l'Hugo, invece, sarebbe stato più conseguente nello stabilire « che ogni filosofia del diritto non può dare che la forma e il principio per la critica di ogni legislazione positiva e deve derivare la sua materia dall'esperienza ». — Che esistano incongruenze nell'opera giuridica del Kant sopratutto nella parte che ha per oggetto il diritto pubblico non vi è dubbio: talora sembra dimenticare la distinzione tra forma e materia del diritto e accenna al diritto naturale come al solo e vero diritto, quasi avesse un valore non solo formale ma anche materiale. Ma non può esser dubbio secondo noi che l'opera del Kant si fonda sul presupposto di una netta separazione tra diritto naturale e formale da un lato, e diritto storico d'altro lato, e di quest'ultimo non tratti che incidentalmente sotto l'influenza degli avvenimenti dell'epoca.

(2) Cfr. Zeiller, *Das natürliche Privatrecht*, 3ª ed., 1819, § 19.

sere Gesetzgebung moglich ist », quella non è altro che « solche Gesetzgebung wirklich »; l'una procede *a priori* dalla ragion pratica sul fondamento della libertà esterna, l'altra presuppone la volontà del legislatore. Ma entrambe queste discipline hanno per il Kant carattere formale e astraggono da qualsiasi contenuto materiale (1). L'Hugo corregge e completa il pensiero kantiano. Anzitutto non crede di distinguere tra legislazione esterna o potenziale e legislazione positiva o reale (2). Non tutto ciò che è suscettibile di essere regolato da una norma esterna ha carattere giuridico; non possono, ad es., comprendersi sotto la categoria del diritto le norme del cerimoniale, cavalleresche, ecc. L'esteriorità e la positività sono note ugualmente essenziali alla nozione del giusto. D'altra parte il carattere positivo non deriva alla norma secondo l'Hugo da ciò che essa emana dal legislatore nella forma coattiva della legge, ma dalla sua consacrazione, colla garanzia della pubblica sanzione, nella sentenza del giudice, il quale si attiene nel giudicare oltre che alla legge alla consuetudine. Legge e consuetudine, elementi riflessi ed elementi irrazionali, entrano secondo l'Hugo nel concetto del diritto e devono trovar posto in una filosofia del diritto privato. Questa pertanto non può intendersi nè come una scienza esclusivamente formale e neppure come una generalizzazione empirica del diritto esistente. La scienza del diritto come tutte le scienze non matematiche deve formare i suoi concetti mediante l'analisi, non sinteticamente. Le forme *a priori* sono gli elementi comuni a qualsiasi concetto, ma solo l'esperienza fornisce gli elementi propri di ciascun concetto. Nè a ciò contraddice la definizione che egli dà della filosofia del diritto positivo « die Vernunftserkenntnis aus Begriffen, von dem, was (juristisch) Rechtens sein kann ». I concetti su cui la conoscenza razionale di ciò che è giusto si fonda, devono derivare dalla esperienza il loro contenuto. Nè per aver tenuto in conto la materia giuridica l'Hugo credette attenuare il significato speculativo dell'opera sua. Egli stesso si dà cura di dichiarare che la sua filosofia del diritto positivo non serve a far conoscere il diritto positivo di questo o quel popolo, ma solo a far conoscere ciò che è positivo *(was nur irgend positives Recht)*, quindi giuridico in generale astraendo dalle forme particolari di tempo

---

(1) Cfr. Kant, *Rechtslehre*, ecc., Einleit., p. xxxi.

(2) Cfr. Hugo, *Putter's*, ecc., in *Civil. Magazin.* Bd. 3, p. 93, nota. È notevole come l'Hugo in questa nota usi promiscuamente le espressioni *Philosophie des positiven Rechts* e *Rechtslehre*. Non esclude la possibilità di una *Metaphisik ueber aussere Gesetzgebung*, ma questa è « so unbeschreiblich dürftig, dass man keine eigen Wissenschaft daraus machen kann ».

e di luogo (1). Con ciò era riabilitato e giustificato lo storicismo, il quale coordinato con gli elementi più intimi e vitali della speculazione kantiana più non apparve un indirizzo solitario di pensiero. L'Hugo potè dimostrare che l'attività sua intesa a restaurare le sorti del diritto privato non era in contraddizione col maggiore movimento ideologico dell'epoca, col kantismo, ma ne era anzi la conferma e l'integrazione. E che la riforma del diritto privato positivo fosse una necessità non minore della rinnovazione del medesimo nelle sue basi teoretiche, risulterà all'evidenza se si pone mente allo stato di fatto in cui la civilistica versava all'epoca dell'Hugo e alla sua radicale trasformazione sotto l'influenza del metodo storico.

L'Hugo non faceva che interpretare l'opinione generale dei giuristi e non giuristi affermando fin dal primo numero del *Civilistisches Magazin* (Bd. 1, 1790, p. 10) che « seit wenigstens fünfzig Jahren hat das civilistische Studium im Ganzen gar keine Fortschritte gemacht; es ist im Gegentheil gesunken » (2). Prima di lui il filosofo Reinhold aveva analogamente affermato che « die positive Jurisprudenz hinter den übrigen Wissenschaften in Barbarei zurückgeblieben sei » (3). La causa precipua del male è indicata da un noto giureconsulto pratico dell'epoca, lo Schlosser: « die Juristen haben sich eine gewisse Concordanz von romischen, kanonischen und statutarischen Gesetzen, und von *Responsis*, *Consiliis*, Meinungen, Thesen u. dergl. in den Kopf gebracht, die sie auf alle Falle anwenden, sie mogen sich hinschicken oder nicht » (4). E veramente il diritto positivo tedesco ancora in quest'epoca risultava di elementi eterogenei ridotti a unità puramente esteriore e punto organica. Diritto romano e germanico, non separati da alcun criterio territoriale o derivato dall'indole degli oggetti trattati, contrastavano tra loro e per decidere del loro valore attuale bisognava caso per caso rifarsi ai fondamenti del principio giuridico invocato o considerare le sue conseguenze. Tra il diritto germanico e romano si frapponeva il diritto canonico in guisa che le espressioni di diritto romano e germanico finivano per assumere un significato convenzionale e in realtà denotavano un aggregato di principii giuridici di origine diversa, la

(1) Cfr. Hugo, *Putter's*, ecc., p. 93, nota.

(2) Cfr. anche Hugo, *Erinnerungen aus dem Leben eines praktischen Civilisten* (in *Civ. Mag.*, IV Bd. (1812), ed. cit. 2). Il saggio si riferisce al padre stesso dell'Hugo e contiene notizie riguardanti la storia della civilistica tedesca nel secolo XVIII.

(3) Nel suo *Versuch einer neuen Theorie des menschlichen Vorstellungsvermogens* (1789).

(4) Queste parole dello Schlosser sono riportate dallo *Stintzing* nel suo saggio sul Savigny (Berlin, 1862), p. 4 e riferite al 1790.

cui formazione risaliva a tempi diversi e lontani. Nessuno mai si era preoccupato di sceverare nel materiale giuridico così formato gli elementi vivi e gli elementi morti, le parti che si erano attraverso i secoli integralmente conservate e quelle che avevano subìto essenziali modificazioni.

Lo spirito critico, il senso storico, l'esegesi delle fonti facevano completamente difetto. Eravi è vero una schiera di giuristi cosidetti *culti*, i quali facevano pompa di erudizione storica a scopo di vanità personale, non già per soddisfare un bisogno della mente o per una più profonda conoscenza dei principii giuridici o nell'interesse della pratica giuridica. Parlando di essi nel 1739 il Moser aveva osservato che facevano più luce di quello che non arrecassero di utilità e potevanc paragonarsi a un « brillantes Feuerwerk » (1).

La teoria e la pratica giuridica dell'epoca consistevano essenzialmente nella conoscenza del diritto comune su cui si fondava il cosidetto *Usus modernus Pandectarum*, che nei secoli XVII e XVIII esercitò una funzione e una importanza analoga a quella esercitata, per opera del Savigny e della sua scuola nel secolo XIX, dal *sistema del diritto romano attuale*.

Il diritto comune in Germania prima della recezione aveva carattere nazionale, essendosi formato mediante gli elementi comuni ai diritti particolari dei popoli in cui si divideva la grande famiglia germanica. La comune coscienza nazionale più che l'azione unitaria dell'Impero, la consuetudine più che la legislazione e la giurisdizione imperiale avevano contribuito a formarlo. Ma una vera e propria comunione di diritto, una vera e propria unità giuridica si ebbe in Germania solo colla recezione del diritto romano, la quale reagì efficacemente contro la tendenza verso la particolarizzazione, che in Germania per la debolezza dell'Impero e dei vincoli politici costituiva il maggior ostacolo all'unità politica e giuridica. La formazione di una coscienza giuridica comune fu in Germania ben più l'opera della scienza che della legislazione o della consuetudine. La scienza giuridica, i giuristi contro la forza della consuetudine e del sentimento nazionale riuscirono a imporre nella pratica e nell'uso il diritto romano in luogo e vece del diritto germanico (2).

Assicurata colla recezione la prevalenza del diritto romano come

---

(1) Cfr. saggio cit. dello *Stintzing*, p. 5.

(2) Sul diritto comune e sulle sue vicende teoriche e storiche cfr. il noto saggio del BRUNS, *Gemeines Recht* (1853) ripubblicato nei suoi *Kleinere Schriften*, 1 Bd. (Weimar, 1882), p. 20-48.

diritto comune, la scienza giuridica tedesca si propose nei secoli XVII e XVIII il duplice compito di attrarre anzitutto nell'orbita del diritto romano quegli istituti dell'antico diritto germanico che erano sopravvissuti alla generale distruzione, in guisa che entrassero a far parte sotto la veste romana della nuova coscienza giuridica comune (ad es. i fedecommessi famigliari, i patti successorî), di svolgere in secondo luogo quest'ultima e adattare il diritto romano ai nuovi bisogni, alle nuove esigenze dei tempi. Di qui la ragion d'essere e le finalità dell'*usus modernus pandectarum*, di cui fu tra i più noti rappresentanti lo Stryck, e che teneva ancora il campo quasi incontrastato all'epoca dell'Hugo (1). Questi insorse contro l'*usus modernus* che era una falsificazione sistematica, per quanto utile e giustificata dalle esigenze pratiche, così del diritto romano come del diritto germanico e che toglieva la comprensione degli istituti giuridici nella loro forma originaria e storica. L'*usus modernus* dopo due secoli di elaborazione teorico-pratica presentavasi come un caos di principii e di norme derivate dalle fonti più diverse, ridotte a unità apparente dallo schematismo razionale arbitrario dei giusnaturalisti. Le istituzioni dell'Heineccius scritte nel 1725 e il compendio delle Pandette dell'Hellfeld costituivano sempre all'epoca dell'Hugo i testi più noti e autorevoli. A sollevare le sorti della civilistica così decaduta più che l'opera sistematica ricostruttrice fu arma efficace la rivista, la recensione critica dell'opera altrui, la polemica, l'ironia; a questi caratteri invero si rivela la produzione giuridica dell'Hugo che nella sua forma frammentaria, critica, negativa, preparò il terreno all'opera creatice del Savigny.

E la polemica dell'Hugo prese di mira i due idoli del giorno, quelli che personificavano nella forma più perfetta i metodi di studio prevalenti nel diritto privato positivo, l'Höpfner e il Glüch. L'Hopfner era l'autore di un commentario teorico-pratico dell'Heineccius (2). Nel farne la recensione l'Hugo rivela sotto l'eccellenza della forma, sotto l'apparente unità del contenuto i difetti caratteristici del metodo prevalente nella civilistica (3). Tale metodo si fondava sulla trattazione del diritto romano a scopo essenzialmente pratico, astraendo da qualsiasi critica e conoscenza diretta delle fonti. Fu facile all'Hugo dimostrare nell'opera del-

---

(1) Per le vicende del diritto romano in Germania nei secoli XVI-XVIII cfr. il BRUGI, *I fasti aurei del diritto romano* (Pisa, 1879), parte 2ª, p. 93-216.

(2) HOPFNER'S *Commentar zu den Heineccii Institutionen* (1783). L'Hopfner è ricordato con affetto e stima dal GOETHE nelle sue memorie autobiografiche.

(3) Cfr. HUGO, *Berichtigung einiger gewohnlichen Vorstellungsarten in Hrn. Rath Hopfner's Commentar* (in *Civ. Mag.* ed. cit., 1 Bd. (1790) XI).

l'Hopfner la mancanza di spirito critico, gli errori storici, gli anacronismi, l'interpretazione falsa o inesatta dei testi romani (1). Analogamente per il Glück, l'Hugo lamentò che uno scrittore del suo valore anzichè risalire alle fonti romane genuine nella compilazione del celebre commentario delle Pandette si fosse valso di meschini compendi e nel distribuire un materiale indubbiamente ricco e prezioso avesse a scopo pratico seguìto l'ordine stesso delle Pandette, anzichè un piano determinato e sistematico fondato sull'ordine naturale delle materie (2).

Attraverso gli scritti polemici e critici si delineava la riforma del diritto privato vagheggiata dall'Hugo. Essa era d'indole essenzialmente metodologica e presentava un mirabile riscontro con quella iniziata due secoli prima da Bacone e da Galileo in ordine alle scienze aventi per oggetto la natura. Bacone aveva allora insegnato che il suo metodo significava il ritorno alla natura viva senza gli ostacoli che ne impedivano la visione diretta e integrale, significava l'abbandono delle spiegazioni arbitrarie dei fatti naturali, fondate sull'autorità, sulle opinioni acquisite, sulla tendenza a rifare la natura arbitrariamente sopra i nostri schemi ideali e conformemente ai nostri sentimenti e desideri (3). Non diversamente aveva pensato Galileo. L'Hugo riprodusse lo stesso punto di vista in ordine alla realtà giuridica, e come Bacone e Galileo ebbe perfetta coscienza della rivoluzione che il suo metodo avrebbe operato nello studio del diritto privato.

La realtà giuridica è per l'Hugo un dato e lo storico deve porsi come esterno ad essa, cioè non come autore ma come spettatore, limitando l'opera sua a riprodurla fedelmente, non ad alterarla colla fantasia o con dottrine aprioristiche. Dopo tanto abuso di generalità astratte, di concetti metafisici, di opere nelle quali la cosa meno importante era che quello che vi era scritto fosse vero, ritornava in onore, riferito alle scienze giuridiche, il detto di Galileo che nella determinazione precisa di tutti i particolari consiste la vera conoscenza delle cose (4).

---

(1) Più tardi l'Hopfner riconobbe lealmente la verità della critica dell'Hugo. Cfr. lettere dell'Hopfner all'Hugo pubblicate nel *Civ. Mag.*, 3 Bd. (1798) v.

(2) Il Gluch pubblicò il 1° volume del suo Commentario delle Pandette nel 1789. La recensione dell'Hugo si trova nei citati *Gott. gel. Anz.*, 1790, p. 166 e seg. Rispose sdegnosamente il Glück nella prefazione alla seconda parte (1791). Replicò l'Hugo nei *Gott. gel. Anz.*, 1791, p. 1209. — Cfr. Savigny, *Der zehnte Mai* 1788 cit. L'abuso del metodo sistematico indusse più tardi l'Hugo a raccomandare nuovamente l'antico ordine legale.

(3) Cfr. Bacone, *Oeuvres*, (Paris, 1843) 2e série, *Nouvel Organum*, i (aforismi 36° e seguenti).

(4) Cfr. Galileo *Opere* (ediz. naz. Barbéra, 1890-1909), iv, 494.

È lecito supporre che all'Hugo e ai primi fautori del metodo storico negli studi giuridici la distanza tra i prodotti naturali e i prodotti storici non dovesse apparire tanto grande quanto apparve posteriormente coi progressi dell'analisi psicologica. Al primo costituirsi delle scienze morali su basi induttive, lo scambio di metodi tra esse e le scienze fisiche si presentava facile e naturale. Il Savigny osserva che l'Hugo ritenne come verità fondamentale che il diritto positivo forma un organismo vivo capace di esser storicamente ricostruito (1). D'altra parte la considerazione in cui l'Hugo teneva il Montesquieu può spiegarsi pensando che quest'ultimo intese fondare la scienza della legislazione sui rapporti naturali delle cose (2).

La ricostruzione storica del diritto privato, sopratutto romano, non aveva per l'Hugo scopo di vana erudizione, nè doveva trasformarsi come nei cultori della *eleganten Jurisprudenz*, in una inutile micrologia antiquaria, ma essa doveva proporsi intendimenti pratici, di utilità immediata. È questo un nuovo particolare aspetto che lo storicismo inteso come metodo di studio assume nelle scienze giuridiche e che doveva in epoca più vicina a noi essere trascurato. Tale carattere pratico che lo storicismo assume nell'Hugo si fondava sul presupposto che il diritto positivo costituisce una unità organica e che questa unità riprodotta nel suo sviluppo storico è mezzo efficace di interpretazione del diritto vigente (3).

---

(1) Cfr. Savigny, *Der zehnte*, ecc., cit.

(2) Cfr. il giudizio dell'Hugo sul Montesquieu in *Lehrb. des Naturr. als einer Philosophie des positiven Rechts*, 2. Ausg., p. 18-29 — Nella *Vorrede*, alla traduzione del 44° capo della storia romana del Gibbon (Hugo, *Gibbon's historische Uebersicht des romis. Rechts*, Gottingen, 1789), l'Hugo afferma che il Montesquieu « die Bahn entdeckte » — Nel 1767, cioè 19 anni dopo la pubblicazione dell'*Esprit*, il Pütter, maestro dell'Hugo, nella 2ª ediz. del suo *Versuch der juristischen Encyclopädie* con esplicito richiamo al Montesquieu (§ 44, p. 23 e seg.) opponeva la vita storico-giuridica dei popoli alle costruzioni metafisiche dei giusnaturalisti. Anche lo Spittler credette di seguire nel trattare il diritto romano la via aperta dal Montesquieu. Tutto ciò spiega la grande autorità del Montesquieu in Germania in quest'epoca sugli spiriti novatori in lotta coi giusnaturalisti; ma tali dichiarazioni di stima non devono far credere a un rapporto di filiazione tra lo storicismo tedesco e l'opera del Montesquieu, la quale per il metodo seguito, per la forma asistematica, per i risultati raggiunti non poteva fare scuola. Contro l'interpretazione naturalistica del pensiero dell'Hugo, tentata dal Mejer, cfr. Landsberg, *Geschichte*, ecc., Text, p. 34.

(3) Cfr. l'articolo-programma dell'Hugo nel primo volume del *Civilistischen Magazin* (1790): *Ueber den Plan dieses Journals*. Tra gli scopi che questo si propone, il secondo è pratico in quanto tende a costruire il sistema « des heutigen romis. Rechts ». Per la conoscenza del programma scientifico dell'Hugo è notevole la *Vorrede* alla *Gibbon's Uebersicht*, ecc., cit.

Anche considerata ne' suoi aspetti positivi l'attività dell'Hugo non manca di originalità e di importanza. La sua storia del diritto romano benchè fatta con scopi essenzialmente didattici e instituzionali ha un particolare significato per l'applicazione del suo metodo storico-sistematico alla ricostruzione del diritto romano (1). In quest'opera si rivela tutta la novità e l'importanza del principio metodico seguìto dall'Hugo, secondo cui l'intera scienza del diritto non è altro che la storia di esso, e il dissociarle è tanto poco possibile quanto distinguere la luce dall'ombra. E se l'Hugo ancora accolse l'antica distinzione introdotta dal Leibniz tra la storia del diritto esterna ed interna, diede ad essa un nuovo significato. Tale distinzione non distrugge nell'Hugo l'unità organica del diritto romano che deve studiarsi ad un tempo non solo nelle manifestazioni esteriori, ma nei principii che ne costituiscono l'anima e la ragion d'essere. E tali principii devono essere ricostruiti non *filosophisch* ma *historisch*, seguendo la guida delle parole, il cui significato lungi dall'essere fissato mediante definizioni logiche arbitrarie, deve fissarsi sul fondamento di ciò che i romani effettivamente hanno pensato nei diversi tempi usandole. Linguaggio e scienza giuridica sono per l'Hugo come più tardi per il Savigny dei prodotti storici, non logici.

Dei tre scopi ai quali fu rivolta l'opera scientifica dell'Hugo, due furono pienamente raggiunti. Più assai del Kant il cui pensiero frainteso aprì nuove vie all'apriorismo giuridico, l'Hugo contribuì a scavare la fossa alla dottrina del diritto naturale; nessuno più e meglio di lui seppe portare all'assurdo e screditare fino al ridicolo le finzioni e i metodi dei giusnaturalisti. L'Hugo inoltre potè assistere al rinnovamento del diritto privato sotto l'influenza del metodo storico che egli non solo difese, ma personificò. L'avversione ai concetti vuoti, l'amore per le fonti, per i testi classici, l'abitudine ad osservare, ad analizzare i fatti in tutte le loro particolarità, la scrupolosità e l'oggettività dell'indagine, il rigore della interpretazione, questi ed altri caratteri ai quali si rivela il seguace del metodo storico e che ricordano le qualità di cui secondo Bacone doveva essere dotato lo studioso dei fatti naturali, già si riscontrano nell'Hugo in un grado eminente. E lo studio della storia non fu nell'Hugo sfoggio di vana erudizione, poichè tale studio in lui si presenta con finalità pratiche in quanto mirava a far meglio conoscere il diritto esistente, a fornire un nuovo, sicuro

(1) La 1ª ediz. della *Geschichte d. romis. Rechtes* dell'Hugo è del 1789. La recensione-critica fattane dal Savigny (tradotta in italiano dal *Turchiarulo*, op. cit., III, p. 74-95) si riferisce alla 3ª edizione del 1806. La settima ed ultima è del 1826.

criterio d'interpretazione nei casi controversi. L'esigenza pragmatistica di cui era penetrata la speculazione dei giusnaturalisti, accompagna fin dal suo primo affermarsi coll'Hugo lo storicismo e tale carattere lo storicismo conservò posteriormente nelle sue applicazioni al diritto privato.

Ma oltre che a riunire in sè le qualità dello storico erudito e del giurista pratico, l'Hugo dimostrò spiccate attitudini alla speculazione filosofica. Lo studio della storia non fu solo per l'Hugo mezzo alla conoscenza pratica del diritto esistente, ma ancora preparazione ad una concezione filosofica del diritto. L'interpretazione del materiale storico mediante i principii formali della filosofia kantiana fu il sogno vagheggiato dall'Hugo. Ma in questa parte l'opera sua fu meno apprezzata e non lasciò durevole traccia. E ciò più che per un'intima deficienza del pensiero dell'Hugo, per il carattere di reazione al kantismo che assunse nel secolo XIX la speculazione filosofica in Germania. Nè l'idealismo hegeliano che arrivò ad identificare il diritto positivo col diritto razionale, nè l'interpretazione realistica della vita storica inaugurata dal Savigny potevano conciliarsi coll'integrazione del kantismo tentata dall'Hugo. D'altra parte questi seguì il Kant non solo nella dottrina gnoseologica, ma nelle tendenze razionaliste e individualiste contro le quali reagirono le nuove correnti di pensiero che mettono capo all'Hegel e al Savigny. L'Hugo infatti se ebbe chiara la nozione del metodo storico, non ebbe altrettanto chiara la nozione del divenire storico e continuò a interpretare la storia coi criteri pragmatistici e razionalistici propri del secolo XVIII. Per l'Hugo la storia è sopratutto ricostruzione e concatenazione dei fatti e questi intende non come l'espressione di una interiore necessità, ma come prodotti della ragione e della volontà umana in vista di certi fini. D'altra parte l'individuo è per l'Hugo l'autore del processo storico e questo obbedisce non a leggi fatali ma a finalità individuali coscienti. Non può sostenersi che il punto di vista individualistico nell'interpretazione della storia e del diritto sia stato dall' Hugo superato.

Non mancano nel *Naturrecht* dell'Hugo affermazioni e atteggiamenti di pensiero che sembrerebbero coordinarsi a una concezione socialista dei rapporti umani (1). Ma il socialismo dell'Hugo, come quello del secolo XVIII, è essenzialmente critico e negativo. Esso si svolge dalla sua tesi fondamentale che il diritto esistente è un diritto provvisorio, che in esso l'irrazionale spiega una parte notevole e necessaria. Ingiusta è la povertà involontaria degli uni, la ricchezza ereditaria degli

(1) Cfr. LANDSBERG, *Geschichte*, ecc., Text, p. 23.

altri. Non si giustifica alla luce di un diritto perentorio (nel senso kantiano) che il figlio del povero debba avere in sorte la miseria, la malattia, l'ignoranza (« das strengste Bücherverbot ist die Armut »), i mestieri più gravosi e umilianti, che egli debba incontrare maggiori difficoltà per seguire la virtù e non possa appagare le più alte aspirazioni del suo essere dalle quali trae valore e significato la vita. Dell'ordinamento politico il povero non sopporta che i danni. « Die beste Verfassung bietet ihm nichts... » La giustizia civile nulla gli giova perchè nulla possiede, la giustizia penale è a suo riguardo doppiamente crudele, la famiglia è per lui un peso intollerabile, l'usura assorbe i suoi piccoli risparmi. È vero che l'Hugo fa seguire alla critica l'anticritica e rileva i lati meno buoni della ricchezza, ma non riesce a distruggere l'impressione che nel nuovo *näturliche Privatrecht* la proprietà privata (ossia l'intero diritto privato) se ancora non è denunciata come un furto, è però considerata come un male inconciliabile con un ordinamento razionale dei rapporti umani. Non era certo nell'intenzione dell'Hugo sovvertire l'ordine economico esistente, ma solo di rilevare l'irrazionalità e l'imperfezione inevitabile delle istituzioni giuridiche e politiche. Sovversivo fu il Rousseau, il quale delle ingiustizie sociali denunciate rendeva responsabili gli uomini e i governi, non l'Hugo che ne cercava la spiegazione e la giustificazione nella relatività storica e psicologica (1). La forza dell'abitudine, osserva l'Hugo, il naturale attaccamento degli uomini alle loro istituzioni anche se cattive e imperfette spiegano come sia possibile il diritto provvisorio. L'avere dopo ciò riconosciuto l'esigenza logica e la possibilità reale di un diritto perentorio, fu una concessione dell'Hugo al miraggio di un diritto ideale, assoluto che costituì la meta costante della speculazione giuridica nel secolo XVIII.

E con ciò viene ad essere implicitamente risolta la questione relativa alla posizione dell'Hugo rispetto al Savigny e alla scuola storica. Tenendo presente la distinzione fondamentale da noi posta tra storicismo come metodo e storicismo come dottrina, niun dubbio che l'Hugo fu il precursore del metodo storico negli studi di diritto privato, ma rimase completamente estraneo al movimento ideologico che prese nome dal Savigny e che rappresentava una nuova concezione relativa all'origine e alla natura del diritto. Tale è sostanzialmente l'opinione del Singer e del Landsberg, sebbene essi non distinguano chiara-

(1) Con tutto ciò il *Naturrecht* passò nell'opinione dell'epoca come un libro sovversivo e in Austria fu proibito. Cfr. WARNKÖNIG, *Rechtsphilosophie als Naturlehre des Rechts* (Freiburg, 1839), p. 158.

mente i due aspetti dello storicismo (1). Entrambi riconoscono che la dottrina del Savigny fu tutta una reazione contro l'interpretazione razionalistica e individualistica della storia accolta dall'Hugo. Questi studiò con metodo nuovo i fatti storici ma li spiegò coi criteri dominanti nel secolo XVIII. Meglio l'Hugo può chiamarsi col Bekker « der kritische Vorlaufer » della scuola storica, ma di questa non può dirsi nè il precursore nè il fondatore. Il metodo comune non basta a distruggere le sostanziali differenze. L'Hugo tenne fede al dualismo gnoseologico kantiano, mentre la scuola del Savigny aprì la via a un monismo empirico a base storica. Per l'Hugo la storia si spiega solo mediante principii *a priori* razionali; per il Savigny il processo storico ha in sè le sue leggi che lo determinano e lo spiegano. Per l'Hugo l'individuo è l'autore del diritto, per il Savigny è la coscienza collettiva. Si comprende allora come l'Hugo non volle mai confondersi coi seguaci del Savigny anche quando questi aveva intorno alla sua scuola raccolto l'assenso universale (2). L'Hugo fu novatore nel metodo, ma conservò la mentalità e le tendenze del secolo dell'Illuminismo.

3. — Coll'Hugo il diritto positivo rinnovato o in via di rinnovazione mediante l'applicazione di un rigoroso metodo storico, veniva ad acquistare un valore e un significato nuovo nei rapporti col diritto filosofico. Ricondotto alle sue fonti genuine, ricostruito nelle sue successive trasformazioni storiche, oggettivamente, senza preconcetti di scuola, il diritto positivo doveva presentarsi come un prodotto storico organico avente una vita propria e indipendente da qualsiasi presup-

---

(1) Cfr. SINGER, op. cit., p. 281 e seg., nota 36, 36 *a*, 39; LANDSBERG, *Geschichte*, ecc., Text, p. 41 e seguenti.

(2) Il Puchta giustamente apprezzando la grandezza e il significato dell'Hugo ebbe a dire nel 1825 che questi « nicht als einer Schule angehorig betrachtet werden kann, deren Haupt er nicht ware ». L'Hugo stesso (nei *Beiträge zur civilistischen*, ecc., I Bd., p. 2) dichiarava che egli sdegnava la falsa modestia che nessuno poteva prendere sul serio e non voleva « sich mit einem gemeinen Soldaten unter einen Feldherrn vergleichen ». Il Savigny nell'elogio fatto dell'Hugo (*Der zehnte Mai*, ecc., cit.) nel 1838 non accenna alla sostanziale differenza tra l'indirizzo dell'Hugo e quello della scuola storica. Riconosce il gran valore dell'Hugo, la sua importanza per il progresso degli studi giuridici, l'influenza benefica che egli stesso ritrasse dallo studio dell'opera sua, gli incoraggiamenti ricevuti. Sebbene non lo dichiari espressamente il Savigny mostra di considerare l'Hugo come un vero precursore della scuola storica quando dichiara che l'Hugo riteneva come una verità fondamentale che in ogni tempo il diritto positivo forma un organismo vivente. Noi dubitiamo che ciò possa affermarsi dell'Hugo per le ragioni sopra esposte.

posto filosofico. Lo storicismo costituito come metodo non ancora assorse coll'Hugo a dignità di sistema. Chiusa oramai e definitivamente la polemica sul metodo di studio del diritto positivo, essa si riapriva più profonda e vivace circa il modo di intenderne il valore e significato in rapporto col diritto filosofico.

Vedemmo la posizione dell'Hugo al riguardo. Esso ebbe chiara la coscienza della autonomia del diritto positivo e tale coscienza derivò dalla esatta comprensione del pensiero del Kant, il quale sostenendo la separazione e l'indipendenza della forma dalla materia del conoscere, aveva favorito non solo, ma giustificato la trattazione autonoma del diritto positivo. Ma separazione non significava nè per il Kant, nè per l'Hugo che lo seguì, opposizione; donde il tentativo dell'Hugo di associare l'elemento formale e materiale del diritto, di comprendere nelle forme kantiane la materia giuridica. L'unione di due elementi aventi origine e natura diversa si mostrò nel fatto impossibile o fu raggiunta mediante il sacrificio dell'uno o dell'altro elemento. I tentativi al riguardo dell'Hugo e più ancora dei giuristi seguaci del Kant lo dimostrano all'evidenza. Per lo più l'unione degli elementi aprioristici coi dati dell'esperienza storica si risolveva praticamente nell'interpretazione razionalistica e individualistica del diritto positivo, per cui si perpetuarono in forma nuova e all'ombra del kantismo le dottrine e gli atteggiamenti di pensiero dei giusnaturalisti.

Contro le applicazioni del kantismo negli studi di diritto privato, contro la pretesa di associare in ibrido connubio la forma e la materia del diritto, una reazione sorse così da parte dei giuristi filosofi, come da parte dei giuristi storici. Thibaut e Savigny personificarono a lungo in Germania le due opposte direzioni, la filosofica e la storica, che con varia vicenda tennero il campo nella civilistica nel secolo XIX.

Non è impresa facile determinare il posto occupato dal Thibaut tra le varie e contrastanti correnti di pensiero dell'epoca sua (1). Il Singer, conformemente all'opinione più generalmente accolta, ricorda il Thibaut come un continuatore dei metodi e delle dottrine dei gius-

---

(1) A. F. J. THIBAUT nacque nel 1772 ad Hameln da famiglia protestante di origine francese. Nel 1793 fu uditore e ammiratore del Kant a Konigsberg. Nel 1794 in Kiel conobbe e strinse amicizia col Niebuhr. Fu professore a Kiel (1798) a Jena (1802) ove conobbe Goethe e Schiller, da ultimo a Heidelberg (1805) nella nuova Università istituita dal Gran Duca di Baden. Quivi morì nel 1840. Delle sue opere furono tradotte in italiano dal TURCHIARULO, *La dottrina del codice civile francese* e i *Trattati di diritto civile* (Napoli, 1854). Tra questi ultimi figurano il saggio sul possesso, sulla prescrizione e il più noto sulla necessità di un diritto civile comune tedesco, con molte lacune però rispetto all'originale.

naturalisti (1). E veramente il Thibaut ripete spesso che « ein vollendetes System des Naturrechts möglich und denkbar ist », che un tale sistema può e deve servire nei singoli casi di criterio per la valutazione di ciò che è giusto, che non poche materie esistono nelle quali si può ragionare « aus der Natur der Sache » (2). Con queste ed altre analoghe affermazioni il Thibaut sembra continuare la tradizione del diritto naturale. Ma quanti così intendono la personalità e l'attività del Thibaut dimenticano ch'egli cade in un'epoca in cui da un lato la filosofia critica dominava le menti ed era ovunque penetrata sopratutto nelle scienze giuridiche, d'altro lato il diritto positivo risorgeva a nuovo splendore sotto l'influenza del metodo storico iniziato dall'Hugo. Se il Thibaut tenne costante fede alla tradizione del diritto naturale, cercò però di correggerla con elementi derivati dal Kant, di conciliarla colle esigenze del metodo storico.

Il Thibaut fu coll'Hugo dei pochi che penetrarono, senza fraintenderlo, il pensiero del Kant ed ebbero perfetta coscienza dell'importanza dell'opera sua. Malgrado l'ammirazione per il Kant, il Thibaut, a differenza dell'Hugo, non fu e non volle mai essere kantiano e per togliere ogni dubbio ne fece esplicita dichiarazione (3). Il Thibaut fu quasi solo a reagire contro la generale tendenza dei giuristi suoi contemporanei a piegare il kantismo alle esigenze della scienza e della pratica giuridica, disconoscendone il carattere e significato essenzialmente teoretico, così come si era fatto per la filosofia del Wolff per parte del Cramer, del Nettelbladt, di altri. Non sfuggirono al Thibaut le conseguenze del kantismo negli studi giuridici: quando non era frainteso esso vi favoriva l'abuso di distinzioni formali, di concetti privi di contenuto reale, di definizioni arbitrarie; esso generava l'illusione della speculazione filosofica senza che da essa derivasse utilità di sorta alla comprensione e giustificazione della realtà giuridica (4).

Non può quindi il Thibaut dirsi kantiano *in ganz ähnlichen Sinne wie Hugo* come il Landsberg afferma (5). Poichè se è vero che il

(1) Cfr. SINGER, op. cit., nota 25.

(2) Cfr. THIBAUT, *Ueber den Einfluss der Philosophie auf die Auslegung der positiven Gesetze* (in *Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts*, 1 Ausg., 1798-1801: 2 Ausg., Jena, 1817. Noi citiamo dalla 2ª ediz., I Bd., p. 139 e seg.); LANDSBERG, *Geschichte*, ecc. cit. Text, p. 73 e note relative.

(3) Cfr. THIBAUT, *Ueber den Einfluss*, ecc., p. 132 « Ich weder Kantianer (im edeln Sinn des Wortes) bin, noch sein wollte ».

(4) Cfr. THIBAUT, *Ueber den Einfluss*, ecc., p. 126 e p. 150-151.

(5) Nel saggio citato: KANT *und* HUGO (in *Zeits. f. das Privat-und off. Recht*, ecc. Bd. 28 (1901) p. 681). Trattando del Th. nella *Geschichte*, ecc., cit., il L. nè riproduce, nè svolge questa affermazione.

Thibaut come l'Hugo si rese esatto conto del pensiero kantiano, a differenza dell'Hugo il Thibaut non accolse la separazione tra la forma e la materia del diritto, poichè in essa scorgeva il maggior pericolo per le sorti dell'indirizzo filosofico negli studi giuridici, la più efficace giustificazione dello storicismo, il riconoscimento del diritto positivo come diritto autonomo sottratto alle leggi della ragione. Con ciò non vuol negarsi l'influenza del Kant sul Thibaut. Questi assimilò del Kant quanto rispondeva alle sue attitudini mentali, alla fondamentale direzione della sua speculazione. Lo spirito critico costantemente rivolto all'esperienza come a sicura guida del conoscere, lo spirito filosofico non disgiunto dalla coscienza dei suoi limiti, la ferma credenza in un diritto naturale inteso come pietra di paragone del diritto positivo, come mezzo di orientamento nella varietà della esperienza giuridica, senza la pretesa di derivare quest'ultima da principii razionali con metodo matematico o assiomatico, tali i caratteri ai quali può rilevarsi l'influenza kantiana sopra il pensiero del Thibaut.

Mente veramente superiore e come tale universalmente riconosciuta, il Thibaut non poteva condividere il disprezzo dei giusnaturalisti verso le ricerche storiche e disconoscerne l'importanza e l'utilità negli studi giuridici. Accolse pertanto senza titubanze lo storicismo in quanto rappresentava un nuovo indirizzo metodologico, di utilità indiscutibile non solo teorica ma pratica (1). Questa adesione al metodo storico veniva a correggere e a modificare la tradizione del diritto naturale in un punto essenziale. Il diritto storico più che oggetto di studio era stato oggetto di disprezzo da parte dei giusnaturalisti; questi per lo più lo ricordavano per condannarlo, per rilevarne le torbide origini, lo svolgimento vario e contraddittorio, per contrapporre ad esso il solo vero diritto, il

(1) Per la difesa del metodo storico negli studi di diritto privato cfr. del THIBAUT l'articolo-programma: *Ueber das Studium der romischen Rechtsgeschichte*, pubblicato nel primo numero degli *Heidelberger Jahrbücher* nel 1808. Nella conclusione di questo articolo si legge che gli editori e i collaboratori della rivista « würden überall den Wert einer Schrift ganz vorzuglich nach ihrer historischen Richtung abwägen und mit allem Eifer dem hergebrachten Aufzählen bloss geltender Rechtssatze entgegenarbeiten ». Non crediamo ad ogni modo col LANDSBERG (*Geschichte*, ecc., kap. XIII, III, 1, nota 2) che il Savigny combattendo nel Thibaut il rappresentante « der unhistorische Juristen » sia stato ingiusto. Il Thibaut accolse il metodo storico ma fu dichiarato avversario della concezione storica del diritto. Egli ammetteva l'esistenza di un diritto assoluto e immutabile, del quale le manifestazioni storiche sono forme accidentali ed esteriori. Il Savigny nel contrapporre la scuola storica alla scuola antistorica più che al metodo storico mirava alla nuova concezione che con lui si affermava nella scienza del diritto.

diritto naturale, esprimente una immutabile eterna esigenza di ragione. Perciò i giusnaturalisti intendevano per diritto positivo, non il diritto storico, che per lunga non interrotta tradizione si perpetuava nelle leggi e nelle istituzioni vigenti, ma il diritto stesso naturale nei limiti e alle condizioni in cui era tradotto in norme di pratica applicazione dalla volontà del legislatore. E se il più delle volte il diritto naturale e in conseguenza il diritto positivo non era che il diritto storico e più particolarmente romano generalizzato, ciò nulla toglieva al principio generalmente ammesso secondo cui il diritto positivo non era un prodotto della storia, ma l'espressione riflessa della volontà legislativa. Nè diversamente il Kant intese il diritto positivo. Solo coll'Hugo questo assume nuovo significato, diventa un prodotto storico, viene a contrapporsi al diritto filosofico e sta con questo come la materia alla forma.

Il Thibaut intese coll'Hugo il diritto positivo nel senso di un diritto avente una esistenza storica, ma nel tempo stesso non accolse la concezione di un diritto naturale nel senso kantiano, privo di valore pratico. Per il Thibaut il rapporto tra diritto ideale e il diritto storico non esprime, come per il Kant e per l'Hugo che in questa parte lo seguì, il rapporto tra forma *a priori* e materia *a posteriori*, cioè tra due elementi che mentre sono posti come distinti e indipendenti si richiamano necessariamente, ma esprime piuttosto il rapporto tra il diritto razionale che è il solo vero e perfetto e il diritto storico che non ha in sè la sua giustificazione, ma questa deve derivare da un sistema di principii assolutamente veri e certi e non aventi un semplice valore formale. La questione tra diritto razionale e storico rientrava secondo il Thibaut nella maggior questione del rapporto tra la filosofia e la storia, tra il soggetto conoscente e l'oggetto conosciuto. Dopo il Kant la questione non poteva porsi diversamente. Ora il Thibaut come non seguì i giusnaturalisti nel negare la realtà storica, così non accolse la soluzione kantiana seguìta dall'Hugo, la quale preparava un dualismo insuperabile tra l'indagine filosofica e lo studio storico e scientifico del diritto. In quella vece egli preferì una soluzione tendente ad una interpretazione razionalistica e pragmatistica della storia ricostruita con metodo positivo. Il pensiero del Thibaut si rivela intero in queste sue parole: « Ohne Philosophie giebt es keine vollendete Geschichte; ohne Geschichte keine sichere Anwendung der Philosophie » (1). Per il Thibaut la realtà storica non può intendersi che in funzione della ragione. Esiste una realtà che la ragione costruisce *a priori* in virtù della

(1) Cfr. THIBAUT, *Ueber Einfluss*, ecc., p. 174.

sua attività originaria e questa realtà è la sola assolutamente e universalmente vera. La realtà empirica quale si svolge nel tempo e nello spazio riceve da quella principio, ordine, giustificazione, finalità. La necessità infatti dell'indagine filosofica non è dal Thibaut sostenuta per la vana pretesa di sostituire alla realtà storica una realtà ideale, ma solo in quanto essa è mezzo indispensabile per intendere, interpretare, applicare il diritto positivo quale nella storia si presenta. Il fatto per sè stesso non esprime nè la necessità, nè l'universalità, che sono i caratteri ai quali può giustificarsi la norma giuridica. Solo la ragione esprime nel molteplice della storia l'unità, nell'eternamente mobile l'immobilità, nella serie inestricabile dei fenomeni, disposti in ordine spaziale e temporale, l'ordine logico per il quale i fatti si illuminano, si dispongono in ordine costante, si riducono a unità di principii, si completano e si spiegano a vicenda.

Il punto di vista pertanto da cui si pose il Thibaut non fu nè quello formale del Kant, nè quello storico dell'Hugo, nè quello eudemonistico dei giusnaturalisti. Egli ammise con questi ultimi la necessità di un completo sistema di diritto naturale, ma questo intese come ramo della filosofia pratica, non come parte della scienza del diritto: sopratutto non confuse le esigenze teoretiche e pratiche, nè ammise che i risultati dell'indagine filosofica potessero tradursi in norme concrete e sostituire il diritto positivo. D'altra parte nè l'elemento formale nè l'elemento storico, distinti come parlava Kant, o associati come l'Hugo sosteneva, non potevano originare quella scienza del diritto privato, la cui costituzione a scienza autonoma, distinta così dalla dottrina del diritto naturale, come dalla critica ed elaborazione del materiale storico, fu scopo costante del Thibaut. Tale scienza fu da questi intesa come la sistemazione razionale a scopo pratico del diritto positivo storicamente accertato: in essa gli elementi storici e filosofici insieme concorrendo traggono unità e significato dalle finalità pratiche a cui servono.

Non vediamo dopo ciò come si possa col Landsberg indicare col nome di positivismo scientifico (*wissenschaftlicher Positivismus*) l'ordine di idee rappresentato dal Thibaut nel diritto privato. A parte l'equivoco dell'espressione, il Thibaut se da un lato studia e ricostruisce con metodo rigorosamente positivo il diritto vigente, dall'altro non sdegna il processo aprioristico e di esso si vale, in difetto dell'induzione storica, per porre le forme logiche destinate a comprendere il contenuto del diritto privato. Di qui la cura posta dal Thibaut nel perfezionare il ragionamento giuridico come mezzo per colmare le lacune e integrare le deficienze dell'indagine storica. Accanto all'interpre-

tazione storica degli istituti giuridici egli riconobbe la necessità e l'utilità della *ratio juris*, dello svolgimento logico degli istituti giuridici mediante l'interpretazione grammaticale, logica, analogica (1). Esula pertanto completamente dalla sua concezione del diritto privato come scienza, lo spirito positivo, quale è comunemente inteso.

4. — Il problema della riduzione del diritto privato a scienza apparve al Thibaut e ai pandettisti dell'epoca sua come il problema della riduzione di esso a forma sistematica. L'ordinamento razionale del materiale delle Pandette assorse a questione fondamentale della civilistica. Per tal modo non pur la materia del diritto privato si andava rinnovando per l'applicazione del metodo storico, ma anche la forma di esso per la ricerca di un sistema di concetti atti a comprenderla. Fin dal 1757 il Putter aveva consigliato l'abbandono dell'ordine legale nello studio delle Pandette e la sostituzione di un ordine libero sistematico (2). Senonchè i molti tentativi in tal senso rimasero a lungo infruttuosi. Lo stesso Hugo dopo di avere criticato il Glück per aver seguìto nel suo celebre Commentario l'ordine legale non seppe far di meglio e finì di fronte alle intemperanze dei novatori per ricredersi sulla pretesa utilità e necessità dell'ordine sistematico. La ragione vera dell'insuccesso derivava dalla preoccupazione filosofica dominante negli studi di diritto privato, la quale portava per amore di logica e per necessità di sistema a costringere il materiale giuridico in forme non proprie. L'insuccesso dell'Hugo non ebbe altra causa: le forme *a priori* del Kant mal si adattavano a comprendere la realtà giuridica. Come il Kant aveva reagito contro la pretesa dei giusnaturalisti di tradurre i principii filosofici in norme di diritto positivo, così bisognava evitare di far servire a scopo pratico le forme logiche aventi un valore essenzialmente teoretico. La scienza del diritto come tale doveva sciogliersi dalla filosofia del diritto non solo rispetto alla materia, ma ancora rispetto alla forma. E il primo passo in tal senso fu fatto dal Thibaut nel riordinamento su basi nuove del materiale delle Pandette. Il senso giuridico che lo distingueva gli impedì d'esser kantiano e di accogliere le forme giuridiche kantiane fondate su postulati razionali, non rispon-

---

(1) Cfr. THIBAUT, *Die Theorie der logischen Auslegung des rom. Rechts* (Altona, 1799; 2 Aufl. 1806). ID., *Noch etwas über den Begriff der logischen und grammatischen Interpretation und die Arten der ersten* (in *Versuche*, ecc., cit., 2 Bd., p. 201 e seguenti).

(2) Cfr. PUTTER, *Entwurf einer juristischen Enzyklopädie und Methodologie*, 1. Halbband, p. 337.

denti alle esigenze della pratica giuridica. L'empirismo dei giusnaturalisti che sacrificavano i principii ogni qual volta le esigenze della pratica lo imponevano, gli parve miglior sistema dell'apriorismo kantiano costruito all'infuori di ogni considerazione della materia giuridica. Senonchè i giusnaturalisti quando non intesero essi stessi il sistema per un complesso di principii posti dalla ragione e applicati dall'esterno al diritto positivo, si limitarono a fare opera di classificazione, di riduzione a unità formale, alle specie e ai generi, del contenuto del diritto positivo. E a questo si limita essenzialmente l'opera del Thibaut nel riordinare il materiale delle Pandette. Se infatti l'unità formale e materiale, la corrispondenza fra l'ordine logico e reale era nelle sue aspirazioni, essa non era praticamente attuabile. Egli stesso implicitamente ciò dichiara quando afferma che essendo le norme contenute nei codici non lo svolgimento logico di un solo principio, ma di principii diversi e talora opposti, la loro riduzione a unità logica porterebbe a un profondo sconvolgimento del diritto vigente (1).

L'ordinamento seguìto dal Thibaut nelle prime edizioni del suo sistema delle Pandette, non solo merita di essere ricordato per essere stato il primo in ordine di tempo, ma sopratutto perchè non fu senza influenza sul sistema dell'Heise che finì per essere accettato universalmente e dal Thibaut stesso nelle ultime edizioni del suo lavoro. Il sistema delle Pandette del Thibaut nella sua forma primitiva si apre con una parte generale (*allgemeine Theil*) in cui sono posti i *Begriffe und Grundsatze* che trovano svolgimento o applicazione nella parte speciale del sistema (2).

La *pars generalis*, come era anche detta, non può dirsi una novità introdotta dal Thibaut. Le sue origini risalgono ai giusnaturalisti, sopratutto della scuola del Nettelbladt, presso i quali essa assorgeva a dignità di introduzione filosofica di tutto il sistema del diritto. Data la generale confusione tra il diritto filosofico e il diritto positivo, la

---

(1) Cfr. THIBAUT, *System der Pandektenrechts*, 8te Ausg., Jena, 1834, I, § 5. La prima edizione è del 1803, l'ultima, la nona, curata ed accresciuta dal Buchholz è del 1846. Noi citiamo dalla ottava edizione (Jena, 1834) in due volumi.

(2) Per l'ordinamento delle Pandette seguìto dal Thibaut nelle prime edizioni dell'opera sua ci riferiamo al riassunto che ne fece il BETHMANN-HOLLWEG (*Erinnerung an F. C. v. Savigny* in *Zeits. f. Rechtsgeschichte*, VI Bd. (1867), p. 49-55) sulla quarta edizione del 1814. Nelle prime edizioni in tre volumi, il Thibaut cedette alla generale tendenza di comprendere nel diritto delle Pandette il diritto processuale, penale, finanziario, di polizia. Nelle ultime edizioni (1828, 1834, 1846) in due volumi, è eliminato tutto ciò che si riferisce non solo al diritto pubblico, ma ancora al diritto processuale civile.

parte generale poneva i principii che dovevano trovare il loro svolgimento logico nella parte speciale del sistema. Col Kant la parte generale perde ogni valore pratico per assumere un carattere formale; ma le forme destinate a comprendere il diritto positivo sono per il Kant *a priori*, rispondono a una esigenza teoretica, mentre nei giuristi suoi seguaci esse tendono sempre più a diventare generalizzazioni empiriche dell'esperienza giuridica e rispondono al bisogno di ordinare e chiarire distinzioni e concetti, atti a comprendere il materiale giuridico in vista delle applicazioni pratiche. La trasformazione in senso sistematico della parte generale è evidente nell'Heise, mentre nel Thibaut, mancando la chiara coscienza della distinzione tra filosofia e scienza del diritto, il valore sistematico della parte generale non va ancora disgiunto da una certa tendenza a ridurre a unità di principio le varie parti del diritto. Nella parte generale infatti del suo sistema accanto all'esigenza pratica e sistematica si riscontra l'esigenza filosofica non nel senso formale kantiano, ma nel significato proprio dei giusnaturalisti per i quali era un bisogno teoretico-pratico risalire a un supremo principio da cui ricavare, mediante l'analisi, l'ordine giuridico in tutte le sue parti. Tale principio il Thibaut fece consistere nel concetto di legge, laddove il Kant aveva derivato tutto il sistema del diritto dal concetto di persona. Al principio soggettivo kantiano della personalità, il Thibaut sostituiva come categoria dell'ordine giuridico il concetto oggettivo, impersonale di legge; per tal modo al formalismo giuridico soggettivo del Kant succedeva il formalismo giuridico oggettivo del Thibaut.

Il Bethmann- Hollweg rimprovera al Thibaut di aver posto la legge a principio dell'ordine giuridico, anzichè la personalità che ne è il presupposto (1). Non vi è dubbio che il concetto kantiano della personalità meglio rispondeva agli scopi dell'individualismo giuridico, che mirava a far dell'individuo e della sua personalità razionale il principio e il termine di tutto l'ordine giuridico. Ma non si deve dimenticare che se tale concetto costituiva la vera, la sola giustificazione del diritto in senso soggettivo, meno si prestava a servire di fondamento al diritto in senso oggettivo. La distinzione fra diritto oggettivo e soggettivo si era nell'età del diritto naturale conservata più che altro come distinzione verbale, ma aveva perduto della sua reale e tradizionale importanza. L'individualismo male si conciliava col riconoscimento di un ordine oggettivo, sottratto all'azione della volontà, capace di originare e giustificare norme direttive dell'operare. Direttamente o indirettamente,

---

(1) Cfr. Bethmann-Hollweg, op. cit., pag. 51.

mediante la finzione del contratto, il diritto oggettivo era riferito o subordinato al diritto soggettivo. Se il diritto emana dalla persona e si fonda sulle esigenze della personalità, il diritto oggettivo non può intendersi altrimenti che come limite della personalità in rapporto ad altre. Come limite infatti di coesistenza imposto dalla ragione nella forma del contratto o della legge, è inteso il concetto di diritto oggettivo dai giusnaturalisti e questa dottrina fu accolta e ravvalorata dalla grande autorità del Kant. Il Thibaut corregge per questa parte il kantismo e tempera le conseguenze dell'individualismo giuridico riabilitando il concetto di diritto oggettivo come concetto indipendente dal concetto di personalità. Anche se mancò al Thibaut chiara coscienza di tale innovazione questa era implicita nell'avere elevato la nozione di legge a categoria suprema dell'ordine giuridico, non subordinandola al concetto di persona, esprimente un ordine eterno, immutabile che eccede i limiti e i fini della individualità. E se si pensa allo spirito che animava lo storicismo, che era di reazione all'individualismo e al soggettivismo giuridico, si dovrà riconoscere che il formalismo giuridico oggettivo del Thibaut meglio rispondeva alle nuove tendenze dei tempi e della speculazione. Ciò è anche meglio confermato dalla definizione del diritto in senso soggettivo: « die moralische Möglichkeit einen andern zur Erfullung seiner Verbindlichkeit zu zwingen ». Il diritto soggettivo è per tal modo concepito non come facoltà di fare, ma come facoltà di obbligare altri anche coattivamente all'adempimento della loro obbligazione. La nozione del diritto soggettivo è fatta dipendere dall'esistenza di una obbligazione, per cui l'individuo che esercita un diritto, non lo esercita per sè ma come strumento dell'ordine morale. In conformità a tale concezione del diritto soggettivo, la proprietà è definita non come potere di disporre liberamente della cosa, ma come potere di escludere ogni altro anche colla forza dalla cosa. Il formalismo soggettivo kantiano era anche per questa parte superato.

Il sistema di diritto privato ideato dal Thibaut ben più che nel principio posto si rivela difettoso negli svolgimenti e nelle applicazioni. Dal concetto supremo di una legge morale egli trae direttamente il concetto di obbligazione che distingue arbitrariamente in obbligazione coattiva e volontaria. E come questa così è postulata la distinzione tra diritto pubblico e privato con la quale si apre la parte speciale del sistema. Non potendo con essa abbracciare tutti i rapporti giuridici è costretto a comprendere nel *Polizeirecht* i rapporti di patria potestà e di tutela (1).

---

(1) Cfr. Bethmann-Hollweg, op. cit., p. 51-52.

Il diritto privato è dal Thibaut concepito come « das Recht des Burgers gegen den Bürger unter gegebenen Voraussetzungen » e come tale presuppone la costituzione politica e un rapporto di diritto pubblico. Anche per questo lato il Thibaut si contrappone alla concezione individualista del Kant, per il quale il diritto privato è logicamente un *prius* rispetto al diritto pubblico e comprende rapporti non subordinati alla qualità di cittadino. Secondo il Thibaut il rapporto di diritto privato non può intendersi che nello Stato, tra individui che rivestono la qualità di cittadini e come tali riconoscono un ordine politico sovrastante ai loro privati interessi e alle loro particolari finalità.

Dopo di avere affermato l'impossibilità di classificare tutti i rapporti di diritto privato, che sono tanti quante sono le azioni concesse per farli valere, il Thibaut distingue i più comuni di essi in rapporti personali e reali. Della distinzione tra diritti reali e personali egli aveva già trattato in uno dei suoi più notevoli saggi, in cui si era levato contro la generale tendenza di cercare il fondamento dei rapporti giuridici in una pretesa natura delle cose (1). I giusnaturalisti prescindendo dal valore storico della distinzione avevano classificato i rapporti privati in personali e reali con criterio razionale e arbitrario. A questo il Thibaut oppone il criterio storico e dimostra il carattere relativo ed empirico della distinzione. Rifacendosi ai giureconsulti romani egli sostiene come questi non intesero la distinzione nel suo significato ovvio e naturale di diritti fatti valere sopra una cosa o nei rapporti con altre persone. Se ciò fosse stato il diritto del conduttore sulla cosa locata sarebbe stato considerato un *jus in re* e il diritto di patria potestà un *jus in personam*, mentre sappiamo che quello passava per diritto personale, questo per diritto reale. Non la natura del diritto, ma il carattere dell'azione concessa per farlo valere fu il vero criterio seguìto dai Romani per distinguere i rapporti reali e personali. Fosse reale o personale o indefinibile il diritto per sè considerato, se era difeso mediante l'azione della *vindicatio* era per ciò solo considerato come reale. D'altra parte i diritti non protetti da un'azione ma solo da una eccezione e che dai Romani erano compresi in generale tra le *obligationes*, erano considerati come *jura in personam* anche se esercitati sulle cose. Per i Romani pertanto il concetto di diritto personale era un concetto essenzialmente negativo risultando dalla contrapposizione ad un diritto protetto da una *actio in rem*. Riguardo al criterio seguìto dai Romani per proteggere un diritto coll'azione della *vindi-*

(1) Cfr. THIBAUT, *Ueber dingliches und personliches Recht* (in *Versuche*, ecc., II, p. 23 e seg.).

catio il Thibaut, fondandosi sui vari casi in cui tale azione era concessa, fu indotto a credere che non il fatto di esser esercitato sulla cosa fosse il criterio seguìto, ma piuttosto *eine gewisse unbedingte Allgemeinheit*, *eine gewisse Unbeschränktheit* del diritto (1). Tale carattere generale e indeterminato poteva riferirsi o al fondamento del diritto o allo scopo a cui mirava. Vi sono diritti di cui basta provare l'esistenza per ottenere il riconoscimento, senza che il soggetto dei medesimi sia tenuto a provare il torto dell'avversario. Riguardo allo scopo (*id quod petitur*) il diritto è indeterminato quando è fatto valere *adversus omnes.*

Agli effetti di una classificazione sistematica dei rapporti di diritto privato, il Thibaut riprodusse nel suo sistema delle Pandette la distinzione tra diritti personali e reali nel significato antico, fondandosi cioè non sulla natura dei diversi diritti espressi dal rapporto, ma sulla natura delle azioni che ne garantivano l'esercizio. Se contro i giusnaturalisti il Thibaut poteva vantare di aver fatto rivivere la distinzione tra diritti personali e reali nel suo significato classico, egli non poteva certo dimostrare che la distinzione così intesa fosse razionale o rispondesse agli scopi sistematici e pratici per cui era adottata. Gli istituti di diritto privato sotto l'azione della pratica e della speculazione si erano trasformati sia nel loro contenuto sia nel loro fondamento: sopratutto più non erano così strettamente legati all'azione, cioè ad una condizione arbitraria ed esterna, come in Roma. Era quindi giustificata la tendenza dei giusnaturalisti verso una interpretazione della distinzione tra diritti reali e personali più naturale e razionale, meglio rispondente alla natura del rapporto da classificare, ai bisogni pratici da soddisfare. Seguendo rigorosamente il suo criterio, il Thibaut era stato condotto a raccogliere sotto la stessa denominazione generale istituti esprimenti rapporti non solo distinti ma contraddittori, ad applicare, ad esempio, ciò che è stabilito per la cessione dell'eredità alla cessione delle azioni. La difficoltà di classificare fra i diritti reali o personali i diritti di famiglia lo aveva indotto a fare di essi una specie del *Polizeirecht.* Per altra via il Thibaut aggravava l'errore del Kant accentuando il contrasto tra la natura del diritto e la forma destinata a comprenderlo. Se da un lato il Kant aveva cercato forme razionali *a priori* per comprendere la realtà giuridica, dall'altro lato il Thibaut pretendeva comprendere il contenuto del diritto in forme empiriche storicamente superate, col sacrificio in ogni caso delle finalità pratiche a cui una classificazione del diritto positivo doveva

---

(1) Cfr. THIBAUT, *Ueber dingliches*, ecc., in *Versuche*, ecc., II, p. 32 e seguenti.

mirare. Di qui l'insuccesso della classificazione del Thibaut e la fortuna toccata a quella di poco posteriore dell'Heise che agli effetti della pratica giuridica riusciva a metter in accordo le esigenze sistematiche con la materia giuridica.

5. — L'Heise pubblicò l'opera sua classica nel 1807, quando il sistema del Thibaut era già alla sua seconda edizione (1). Cominciò l'Heise dall'eliminare così dalla parte generale come dalla parte speciale del suo sistema con criterio rigoroso tutto ciò che non era di stretta attinenza col diritto privato e il suo esempio fu poi costantemente seguìto dai Pandettisti e dai legislatori. Seconda condizione di successo dell'opera dell'Heise fu l'aver egli ordinato il materiale giuridico con intendimenti pratici avendo di mira la materia da classificare in guisa che le distinzioni poste, gli aggruppamenti fatti non appaiono come nei giusnaturalisti e nel Thibaut stesso qualche cosa di esterno o di sovrapposto alla materia, ma sembrano naturalmente scaturire da quest'ultima e inspirarsi alle esigenze della pratica. Il punto di vista dell'Heise non era filosofico: egli non curò di giustificare il suo sistema alla luce di principii razionali astratti, e ciò non perchè tenesse in minor conto la speculazione filosofica, ma perchè credeva col Kant e con l'Hugo ch'essa dovesse svolgersi distinta e indipendente dal diritto positivo e non dovesse ostacolarne lo svolgimento e le applicazioni. Nell'Heise prende forma e contenuto l'idea, ancora vaga e incerta nel Thibaut, di una scienza del diritto privato distinta dalla filosofia del diritto privato: mentre questa risponde a esigenze teoretiche e deontologiche, quella deve inspirarsi alle esigenze della pratica e del diritto positivo. La scienza del diritto privato non sdegna i risultati della speculazione filosofica, ma ne tien conto nei limiti in cui tali risultati sono tradotti in forme positive e concrete. Ciò appare manifesto dalla posizione presa dall'Heise rispetto al diritto naturale che come un incubo pesava ancora sugli animi di tutti. Se il legislatore, egli afferma al § 22, deve e giustamente tener conto del

---

(1) Georg Arnold Heise nato ad Amburgo nel 1778, studiò a Jena (1798), a Gottinga (1800), insegnò all'Università di Heidelberg (1804), di Gottinga (1814), passò nell'alta magistratura prima ad Hannover (1817), poi ad Amburgo (1820) ove morì nel 1851. Cfr. Bekker, *Vier Pandektisten*, Heidelberg, 1903, p. 21 e seg.; Landsberg, *Geschichte*, ecc., III Abt., p. 88 e seg. L'opera fondamentale dell'Heise è il *Grundriss eines Systems des gemeinen Zivilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen*, Heidelberg, 1807: ampliata nella seconda (1816) e terza edizione (1819), ebbe poi parecchie ristampe. La seconda edizione del *System* del Thibaut è del 1805.

diritto naturale, comunque inteso, prodotto dalla ragione o risultato per via di astrazione dell'esperienza, il giudice deve guardarsi dall'adottarne le norme anche in mancanza di una disposizione positiva. Ciò è del resto conforme, egli aggiunge, alle fonti del diritto comune (1). Tale il pensiero profondo dell'Heise espresso in un'epoca in cui lo Zeiller faceva trionfare nel Codice austriaco la tesi opposta, secondo cui il diritto naturale doveva servire a interpretare e a integrare il diritto positivo. Meglio intendeva coll'Hugo il pensiero kantiano l'Heise sostenendo l'autonomia del diritto positivo e opponendosi a che quest'ultimo nel suo svolgimento e nelle sue applicazioni fosse ostacolato dalla intrusione di un elemento eterogeneo sia per le origini, sia per le finalità quale era il diritto naturale.

Il sistema dell'Heise si apre con una parte generale, da cui esula tutto ciò che non ha attinenza diretta colla materia civile e non ha spiccato carattere di generalità. Alla parte generale segue la parte speciale distribuita in cinque parti. Le prime due parti comprendono i diritti reali (*dingliche Rechte*) e i rapporti di obbligazione (*Obligationen*), secondo la distinzione tra diritti reali e personali che l'Hugo e il Thibaut avevano elaborato e chiarito. Del *jus actionum* che prima del 1790 figurava generalmente come terza parte accanto ai diritti reali e personali non vi è traccia nel sistema dell'Heise, il quale veniva con ciò a romperla definitivamente colla tradizione romana e a far trionfare la tesi della bipartizione dei rapporti privati (2).

Maggiori difficoltà presentava la classificazione dei diritti di famiglia e di successione. Su questo punto l'influenza dell'Heise fu decisiva in Germania; ragioni pratiche e teoriche lo indussero ad affermare l'autonomia di queste due parti del diritto privato, che fino allora non avevano trovato nei trattatisti collocazione definitiva. Sulla natura del diritto di famiglia ne' suoi rapporti con le altre parti del diritto non erano chiuse le discussioni all'epoca dell'Heise in Germania. Le ragioni del dubbio erano molteplici. Anzitutto non era pacifico se il diritto di famiglia dovesse far parte del diritto pubblico o privato. Se in Roma nel periodo classico il carattere privato del diritto di famiglia non era posto in dubbio e tale carattere conservò anche quando lo Stato estese le sue

---

(1) Cfr. Bekker, *Vier*, ecc., p. 30.

(2) Per la questione relativa alla bipartizione o tripartizione dei rapporti privati, la quale tenne a lungo divisi i civilisti, cfr. il saggio notevole dell'Hugo, *Die Obligationen gehören in den letzten Theil des Privat-Rechts* (in *Civil. Magazin* ed. cit. Bd. iv, 1). In questo saggio l'Hugo espone le ragioni che lo convertirono alla tesi della bipartizione.

funzioni di protezione e di sorveglianza in ordine alla famiglia e sopratutto in ordine agli uffici tutelari, nel secolo XVIII in Germania gli istituti famigliari erano generalmente considerati come rapporti del diritto pubblico. Il diritto germanico e il diritto canonico per via e per motivi diversi avevano reagito contro il carattere individualistico e privatistico del diritto famigliare e nel regolarlo avevano fatto prevalere le ragioni politiche e morali sugli interessi patrimoniali ed egoistici del capo di famiglia o di chi ne fa le veci. La scuola del diritto naturale fu divisa al riguardo. All'influenza del Locke tendente a individualizzare i rapporti domestici, a sottrarli all'azione dello Stato, a regolarli sulla base di rapporti privati consensuali, si contrappose in Germania conformemente alle tendenze dell'Illuminismo il movimento diretto a far dello Stato il protettore naturale della famiglia, sopratutto per quella parte del diritto di famiglia che si riferisce alla tutela e alla cura. In tal senso regolò il diritto di famiglia il Codice prussiano che fu la più spiccata espressione delle tendenze illuministe nel campo del diritto (1). Il Thibaut stesso nelle prime edizioni del suo *System* continua a considerare il diritto di famiglia come parte del *Polizeirecht*. Una reazione nel senso di una interpretazione individualistica del diritto di famiglia si ebbe in Germania sul finire del secolo XVIII per opera del Kant decisamente avverso alla concezione endemonistica della famiglia. È noto infatti che per il Kant il diritto famigliare, come i diritti reali e di obbligazione, è l'estrinsecazione dell'idea del possesso in ordine ad una persona, per cui questa cade, sia pur nel suo vantaggio, nel potere del padre o di chi ne fa le veci (2). Per il Kant quindi tutto il diritto privato veniva a svolgersi da un unico principio nelle tre parti dei diritti reali, di obbligazione, di famiglia. Nel tempo stesso il

---

(1) Nel Cod. Prussiano (1794) una netta separazione tra diritto pubblico e privato non esiste. Delle due parti in cui in origine si divideva, il diritto di famiglia entra nella seconda parte dove l'individuo non è più considerato a sè ma come membro di un organismo. La famiglia è il primo naturale organismo in cui l'individuo è considerato e comprende le norme relative al matrimonio e ai coniugi (Tit. 1), ai rapporti tra i genitori e figli legittimi e illegittimi (Tit. 2), alle istituzioni di famiglia (Tit. 4), ai rapporti tra padroni e servi (Tit. 6). Del diritto di famiglia propriamente detto non fanno parte la tutela e la cura che figurano tra le funzioni protettive dello Stato (Tit. 18).

(2) Esagera, fraintendendolo, il pensiero del Kant lo ZACHARIAE quando assimila i diritti di famiglia e di proprietà e non pone tra essi differenza di sorta. Tale tesi lo Z. sostenne nell'opera di inspirazione kantiana: *Anfangsgründe des philosophischen Privatrechts nebst einer Einleitung in die philosophische Rechtswissenschaft überhaupt*, Leipzig, 1804. Cfr. BROCHER, *K. S. Z. Sa vie et ses oeuvres* (in *Rev. historique de droit français*, vol. XIV-XV, 1868-69).

Kant risolveva la dibattuta questione relativa alla natura reale o personale dei rapporti domestici. È noto che per i Romani i diritti di patria potestà e di tutela erano reali e ciò non tanto in considerazione della loro natura quanto in vista dell'azione rivendicatoria colla quale erano difesi. Considerati nel loro oggetto tali diritti potevano bene dirsi personali. Il Kant seppe genialmente conciliare i due diversi punti di vista facendo di tali diritti una categoria a sè accanto ai diritti reali e personali, e servendosi per denotarli della espressione *persönliche Rechte auf dingliche Art*, quasi si trattasse di diritti personali che si fanno valere nella forma dei diritti reali (1). In questa concezione kantiana l'idea romana del carattere reale dell'azione con cui i diritti di patria potestà sono fatti valere si concilia colla natura personale dei medesimi e ne scaturisce un diritto misto, reale-personale. Ora l'Heise nel classificare i diritti di famiglia e nel determinarne la natura si inspira direttamente ed esplicitamente al Kant, da cui deriva col concetto generale le espressioni *jura potestatis*, *dinglich-persönliche Rechte* per indicare questa parte del diritto privato (2).

Al diritto di famiglia l'Heise fa seguire come quinta parte il diritto ereditario, la cui collocazione nel sistema del diritto privato costituiva uno dei più gravi problemi della dottrina e della pratica legislativa. A seconda del punto di vista sotto il quale il diritto ereditario era considerato, esso poteva trovar luogo tra i diritti reali, di famiglia, di obbligazione. Il Codice prussiano cedendo a influenze diverse aveva per un lato collocato la successione testamentaria tra i modi derivati di acquisto della proprietà assieme coi contratti (Parte I, Tit. 11-12), mentre aveva fatto della successione legittima parte integrante del diritto di famiglia (Parte II, Tit. II). Nel Codice Napoleone il diritto ereditario è tutto compreso nel Libro III che riguarda i diversi modi con cui si acquista la proprietà e come tale comprende le donazioni, le obbligazioni, i contratti, la prescrizione, il possesso. Più logico il Codice austriaco pone tra i diritti reali il diritto ereditario e come tale lo considera (Parte II, Sez. I, cap. 8 e seg.). Tanta disparità di vedute era la conseguenza di tradizioni giuridiche diverse e di controversie dottrinarie. La tradizione romana e germanica, almeno quali erano in quell'epoca generalmente intese, erano al riguardo profondamente diverse. Tutto ciò che vi era di realistico, patrimoniale, individualistico nel

---

(1) Cfr. KANT, *Rechtslehre*, ecc., § 29 in fine. L'Heise si richiama esplicitamente al Kant nel *Grundriss*, 1. Aufl., p. 65, nota 1.

(2) L'espressione di *jura potestatis* fu in seguito abbandonata dalla sistematica e sostituita con l'altra di *Familienrecht*.

diritto successorio era attribuito alla tradizione romana. Che tale fosse veramente il carattere della successione romana si può dubitare di fronte ai risultati della critica storica più recente. Parrebbe invece che in Roma il diritto ereditario si legasse strettamente all'antico carattere politico della famiglia, alle funzioni quasi sovrane del capo di famiglia e si fondasse su condizioni personali, per cui più che l'acquisto e la trasmissione di un patrimonio si dovrebbe vedere in esso l'acquisto di un titolo personale, il quale è condizione necessaria e sufficiente per subentrare nella posizione giuridica (*in universum jus*) del defunto in ordine al patrimonio (1). Noi crediamo che anche in Roma il carattere realistico, patrimoniale, coi temperamenti resi necessari da esigenze famigliari e politiche, finì per prevalere col trasformarsi in senso privatistico e patrimoniale della famiglia e della proprietà. Comunque sia di ciò è certo che nei secoli XVII e XVIII il diritto ereditario appariva con carattere e significato economico ed individualistico, come conseguenza naturale del diritto di proprietà da parte del testatore, come modo di acquisto d'un diritto reale da parte dell'erede. La preferenza riconosciuta dai Romani alla successione testamentaria, il carattere reale della *petitio hereditatis* parvero venire in appoggio di una interpretazione del diritto ereditario ch'era nell'indole dei tempi e in particolare di quell'indirizzo lokiano che mirava a fare dei rapporti privati l'espressione della attività economica dell'individuo. L'idea pertanto che il diritto di successione doveva porsi in rapporto coi diritti reali e coi modi di acquisto dei diritti reali fu l'idea prevalente nella pratica e nella legislazione, ma rimaneva a conciliare tale soluzione coi principii e giustificare le numerose evidenti deviazioni dai medesimi. Non tutti ricorsero all'idea della immortalità dell'anima come il Lebniz o rinunciarono come lo Zeiller a giustificare il diritto ereditario alla luce dei principii invocando per esso le ragioni di equità o le necessità politiche. È veramente mirabile lo sforzo dei giusnaturalisti per giustificare e ridurre a unità di principii questa parte del diritto privato. Gli uni sulle traccie del Grozio invocando il *ius dominni* a fondamento del diritto ereditario e riconducendo la successione legittima alla successione testamentaria mediante la finzione della presunta volontà del testatore, giustificarono la collocazione del diritto ereditario tra i diritti reali (Codice austriaco).

---

(1) Cfr. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, 4ª ediz., 1907, p. 480; FILOMUSI-GUELFI, *Enciclopedia giuridica*, 5ª ediz., Napoli, 1907, p. 424 e seg. e note. A noi sembra che l'interpretazione personale e politica del diritto successorio presso i Romani e quella economico-realistica sostenuta dal Filomusi non si escludano, quando sieno riferite a fasi diverse e successive del diritto ereditario romano.

Altri a spiegare la trasmissione ereditaria, a togliere l'assurdo di una volontà che spiega efficacia giuridica in un'epoca in cui non esiste, ricorsero alla finzione del patto. E nell'acquisto della proprietà mediante il patto fece il Kant consistere essenzialmente la successione ereditaria (1). Tale spiegazione rese possibile la collocazione del diritto ereditario tra i modi di acquisto derivati della proprietà accanto ai patti e ai contratti (Codice francese e per la parte della successione testamentaria il Codice prussiano).

L'aggregazione del diritto ereditario al diritto di famiglia era una conseguenza del diritto germanico, che per quanto sopraffatto dal diritto romano continuò a esercitare per questa parte una certa influenza nella pratica legislativa. Nel Codice prussiano la successione legittima figura come parte integrante del diritto di famiglia (Parte II, Tit. 2, Sez. 5 e 6). E veramente per l'antico diritto germanico la successione era essenzialmente famigliare. Il ricordo dell'antica collettività domestica continuò a lungo a far considerare i membri della famiglia come altrettanti condomini e il padre come l'amministratore di un patrimonio ch'era di spettanza della famiglia. Di una trasmissione e acquisizione ereditaria non potevasi propriamente parlare nell'antico diritto germanico, perchè non si trasmette ciò che non è proprio, nè si acquista ciò che già appartiene (2). Ma la successione famigliare in Germania stessa, senza mai scomparire interamente, non impedì la progressiva prevalenza della successione contrattuale prima, testamentaria poi. Sopratutto la dottrina fu nei secoli XVII e XVIII contraria alla giustificazione del diritto ereditario mediante il diritto di famiglia. Ciò si comprende pensando che la successione famigliare mal si conciliava con l'individualizzazione dei rapporti privati ch'era nell'indole dei tempi e che la dottrina del diritto naturale favoriva. Solo più tardi colla scuola storica ed hegeliana il diritto ereditario doveva cercare nella famiglia il suo razionale fondamento.

Ora l'Heise, di fronte a tante e così diverse influenze e opinioni relative alla natura e sistemazione del diritto ereditario, lasciando impregiudicata la questione dell'origine e del fondamento, inspirandosi alle esigenze della pratica, rilevando del diritto ereditario quello che era il carattere più comunemente ammesso, di essere cioè un modo generale di acquisto dei diritti personali, reali, misti, fu indotto a fare di

---

(1) Cfr. KANT, *Rechtslehre*, ecc., § 34.

(2) Cfr. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici*, vol. IV. *Il diritto ereditario* (Roma, 1909, Sez. I).

esso una parte autonoma del diritto privato (1). E al diritto ereditario che costituiva *eine allgemeine Erwerbungsart* contrappose, ma con minor fortuna nel sesto e ultimo libro del suo sistema, la *in integrum restitutio* come *eine allgemeine Aufhebungsart*, cioè come il mezzo per risolvere e revocare nel nulla i rapporti giuridici di qualunque natura fossero (2).

Il valore sistematico dell'opera dell'Heise non deve intendersi limitato alle sei grandi parti in cui il suo sistema è diviso, ma si estende alle suddivisioni, alla distribuzione della materia nelle parti singole e subordinate. Oltre che nell'insieme l'Heise ha lasciato traccie profonde e notevoli nei particolari della sistematica giuridica. La dottrina delle persone giuridiche deve a lui la fondamentale distinzione tra corporazioni e fondazioni (3). Profondamente meditata è la collocazione del possesso nella parte generale del sistema come stato di fatto corrispondente a qualunque diritto. Generalmente seguìta fu la suddivisione da lui introdotta nel diritto delle obbligazioni tra la dottrina generale delle medesime e la trattazione speciale delle singole obbligazioni. L'analoga distinzione in ordine ai diritti reali non ebbe ugual fortuna, mentre fu accettata la distinzione fondamentale del diritto ereditario in apertura e acquisto dell'eredità.

Nelle sue parti essenziali il sistema dell'Heise, confortato dalla grande autorità del Savigny che lo prese come guida nelle sue lezioni, divenne lo schema intorno a cui la scienza del diritto privato e la pratica giuridica si svolsero in Germania nella prima metà del secolo XIX ed ebbe solenne consacrazione nel Codice civile tedesco. Si deve far eccezione per alcuni pochi istituti che dall'epoca dell'Heise e del Thibaut non trovarono mai collocazione definitiva nel sistema del diritto privato. Tali sono il possesso, la prescrizione, la donazione, la *restitutio in integrum*, il diritto ipotecario.

Il Thibaut stesso nelle modificazioni introdotte nelle ultime edizioni del suo *System* subì per molti riguardi l'influenza dell'Heise (4). Eliminato tutto ciò che ha riferimento al diritto pubblico e processuale, egli

---

(1) Cfr. HEISE, *Grundriss*, ecc. (1ª ediz.) p. 78, nota, ove si danno le ragioni che consigliano a fare del diritto ereditario un tutto unitario autonomo.

(2) L'idea di erigere a parte indipendente del diritto privato la *in integrum restitutio* non incontrò favore e il libro VI del sistema dell'Heise, d'altronde brevissimo, scomparve così dalla pratica come dai trattati di diritto civile. L'idea però che ne costituiva il fondamento fa dire al BEKKER (*Vier Pandektisten*, ecc., p. 29) che « verdient immer noch Beachtung ».

(3) Cfr. SOLARI, *Idea individuale*, ecc., P. I, p. 225.

(4) Noi qui ci riferiamo all'ottava edizione del 1834 che fu l'ultima pubblicata dal Thibaut.

distribuì la materia del diritto privato in quattro libri, a cui aggiunse come appendice la dottrina della prescrizione. Il primo libro è destinato alla parte generale che se ha perduto rispetto alle prime edizioni del suo valore e significato filosofico, meglio risponde alle esigenze della pratica giuridica. Dopo di aver trattato della legge in generale, della sua origine e del suo fondamento, passa all'oggetto della legge, cioè ai diritti e alle obbligazioni, dei quali studia i soggetti e le azioni aventi per termine le cose. Il secondo libro raccoglie sotto la comune espressione di *Zustandsrechte* i diritti di famiglia, divisi in due parti, i diritti di patria potestà, conseguenza del matrimonio, e i diritti di tutela. Con ciò il Thibaut veniva a incorporare tutto il diritto di famiglia nel diritto privato sottraendolo al *Polizeirecht*. Il terzo libro comprende il diritto delle obbligazioni distinto in due parti, di cui l'una tratta delle cause delle obbligazioni (contratto, patto, delitto, quasi delitto, quasi contratto), l'altra dello scioglimento delle medesime. Manca in questo libro la parte generale delle obbligazioni introdotta dall'Heise. Il quarto libro destinato ai diritti reali è pure diviso in due parti, l'una tratta dei diritti reali che non hanno per oggetto una *universitas* (proprietà, servitù, superficie, enfiteusi, diritto ipotecario), l'altra dei diritti reali che hanno per oggetto una *universitas* (diritto ereditario). Mentre discorda dall'Heise nell'aggregare il diritto successorio ai diritti reali, con lui concorda nel collocare il possesso nella parte generale del sistema come modo generale di esercizio dei diritti.

I nomi del Thibaut e dell'Heise non possono dissociarsi dalle vicende della civilistica tedesca nel XIX secolo. Quanto in essa si riscontra di spirito sistematico e formale può dirsi una continuazione dell'indirizzo da essi iniziato. La tendenza sistematica, in un'epoca in cui l'attività era sopratutto rivolta alla materia del diritto, sostituì col nome di scienza del diritto privato l'indagine e l'esigenza filosofica negli studi di diritto privato. Sopratutto i romanisti che ebbero in tali studi tanta parte, colla guida del Thibaut e sopratutto dell'Heise, lavorarono a ridurre a forme sistematiche sempre più perfette il materiale giuridico delle Pandette, rinnovato dal metodo storico e adattato alle esigenze della pratica. La tendenza sistematica era in quest'opera particolarmente richiesta trattandosi di comprendere un materiale storico del quale le forme vive erano scomparse e solo poteva riacquistare valore e significato nelle forme nuove in cui era presentato e rifuso. Si comprende il successo dell'Heise che perfezionando l'indirizzo sistematico iniziato dal Thibaut, contrappose al formalismo soggettivo e aprioristico kantiano un formalismo realistico che derivava le forme empiricamente dallo studio della realtà giuridica e liberava i giuristi dall'incubo del diritto naturale.

La tendenza sistematica negli studi di diritto privato se per un lato rappresentava un progresso rispetto alla casuistica prevalente nel secolo XVIII in quanto era l'espressione di una tendenza unitaria, per un altro lato, intesa nel senso empirico e realistico dell'Heise, costituiva un regresso in quanto rifuggiva da quella ulteriore giustificazione e unificazione del sapere giuridico, inteso come parte della realtà universale, in cui consiste la ragion d'essere di ogni speculazione filosofica. Epperò conseguenza ultima dell'indirizzo sistematico doveva essere la scissione tra la speculazione filosofica e gli studi di diritto privato, i quali sottratti alle influenze nuove del pensiero filosofico si esaurirono nello studio del materiale storico e nello sforzo per ordinarlo e adattarlo ai bisogni della vita moderna. Il loro fondamento filosofico rimase immutato e strettamente legato alla concezione individualista della vita e dei rapporti umani dell'epoca kantiana, anche quando tale concezione potevasi considerare definitivamente superata dall'ulteriore progresso della speculazione filosofica. Nè diedero risultati pratici e durevoli gli sforzi del Savigny, del Jhering, del Gans, del Lassalle per dare vita e significato nuovo agli istituti di diritto privato.

6. — È giusto riconoscere che non era nelle intenzioni del Thibaut che la civilistica si esaurisse nel riordinamento sistematico delle Pandette sia pure a scopo pratico e attuale. Le sue tendenze e predilezioni filosofiche come si rilevarono nella sistemazione del diritto privato e nella fede costante serbata alla tradizione del diritto naturale, così si rilevarono anche in forma più spiccata nella difesa fatta del principio della codificazione. Nel sostenere il quale più che un precursore devesi considerare un continuatore della tradizione del diritto naturale che contava tale principio tra i suoi dogmi favoriti.

Al movimento di idee che altrove aveva portato alla codificazione la Germania non era rimasta estranea, nè l'avrebbe potuto. Il turbine napoleonico aveva fatto largamente conoscere il Codice del 1804 e lo aveva imposto con l'occupazione territoriale a molti Stati tedeschi (1).

---

(1) La pace di Lunéville (1° feb. 1801) aveva incorporato alla Francia i paesi tedeschi della riva sinistra del Reno, per cui all'epoca dell'introduzione del C. C. essi facevano già parte dello Stato francese. Dopo il 1804 in conseguenza delle vittorie napoleoniche il C. C. fu introdotto in paesi situati sulla riva sinistra del Reno e propriamente nel Regno di Westfalia dal 1° gen. 1808, nel Principato di Arenberg dal 1° luglio 1808, nella città libera di Danzica dal 21 luglio 1808, nei Granducati di Berg e di Baden dal 1° gen. 1810, nei Dipartimenti hanseatici dal 13 dic. 1810, nel Granducato di Francoforte dal 1° gen. 1811, nel Ducato

E non può negarsi che sia stato accolto con favore sia per lo spirito liberale che lo informava, sia per la forma chiara e breve che lo contraddistingueva, sia per la semplicità e coerenza logica delle sue parti, qualità che lo dovevano fare facilmente preferire alla casuistica eccessiva del Codice prussiano da un lato, alle contraddizioni e incertezze del diritto comune dall'altro. Ma ciò che più importa rilevare si è che il Codice civile francese ebbe in Germania nel periodo che precedette la polemica Thibaut-Savigny una vera e propria elaborazione scientifica e pratica, sopratutto nei paesi renani, nei quali le influenze francesi erano dirette e profondamente radicate (1). E il pericolo di una recezione anche più estesa del diritto francese in Germania fu solo scongiurata dalla caduta di Napoleone, mentre il disegno di una grande unità giuridica tedesca di sud-ovest, comprendente tutti i paesi renani e la Baviera sul fondamento del diritto civile francese, in opposizione all'unità civile prussiana di nord-est, si affacciò alla mente di molti e fu solo sventato dalla autorità e dalla tattica temporeggiatrice

---

di Anhalt-Köthen dal 1° marzo 1811 e nel Ducato di Nassau dal 1° gen. 1812. Dopo la caduta di Napoleone rimase in vigore nel Baden, Rheinbayern (provincia del Regno di Baviera sulla sinistra del Reno), Rheinhessen (provincia del Granducato di Hessen sulla sinistra del Reno), nella preussischen Rheinprovinz, (provincia prussiana sulla sinistra del Reno), nel Principato di Birkenfeld e dal 1871 nell'Alsazia-Lorena. Fin dall'epoca della sua apparizione il Codice civile francese era stato tradotto in tedesco dal Daniels (Koln 1805), dal Lassaulz (Koblenz 1805). Nel Baden il Codice Napoleonico fu in vigore non nel testo originario, ma in una traduzione tedesca ufficiale con aggiunte e adattamenti, opera del Brauer, sotto il nome di *Badisches Landrecht.* Cfr. BARAZETTI, *Einführung in das franz. Civilrecht und das B. L.* 2e Aufl., Heidelberg, 1894, p. 28-29.

(1) Il Baden e le sue Università di Freibourg e di Heidelberg furono il centro degli studi relativi al diritto civile francese. Ivi insegnarono il Thibaut e lo Zachariae. Il Thibaut trattò del Codice Napoleone nelle sue lezioni e lasciò appunti che, in unione con altri, furono pubblicati dopo la sua morte dal GUYET (*Thibauts juristischer Nachlass*, 2 Bd., Berlin, 1841-42). Degli appunti del Thibaut sul Cod. Nap. esiste anche la traduzione italiana del TURCHIARULO (*La dottrina del Codice Civile francese conferita coi principii del diritto romano*, Napoli, 1854). — K. S. Zachariae è l'autore del classico *Handbuch des französischen Civilrechts* (Freibourg, 1808). Per la bibliografia relativa, per le traduzioni francesi e italiane di esso cfr. LANDSBERG, *Geschichte*, ecc., Noten, pag. 55. — Ricordiamo ancora tra i più noti commentatori del Cod. Nap. in quell'epoca in Germania il BRAUER, *Erlauterungen zu dem Code Napoléon* (Karlsruhe, 1809-12); W. VON GROLMAN, *Ausfuhrliches Handbuch über den Code Napoléon* (Giessen, 1810-12) incompleto, arrestandosi all'art. 311; SEIDENSTICKER, *Einleitung in den Code Napoléon*, Tubingen, 1808; B. W. PLEIFFER, *Nap. GB. nach seinen Abweichungen von Deutschlands gemeinem Recht* (Gottingen, 1808-10).

che l'amor patrio suggerì all'Almendiugen nei paesi renani, al Feuerbach in Baviera (1).

Si comprende dopo ciò come dovesse porsi anche in Germania la quistione della codificazione e come questa dovesse risolversi nella mente di molti mediante l'estensione pura e semplice del Codice Napoleone. Tale idea accolta e apertamente sostenuta da uomini come il Gonner e il Grolman, fu paralizzata dal generale risveglio dello spirito nazionale tedesco, che proprio in quell'epoca di maggiore oppressione straniera s'affermava vigoroso nei noti discorsi del Fichte alla gioventù tedesca, e nella fondazione dell'Università di Berlino (2). A questo sentimento nazionale risorto, più che a considerazioni d'indole scientifica

---

(1) Furono fatti tentativi (non riusciti per la caduta di Napoleone) per introdurre negli Stati di Nassau, Hessen, Darmstadt, Würzburg il Codice Napoleone e per informare sul tipo francese la legislazione civile della Baviera allora eretta a regno. Nel 1809 fu tenuta a Giessen una conferenza tra i rappresentanti del Nassau, Hessen, Darmstadt, Francoforte, per una intesa relativa alla introduzione del Cod. Nap. nei loro Stati. Contro il Grolman, il Jaup, il Crome, favorevoli, sorse l'Harscher von Almendingen per dimostrare l'incompatibilità del Codice Napoleone collo stato giuridico degli Stati tedeschi, e il suo punto di vista sostenne in una serie di scritti, di cui il più notevole fu: *Offiziell-wissenschaftliche Vorträge ueber den Code Nap. und seine organische Umgebung, gehalten in den Konferenzen zu Giessen* (Giessen, 1811). L'opposizione dell'Almendigen ebbe per effetto di ritardare l'introduzione del Codice francese in quegli Stati, finchè la caduta di Napoleone nel 1814 ne fece abbandonare l'idea. Contemporaneamente il Gonner lottava per la recezione del diritto francese in Germania e sopratutto in Baviera. Quivi a difesa della sua tesi aveva fondato l'*Archiv für die Gesetzgebung und Reform des juristischen Studium* (4 Bd. Landshut, 1808-14). Fu incaricato di preparare un progetto di Codice Civile sul tipo francese il criminalista Feuerbach, allora consigliere di Stato per i lavori legislativi in Baviera. Il F. era contrario e il suo pensiero al riguardo espresse nei *Betrachtungen über den Geist des Code Napoléon und dessen Verhältnis zur Gesetzgebung und Verfassung deutscher Staaten überhaupt und Bayerns insbesondere*, scritto probabilmente nel gennaio 1808, pubblicato nel 1812. Ad ogni modo il F. si accinse all'opera e preparò un progetto in cui tutti i principii più liberali del Cod. Nap. erano accolti, destando un così profondo contrasto fra la Baviera francese e l'altra Baviera conservatrice, che la riforma fu ritardata e più tardi, caduto Napoleone, abbandonata. Anche lo Zachariae prese parte alla quistione in una serie di saggi di cui uno tratta della *Einführung des Code Nap. in den Staaten des Rheinischen Bundes, betrachtet aus den Gesichtspunkten des Staatsrechts* (Heidelberg, 1810). Cfr. LANDSBERG, *Geschichte*, ecc., Noten, pag. 50:4-5.

(2) Cfr. il *Festnummer zur Jahrhundertfeier der Fr.-Wilhelms- Universität zu Berlin* pubblicato per cura della *Deutsche Juristen-Zeitung* (XV, 20, 15, Oktober 1910). — I discorsi del Fichte, in numero di quattordici, furono tenuti a Berlino nell'inverno 1807-08 e furono ripubblicati dal figlio J. H. Fichte (*Reden an die deutsche Nation*, Tübingen, 1859).

o filosofica, obbediva il Rehberg nel combattere, col Codice Napoleone e la sua introduzione in Germania, l'idea della codificazione e nella difesa fatta del diritto patrio consacrato negli usi e nelle consuetudini (1). L'opera del Rehberg, più che per gli aspetti che essa ha comuni colla critica di poco posteriore del Savigny, ha importanza per aver richiamato l'attenzione del Thibaut sulla quistione della codificazione (2). Nella recensione dell'opera del Rehberg non solo egli dimostrava la necessità della riforma civile, ma non ammetteva per essa altra via possibile che quella della codificazione (3). E questa per il Thibaut significava accettazione dei principii e dei metodi che la scuola del diritto naturale aveva indicato come mezzi alla riforma civile, sopratutto presupponeva, accanto alla conoscenza del diritto positivo, il riconoscimento di un diritto naturale destinato a razionalizzare il diritto positivo, a correggerlo, integrarlo, ridurlo a unità. Sostenendo la tesi della codificazione il Thibaut più che a una idea nuova rendeva omaggio al credo filosofico che aveva altrove accompagnato la formazione dei Codici e che egli aveva costantemente professato.

Se non che l'opera della riforma civile e implicitamente della codificazione presentava in Germania speciali difficoltà. Il particolarismo giuridico, favorito dalla mancanza di una costituzione politica unitaria, vi dominava; lo stesso diritto comune se presentava una unità esteriore, di fatto (e l'Hugo lo aveva rilevato e deplorato) costituiva una amalgama di elementi eterogenei, non differenziati, procedenti dalle fonti più diverse, da principii contradditorî. Come rimedio a tale stato di cose l'Hugo aveva consigliato la critica storica, per la quale i diversi elementi che costituivano il cosidetto *usus modernus*, sarebbero stati distinti e ordinati secondo il luogo e il tempo di loro formazione. Fu facile al Thibaut dimostrare che colla applicazione del metodo storico, l'unità materiale del diritto positivo non potevasi considerare raggiunta, che l'ordine spaziale e temporale non poteva sostituire l'ordine logico delle norme e delle istituzioni civili e molto meno giustificarle.

La quistione della codificazione risolta in linea di principio aspettava

---

(1) Cfr. Rehberg, *Ueber den Code Napoléon und dessen Einfuhrung in Deutschland*, Hannover, 1814. Il libro apparve nel dicembre 1813. Cfr. Landsberg, *Geschichte*, ecc., Text, p. 78.

(2) Sui rapporti tra il Savigny e il Rehberg cfr. Singer, *Erinnerung an Hugo*, ecc., in *Zeits. f. Privat-u off. Recht.*, xvi (1889) pag. 294, Anm. 27, e Landsberg, *Geschichte*, ecc., Text, p. 80.

(3) La recensione di cui qui si parla fu pubblicata anonima negli *Heidelberger Jahrbücher*, 1814, p. 1-32, n. 1-2. Fu ripubblicata in appendice alla 3ª ediz. (1840) della *Notwendigkeit*, ecc., del Thibaut, p. 55-88.

solo l'occasione favorevole per tradursi nell'ordine dei fatti. Molto abilmente il Thibaut seppe sfruttare il sentimento nazionale risorto e trionfante, presentando l'idea della codificazione civile come un necessario complemento della riacquistata libertà politica. E come mezzo per soddisfare un bisogno nazionale, più che in omaggio a postulati astratti, fu da lui lanciata l'idea di un Codice civile tedesco all'indomani della caduta di Napoleone (1). Se altrove furono esigenze d'indole politica e pratica i moventi della codificazione, e questa fu sopratutto l'opera dei Governi e dei giuristi, in Germania essa cercò il suo fondamento, la sua ragion d'essere nel comune sentimento nazionale. Nel saggio, al quale è legato particolarmente il suo nome, il Thibaut, dopo di avere rilevato l'errore di prendere per base della riforma civile il diritto germanico nella forma storica in cui era tramandato (p. 7), o il diritto romano (p. 8), dimostra i vantaggi d'una legislazione nazionale uniforme (p. 18) e difende dalle solite obbiezioni il principio della codificazione (p. 36). Tutti i suoi sforzi furono diretti a conciliare quest'ultimo colle esigenze dello spirito nazionale tedesco. Per lui la legislazione civile doveva essere una libera creazione dell'attività legislativa, non legata alla tradizione, o ad un qualsiasi diritto straniero, fosse pure il romano, preoccupata solo di soddisfare le esigenze del sentimento nazionale. Sostanzialmente egli consigliava per il diritto germanico quel lavoro di idealizzazione e di astrazione che altri aveva fatto per il diritto romano. Contenuto del Codice da lui proposto doveva essere il diritto patrio ridotto a unità formale e materiale, riprodotto ne' suoi caratteri universali e costanti, raccolto in norme semplici e uniformi, rispondenti alle speciali condizioni del popolo tedesco.

---

(1) Cfr. THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines allg. bürg. Rechts f. Deutschland*, Heidelberg, 1814. Fu pubblicato la prima volta nel 1814, poco dopo la presa di Parigi (31 marzo) da parte degli alleati. Questa coincidenza del saggio cogli avvenimenti che segnavano la rigenerazione politica del popolo tedesco non è fortuita, come il Thibaut stesso ebbe a rilevare nel 1838 nell'*Archiv f. civilis. Praxis*, Bd. 21, p. 391 e seg. Il carattere occasionale del saggio si rileva anche dalla dichiarazione del Thibaut, ivi (p. 394) contenuta, che il saggio fu scritto in soli quattordici giorni. Il saggio fu riprodotto nello stesso anno nei *Civilistische Abhandlungen* del Thibaut (Heidelberg, 1814). Se ne fece una terza edizione nel 1840 (Heidelberg), con l'aggiunta di recensioni pubblicate dal Thibaut negli *Heidelberger Jahrb.* negli anni 1814-16, e relative a lavori del Savigny (*Beruf*, ecc.), Pfeiffer, Gönner, Rehberg, e al programma della rivista per la scienza storica del Savigny. Noi citiamo da quest'ultima edizione. — Cfr. BEKKER, *Ueber den Streit der historischen und der filosofischen Rechtsschule* (Heidelberg, 1886) pag. 5-7 e note; ID., *Vier Pandektisten* (Heidelberg, 1903) p. 32 e seg.; LANDSBERG, *Geschichte*, ecc. Text, p. 80 e seguenti.

Degna di nota è la critica aspra che il Thibaut move al diritto romano, che i seguaci dell'Hugo sfruttavano agli scopi della unificazione del diritto privato attuale. Se col Leibniz e coi giusnaturalisti il Thibaut riconosceva i pregi del diritto romano dal lato tecnico e formale, se lo riteneva utile alla educazione del giurista, lo condannava come prodotto storico, per le incoerenze e le lacune dei testi che lo tramandavano, per lo spirito profondamente contrario alla coscienza etica e alle tendenze del popolo tedesco, che nessuna critica storica per quanto rigorosa poteva mutare. In quella vece non nascose il Thibaut le sue preferenze per il diritto nazionale, di cui esaltava lo spirito di umanità e di equità. Il contrasto tra romanisti e germanisti, che fu tanta parte della civilistica tedesca nel secolo XIX, già si delinea nel Thibaut, che fu tra i primi a mettere in rilievo il valore e il significato del diritto tedesco rispetto al romano (1). Questa preferenza per il diritto tedesco se da un lato era la legittima reazione del sentimento nazionale contro la preponderanza del diritto straniero, dall'altro lato significava, per quanto ancora in forma vaga e imperfetta, il riconoscimento e la difesa dello spirito sociale che animava le istituzioni del diritto germanico contro l'individualismo del diritto romano.

Non può certo sostenersi che le idee espresse dal Thibaut in ordine alla codificazione nella *Notwendigkeit*, ecc., fossero chiare è scevre di contraddizione. A parte la critica ingiusta del diritto romano e le affermazioni avventate rilevate dal Bekker (2), il Thibaut sembra da un lato vagheggiare una legislazione civile semplice e uniforme, che astraendo dai diversi diritti positivi esistenti (germanico, romano, canonico), tragga norma da principii eterni di ragione, dall'altra fa voti per una legislazione nazionale risultante dallo studio del diritto vigente nei diversi Stati tedeschi. Il suo pensiero, per quanto in forma frammentaria, meglio si determina in scritti posteriori, dove sostiene che la codificazione deve realizzare non solo l'unità formale, ma anche materiale del diritto privato, dove si afferma che con degli schemi puramente logici, senza un contenuto positivo, non si fanno i codici, che questi cominciano là dove il *Naturrecht* finisce, nè devono esprimere verità accessibili all'intelletto, ma devono sopratutto contenere delle norme imperative capaci

---

(1) Per la critica del diritto romano cfr. THIBAUT, *Nothwendigkeit*, ecc., p. 8 e seg. Cfr. anche del Thibaut la recensione del *Beruf*, ecc., del Savigny (in fine), ripubblicata in appendice alla 3ª ediz. della *Nothwendigkeit*, ecc., p. 89-104. Per l'elogio del diritto germanico cfr. *Nothwendigkeit*, ecc., p. 12 e seguenti.

(2) Cfr. BEKKER, *Ueber den Streit*, ecc., p. 6, note 6 e 7.

di imporsi alla volontà ed esser guida dell'operare (1). Sempre ritorna insistente la nota che il diritto positivo, destinato a costituire il contenuto del Codice e ad esser ridotto a unità di principii, deve essere il diritto germanico, mentre del diritto romano dovevansi solo accogliere quei concetti fondamentali, che si potevano considerare immedesimati nel diritto patrio.

Nè i contemporanei, nè il Savigny, nel giudicare il Thibaut, rilevarono gli aspetti veramente deboli della sua tesi. Più che sul principio, l'errore del Thibaut cadeva sui mezzi proposti e sul fine al quale voleva subordinata l'opera della codificazione. Il diritto germanico non poteva servire allo scopo, trattandosi di un diritto che all'epoca del Thibaut cominciava appena ad esser noto nelle sue fonti e nel suo sviluppo storico. D'altra parte la soddisfazione del sentimento nazionale non poteva per sè sola legittimare l'opera della codificazione. I rapporti del diritto privato ben più che a soddisfare idealità politiche, servono ai rapporti economici che ne formano il substrato. Incompatibile pertanto doveva apparire il diritto germanico con quel movimento di individualizzazione dei rapporti economici e civili, che costituiva la caratteristica dei tempi nuovi e che anche in Germania era incominciato, sulle rovine dell'ordinamento feudale. Il diritto romano per quello spirito egoistico che il Thibaut gli rimproverava, per l'elaborazione secolare, per la sua recezione in Germania meglio poteva servire agli scopi dell'unificazione civile. Nell'averlo presentato come un diritto straniero in opposizione alla coscienza giuridica del popolo tedesco, sfruttando condizioni storiche eccezionali e stati d'animo passeggeri, fu il maggior torto del Thibaut e la causa vera dell'insuccesso della sua proposta. Se nel principio proclamato egli potè sembrare in pieno accordo coi principii filosofici da lui professati, nella forma usata nel sostenerlo, nei mezzi indicati per attuarlo, egli cedette a ragioni di opportunità e di sentimento, abbandonando il terreno solido dei principii.

Non vi è dubbio che l'opera del Thibaut subì l'influenza dell'epoca di transizione in cui si svolse, di un'epoca in cui la tradizione della scuola del diritto naturale si conservava tenacemente e già si affermavano nuovi metodi e indirizzi nella scienza del diritto privato. Si comprende come il contrasto tra le varie tendenze dovesse scoppiare sul terreno della codificazione, che era una quistione teorica e pratica ad un tempo, e parve per un momento richiamare su di sè l'attenzione dei dotti, dei Governi, di tutto il popolo tedesco. Senza volerlo il Thibaut

---

(1) Cfr. THIBAUT, *Nothwendigkeit*, ecc., ed. cit., appendice, a proposito della recensione dell'opera del Pfeiffer, p. 62-69.

fornì agli avversari argomenti per dimostrare che la quistione non poteva in Germania, dopo l'opera dell'Hugo, risolversi coi criteri del secolo XVIII. La conoscenza del diritto positivo, sopratutto tedesco, acquistava un'importanza affatto ignota ai redattori dei codici anteriori. Fu somma ventura per la scienza del diritto che il Savigny, avuta ragione dell'avversario nella quistione della possibilità e opportunità, fosse indotto a trattare della codificazione alla luce della concezione storica del diritto, che si era venuta nel frattempo maturando nella sua mente.

7. — La personalità del Savigny a chi si sforza di comprenderla in tutta la sua grandezza si presenta diversa nelle tre successive fasi di formazione, alle quali corrispondono rispettivamente il saggio sul *Possesso* (1803), la *Vocazione* (1814), il *Sistema* (1840). I molti e autorevoli scrittori che fecero oggetto di studio la prodigiosa attività del Savigny, quando non si limitarono a studiarla sotto un solo aspetto, non tennero in debito conto la graduale formazione e trasformazione del suo pensiero. L'opera del Savigny non si svolge da principii razionali immutabili; è essa stessa una formazione storica e psicologica che non può ridursi ad unità logica (1).

Col *Possesso* la bontà del metodo storico propugnato dall'Hugo ottiene piena e solenne conferma. All'opera critica e negativa dell'Hugo succede l'opera positiva e creatrice del Savigny. Prima ancora di essere il fondatore di una nuova scuola, il Savigny volle rivelarsi giurista consumato. Lo studio scientifico della storia e delle fonti del diritto, che l'Hugo aveva indicato come il solo mezzo per aprire nuove vie alla giurisprudenza, trovano nel *Possesso* applicazione per opera di un uomo che aveva tutte le attitudini per farlo con successo. E a rendere in

(1) Cfr. sul Savigny e sull'opera sua, oltre alle opere, i seguenti scritti: ARNDTS, *Zum Andenken an F. C. v. Savigny* (in *Kritische Vierteljahrschrift f. Gesetzgebung*, ecc., IV Bd., 1862); v. BECHMANN, *Feuerbach und Savigny* (München, 1894); BETHMANN-HOLLWEG, *Erinnerung an F. C. v. Savigny* (in *Zeits. f. Rechtsgeschichte*, VI Bd., 1867); BRINZ, *Die Savigny-feier am 21. Feb. 1879* (in *Kritische*, ecc., XXI Bd., 1879, ove sono riassunti gli scritti commemorativi del centenario della nascita del S.); BRUNS, *Zur Erinnerung an F. C. v. S.* (Berlin, 1879); CAPEI, *F. C. dei Savigny* (in *Archivio storico italiano*, XVI, parte 1ª, 1862); JHERING, *F. C. v. S.* (in *Jahrbücher f. d. Dogmatik des heutigen rom. u. deuts. Privatrechts*, V Bd., 1861); MIGNET, *Notice historique sur la vie et les travaux de S.* (in *Séances-Travaux de l'Académie des sciences morales*, vol. 71, 1865); RUDORFF, *Fr. C. v. S.* (in *Zeits. f. Rechtsgeschichte*, 2 Bd., 1862); STINTZING, *Fr. C. v. Savigny* (Berlin, 1862); TEDESCHI, *Vita e opere di C. F. S.* (in *Biblioteca giuridica teorica e pratica*, Serie I, vol. 1. Verona, 1857 come introd. alla traduzione italiana del *Beruf*); WINDSCHEID, *Festrede zum Gedächtniss v. Savigny* (in *Gesammelte Reden*, ecc. *herausg. von Oertmann*, Leipzig, 1904); LANDSBERG, *Geschichte*, ecc., p. 186 e seguenti.

virtù del contrasto anche più grande l'opera del Savigny non doveva mancare nella stessa epoca, sullo stesso argomento, la trattazione del maggiore rappresentante del metodo razionale, del Thibaut, futuro avversario del Savigny nella quistione della codificazione.

L'istituto del possesso parve in ogni tempo disturbare l'armonia di un qualsiasi meditato e logico sistema di diritto privato. Quando il Savigny si accinse a trattarne tutto nel possesso era incerto e discutibile, la nozione giuridica, l'origine storica, il fondamento filosofico. Ad oscurarne la nozione avevano contribuito i glossatori e i giusnaturalisti, i quali, costretti ad adattare la concezione romana del possesso ai bisogni nuovi, erano riusciti ad una concezione che dell'antica conservava solo la forma e la terminologia, non l'essenziale contenuto e significato.

I glossatori, nel restaurare nel Medio Evo la dottrina romana del possesso, furono traviati oltre che dai testi del diritto giustinianeo, dei quali quasi esclusivamente si valsero, anche e più dalle influenze del diritto germanico e canonico. Le vicende del possesso nel diritto germanico si confondono con quelle della *gewere*, la quale soddisfaceva al bisogno di dare al fatto materiale, alla esteriorità del diritto effetti giuridici. Se non che mentre presso i romani il possesso sembra concepirsi indipendentemente non solo dall'esistenza o non del diritto, di cui esso appare la manifestazione, ma dall'idea stessa del diritto, presso i germani il possesso fu costantemente riferito ad un rapporto giuridico preesistente, che in origine fu il diritto di proprietà. I germani nel difendere lo stato di possesso non difesero il fatto come tale, ma il fatto in quanto era l'estrinsecazione di un diritto, per quanto prescindessero dal suo esistere o non in realtà. In ordine al fatto materiale, dal quale il possesso non può astrarre, il diritto germanico, pur identificandolo coll'uso e col godimento, non intese quest'ultimo nel senso restrittivo e materiale dei romani, come detenzione o insistenza fisica sulla cosa, ma fece del godimento come tale, qualunque ne fosse la forma e il titolo, l'oggetto del possesso. Per tal modo il possesso germanico non essendo legato alla condizione della detenzione della cosa, si prestava ad un più facile e largo svolgimento: d'altra parte, dovendo trovare il suo fondamento in un diritto vero o fittizio, non potevasi considerare alla stregua di un semplice fatto, nè aveva bisogno di una speciale difesa (1).

---

(1) Sappiamo infatti che nel diritto germanico mancava un'azione speciale in difesa del possesso, almeno per gli immobili. Il compossesso di più persone in solido, il possesso dei diritti, la continuazione del possesso anche quando fosse venuta a mancare la detenzione fisica, queste ed altre applicazioni del possesso,

Il diritto canonico aveva a sua volta contribuito a turbare la classica concezione del possesso. Mentre si perde nel Medio Evo, sotto l'influenza del diritto germanico, la nozione del possesso in senso giuridico e alla signoria di fatto sulla cosa è negata qualsiasi difesa propria e indipendente, si svolge e si afferma in forme nuove la difesa contro la violenza diretta a turbare uno stato di fatto esistente, qualunque ne fosse la natura e il fondamento. La nozione del possesso si svolse giuridicamente sotto l'azione di una duplice necessità, da un lato per tutelare l'esercizio di fatto del diritto, quando tale esercizio si presentava nelle forme e coi caratteri di un vero e proprio diritto, dall'altro per impedire l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni, anche se tale esercizio poteva sembrare giustificato, perchè diretto a ristabilire l'ordine legale violato. In Roma la difesa del possesso si svolse particolarmente sotto il primo aspetto, nel Medio Evo sotto il secondo (1). Alla distinzione romana tra possesso e proprietà una nuova si aggiunse nel Medio Evo, tra la nuda detenzione protetta contro la violenza e il possesso a cui la legge accordava speciali effetti oltre alla semplice difesa.

La difesa medioevale contro la violenza e la conseguente elevazione della nuda detenzione si svolsero dall'istituto canonico dell'*exceptio spolii*, originatosi nella consuetudine ecclesiastica anteriore al secolo IX nella forma di *officium iudicis*, fondato sul principio che l'esecuzione non deve precedere il giudizio, concesso ai vescovi per ingiuste privazioni del patrimonio e della dignità episcopale, senza bisogno che la privazione illegittima fosse accompagnata da violenza speciale. Come rimedio processuale e non possessorio, l'eccezione non proteggeva lo spogliato nella sua qualità di proprietario o di possessore o di detentore, ma nella sua qualità di accusato. In progresso di tempo, accentuandosi i motivi di ordine pubblico che giustificavano l'*exceptio*, questa non solo fu estesa ad ogni ceto di persone, ma fu ammessa anche nelle cause

---

incompatibili colla concezione romana di esso, o accolte nel sistema del diritto romano come irregolarità o come finzioni giuridiche, si adattavano perfettamente alla *gewere* germanica. Cfr. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici* (Roma, 1907), vol. II, lib. III, sez. I.

(1) Anche in Roma la semplice detenzione trovò difesa contro la violenza nella nota costituzione di Valentiniano II, ma questa aveva scopo essenzialmente penale e generava effetti petitori non possessori, in quanto attribuiva al leso, dietro semplice prova del possesso e della violenza delittuosa subìta, non solo il possesso della cosa, ma il dominio, togliendo a chi era ricorso alla violenza ogni speranza di poter mai far valere il suo *jus proprietatis*. Non può però negarsi che, protetti ugualmente in pratica il possessore e il detentore, anche teoricamente si dovesse in ordine alla difesa uguagliare il possesso alla detenzione.

civili e per la restituzione delle cose singole. Per tal modo da privilegio politico riservato ai vescovi si trasformava in un rimedio di diritto comune, spettante a qualunque spogliato accusato, con evidente ravvicinamento agli antichi rimedi restitutorî (1).

I glossatori nel restaurare nel secolo XII la dottrina romana del possesso si sforzarono di ricondurre ad essa le molteplici deviazioni dovute all'influenza del diritto germanico e canonico, originando concezioni diverse, non sempre conformi alla tradizione romana, che d'altronde essi conoscevano solo per i testi di Giustiniano. Nel definire il possesso alcuni (Rogerio, Piacentino) tennero conto della sola esteriorità materiale, senza riguardo alcuno alla volontà dell'agente; altri (Bassiano), considerando sopratutto l'elemento intenzionale, lo concepirono come un *jus quoddam rem detinendi sibi*. Finì per prevalere l'opinione intermedia di Azone, secondo cui il possesso è la « corporalis rei detentio, corporis et animi juris adminiculo concurrente ».

Ben altrimenti notevoli furono le dissensioni dei glossatori in ordine alla determinazione delle varie specie di possesso (2). Se infatti è riaffermata l'antitesi romana fondamentale tra proprietà e possesso, si accentua la tendenza a una concezione unitaria del possesso, ad estenderne la nozione, qualunque ne sia la forma e l'oggetto. Di ciò può già aversi una conferma nella più antica dottrina possessoria elaborata dai glossatori, attribuita al Piacentino e confortata più tardi dall'autorità di Baldo e di Alciato. Secondo questa dottrina, la semplice detenzione, sotto il nome di *naturalis possessio*, rientra nella nozione del possesso, per quanto in omaggio alla tradizione romana si neghi ad essa valore e significato giuridico, mancando l'intenzione di tenere la cosa per sè. Alla *naturalis possessio* si contrappone in questa dottrina, con poco rispetto della terminologia romana e delle fonti, la *civilis possessio*, nel senso di un possesso senza insistenza corporale, ossia di una *possessio ficta, quae solo animo retinetur*. A differenza del possesso naturale, il possesso civile, per quanto improprio, era dai glossatori, seguaci del Piacentino, considerato come possesso giuridico: la finzione che ne costituiva il fondamento permetteva di estendere la nozione del possesso a rapporti giuridici immateriali. Il possesso giuridico vero e proprio era, secondo il Piacentino, *civilis* e *naturalis* ad un tempo, risultando dalla detenzione materiale della cosa e dall'*animus domini*,

---

(1) Cfr. RUFFINI, *L'actio spolii* (Torino, 1889), Parte III.

(2) Cfr. in ordine alle varie dottrine dei glossatori al riguardo il saggio sul *Possesso* del SAVIGNY al § 10, nonchè il BONFANTE, La *possessio civilis* e *naturalis* (in *Riv. it. per le scienze giuridiche*, vol. XVI, p. 200 e seg.).

inteso quest'ultimo come animo di possedere *pro suo* e non soltanto *sibi possidendi:* a seconda poi che portava all'usucapione o solo agli interdetti, esso era distinto in pieno e semipieno.

In questa dottrina del Piacentino è manifesta la tendenza a comprendere sotto la nozione del possesso, il puro possesso di fatto da un lato, il possesso dei diritti dall'altro e a distinguere le varie specie di possesso sul fondamento degli elementi oggettivi e soggettivi che entrano a costituirlo. Con ciò, a detta del Savigny, facevasi opera logica e razionale, imposta dalle nuove influenze germaniche e canoniche, ma erano superati i limiti posti dai romani alla nozione del possesso, e si perdeva di mira la ragione vera della difesa possessoria romana, ch'era di garantire l'esercizio di fatto del diritto di proprietà. L'istituto del possesso, svolgendosi in forme nuove per opera dei glossatori, adattandosi ai nuovi bisogni dei tempi, se acquistava in razionalità ed estensione, si spogliava di quelle peculiari caratteristiche nelle quali era stato tramandato dalla tradizione classica.

Più conforme allo spirito del diritto romano e al pensiero dei giureconsulti fu la dottrina possessoria riferita a Bassiano e che modificata da Bartolo prese forma definitiva in Cuiacio. Secondo questa dottrina, più che al possesso astrattamente inteso, dovevasi aver riguardo a quella particolare forma di possesso a cui i romani attribuirono effetti giuridici e al quale si contrappone come termine negativo il possesso non giuridico. Nella sua forma originaria la dottrina di Bassiano distingue diversi gradi di possesso giuridico, a seconda degli effetti prodotti: accanto alla *possessio civilis*, che è il possesso nella pienezza de' suoi effetti, comprendente il possesso del proprietario, quello *ad usucapionem*, e in generale, come Bartolo sosteneva, il possesso fondato sopra una *justa adquisitionis causa*, vi è il possesso giuridico che abilita solo agli interdetti e che nelle fonti era anche chiamato *naturalis*. Dal possesso giuridico, sia civile sia naturale, si distingueva con significato e valore negativo la detenzione.

Non mancarono glossatori che, semplificando la dottrina di Bassiano, senza alcun rispetto alle fonti romane, ridussero tutta la dottrina possessoria al rapporto logico di possesso giuridico o civile, di possesso non giuridico o naturale, senza distinguere tra le varie forme o gradi di possesso giuridico e identificando la detenzione col possesso naturale. Questo sistema, che nella sua semplicità e generalità soddisfaceva alle esigenze logiche del pensiero e poteva conciliarsi con la varia e complessa evoluzione giuridica del possesso, fu restaurato e difeso con grande vigore da Cupero sul finire del secolo XVIII e fu accolto dal Thibaut nel suo saggio sul possesso.

L'opera di elaborazione giuridica del possesso compiuta dai glossatori erasi svolta in fuori dalle vere ragioni storiche del possesso, sotto l'influenza delle esigenze pratiche, in conformità alla generale tendenza di fare del possesso unificato nelle sue varie forme un istituto analogo alla proprietà e di giustificarne la difesa con le ragioni che valevano per la proprietà. Il diritto germanico e canonico favorirono così l'unificazione del possesso, come la sua riduzione alla proprietà. Il diritto germanico infatti ignorava l'antitesi romana proprietà-possesso e considerava il possesso come l'estrinsecazione di un diritto vero o presunto: esso era quindi portato a presumere dal possesso l'esistenza del diritto di proprietà. Tale presunzione, espressamente riconosciuta dal Piacentino, mentre serviva di base al rimedio processuale dell'*exceptio dominii*, che già violava il principio romano della separazione del giudizio petitorio dal possessorio, offrì al tempo stesso una semplice quanto razionale giustificazione del possesso. E tale giustificazione i glossatori e i postglossatori tradussero in una vera e compiuta teoria, che dominò incontrastata nella pratica giuridica e nella legislazione fino al Savigny. Solo i canonisti, preoccupati di giustificare la protezione legale della semplice detenzione, escludente qualsiasi presunzione del diritto, cercarono il fondamento del possesso in considerazioni di ordine pubblico e nella necessità di evitare la privata violenza. Tale giustificazione non potè prevalere sulla dottrina della presunzione, la quale sembrava meglio conciliarsi con le fonti romane che negavano carattere giuridico al possesso naturale.

L'incertezza di pensiero dei giuristi in ordine al possesso si aggrava nei giusnaturalisti, dei quali alcuni non seppero come giustificare l'istituto del possesso in un sistema razionale di diritto privato, altri, cedendo alla tendenza razionalista dell'epoca, lo trasformarono in un vero e proprio diritto fondato sulla proprietà.

I giusnaturalisti, che, come il Grozio, tendevano a concepire lo stato e il diritto di natura come uno stato e un diritto di ragione, non potevano giustificare l'istituto del possesso come istituto autonomo distinto dalla proprietà, ad essa contrapposto. Non dubita infatti il Grozio di affermare *jure naturae nullum usum esse possessionis* (1). Nello stato di natura, l'occupazione, ossia la presa di possesso della cosa comune, non genera diritti di sorta: essa è solo la condizione necessaria, ma non sufficiente al sorgere della proprietà, richiedendosi

---

(1) Cfr. Samuelis L. B. de Cocceii, *Introductio ad Henrici L. B. de Cocceii Grotium illustratum*, ecc. (Lausannae, 1751), Dissert. vi, Caput v, *ubi Grotii sistema de possessione explicatur*.

a questo scopo un patto tacito o espresso di rinuncia allo stato di comunione e di consenso all'appropriazione individuale. Quindi, secondo il diritto di natura, il possesso si accompagna necessariamente colla proprietà, nè può da questa intendersi separato come uno speciale diritto (*jus possessionis*). Epperò il Grozio considera *pro praedone eum qui rogatus de possidendi causa nullam aliam affert, nisi quod possidet* (1). La separazione tra il possesso e la proprietà fu introdotta, secondo il Grozio, dal diritto positivo volontario per ragioni di convenienza e di utilità affatto estranee alla natura del possesso. *Possessoria judicia juris civilis sunt* (2). E tale è sostanzialmente l'opinione del Pufendorf (3).

Anche i giusnaturalisti che considerarono lo stato di natura come uno stato irrazionale di predominio degli istinti egoistici, antisociali (Hobbes), oppure dei sentimenti altruistici (Rousseau), se considerarono come naturale lo stato di fatto nascente dal possesso, sono concordi nel riconoscerne l'incompatibilità collo stato civile di ragione, nel quale il possesso, fondato su naturali tendenze dell'uomo, è sostituito dalla proprietà fondata nella legge esprimente una esigenza razionale. Nei giusnaturalisti pertanto seguaci dell'indirizzo empirico, il possesso riassume i rapporti di fatto sorgenti nello stato di natura, cioè nello stato che precede l'impero della ragione e della legge. Il possesso, afferma il Rousseau, « n'est que l'effet de la force ou le droit du premier occupant », in contrapposto alla proprietà « qui ne peut être fondée que sur un titre positif » (4).

Accanto alla tendenza diretta a eliminare il possesso dall'ordine giuridico come uno stato di fatto irrazionale, si rileva in seno alla scuola del diritto naturale la tendenza a razionalizzarlo, a trasformarlo in un vero e proprio diritto. Tale tendenza, che già si era rilevata nelle incertezze di pensiero del Grozio e del Pufendorf in ordine al possesso, si accentua col Wolf e solo col Kant perviene a completo sviluppo.

Conformemente alla tradizione dei giuristi, il Wolf fa consistere il possesso « magis in facto quam in jure », ma nel tempo stesso rico-

---

(1) Cfr. Grozio, *De jure belli ac pacis*, lib. II, c. 22, § 3.

(2) Cfr. Grozio, *De jure*, ecc., lib. III, c. 20, § 48. Altrove però il Grozio riconosce che anche *naturali jure melior est conditio possidentis* (*De jure*, ecc., lib. II, c. XXIII, § 11).

(3) Cfr. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, trad. Barbeyrac (4ª ed., Basle, 1732), lib. IV, c. IX, § 5 e seguenti.

(4) Cfr. Rousseau, *Contrat social* (ed. Dreyfus-Brisac), Paris, 1896, lib. I, c. VIII, p. 41.

nosce che dal fatto del possesso « jus quoddam sequitur quod jus possessionis appellatur » (1). Esiste dunque per il Wolf un vero e proprio *jus possessionis*, spettante al possessore *vi possessionis*, distinto così dal diritto di proprietà come dal *jus possedendi*, il quale è inerente alla natura del dominio e spetta al proprietario *vi domini*. Come e perchè un diritto nasca dal fatto del possesso non si spiega senza riconoscere nel possesso un fondamento razionale. E questo consiste, secondo il Wolf, nel principio di libertà naturale di disporre della cosa *instar domini*, a preferenza di chi non è proprietario o non ha ancora provato di esserlo (2).

Il principio di libertà per la prima volta dal Wolf era invocato a giustificare il possesso, e nell'invocarlo interpretava la generale tendenza dell'epoca, che era per la individualizzazione dei rapporti giuridici privati e per la loro giustificazione mediante il concetto di personalità e di libertà. Le cose esterne possono considerarsi proprietà di alcuno solo in quanto in ordine ad esse si esplica effettivamente la libera attività dell'individuo. Il possessore usa della sua libertà naturale e quindi del suo diritto mettendo in valore cose che, per il non uso o per l'abbandono in cui vennero lasciate, hanno perduto le traccie della personalità individuale e sono ritornate *res nullius* perchè nessuno può provare di essere proprietario. Il fatto che altri si sostituisce al proprietario nell'uso e nel godimento della cosa non deve far presumere in lui il diritto di proprietà sulla cosa, ma la rinuncia del proprietario

---

(1) Cfr. Ch. Wolfius, *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (Halle, 1742), Pars II, § 744 (nota). Il W. definisce il possesso: *detentio rei tamquam suae, sive quis eam suam esse putet, sive suam esse et ab aliis pro tali haberi velit.* Dopo di avere rilevato la mancanza di una definizione del possesso nei giureconsulti romani e le difficoltà incontrate dalla glossa e dagli interpreti, il W. riproduce la definizione di Costantino Hermonopulus: *detentio quae animo dominantis fit*, per dichiarare che essa corrisponde con quella da lui data: *dominari idem est ac ea facere quae jure dominii facere licet* (Id., § 150). In questa definizione dell'*animus* nel possesso di origine bizantina concorda tra i romanisti moderni il Bonfante: *Il punto di partenza nella teoria romana del possesso* (in *Studi Senesi*, vol. 23°, 1905-06, p. 171-183). Senonchè mentre l'opinione del Bonfante è fondata sulla interpretazione delle fonti romane in ordine al possesso giuridico, l'opinione del W. era la conseguenza del principio astratto che il possesso non era che proprietà presunta e doveva quindi foggiarsi a immagine e somiglianza della proprietà. Si aggiunga che mentre per il B. le espressioni *animus domini* e *animus dominantis* sono diverse, nel W. si equivalgono.

(2) Cfr. Wolfius, op. cit., § 739. « Est jus possessori competens particula quaedam libertatis naturalis, vi cuius etiam alteri permittendum ut faciat quod illicitum est, quandiu nil fit contra jus permittentis, adeoque quod quis nullo jure facit ».

al diritto di proprietà, per cui la cosa ritorna *res nullius* e diventa oggetto di occupazione. Il principio di ragione che giustificava il possesso dei diritti reali poteva logicamente estendersi all'esercizio di fatto di qualsiasi diritto, qualunque ne fosse l'oggetto. E tale è in realtà il pensiero del Wolf (1).

La dottrina del Wolf, malgrado si inspirasse ai principii del diritto naturale e come tale non potesse nè accogliere, nè giustificare la distinzione romana di possesso naturale e civile, non era scevra di elementi empirici (2). Il possesso consisteva pur sempre per il Wolf *magis in facto quam in jure*, e se come fatto poteva giustificarsi in omaggio al principio di libertà, non poteva però definirsi per un diritto (3). Per questo bisognava astrarre dal contenuto empirico e trasformarlo in concetto puro. Ciò fece il Kant colla nota distinzione tra il possesso fenomenico e il possesso intelligibile e colla diversa giustificazione che diede dell'uno e dell'altro (4).

Il possesso empirico nella dottrina kantiana si sostanzia nell'unione fisica della persona colla cosa, astraendo dall'intenzione colla quale la cosa è tenuta in unione con noi e dalla legittimità dell'unione. Tale rapporto fisico meramente esteriore, se non basta ancora a far considerare la cosa come propria di colui che la possiede, costituisce già per sè solo un diritto in perfetto accordo col postulato giuridico della libertà esterna. La posizione di chi è unito fisicamente alla cosa non si distingue per il Kant essenzialmente da quella del primo possessore, che, in armonia al postulato giuridico della libertà esterna, occupa la cosa comune e non è tenuto a provare (*beurkunden*) la legittimità del suo possesso (5). Il rispetto al possesso empiricamente inteso si risolve per il Kant in rispetto della personalità. Come ogni altro diritto, il possesso empirico è libertà esteriorizzata e deve essere rispettato finchè non sia dimostrato che esso è incompatibile colla uguale libertà altrui.

Che se si astrae dalla detenzione fisica il possesso si converte in un rapporto intelligibile, i cui termini sono l'io e ciò che è esterno all'io. Il possesso sciolto dalle condizioni empiriche di tempo e di luogo diventa la categoria suprema dell'ordine giuridico e ha per fondamento non il postulato giuridico della libertà, ma il postulato della ragion pratica, per cui ciò che è esterno deve potenzialmente considerarsi *das Seine*

---

(1) Cfr. Wolf, op. cit., § 774 e seguenti.
(2) Cfr. Wolf, op. cit., § 770.
(3) Cfr. Wolf, op. cit., § 150.
(4) Sulla nozione del possesso in Kant cfr. Solari, *Idea*, ecc., I, p. 212 e seg.
(5) Cfr. Kant, *Rechtslehre*, § 6.

di alcuno. Il possesso intelligibile identificato col rapporto giuridico nella sua massima generalità poteva riferirsi a qualsiasi diritto, personale o reale: la proprietà stessa ne costituiva una specie determinata. Col Kant il possesso si presentava empiricamente come estrinsecazione della libertà, idealmente come condizione essenziale della personalità. Ciò che era per i giuristi un fatto irrazionale, oppure la stessa proprietà presunta, si trasformava per Kant in un diritto vero e proprio, nel diritto per eccellenza, da cui tutti gli altri diritti potevano razionalmente derivarsi. Non il fatto del possesso, non la proprietà in esso presunta, ma la personalità stessa dell'uomo in rapporto ideale e necessario colla natura circostante costituì in ogni tempo, secondo il Kant, la giustificazione della difesa possessoria.

Varie pertanto e contrastanti erano sul finire del secolo XVIII le opinioni in ordine al possesso. Da un lato i giuristi, facendo opera di riduzione e di semplificazione della tradizione possessoria romana, erano col Cupero riusciti a raccogliere le varie forme intorno alla duplice nozione di possesso *civile* o giuridico, difeso come proprietà presunta e di cui era elemento costitutivo l'*animus domini*, e di possesso *naturale*, non giuridico, ossia non tutelato dalla legge, inteso come concetto essenzialmente negativo. Da parte loro i filosofi seguaci del Wolf e sopra tutto del Kant tendevano ad una concezione del possesso unitaria e razionale, e lo giustificavano per sè, come un diritto autonomo fondato sulla libertà e sulla personalità. La distinzione da essi preferita non era tra detenzione e possesso giuridico, ma tra possesso fisico e possesso intelligibile. Il possesso si trasformava per essi nel rapporto giuridico per eccellenza, in quanto esprimeva nella sua generalità astratta la personalità esteriorizzata non solo materialmente, ma anche solo in forma intelligibile. Di queste diverse e contrastanti influenze giuridiche e filosofiche in ordine al possesso si hanno traccie evidenti nei codici dell'epoca.

Nel Codice prussiano il possesso figura come istituto autonomo e per la prima volta in un testo legislativo si trovano insieme raccolte le norme che lo regolano (1). Non può dirsi che tali norme rispondano ad una concezione logica e unitaria: agli elementi romani prevalenti si associano elementi derivati dal diritto germanico, con tendenza ad estendere la nozione e gli effetti del possesso oltre i limiti segnati dalla tradizione. In omaggio alla quale è richiesto l'*animus domini* come condizione essenziale (§ 5), mentre si riconosce esplicitamente il possesso

(1) Cfr. *Allg. Landrecht f. die Preuss. Staaten* (1794), Erster Theil, 7ter Titel. La materia del possesso vi è distribuita in 250 paragrafi.

dei diritti (§ 7). Contrariamente alla dottrina semplicistica di Cupero e in conformità alla tradizione costante, il Codice prussiano riconosce il carattere giuridico al possesso così detto imperfetto (*unvollständiger Besitz*), nel quale manca l'*animus domini*, perchè non si possiede per sè, ma vi è l'*animus possessionis*, perchè il possessore dispone della cosa nel suo proprio interesse (precarista, creditore pignoratizio). Tanto il possesso perfetto quanto quello imperfetto sono ugualmente difesi (§ 146). Il distacco dalla tradizione romana e l'influenza germanica e canonica si rivelano nel riconoscimento giuridico della semplice detenzione (§§ 1-2) e nella protezione al detentore accordata nei rapporti coi terzi, se non nei rapporti col possessore (§ 144 e 148). Il principio della reintegrazione del possessore violentemente spogliato, qualunque sia la natura del suo possesso, è dal Codice prussiano esplicitamente riconosciuto (§ 146-147).

Donde segue che il principio della proprietà presunta non costituisce il presupposto razionale della difesa possessoria, secondo il Codice prussiano. Più d'ogni altro codice esso si è allontanato dalla tradizione romana, inspirandosi ai principii della filosofia wolfiana. Come in questa, così nel Codice prussiano la concezione del possesso come un diritto fondato sulla libertà naturale non è interamente sciolta dall'empirismo, e i vari elementi che in esso concorrono non appaiono ancora composti a unità teorica e pratica.

Mentre il Codice prussiano rappresenta in ordine al possesso, non senza incertezze, la tendenza ad allargarne la nozione, a considerarlo quasi un diritto fondato sulla libertà, il Codice Napoleone, in senso inverso, considera il possesso come una eccezione nel sistema del diritto, meritevole di difesa e di considerazione solo in quanto per segni non dubbi fa presumere l'esistenza del diritto reale. Fu decisiva sul Codice Napoleone l'influenza del Pothier, il quale riprodusse sul finire del secolo XVIII, in Francia, la dottrina antica di Bassiano e di Cuiaccio. Secondo questa dottrina non esiste che un'unica forma di possesso giuridico o civile, il possesso del proprietario, oppure il possesso che, per essere fondato sopra una *iusta adquisitionis causa*, fa presumere il diritto di proprietà. Cuiaccio riconosceva però accanto al possesso civile, che *jure vel animo domini possidetur*, un possesso naturale fondato sopra *alio jure quam dominii*, *veluti jure pignoris*, *vel jure usufructus*. Il Codice Napoleone, facendo del possesso l'accessorio della prescrizione acquisitiva e richiedendo in modo esplicito alla sua esistenza l'*animus domini*, restringeva notevolmente la nozione del possesso, negando ogni riconoscimento ed effetto giuridico non solo alla semplice detenzione, ma al possesso fondato sopra un titolo che non fosse quello

della proprietà (possesso del creditore pignoratizio, dell'usufruttuario, del precarista) (1). Nè solo la nozione del possesso giuridico era per tal modo ristretta, ma l'oggetto del possesso non può, secondo il Codice del 1804, essere che una cosa suscettibile di proprietà o di servitù. Sostanzialmente il legislatore francese, nel limitarne siffattamente la nozione e l'oggetto, dimostrava in modo non dubbio che egli non riconosceva al possesso il carattere e il significato di istituto giuridico autonomo e che proteggeva in esso non la signoria di fatto sulla cosa, ma il diritto reale, vero o presunto, che nel possesso si manifestava esteriormente. Con ciò il legislatore francese mostrava di trovarsi ben più nell'ordine di idee rappresentato da quei giusnaturalisti che negavano al possesso il carattere di istituto giuridico autonomo, che non nell'ordine di idee dei giuristi, preoccupati di svolgere la dottrina romana e medioevale del possesso e di adattarla alla coscienza giuridica moderna. Il Codice Napoleone contribuì con la sua autorità e diffusione a ritardare il naturale svolgimento della nozione giuridica del possesso, che i giuristi medioevali avevano tra mille contrasti felicemente iniziato. Sotto la sua influenza il possesso continuò nella legislazione e nella giurisprudenza ad essere limitato all'esercizio dei diritti reali, ad essere giustificato come proprietà presunta, nè fu considerato come l'esercizio di fatto dei diritti in generale, senza limiti nell'oggetto, non condizionato all'intenzione del proprietario.

Nel determinare la natura, l'estensione, il fondamento del possesso, il Codice austriaco subì più di ogni altro l'influenza del razionalismo giuridico dominante. E invero se, in omaggio alla tradizione classica prevalente, il possesso figura ancora nel sistema del Codice austriaco tra i diritti reali, la nozione e la difesa di esso comprendono il possesso in tutte le sue forme e gradazioni, dalle forme fisiche e fenomeniche in cui esso si manifesta e sotto le quali è generalmente inteso, alle forme astratte colte dalla ragione (2). Sempre e in ogni caso il possesso è per il Codice austriaco l'espressione della personalità sul mondo esterno, e come tale è difeso e distinto nettamente dalla detenzione,

---

(1) Il Codice Nap. tratta del possesso sotto il titolo XX, relativo alla prescrizione, al capo II, art. 2228-2235. L'accenno incidentale all'azione di reintegrazione fatto dal Codice all'art. 2060 non deve far credere a un riconoscimento giuridico della detenzione. L'azione di reintegrazione è ivi considerata non come un'azione civile, ma come azione nascente da delitto e come tale concessa al detentore. Cfr. Ruffini, *Actio spolii*, ecc., p. 446.

(2) Cfr. Cod. civ. austriaco, 2ª parte, 1ª sez., c. I, intorno al possesso, dal § 307-352.

in cui il potere sulla cosa non si accompagna coll'intenzione di averla come propria (§ 309) (1).

Accanto al possesso naturale rispondente al possesso fisico kantiano, in cui la signoria sulla cosa è intesa da un punto di vista materiale e oggetto del possesso sono le cose corporali, il Codice austriaco riconosce il possesso dei diritti e delle cose incorporali, in cui il rapporto è essenzialmente intellettuale e giuridico, nè si manifesta per segni esteriori e durevoli atti a prescrivere (§ 311-313). E siccome l'intenzione colla quale si possiede può fondarsi oggettivamente sopra un titolo valido all'acquisto del diritto, soggettivamente sopra motivi verosimili, così il Codice austriaco distingue tra possesso legittimo e di buona fede, a cui si contrappongono il possesso illegittimo e di mala fede (§§ 316, 326). Che se il possesso illegittimo e di mala fede è frutto della frode e della violenza, esso diventa anche vizioso (§ 345). In tutte queste forme si riscontra la nozione del possesso e a tutte si estende, sebbene in grado diverso, la difesa possessoria (§ 339). Fondamento della quale è in ogni caso la personalità. Se infatti il possesso sorge per l'occupazione di *res nullius*, la sua difesa non è che la difesa della libertà personale, secondo l'opinione del Wolf e del Kant (§ 317). Nel possesso derivato legittimo e di buona fede, la personalità è difesa indirettamente mediante il diritto che nel possesso si manifesta per segni non dubbi, nè può mai presumersi la illegittimità e la mala fede (§§ 323, 328). Nel possesso vizioso la personalità è di nuovo direttamente in gioco ed è difesa contro i pericoli della giustizia privata (§ 19). La teoria pertanto della proprietà presunta, invocata dai giuristi a giustificazione del possesso e che aveva trionfato nel Codice francese, non conviene al Codice austriaco, nel quale l'istituto del possesso è ricondotto a quel principio della personalità, che il Kant aveva elevato a principio fondamentale del diritto privato (2).

I codici pertanto nel disciplinare l'istituto del possesso rispecchiavano

---

(1) Sulla distinzione tra detenzione e possesso fisico insiste lo ZEILLER nel suo *Nat. Privat-Recht* (1802) di ispirazione kantiana.

(2) L'interpretazione che abbiamo dato del possesso nel C. aus. non è generalmente condivisa dai commentatori. Cfr. RANDA, *Der Besitz nach öster. Rechte* (4te Aufl., Leipzig, 1895), e le aggiunte del FORLANI alla trad. dell'opera del Jhering: *Sul fondamento della protezione del possesso* (Milano, 1872). Ma devesi, secondo noi, reagire contro il sistema di intendere gli istituti dei codici attraverso dottrine estranee ai tempi in cui i codici furono preparati. Ciò vale sopratutto per il Forlani, che fa ogni sforzo per ricondurre la materia possessoria del Cod. aus. alla nota teorica oggettiva del Jhering, del possesso inteso come la esteriorità della proprietà.

lo stato incerto della dottrina e della pratica. Nè può dirsi che abbia rappresentato un reale progresso il saggio sul possesso del Thibaut, pubblicato quasi contemporaneamente a quello del Savigny. Il saggio del Thibaut si riduceva infatti a un arido riassunto in vecchio stile delle idee dell'epoca in ordine al possesso (1). Conformemente al metodo astratto dominante, il Thibaut muove dalla determinazione generica del possesso, e, pur negando alla materialità del possesso (detenzione) ogni valore e significato giuridico, riconosce ad essa, nella forma di possesso naturale, la capacità di generare conseguenze giuridiche e di pretendere alla protezione da parte dello Stato, in quanto per il rapporto indissolubile tra la persona e la cosa, questa non può essere tolta senza violare il principio della personalità. A costituire il possesso in senso giuridico è necessaria la detenzione fondata sopra un titolo giuridico, il quale risulta dall'*animus detinendi*, dall'intenzione di rivolgere il fatto del possesso ad uso proprio ed esclusivo (2). La personalità che insiste sulla cosa è per il Thibaut, dominato dalle dottrine filosofiche dell'epoca, il fondamento vero del possesso: quando essa manca o si perde, vien meno il possesso (3). Ma il

---

(1) Cfr. THIBAUT, *Ueber Besitz und Verjährung* (Jena, 1802). Esiste la traduzione italiana del Turchiarulo (Napoli, 1854). L'opera di CUPERO sul possesso (*Observationes selectae de natura possessionis*) è del 1789, e il Thibaut dichiara di seguirne la dottrina nel suo *Besitz* (§ 11, nota). Ma nelle note aggiunte alla 2ª ediz. dell'opera di Cupero, da lui stesso curata (1804), il Thibaut si schierava col Savigny e ne riprodusse l'opinione nelle prime edizioni delle *Pandette*. Ma già nelle *Civilistische Abhandlungen* (Heidelberg, 1814, p. 339-340), ritorna alla dottrina di Cupero, e questa accolse risolutamente nell'ottava e ultima edizione delle *Pandette* del 1834 (§ 209. e nota *k*) e nella dissertazione *Ueber possessio civilis und naturalis* (in *Archiv f. civ. Praxis*, vol. XVIII, 1835, p. 315-364). Le oscillazioni del Th. in ordine al possesso sono il riflesso del contrasto fondamentale del suo pensiero tra le esigenze pratiche e filosofiche. Come giurista e conoscitore profondo delle fonti romane non poteva essere con Cupero; d'altra parte, cedendo alle esigenze logiche del suo pensiero, egli doveva col Cupero accogliere una dottrina possessoria semplice e razionale, rispetto alla quale la concezione romana non aveva che un valore empirico e relativo.

(2) Cfr. THIBAUT, *Ueber Besitz*, ecc., § 2.

(3) Tale giustificazione del possesso, che è implicita se non esplicita nel saggio sul *Besitz*, non corrisponde a quella che il THIBAUT accolse nella 8ª edizione (Jena, 1834) del *System des Pandekten-Rechts* (vol. I, § 203-204). Quivi sostiene che il possesso è un fatto (*factische Zustand*) protetto non per sè, ma in base al principio razionalmente necessario « che nessuno può sopraffare giuridicamente un altro, a meno che non abbia motivi prevalenti, costituiti da un diritto migliore ». Tra quelli che, seguendo il Savigny, facevano del possesso un fatto e quelli che lo consideravano un diritto, il Thibaut prende posizione intermedia e fa del possesso un diritto relativo, a cui è concessa una protezione del pari relativa, valida soltanto contro gli attacchi arbitrari o fondati su diritti meno

Thibaut, da giurista profondamente versato nello studio del diritto romano e positivo, doveva rilevare il disaccordo tra questa semplice quanto razionale concezione del possesso, rispondente allo spirito dell'epoca e alle esigenze logiche del suo pensiero, e la dottrina possessoria dominante nella pratica e nella legislazione, la quale poteva con quella conciliarsi solo in virtù di finzioni e di eccezioni. Il Thibaut, infatti, si dà cura nel suo saggio di rilevare i vari casi, in cui le leggi positive riconoscono la qualità di possessore a chi non possiede nel senso voluto dalla teoria, e viceversa i casi in cui la qualità di possessore è negata, pur ricorrendo le condizioni del possesso giuridico (1).

Le oscillazioni e le incertezze del Thibaut in ordine al possesso erano quelle dei giuristi suoi contemporanei, incerti tra la tradizione classica e l'influenza sempre maggiore esercitata dai filosofi della scuola kantiana, colla loro tendenza a determinare *a priori* il concetto del possesso, astraendo dalle forme storiche, dalle disposizioni stesse delle leggi positive in cui si concretava. Già il Wolf aveva rilevato che la distinzione romana tra possesso naturale e civile non aveva senso nel sistema del diritto di natura, per il quale non esiste che una sola forma di possesso, quello che ha per fondamento la libertà umana. Tale possesso, che è il solo veramente naturale o razionale, diventa giuridico in quanto è riconosciuto e difeso dalle leggi positive (2). Dal canto suo il Kant, facendo del possesso un concetto *a priori* derivato dalla personalità, mentre lo elevava a dignità di diritto, sopprimeva l'antitesi possesso-proprietà, distruggeva la nozione di possesso naturale, quale i giuristi intendevano, non potendosi concepire lesione di personalità e quindi difesa possessoria in un rapporto nel quale la personalità, nella forma di intenzione di possedere, è assente. Unica distinzione che aveva valore reale per i giuristi seguaci del Kant era quella di possesso fisico e di possesso intelligibile, che rispecchiava nel dominio del possesso la distinzione kantiana tra realtà fenomenica e realtà noumenica, distinzione che non era affatto estranea alla coscienza giuridica, come quella che era stata in ogni tempo adombrata nella distinzione tra possesso materiale e immateriale.

Di mezzo a tanti contrasti e incertezze della teoria e della pratica il saggio del Savigny sul possesso apparve veramente come una rivelazione, come una meteora, osserva il Bruns, in una notte oscura (3).

---

forti. Cfr. la critica che ne fece il Jhering, *Sul fondamento della protezione del possesso* (trad. Forlani, Milano, 1872), p. 18-19.

(1) Cfr. Thibaut, *Ueber Besitz*, ecc., II Abs., § 7-23.

(2) Cfr. Wolf, *Jus naturae*, ecc., § 770.

(3) La 1ª ediz. del *Das Recht des Besitzes* del Savigny è del 1803. Le altre sei edizioni sono rispettivamente del 1806, 1818, 1822, 1827, 1836. Una 7ª ediz.

Tra i filosofi giuristi e i giuristi filosofi il Savigny si aprì una nuova via, mercè l'applicazione di quel metodo storico che l'Hugo aveva inaugurato. E l'importanza dei risultati raggiunti in confronto alla semplicità dei mezzi adoperati raccolse intorno all'opera del Savigny la generale approvazione non solo di ammiratori come l'Hugo, ma di avversari come il Thibaut (1). Comprese il Savigny la necessità di ricostruire storicamente l'istituto del possesso attraverso alle deviazioni e alle alterazioni della tradizione e della speculazione. Perciò si rifece alle origini, alle fonti romane, che erano state il punto di partenza della elaborazione ulteriore e che col tempo si erano oscurate e quasi perdute. Il possesso romano, nella sua configurazione giuridica, nelle cause storiche che lo produssero, nel suo fondamento razionale rivisse nell'opera del Savigny e divenne il punto di partenza di una nuova elaborazione teorica e pratica.

Col Savigny il possesso come istituto giuridico riacquista intera la sua autonomia nei rapporti colla proprietà. Egli cominciò dal distinguere il possesso come istituto a sè, dal possesso come condizione necessaria di esercizio del diritto di proprietà. La nozione della proprietà implica il *jus possidendi* come nota essenziale. Così inteso il possesso non giustificherebbe una teoria distinta da quella della proprietà e possessore non sarebbe che il proprietario. Intanto ha ragione d'essere una teoria speciale sul possesso in quanto questo non è considerato come l'effetto di altri diritti, ma è esso stesso causa o condizione di diritti. A questo riguardo il Savigny si chiese se e quali diritti esistevano in Roma, i quali ammettevano come condizione necessaria di esistenza il fatto del possesso. Non è quindi questione del *jus possidendi* del proprietario e neppure del fatto puro e semplice della detenzione, che come tale è fuori del territorio giuridico, ma del possesso in senso giuridico in quanto cioè è suscettibile di conseguenze giuridiche e genera un vero e proprio « Recht des Besitzes » (*jus possessionis*) (2).

L'indagine diligente delle fonti permise al Savigny di poter affermare che in soli due casi presso i romani il possesso puro, in quanto

---

fu pubblicata nel 1865 dal Rudorff, dopo la morte del Savigny, con note lasciate da quest'ultimo e con una appendice del Rudorff stesso sullo stato attuale della dottrina. Esistono le traduzioni italiane del *Conticini* (Firenze, 1839) e dell'*Andreoli* (Napoli, 1854) fatte sulla 6ª edizione. Noi citiamo dalla 3ª edizione della traduzione francese dello *Staedtler* (Bruxelles, 1879), fatta sulla edizione del Rudorff.

(1) Cfr. Hugo, *Gott. gel. Anz.* cit., 1804, p. 289 e seg.; Thibaut, *Allg. Literaturzeitung*, 1804, n. 41.

(2) Cfr. Savigny, *Traite de la possession en droit romain.* (Trad. *Staedtler* cit.), § 1.

distinto dalla proprietà, generava conseguenze giuridiche, nel caso della usucapione, che era un istituto del diritto civile, e nel caso di difesa contro le turbative mediante gli interdetti del diritto pretorio. Solo per i casi di usucapione e di interdetti il possesso assurgeva a dignità di istituzione giuridica, e le norme giuridiche che lo riguardavano non avevano altro scopo che di determinare la possibilità della usucapione o l'applicazione degli interdetti (1). Due forme pertanto assume il possesso giuridico: in quanto porta all'usucapione, che era istituto del diritto civile, dicesi *possessio civilis*; in quanto costituisce il fondamento degli interdetti dicesi *possessio* semplicemente. In contrapposizione al possesso giuridico sorge la nozione affatto negativa della *naturalis possessio*, la quale è la detenzione a cui mancano le condizioni per originare il possesso giuridico. Siccome poi il possesso necessario per l'usucapione comprende il possesso degli interdetti ma non viceversa, così si hanno due forme di possesso naturale, l'una contrapposta al possesso giuridico in tutte le sue forme, l'altra che esclude l'usucapione, ma ammette la difesa degli interdetti; nell'un caso la negazione del possesso giuridico è totale, nell'altro caso è solo parziale; i due casi però sebbene diversi venivano nelle fonti compresi sotto la comune denominazione di possesso naturale (2).

È oramai evidente l'aspetto nuovo sotto il quale presentavasi col Savigny il possesso. Mentre gli uni lo consideravano un diritto fondato sulla personalità e altri lo degradavano così da farne l'esercizio di fatto della proprietà effettiva o presunta, il Savigny afferma risolutamente che il possesso per la sua origine, per la sua natura è un fatto, non un diritto, è un potere puramente naturale sulla cosa, che non ha nulla in sè di giuridico e come tale può sorgere dalla violenza, non è sottoposto a norme, non è capace nè di acquisto nè di perdita, nè di trasferimento in senso giuridico. Ma il fatto del possesso in quanto era capace per il concorso di certe condizioni di originare effetti giuridici, poteva considerarsi un diritto se non rispetto alla usucapione, di cui costituiva solo la giusta causa, rispetto agli interdetti, della cui natura personale partecipava. Non essendo diritto per sè, ma per gli effetti prodotti, il possesso non trova posto nel sistema dei diritti, assumendo il carattere e il significato reale o personale dei diritti da esso prodotti (3).

La detenzione per sè sola è condizione necessaria, non sufficiente

---

(1) Cfr. Savigny, *Traité*, ecc., § 2-4.

(2) Cfr. Savigny, *Traité*, ecc., § 7. In ordine ai precedenti storici del sistema del S. cfr. Bonfante, *La possessio civilis*, ecc., cit., p. 203.

(3) Cfr. Savigny, *Traité*, ecc., § 5-6.

al sorgere del possesso giuridico. È necessario che al potere fisico sulla cosa vada congiunto l'*animus possidendi*, inteso come volontà di esercitare sulla cosa il diritto di proprietà (*animus domini*), di considerarla come propria (*animus sibi habendi*), mentre non è richiesta l'*opinio dominii*. L'espressione *animus domini* applicata al possesso voleva per Savigny significare che agli effetti del possesso giuridico si richiede una volontà misurata da ciò che il proprietario può fare sulla cosa oggetto di proprietà, non già che la volontà del possessore sia quella stessa del proprietario, ciò che sarebbe assurdo ad es. per il caso in cui il possessore fosse il ladro (1).

Nel modo di intendere l'*animus* consiste uno degli aspetti più notevoli della dottrina possessoria del Savigny, l'aspetto per cui essa passò nella storia del possesso a rappresentare la fase così detta soggettiva o, più chiaramente, individualista e razionalista. Che a principio del secolo XIX l'idea storica (non il metodo) facesse al Savigny completamente difetto, e il suo pensiero, come quello dell'Hugo e parzialmente del Thibaut, pur accogliendo il metodo storico si svolgesse nell'orbita del razionalismo e del soggettivismo giuridico kantiano, basterebbe a provarlo l'opera del *Besitz* e il significato che in esso prese l'elemento dell'*animus*. Nell'intendere e nel giustificare il fatto del possesso, il Savigny subì l'influenza di quel rivolgimento filosofico che il Kant aveva iniziato e che nell'ordine giuridico doveva manifestarsi colla prevalenza degli elementi soggettivi sugli elementi esterni oggettivi. Ben si appone pertanto il Sokolowski nel rilevare nella teoria del possesso del Savigny influenze kantiane e nel fondare questa sua affermazione sulla natura e sul significato dell'*animus*, che il Savigny pone come elemento essenziale all'esistenza del possesso giuridico (2).

Abbiamo altrove rilevato il carattere realistico e intellettualistico della dottrina possessoria romana (3). L'*animus* esprimeva presso i romani l'elemento intellettuale che non può mai mancare in un qualsiasi rapporto giuridico reale. Nel caso speciale del possesso l'*animus* significava che l'apprensione della cosa doveva farsi non solo fisicamente, ma anche intellettualmente, doveva, in altre parole, riferirsi non solo alle qualità sensibili dell'oggetto, ma alle sue qualità essenziali, che solamente

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Traité*, ecc., § 9 e nota 4ª.

(2) Cfr. SOKOLOWSKI, *Philosophie im Privatrecht*, II Bd. *Der Besitz* (Halle, 1907), p. 218 e seg. Anche il DERNBURG riconosce l'influenza kantiana sulla dottrina possessoria del Savigny in *System d. rom. Rechts: Der Pandekten*, 8te Aufl. I Teil (Berlin 1910) § 143 nota 1.

(3) Cfr. SOLARI, *L'idea individuale*, ecc., I, p. 211-212.

l'intelletto può cogliere. Quanto al significato specifico dell'espressione « animus possidendi », usata dai romani per esprimere l'elemento intellettuale nel possesso, il pensiero dei giureconsulti non è chiaro, per cui si resero possibili le interpretazioni più diverse e disparate.

Si afferma generalmente che i romani si formarono del possesso una concezione assai ristretta. Ciò è vero in ordine all'oggetto del possesso, avendo i romani limitato, in origine almeno, la nozione del possesso all'esercizio di fatto dei diritti che si concretavano in un oggetto esterno visibile, con esclusione dei *iura in re* e dei rapporti obbligatori (1); ma in ordine all'elemento intellettuale nel possesso essi lo intesero così largamente da comprendere non solo i possessori *pro suo*, ma anche quelli *alieno nomine*, non solo i possessori in buona fede, ma anche quelli in cattiva fede, non solo i possessori che fondavano il loro possesso sull'esistenza di un titolo valido, ma ancora i possessori illegittimi. L'espressione *animus possidendi* da essi adoperata per definire l'intenzione nel possesso si prestava nella sua genuina significazione a comprendere tutte le possibili determinazioni del possesso, e dimostra come fosse fin da quell'epoca avvertito il bisogno di difendere la persona contro le aggressioni che ledono un rapporto colla cosa, di qualunque genere e di qualunque estensione fosse tale rapporto.

Nella evoluzione giuridica posteriore la nozione del possesso giuridico si allarga in ordine all'oggetto, così da comprendere l'esercizio di qualsiasi diritto anche immateriale, ma si irrigidisce la concezione dell'*animus possidendi* fino a identificarsi coll'*animus domini*, di cui non è mai fatto parola nelle fonti romane. Già negli scrittori bizantini l'*animus* assume il significato specifico di *animus dominantis*, per cui a costituire il possesso occorre nel possessore l'intenzione di dominare, di signoreggiare

---

(1) La *quasi juris possessio*, secondo l'opinione più accreditata dagli odierni romanisti, appartiene all'età classica e imperiale del diritto romano. Cfr. PACCHIONI, *Corso di dir. rom.*, II (Torino, 1910), pag. 239 e nota 1); DERNBURG, *System.* ecc. § 154. — Nè a ciò contraddice la tesi sostenuta dal Bonfante e dal Sokolowski, secondo cui nell'antico diritto romano mancava la distinzione tra cose corporali e incorporali (Cfr. BONFANTE, *Lezioni di Dir. Rom.*: *Diritti reali*, per cura di F. Carughi e E. Meazza, Pavia 1909, c. II, § 5) e oggetto del possesso, osserva il Sokolowski (Op. cit., II Bd., c. II, § 8), non erano solo le cose fisicamente e materialmente determinate, ma anche le cose idealmente apprese nella loro essenza (εἶδος), in fuori da qualsiasi contatto materiale. Con ciò si vuol dire che l'*adprehensio corpore* comprendeva non solo la materialità della apprensione, ma anche la possibilità di essa. In ogni caso un substrato fisico, reale o potenzialmente determinabile era pur sempre necessario a costituire il possesso, laddove tale substrato mancava nella *juris possessio*.

a cosa in linea di fatto (1). Con ciò si veniva a distinguere tra i possessori *animo possidendi* e possessori *animo dominantis*; se ai primi non era negata la difesa possessoria, solo i secondi potevano considerarsi possessori in senso giuridico. Coi glossatori si accentua il movimento diretto a ravvicinare la nozione del possesso a quella della proprietà, e a misura che tale movimento si estende vediamo il possesso trasformarsi da rapporto di fatto in rapporto di diritto. Nel Piacentino già ricorre l'espressione *animus domini* per indicare l'elemento intellettuale nel possesso. Solo chi possiede *pro suo* è possessore nel senso giuridico, mentre, fraintendendo i termini romani, si parla di possesso naturale per indicare il possessore *alieno nomine*.

La stessa tendenza spiega il favore incontrato nei primi secoli dell'età

---

(1) Secondo il Bonfante l'*animus possidendi* deve intendersi come *animus dominantis*. Egli considera i casi di possesso giuridico, sebbene manchi l'*animus* in tal senso (creditore pignoratizio, precarista, sequestratario), come eccezioni spiegabili col fatto che tale *animus* esisteva nella forma originaria di quei rapporti. Cfr. Bonfante, *Diritto romano* (Firenze, 1900), c. ix; Id., *Il punto di partenza nella teoria romana del possesso* (in *Studi in onore di L. Moriani*, Torino, 1906, vol. ii, p. 171 e seg.). Cfr. le riserve del Pacchioni a tale teorica in *Corso*, ecc. vol. ii, p. 218-219. Più larga e generica, e come tale più rispondente a verità, è l'opinione dello Scialoja (*Il possesso del precarista* in *Studi per l'8° centenario dell'Università di Bologna*, Roma, 1888, p. 239), secondo la quale l'*animus possidendi* deve intendersi come « animo di stare in diretto, indipendente rapporto con la cosa », per cui dalla nozione del possesso rimarrebbero esclusi i soli casi di semplice detenzione, nei quali o manca l'*animus*, oppure l'*animus possidendi* è distrutto dall'*animus* di stare in rapporto diretto con una persona, alla quale il rapporto con la cosa è attribuito. L'opinione dello Scialoja non rimane, secondo noi, infirmata dal fatto che i romani negarono talora il possesso giuridico, malgrado l'esistenza di un rapporto diretto e indipendente colla cosa, come ad es. nel caso dell'usufruttuario. Motivi speciali potevano praticamente ricorrere, per i quali fosse opportuno negare la qualità di possessore giuridico, malgrado l'esistenza dei requisiti generici del possesso. D'altra parte, se si comprende facilmente l'esclusione del possesso per la mancanza dell'*animus possidendi*, non si comprende tale esclusione (come lo Scialoja sostiene) per il fatto di possedere in nome di altri. L'esistenza di un rapporto personale non esclude l'*animus possidendi* e con esso la nozione del possesso nella sua più generale significazione; potrà escludere quella forma speciale di possesso che si dice giuridico, per il quale occorre non solo l'animo generico di possedere, ma l'animo accompagnato da un qualche elemento positivo, oltre a quello della volontà diretta a stare in rapporto con la cosa. Il fatto che i romani negarono la qualità di possessore giuridico al colono, al commodatario, al mandatario, ecc., significa, o che essi non portarono la nozione generica del possesso alle sue ultime e logiche conseguenze, oppure che, svolgendosi la nozione del possesso in forme varie e determinate, richiedevano, per la forma speciale del possesso civile o giuridico, requisiti speciali di esistenza.

moderna dalla teoria che giustificava razionalmente il possesso come proprietà presunta. Tale teoria rispondeva alla tendenza dei giusnaturalisti a razionalizzare e a individualizzare i rapporti giuridici e quindi a dare al possessore l'anima del proprietario. Col Kant non solo la nozione del possesso diventa incompatibile con quella di detenzione, ma il possesso si trasforma in un rapporto intelligibile e diventa la categoria suprema dell'ordine giuridico.

Il Savigny nella prima fase della sua attività scientifica, alla quale corrisponde il saggio sul *Possesso*, subì più di quanto non si creda l'influenza kantiana (1). Nè ciò deve far meraviglia se si pensa che il *Possesso* cade nell'epoca in cui maggiore era il fascino esercitato dal Kant; d'altro canto il Savigny pubblicando tale saggio ancora non pensava a contrapporre una sua propria concezione del diritto a quella razionalista dominante; piuttosto mirava, come l'Hugo, a contrapporre un nuovo metodo fondato sullo studio diretto delle fonti, al metodo *a priori* dominante negli studi di diritto privato. E fu studiando direttamente le fonti romane che il possesso gli apparve come un rapporto di fatto estragiuridico, contrariamente all'opinione dei filosofi che lo avevano trasformato in un diritto analogo alla proprietà.

L'influenza kantiana si rivela invece nella determinazione generica e specifica dell'*animus* nel possesso. In questa parte il Savigny si allontanava dalla tradizione romana, per la quale l'*animus* era l'apprensione intellettuale della cosa e il rapporto da cui risultava il possesso era inteso ben più come un rapporto intellettuale che non come un rapporto volitivo. Se ciò è vero (e il Sokolowski lo ha dimostrato) il Savigny si formò dell'*animus* nei suoi rapporti col *corpus* un ben diverso concetto, intendendolo sopratutto come una determinazione del volere, come *Besitzwille*, in conformità a quella tendenza a soggettivare i rapporti giuridici privati che era certamente di origine kantiana.

Col Kant concorda ancora il Savigny nella definizione specifica dell'*animus*. Per entrambi, infatti, l'atto soggettivo di volontà, in cui l'*animus* genericamente consiste, deve essere diretto ad avere la cosa come propria, per cui l'*animus possidendi* delle fonti si risolve anche

---

(1) Il Savigny, prima di pubblicare il *Besitz* a 24 anni, fu un cultore appassionato della filosofia, e subì col Fichte e collo Schelling il fascino del Kant e della sua speculazione. I suoi viaggi di studio in Sassonia, alle Università di Jena, Halle, Lipsia, furono determinati sopratutto da ragioni filosofiche. Le lettere scritte dal Savigny in quest'epoca lo confermano. Cfr. STOLL, *Fr. C. v. Savignys sächsische Studienreise 1789 und 1800*, nel *Programm des Königl. Friedrichs-Gymnasium zu Kassel 1889-90.*

per il Savigny nell'*animus domini*. Per i casi in cui le fonti romane riconoscevano il possesso giuridico, malgrado la mancanza dell'*animus domini*, il Savigny trovò l'arbitrario concetto del *possesso derivato* e dell'*animus repraesentandi*. Ma come aveva distinto il fatto del possesso dal diritto di proprietà, così non confuse l'*animus domini* richiesto per il possesso, con l'*animus* del proprietario. Avere l'*animus domini* non significa per lui essere proprietario, come per il Kant, ma significa solo valutare la volontà del possessore alla stregua di quella del proprietario. La proprietà è indipendente dall'*animus domini* e l'intenzione di trattare la cosa da proprietario non implica esserlo effettivamente. Questa distinzione, che è fondamentale nel Savigny e che gli fu suggerita dal suo acuto senso giuridico, non si riscontra nel Kant, che non distinse essenzialmente tra possesso e proprietà.

Contro i giusnaturalisti filosofi, che tendevano a trattare del possesso con criteri metafisici, contro i giureconsulti pratici, ligi alla tradizione, anche se incerta e incoerente, il Savigny affermò il nuovo metodo di studio iniziato dall'Hugo, secondo il quale le istituzioni giuridiche devono essere riportate alle loro fonti naturali, e da queste devesi movere alla loro interpretazione. Col saggio sul possesso del Savigny il metodo storico faceva il suo ingresso solenne negli studi di diritto privato e vi si stabiliva definitivamente. Ma la bontà e l'oggettività del metodo seguìto, se permise al Savigny di riconoscere nel possesso il valore di un fatto, non gli impedì di interpretarlo coi criteri individualisti e soggettivi dell'epoca sua. Il fatto del possesso come tale non genera per il Savigny il diritto se non è ragionato e voluto. Le esigenze della pace e della sicurezza, le considerazioni d'indole economica e sociale, l'interesse dei terzi cedono di fronte alla personalità, che si rivela nel possesso come intenzione di tenere la cosa e che ne costituisce la vera essenza. Tutto infatti nella teoria del Savigny è subordinato all'intenzione, a questo elemento soggettivo e individuale, la cui esistenza non può praticamente provarsi se non presumendola. È evidente l'esclusivismo di questa traduzione dell'istituto romano del possesso in termini e in valori del secolo XVIII, sopratutto da parte di un seguace del metodo storico che si proponeva di ricostruire la dottrina romana del possesso sulla interpretazione oggettiva delle fonti. La dottrina del Savigny contrastava colla lettera delle fonti e sopratutto collo spirito del possesso romano, nel quale l'elemento intenzionale aveva valore generico e oggettivo, nè poteva intendersi separato dall'elemento fisico in cui si concretava.

La stessa influenza della speculazione filosofica del secolo XVIII portò il Savigny a giustificare il possesso romano mediante la dottrina della

personalità, dottrina che meglio si adattava a giustificare quelle forme di possesso medioevale che, a detta del Savigny, rappresentavano delle alterazioni, delle sconciature del diritto romano, sorte in un'età di ignoranza e di traviamento scientifico. « Il fondamento della protezione del possesso si trova nel rapporto esistente tra il fatto stesso del possesso e la persona del possessore. La inviolabilità di questa porta alla difesa del possesso contro ogni turbativa, che colpirebbe in pari tempo la persona. La persona come tale deve essere protetta contro ogni violenza, imperciocchè la violenza contro di essa è sempre contraria al diritto » (1). La giustificazione del possesso mediante la personalità era perfettamente logica nei giusnaturalisti e nel Kant, che riconoscevano nel possesso la natura di un diritto e disdegnando le ragioni storiche degli istituti giuridici ne ricercavano i motivi razionali, ma male si comprende nel Savigny, seguace del metodo storico, per il quale il possesso ha valore di un fatto, non regolato da norme razionali e morali, che la violenza può far acquistare o perdere. Nè le difficoltà sono superate riconoscendo che se la causa della personalità non è in gioco direttamente nel possesso, lo è indirettamente per il danno derivante al possessore dalla turbativa. Con ciò si trasforma la difesa civile del possesso in una difesa essenzialmente penale, e si riconosce che il possesso non è difeso per sè, per il principio di personalità che in esso si rileva, ma per un principio ad esso estraneo, per la violenza usata contro la persona del possessore in occasione del suo possesso.

Astraendo dalla difficoltà di conciliare tale dottrina colle fonti romane che negavano la difesa possessoria al possessore *alieno nomine*, ancorchè fosse vittima della violenza (2), sembra a noi che la dottrina del Savigny contrasti colla logica giuridica e colle ragioni che determinarono in Roma la difesa possessoria. La turbativa del possesso non è sempre e necessariamente ingiusta, e, anche se ingiusta, non sempre si svolge in forme violente e delittuose, tali cioè da implicare la lesione della personalità e da giustificare il sorgere di una azione penale. La violenza può dirsi ingiusta se e in quanto è leso un diritto; ma nel possesso, concepito come un fatto, nessun diritto, nè reale nè presunto, è leso, e non può quindi parlarsi di ingiusta sottrazione del possesso. Di ciò del resto il Savigny stesso mostrò di essere convinto, riconoscendo

---

(1) Cfr. Savigny, *De la poss.*, ecc., tr. Staedtler, § 6, p. 33-34.

(2) Il Jhering ha dimostrato l'incompatibilità della dottrina del Savigny con la struttura giuridica del possesso romano (in *Fondamento*, ecc., cit., trad. Forlani, p. 6 e seg.). Al Bonfante gli argomenti del S. non sembrano decisivi. Cfr. Bonfante, *La possessio civilis*, ecc., p. 200, nota.

esplicitamente la verità intrinseca della dottrina che giustificava il possesso come proprietà presunta, e nella difesa del possesso scorgeva la difesa non di un semplice fatto, ma di un fatto che era l'ombra della proprietà (1). Malgrado il valore logico della dottrina tradizionale, il Savigny non l'accolse, perchè in aperto contrasto colla concezione romana del possesso e si attenne alla giustificazione negativa del possesso mediante il principio di personalità, per cui la difesa del fatto irrazionale e extralegale del possesso si giustificava per la lesione eventuale che alla persona poteva derivare dalla sua turbativa. Questa giustificazione, che i canonisti avevano escogitato per giustificare i rimedi eccezionali del *summarissimum* e dell'*actio spolii*, concessi a qualsiasi possessore, qualunque fosse la natura del suo possesso, il Savigny estende al possesso romano, senza riguardo alle ragioni storiche che ne avevano determinato l'origine e lo svolgimento, mostrando quasi di ignorare la scarsa influenza che sulla formazione degli istituti giuridici romani ebbero gli elementi soggettivi e l'idea stessa della personalità.

Non può sfuggire ad alcuno l'importanza secondaria che ha nell'opera del Savigny la quistione dell'origine storica e delle cause sociali del possesso. Di questo egli indagò sopratutto la natura giuridica, trascurando le ragioni storiche e sociali. In ordine alle quali egli mostra di non avere una opinione propria, costante. Mentre infatti nelle prime edizioni dell'opera sua (1803, 1806) egli spiegò il sorgere degli interdetti mediante la necessità di garantire la usucapione cominciata, ma non compiuta, nella terza edizione (1810) aderisce pienamente all'ipotesi storica dell'*ager publicus* sostenuta dal Niebuhr, e nella sesta edizione (1836) dichiara che la base della teoria si era nuovamente modificata (2).

Il Savigny nel *Possesso*, come l'Hugo, come molti seguaci del metodo storico nel secolo XIX, mentre applicava il metodo storico e ne accoglieva i risultati, continuò a intendere gli istituti del diritto privato coi criteri propri dell'età dell'individualismo e del soggettivismo giuridico.

---

(1) Nella 3ª, 4ª e 5ª ediz. del *Besitz* così il Savigny si esprime alla fine del § 2: « Se si domanda perchè sia stata introdotta questa specie di protezione, vale a dire perchè l'espulso debba riacquistare il possesso perduto (che forse è affatto ingiusto), si può dire certamente che questa protezione è riposta nella generale presunzione che il possessore può essere proprietario ». Nella 6ª edizione questo passo fu tolto, e l'A. in nota soggiunge che mutò opinione e ne dà le ragioni nelle aggiunte al § 6 e al § 36. Ma in un'aggiunta in nota della 7ª ediz. (trad. Staedtler, p. 57) il Savigny dichiara che tale presunzione « non è da rigettarsi per sè stessa, perchè di fatto la maggior parte dei possessori sono veri aventi diritto, ma deve rigettarsi in considerazione dello sviluppo speciale che ha avuto la teoria romana del possesso ».

(2) Cfr. SAVIGNY, *De la posses.*, ecc., § 12 a.

Ma non era agevole cosa ridurre i fatti storici a postulati razionali che erano stati posti non per intendere i fatti della storia, ma in opposizione ad essi per condannarli. I giusnaturalisti non nascondevano la loro avversione per la realtà storica, epperò potevano foggiare liberamente le dottrine in armonia colle loro aspirazioni ideali, subordinando ad esse gli istituti del diritto positivo. Ciò non poteva fare un seguace del metodo storico, per cui il Savigny venne a trovarsi nella necessità di serbar fede alla verità storica e di subire la generale direzione del pensiero filosofico dominante, anche quando essa era incompatibile coi risultati della critica storica. Questo dissidio tra il metodo e i principii doveva, almeno empiricamente, comporsi posteriormente coll'affermarsi della concezione storica del diritto: ma il *Possesso* fu concepito e pubblicato in un'epoca in cui si credeva ancora dall'Hugo, dal Thibaut, dal Savigny stesso, alla possibilità di conciliare il metodo storico coi principii del razionalismo kantiano.

Il rapporto tra l'*ager occupatorius* e il possesso, rilevato e dimostrato dal Niebuhr, apriva la via alla soluzione del problema storico del possesso, tanto più che il Niebuhr, a differenza del Savigny, ebbe cura di tener distinta la causa storica del possesso in Roma con la generale origine di esso. L'occupazione dell'*ager publicus*, che le guerre avevano notevolmente ampliato, fu la causa determinante prossima del sorgere in Roma dei rapporti possessorî in contrapposizione ai rapporti di proprietà. A dare speciale rilievo in Roma al possesso, a determinarne lo sviluppo giuridico caratteristico, contribuì la sua coesistenza col regime della proprietà quiritaria. Se non che la distinzione e la contrapposizione dei due regimi di appropriazione rispondono ad una fase già progredita nella storia del possesso e della proprietà del suolo. Le ricerche storiche che si fecero al riguardo non lasciano alcun dubbio su quanto il Niebuhr aveva lasciato intravvedere, che il possesso romano non era che un caso speciale di un fenomeno storico universale e costante.

Già tra i giusnaturalisti molti avevano intuito la priorità del possesso e dei rapporti relativi sui rapporti di proprietà, e mentre facevano risalire quelli allo stato di natura, consideravano questi il risultato di un patto o la conseguenza dello stato civile. La loro tesi, ripresa nel secolo XIX dal Proudhon e dagli scrittori della scuola comunista francese, fu combattuta con argomenti essenzialmente logici. Se, come dicevasi, il possesso è l'esercizio della proprietà, razionalmente l'idea di proprietà precede quella del possesso, perchè il diritto logicamente sta dinanzi al suo esercizio (1). Tale ragionamento poteva però valere solo per quelli,

(1) Cfr. MATTIROLO, *Principii di filosofia del diritto* (Torino, 1871), p. 182.

ed erano i più, che nel possesso scorgevano un istituto creato dai giusnaturalisti ad immagine e somiglianza della proprietà, per cui il possesso appariva come un fatto secondario rispetto alla proprietà e quasi come un'appendice di quest'ultima. I più moderati sostennero che i due istituti sorsero assieme, che i primi occupanti furono possessori e proprietari e che la distinzione è posteriore. Ricerche storiche più larghe e profonde portano oramai ad ammettere che l'appropriazione delle cose, specie immobili, è proceduta dal possesso al dominio, o, più esattamente, dalla priorità e prevalenza del godimento e dell'uso del suolo, sulla considerazione del diritto astratto di proprietà del medesimo (1). Si ammette oggidì comunemente che il possesso trae origine da condizioni imprescindibili della vita sociale, che esso esprime il rapporto originario tra l'uomo e la natura, indipendentemente e in fuori da un qualsiasi ordinamento e riconoscimento giuridico. A misura che quest'ultimo si costituisce e si afferma, si pone e si svolge l'antitesi tra il possesso e la proprietà, la quale antitesi non fa che rispecchiare l'eterno, inevitabile contrasto tra lo stato di fatto e lo stato di diritto, tra i rapporti sociali continuamente sorgenti e rinnovantisi, e i rapporti giuridici che solo parzialmente e gradatamente riescono a comprendere sotto di sè la variabile e moltiforme vita sociale.

L'antitesi possesso-proprietà si presenta diversamente nelle diverse fasi dell'evoluzione sociale. Non può revocarsi in dubbio l'esistenza di un'epoca in cui il suolo, non essendo proprietà di alcuno, cadeva nell'uso e nel godimento di tutti. Se è nella natura dei diritti sulle cose il carattere della limitazione, la proprietà, che mira all'essenza della cosa con esclusione di altri, non può intendersi quando nessun limite può porsi all'occupazione e gli uomini, ancora alle prime semplici forme dell'attività economica, non sono legati al suolo da un rapporto costante. Ma se della proprietà non può in tale stato di cose aversi ancora chiara coscienza, si afferma naturale e necessario il rapporto possessorio, ossia l'uso e il godimento del suolo nei limiti del bisogno di ciascuno, fondato sulle esigenze imprescindibili della natura umana, non riferito ad un diritto superiore, di cui potesse dirsi la conseguenza e la manifestazione visibile.

Nel periodo dell'organizzazione gentilizia la distinzione del possesso

---

(1) Cfr. per i risultati degli odierni studi e ricerche sull'origine e vicende storiche del possesso: Capone, *Saggio di ricerche sulle vicende della proprietà e sull'origine storica del possesso in Roma* (in *Archivio giuridico*, vol. L (1893) e LI (1894). — L'origine e le ragioni sociali del possesso ne' suoi rapporti colla proprietà sono oggidì riconosciute da romanisti autorevoli, tra i quali ricordiamo il Dernburg, *System*, ecc., I, § 142 (8te Aufl. 1910).

e della proprietà si delinea nettamente come conseguenza dell'estendersi dell'agricoltura da un lato, del crescere della popolazione dall'altro, circostanze che portavano all'occupazione fissa e costante di un territorio, alla delimitazione e ordinamento dell'uso e godimento del suolo. Giustamente osserva l'Hildebrand, che solo quando il suolo acquista un valore economico, quando cioè diventa suscettibile di sfruttamento presente o futuro ed è limitato in senso assoluto o relativo per l'aumentata popolazione, può concepirsi un diritto sul suolo, distinto dal primitivo naturale diritto di utilizzazione del medesimo a scopo di nutrimento. D'altra parte tale diritto di proprietà sul suolo non può intendersi senza un potere sovrano che lo eserciti in rappresentanza della collettività e lo difenda da eventuali aggressioni. Parallelamente al diritto sovrano sul suolo sorge il possesso per concessioni di terre o in conseguenza di occupazioni non contrastate (1). Tale dottrina dell'Hildebrand, storicamente fondata, sembra contraddire non solo all'opinione contrattualista relativa all'origine della proprietà, ma ancora all'opinione dominante che fa originariamente del suolo una *res communis*. A noi però non sembra che l'opinione dell'Hildebrand sia incompatibile con l'opinione di coloro che col Mommsen fanno della *gens* il più antico titolare della proprietà immobiliare (2), quando si ammetta che la proprietà rappresenta nel periodo gentilizio il diritto sovrano della collettività al suolo, mentre il possesso sorge dalla ripartizione delle terre occupate fra le famiglie costituenti la *gens*. Proprietà e possesso del suolo sono nel periodo gentilizio comuni nel senso che titolari di essi sono la *gens* e la *familia*, non gli individui.

Le ricerche storiche non lasciano dubbio alcuno in ordine all'ulteriore progressivo processo di individuazione e di unificazione del possesso e della proprietà. Di tale processo i risultati diventano evidenti quando lo Stato finì per acquistare sull'organizzazione gentilizia una prevalenza decisiva e la famiglia si affermò come organismo autonomo in seno alla *gens*, con finalità non solo economiche, ma politiche e perfino militari.

La famiglia e lo Stato agirono in senso diverso, sebbene con identico risultato, sulla formazione del sistema privato di proprietà e di possesso del suolo. Ciò può vedersi chiaramente in Roma. Quivi la proprietà famigliare si individualizza nel quirite, proprietario-sovrano, il cui diritto sulle cose è pieno, assoluto non solo nella forma, ma

---

(1) Cfr. Hildebrand, *Recht und Sitte auf den primitiveren wirtschaftlichen Kulturstufen*, 2te Auf. Jena, 1907, p. 77 e seg.

(2) Cfr. Mommsen, *Le droit public romain* (trad. Girard, Paris, 1889), vi, 1. p. 23).

anche nel contenuto economico. La proprietà quiritaria ha carattere spiccatamente individualistico e va naturalmente e logicamente congiunta col possesso della cosa caduta in proprietà. Anche quando in progresso di tempo la proprietà romana perdette ogni significato politico, essa conservò il carattere assoluto e individuale, nè fu intesa disgiunta dall'esercizio di fatto del diritto. D'altra parte in ordine alle terre conquistate o non occupate, lo Stato conservò un diritto formale di proprietà, mentre per concessioni e occupazioni non contrastate si andò svolgendo una vera proprietà di fatto (*bonitaria*), nella forma di possesso permanente individuale del suolo. Solo col tempo e per la rinuncia da parte dello Stato al suo diritto sovrano, il possessore acquistò col fatto il diritto di proprietà, per cui possesso e proprietà anche per questa via si confusero nella stessa persona. L'individuazione e l'unificazione della proprietà e del possesso sul comun fondamento e contenuto economico è un fatto compiuto nell'età moderna, e si comprende come i giusnaturalisti e lo stesso Kant non vedessero ragione di distinguere sostanzialmente tra possesso e proprietà, e molto meno di contrapporli.

Le vicende storiche della proprietà e del possesso devono tenersi nettamente distinte dalle vicende giuridiche. L'opera dei giuristi non ebbe campo di affermarsi e di svolgersi finchè il diritto di proprietà si riduceva a un semplice diritto formale della collettività sul suolo, senza contenuto economico, e il possesso consisteva nel godimento comune e temporaneo del suolo per il soddisfacimento dei bisogni elementari della vita. Ma già l'opera loro si afferma e si giustifica nel periodo storico in cui il possesso e la proprietà coesistono senza confondersi, come due forme distinte e parallele di appropriazione privata del suolo. Noi vediamo in quest'epoca il possesso modellarsi per opera dei giuristi sulla proprietà ed essere veramente, come dice il Savigny, la posizione di fatto corrispondente alla proprietà come posizione di diritto. Il processo posteriore d'individuazione e di compenetrazione del possesso e della proprietà rese anche più necessaria l'opera dei giuristi, presentandosi frequente e naturale il caso di separazione del godimento della cosa dal diritto di proprietà, nonchè il caso di conflitto tra il possessore senza diritto e il proprietario senza possesso in ordine alla stessa cosa. Se la separazione del possesso dal diritto di proprietà avveniva per volontà del proprietario in virtù di un rapporto obbligatorio, lo stato di possesso come rapporto giuridico per sè stante non poteva sorgere, il possessore non possedendo per sè, ma in luogo e vece del proprietario. Che se trattavasi di *res nullius*, rispetto alle quali nessuno poteva dirsi proprietario, l'occupazione,

che nelle fasi storiche primitive faceva sorgere un semplice diritto al godimento, in regime di proprietà privata faceva acquistare col possesso la proprietà. Analogamente per il caso in cui il proprietario si disinteressava della cosa abbandonandola: l'eventuale possessore non poteva certo provare il diritto di proprietà, ma l'acquistava per prescrizione, in omaggio al principio che in regime di proprietà privata tutte le cose debbono appartenere in proprietà ad alcuno. Intanto per tutto il tempo necessario a prescrivere il possesso costituiva un rapporto giuridico autonomo, difeso per ragioni analoghe a quelle della proprietà ch'esso faceva acquistare. Talora lo stesso proprietario abbandonando ad altri lo sfruttamento economico della cosa, conservava per sè il diritto formale di proprietà, per il quale era corrisposto un dato canone. Tale era il caso dell'enfiteusi, della superficie, del precario, mentre nei casi di sequestro e di pegno il possessore trovavasi colla cosa in un rapporto diretto e indipendente, e il diritto del proprietario era almeno temporaneamente nominale. In tutti questi casi le fonti romane riconoscevano il possesso giuridico e lo difendevano cogli interdetti per motivi analoghi a quelli che avevano valore per la difesa della proprietà bonitaria. Da ultimo la separazione tra possesso e proprietà poteva essere la conseguenza del furto, della violenza, della frode. Ma l'illegittimità dell'acquisto, i vizi di origine non impedivano che il possessore avesse per sè il pieno godimento della cosa e il proprietario conservasse un diritto vuoto di contenuto. D'altra parte i motivi di ordine pubblico, il divieto della giustizia privata, mentre paralizzavano la reazione del proprietario, si risolvevano in una vera e propria difesa del possesso. In tutti questi casi di riconoscimento e di difesa del possesso come rapporto giuridico per sè stante, noi troviamo come carattere comune da un lato il godimento pieno della cosa, temporaneo o duraturo, dall'altro un diritto di proprietà privo di contenuto reale. È evidente l'analogia coi periodi storici in cui il diritto di proprietà della *gens* o dello Stato, era solo nominale e il godimento era attribuito alle famiglie e ai singoli sotto la forma di una concessione revocabile. La nozione del possesso giuridico, limitata dapprima alle cose immobili, fu estesa progressivamente alle servitù, ai diritti di ogni natura: ma tale estensione fu ben più l'opera della *ratio juris* e del processo analogico, che non la conseguenza di vere e proprie esigenze storiche.

Le ragioni storiche e sociali del possesso sfuggirono pertanto completamente al Savigny. Questi lo studiò in Roma, in una fase di sviluppo storicamente determinata e limitata, quando la proprietà individuale del suolo si era generalmente costituita e il possesso, distinto e separato dalla proprietà, doveva apparire uno stato di eccezione, suscettibile di

effetti giuridici per ragioni ad esso estranee e solo in quanto era atto a prescrivere e a trasformarsi nel diritto di proprietà. La posizione del Savigny di fronte al possesso segna ad ogni modo un progresso decisivo di fronte alla tendenza dell'epoca sua a disconoscere ogni motivo, non pur storico, ma razionale, di distinzione tra possesso e proprietà. Distinguendo nettamente tra l'uno e l'altra, il Savigny apriva la via a risolvere il problema del possesso nel suo duplice aspetto di fatto sociale e di istituto giuridico. Toccava all'indagine storica posteriore dimostrare lo svolgimento indipendente del possesso finchè la proprietà fu intesa come diritto sovrano e indeterminato della collettività alla sostanza della cosa, e il suo svolgimento analogo e coordinato alla proprietà quando questa, divenuta individuale, comprese ad un tempo la disposizione e il godimento della cosa. In questo periodo, ma solo in questo, il possesso fu nel fatto ciò che la proprietà era nel diritto. Che se per una ipotesi non infondata la proprietà dovesse in avvenire assumere carattere e significato sociale, la nozione del possesso ritornerebbe il diritto di uso e di godimento individuale della cosa, avente per suo presupposto logico il diritto originario di tutti al possesso del suolo.

Tale idea non fu interamente estranea ai giusnaturalisti e sopratutto al Kant. Questi ebbe a osservare che la presa individuale di possesso del suolo per raccoglierne i frutti si giustifica solo in base al postulato della ragion pratica del possesso comune originario del suolo (*Gesammtbesitz*). Il Kant affermò astrattamente ciò che la ricerca storica ha rilevato nel fatto. La *communio fundi originaria* è indipendente da qualsiasi atto giuridico, è fondata in natura e risponde ad una esigenza razionale. L'idea di una terra libera, di una *res nullius*, che tutti potrebbero occupare, è un'ipotesi storicamente e razionalmente insostenibile (1). L'uomo, secondo il Kant, non può intendersi altrimenti che in un rapporto necessario col suolo, nè si giustifica l'occupazione individuale se non in base al diritto originario comune al suolo. Lo Stato e la legge civile intervengono non per riconoscere e attribuire il possesso, ma per regolarne l'uso secondo la legge dell'uguale libertà (2).

---

(1) Il *Kant* non accolse la teorica delle *res nullius*, che i giusnaturalisti e sopratutto il Wolff invocavano per legittimare l'occupazione e l'acquisto originario della proprietà. Il Kant era nel vero, poichè la nozione di *res nullius* non può intendersi che nel regime di proprietà privata. Solo in questo regime infatti può concepirsi cosa priva di proprietario. Mancando la nozione di proprietà privata, il suolo non può razionalmente intendersi che comune a tutti. Cfr. KANT, *Rechtslehre*, ecc., § 2.

(2) Cfr. KANT, *Rechtslehre*, § 2, 6, 10, 13, 14, in cui si accenna al *Gesammtbesitz* originario, che il Kant distingue nettamente dalla *communio primaeva* dei

La nozione caratteristica del *Gesammtbesitz* si riconnette alla concezione generale kantiana dei diritti reali. Questi non si intendono, secondo il Kant, se non tra uomini associati aventi originariamente in comune il possesso del suolo. La nozione di mio e di tuo nell'ipotesi dell'uomo isolato dovrebbe intendersi come un *jus* in *re*, ciò che porterebbe ad ammettere l'assurdo di cose inanimate che entrano in rapporto diretto, obbligatorio con l'uomo (1). Il possesso, come ogni diritto reale, sorge solo in quanto si stabiliscono rapporti di obbligazione reciproca tra gli uomini, in ordine a ciò che appartiene a tutti in comune e che ciascuno può occupare e far suo secondo il postulato giuridico della libertà.

Non per questo deve il Kant considerarsi come il precursore di una dottrina sociale del possesso. La società nel Kant non è titolare di alcun diritto, ha un significato essenzialmente meccanico e si risolve negli individui che la costituiscono. La comunione del possesso, di cui parla il Kant, non implica alcun diritto da parte della società, ma significa solo che gli individui hanno uguale diritto al suolo, e questo diritto è condizione di occupazione e di appropriazione individuale secondo il principio di libertà.

L'interpretazione individualistica e soggettiva del possesso era naturale in un'epoca in cui il possesso, modellato sulla proprietà, era come questa considerato l'esplicazione della personalità sul mondo esteriore. L'antitesi del Savigny tra fatto e diritto riducevasi sostanzialmente a quella accolta dalla tradizione tra proprietà effettiva e presunta. A parte l'uguale fondamento nel principio di personalità, il fatto del possesso anche per il Savigny è fonte di effetti giuridici, e questi in tanto sorgono in quanto nel possesso o è presunta la proprietà, o di questa è ripro-

---

giusnaturalisti (§ 6, 10, 13). Quest'ultima ha valore e carattere empirico, e fa sorgere la comunione primitiva da un preteso contratto originario, cioè da un atto empirico, di cui la storia non ci ha lasciato alcuna traccia. I giusnaturalisti e sopratutto il Wolff, movendo dalla considerazione del suolo come di una *res nullius*, che cade in proprietà mediante l'atto individuale dell'occupazione, ponevano come *prius* la *adprehensio*, come *posterius* e in virtù di un contratto la *communio*. Il Kant, invece, dà la precedenza logica alla *communio* sulla *adprehensio*, eliminando la nozione della *res nullius* e l'ipotesi del contratto. Della impossibilità razionale delle *res nullius* e della ingiustizia inerente a tale stato, cfr. il KANT, *Rechtslehre*, § 2. L'Hildebrand (op. cit., p. 79) cita il Kant contro l'ipotesi di un possesso comune originario del suolo: ma evidentemente nel riprodurre parzialmente il passo del Kant ne falsa il pensiero, poichè riferisce alla *communio fundi originaria*, ammessa dal Kant come postulato della ragion pratica, l'espressione « Erdichtung » che il Kant riferisce alla *communio primaeva*.

(1) Cfr. KANT, *Rechtslehre*, § 11.

dotto il contenuto economico. Il valore della contrapposizione posta dal Savigny sta piuttosto, come sopra avvertimmo, nell'avere aperto la via a studiare il possesso come istituto autonomo, storicamente e socialmente distinto dalla proprietà.

L'interpretazione del Savigny trionfò nella dottrina e nella legislazione e tenne il campo quasi incontrastato nella scienza giuridica del secolo XIX. Ma doveva porsi in contrasto colle dottrine che accennavano a una concezione in senso sociale del diritto. La stessa concezione storica che il Savigny pochi anni dopo era chiamato a rappresentare, mal si conciliava con la tendenza a giustificare il possesso sul fondamento della proprietà e del principio di personalità. Prova questa manifesta che all'epoca in cui il Savigny concepì e pubblicò il *Possesso*, la concezione storica non si era ancora maturata nella sua mente, e dello storicismo egli, come l'Hugo, riproduceva solo il metodo, non lo spirito nuovo sociale.

8. — Nel 1810 il barone Guglielmo de Humboldt, che come ministro della pubblica istruzione cooperò col re Federico Guglielmo III alla fondazione dell'Università di Berlino e al risveglio dello spirito nazionale depresso dalle sconfitte napoleoniche, per giustificare presso il re la chiamata del Savigny alla nuova Università, ebbe a dichiarare che il Savigny si distingueva particolarmente per la « philosophische Behandlung des Rechts ». Con felice intuito l'Humboldt intravvide il carattere peculiare dell'opera del Savigny prima ancora che tale carattere trovasse occasione di affermarsi pubblicamente. L'Humboldt non si limitò a rilevare nel Savigny il rappresentante autorevole dell'indirizzo storico negli studi giuridici, ma rilevò in lui la mente capace di trarre dalla storia rifatta le condizioni per una trattazione filosofica del diritto.

Col *Possesso* il Savigny aveva dato l'esempio insuperabile del metodo da seguire negli studi di giurisprudenza positiva, ma era pur sempre nella direttiva dell'Hugo, nè può dirsi, come sembra credere il Bruns, che nel *Possesso* si riscontrino i germi della sua dottrina storica (1). Che nella trattazione storica del diritto fosse implicita la dottrina che più tardi prese forma concreta nella *Vocazione* non vi è dubbio, ma che di essa l'autore del possesso avesse chiara coscienza e che tale dottrina possa considerarsi lo svolgimento di principii contenuti nel *Possesso* deve assolutamente escludersi.

Interessa pertanto stabilire se e in qual senso il Savigny fu il rappre-

---

(1) Cfr. BRUNS, *Zur Erinnerung*, ecc., (in *Kleinere*, ecc., cit. II, p. 442).

sentante di un indirizzo di pensiero non solo storico e giuridico, ma anche filosofico, se e entro quali limiti la *Vocazione*, che una questione puramente occasionale ha provocato, contiene le linee fondamentali di una dottrina filosofica del diritto e dello Stato.

Per lo più gli storici della filosofia non riconoscono valore e importanza filosofica all'indirizzo di pensiero rappresentato dal Savigny e quasi sdegnano ricordarne il nome e l'opera (1). Le ragioni di ciò sono molteplici. Anzitutto il Savigny non si atteggiò a fondatore di una nuova scuola filosofica, ma solo giuridica. Nel campo stesso del diritto egli fece oggetto de' suoi studi quasi esclusivamente il diritto privato. La sua dottrina appare così strettamente legata alle sorti del diritto privato che difficilmente lo storico della filosofia riesce a separarla da quest'ultimo, a comprenderla come indirizzo di pensiero per sè stante e indipendente. Dal canto suo il Savigny non si curò di comprendere la realtà giuridica nella realtà universale, il problema filosofico del diritto nel problema filosofico generale, la vita del diritto nella vita dell'universo. E vi è fondato motivo per credere, date le tendenze mistiche del Savigny, che tale più alta e comprensiva ricerca egli di proposito evitasse e preferisse in ordine agli ultimi problemi accogliere le soluzioni religiose (2). Certo è che il Savigny rimase completamente estraneo ai contrasti filosofici dell'epoca sua e come non fu kantiano prima, così non divenne hegheliano poi, nè si curò di rilevare se il suo sistema di idee armonizzasse con qualcuno dei grandi sistemi filosofici dell'epoca sua (3).

---

(1) L'Hoffding nella *Histoire de la philosophie moderne* (trad. Bordier, Paris, 1906) non parla affatto nè del Savigny, nè della sua scuola. Così l'Eucken nella *Visione della vita nei grandi pensatori* (trad. Martinetti, Torino, 1909). Kuno Fischer nella sua *Geschichte der neuern Philosophie*, al vol. vii, dedicato allo studio della vita, opere, dottrina dello Schelling (Heidelberg, 1902), accenna al Savigny (p. 183), ma occasionalmente e subordinatamente per rilevare i rapporti che corsero tra il Puchta e il Gans da un lato, lo Schelling e l'Hegel dall'altro. Non lo ricordano neppur di nome l'Ueberweg (nel *Grundriss d. Gesch. d. Phil. des neunzehnten Jahrhunderts*, 9ª ed. pubblicata dall'Heinze, Berlin, 1902), il Weber, *Histoire de la phil. européenne* (4ª ed., Paris, 1886).

(2) Cfr. Bethmann-Hollweg, *Erinnerung an F. C. v. S. als Rechtslehrer, Staatsmann und Christ* (in *Zeits.*, ecc., cit., p. 77). Il Savigny era di confessione luterana; sposò nel 1804 Maria Brentano, nata a Francoforte sul Meno da famiglia cattolica e italiana. Il Savigny fu un credente convinto e visse in ottimi rapporti coi circoli cattolici.

(3) Si invoca contro il Savigny e lo spirito filosofico dell'opera sua un passo del *Beruf*, in cui il Savigny si dichiara contrario « einem praktischen Naturrecht oder Vernunftrecht, einer idealen Gesetzgebung für alle Zeiten und alle Falle

In gioventù subì anche il Savigny il fascino del Kant, del quale studiò e apprezzò l'opera senza penetrarne lo spirito, rimanendo, malgrado qualche apparenza contraria, profondamente antikantiano (1). Dal Kant egli derivò il soggettivismo conoscitivo, ma mentre questo aveva carattere intellettivo nel Kant, in lui prese carattere emotivo e volontario. Decisamente avverso alla metafisica kantiana, il Savigny, come l'Hugo, accolse dal Kant il principio della autonomia della realtà empirica e il dogma del relativismo del sapere fenomenico. In questi postulati kantiani l'empirismo in genere, lo storicismo in ispecie, non tanto come metodo quanto come sistema, trovavano il loro fondamento vero, la loro ragion d'essere.

Non può dirsi che il Savigny penetrasse l'intimo significato del criticismo kantiano. Di questo egli comprese sopratutto la necessità di tenere distinto lo studio storico dallo studio astratto e formale del diritto. Non seguì l'Hugo nella interpretazione della storia mediante le forme kantiane. L'Hugo, fondandosi sulla distinzione kantiana tra materia e forma, aveva atteso a elaborare con metodo nuovo la materia giuridica per poi raccoglierla ad unità mediante le categorie kantiane. Era l'integrazione del kantismo che l'Hugo aveva vagheggiato, riuscendo in quella vece a una ibrida unione di elementi eterogenei per la resistenza opposta dalla realtà giuridica a lasciarsi comprendere nelle forme logiche. Il tentativo dell'Hugo aveva posto in piena luce

---

gultig », e un altro passo in cui dice che nel secolo XVIII influì sfavorevolmente sulla giurisprudenza « ein vielfaltiges flaches Bestreben in der Philosophie ». (Cfr. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit f. Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 2te Aufl., Heidelberg, 1828, p. 48). Dai passi citati si possono trarre queste due conseguenze: 1) Che il Savigny avversava ugualmente così l'indirizzo dei giusnaturalisti come quello kantiano e che del kantismo intese combattere non l'aspetto gnoseologico, ma le applicazioni pratiche che di esso facevano i giuristi filosofi fraintendendone il vero significato. 2) Che l'avversione del Savigny verso la filosofia deve intendersi limitatamente alla filosofia razionalista del XVIII secolo. Infatti nella *Vorrede* alla 2a ediz. del *Beruf* deplora (p. V) che il passo sopra citato sia stato erroneamente interpretato come « ein absprechendes Urtheil ueber philosophische Bestrebungen in der Rechtswissenschaft », mentre egli voleva riferirsi alla « ungluckliche Anwendung « della filosofia del Wolff alla giurisprudenza.

(1) Sotto l'influenza kantiana il Savigny preparò la sua dissertazione di laurea, *De concursu delictorum formali* (Marburg, 1800), il solo de' suoi scritti che tratti di argomento estraneo alla civilistica. In esso il S. accoglie la dottrina kantiana sulla natura e il fondamento della pena. Sui rapporti tra il Savigny e il criminalista suo contemporaneo Feuerbach cfr. BECHMANN, *Feuerbach und Savigny* (Munchen, 1894). Altrove (v. s. p. 75) abbiamo rilevato l'influenza kantiana in ordine alla giustificazione filosofica del possesso.

l'illusione del Kant di credere alla possibilità di separare la forma dalla materia del conoscere, come se quest'ultima dovesse ricevere dal di fuori la forma in cui esser pensata, anzichè ricavarla da sè stessa. L'incapacità del formalismo kantiano a comprendere in tutta la sua varietà la vita giuridica fu la vera causa della sua degenerazione: perduto il carattere e il significato formale il diritto razionale kantiano finì per identificarsi coll'antico concetto di diritto naturale e come questo pretese alla attuazione e alla trasformazione in diritto positivo. Il Savigny, abbandonato il formalismo kantiano, si attenne alla realtà storica rifatta sul fondamento del metodo storico e da essa cercò derivare le condizioni per una nuova concezione del diritto e dello Stato.

9. — Come siasi maturata la dottrina storica nella mente del Savigny nell'intervallo di tempo che passa dalla pubblicazione del *Possesso* nel 1803 a quella della *Vocazione*, nel 1814, ancora non fu messo in chiara e sicura luce. Non par dubbio ch'essa, in quanto vuol essere una nuova interpretazione filosofica della realtà storica e giuridica, deve porsi in relazione col profondo rivolgimento spirituale operatosi in Germania nel passaggio dal secolo XVIII al secolo nuovo, con quel complesso di idee, di sentimenti, di tendenze nuove che costituisce il fondo del romanticismo tedesco. La *Rechtsanschauung* del Savigny non era che un aspetto della nuova *Weltanschauung*, sorta dalla reazione contro il razionalismo teoretico-pratico del secolo XVIII.

La nuova coscienza filosofica si rivela chiara e distinta nello Schelling, il filosofo del romanticismo, che continuando e integrando l'opera del Fichte diede vita e svolgimento a quell'indirizzo idealistico che coll'Hegel doveva trovare sistemazione definitiva. Dal criticismo kantiano e dalla dottrina della scienza del Fichte mosse lo Schelling per risolvere i problemi filosofici in armonia con le nuove tendenze romantiche. La nuova direzione del pensiero filosofico già si rileva nella soluzione che lo Schelling diede del problema gnoseologico.

Nuovo Copernico il Kant aveva spostato il centro della speculazione filosofica dall'oggetto al soggetto, mostrando che non il nostro pensiero si modella sugli oggetti, ma questi si modellano sul nostro pensiero. Se non che il suo sistema di principii *a priori* era limitato alla conoscenza della realtà fenomenica, nè si riferiva alla realtà trascendente l'esperienza, la quale rimaneva per lo spirito conoscente un residuo impenetrabile. Nei limiti stessi dell'esperienza la sua dottrina gnoseologica aveva un valore essenzialmente formale, poichè tendeva a comprendere l'esperienza, non a produrla, lasciando insoluto il rapporto tra l'elemento materiale e formale del pensiero.

Ridurre nella sfera dell'attività del soggetto la realtà in sè, risolvere il dualismo della materia e forma del pensiero fu il compito della filosofia postkantiana. Già nel Fichte il residuo irreducibile della realtà in sè si risolve in un prodotto dell'attività dell'Io e tutta l'esperienza deriva nella sua materia e nella sua forma da un unico principio, dal soggetto. Questo infatti nel sistema del Fichte non è più solo l'elemento informatore e ordinatore del mondo oggettivo, non è più condizionato alla materia, ma diventa un principio attivo, creatore assolutamente libero e autonomo, per cui le cose non sono che sue produzioni e oggettivazioni. Nè la tendenza fondamentale della sua speculazione consistente nel negare il concetto realistico di un essere in sè, nel derivare dall'Io la realtà empirica, è distrutta dai suoi tentativi posteriori di riaffermare tale realtà di fronte al pensiero mediante un atto di assoluta libertà, che crea accanto all'Io il mondo vano delle esistenze empiriche.

Rimaneva pertanto giustificata l'opera dello Schelling diretta a riassumere in una superiore unità l'attività creatrice dell'Io e il principio della natura esterna, a rivendicare le esigenze dell'universalità nei rapporti coll'individualità. Anche per lo Schelling la realtà è unica, è spirituale, lo spirito pensante è il solo principio attivo e produttivo, per cui la dottrina della scienza sostituisce anche per lui l'ontologia tradizionale fondata sul presupposto dell'essere in sè. Ma mentre per il Fichte il principio primo da cui tutte le cose derivano risiede nella coscienza individuale, per lo Schelling tale principio ha un processo inconscio anteriore alla coscienza individuale, da questa indipendente, e appare come principio assoluto, per cui tutto ciò che è, l'uomo compreso, è manifestazione dell'anima o della coscienza universale. Per il Fichte la natura è ancora l'insieme delle rappresentazioni dell'Io, il suo principio non è in sè, ma nell'Io di cui essa è un prodotto. Con lo Schelling si prepara l'interpretazione teleologica della natura in opposizione alla interpretazione meccanicista del periodo dell'Illuminismo. In virtù di tale interpretazione la natura attratta nell'orbita dell'idealismo, diventa un prodotto dello spirito, un sistema obbiettivo della ragione. Come l'Io nel Fichte, così la natura nello Schelling è concepita come un'attività razionale che diviene e si realizza inconscia in una serie indefinita di forme, finchè nell'organismo perviene a coscienza, e con questa si inizia la vita dello spirito individuale. Epperò ciò che dicesi comunemente oggetto, materia inerte non è che spirito *depotenziato*, cioè privo di coscienza. Come nell'Io del Fichte vi è identità assoluta fra soggetto e oggetto, in quanto l'Io si pone mediante il non-Io e l'oggetto non è che il limite dell'attività dell'Io, così nell'Assoluto dello

Schelling vi è identità dell'oggettivo e del soggettivo e nello svolgimento del mondo da esso si hanno differenze quantitative, non qualitative, per cui si passa da forme inferiori in cui l'obbiettività prevale (la natura), a forme superiori in cui prevale la subbiettività (il regno dello spirito). L'universo non è che la serie delle determinazioni e limitazioni dello spirito, e si presenta come soggetto in quanto è forza attiva e produttiva, come oggetto in quanto limita se stesso e si concreta nelle cose e nei prodotti individuali. Con ciò si riaffermava il valore reale e non di semplice rappresentazione del mondo esteriore. Reale è il mondo esteriore in quanto si produce necessariamente da sè, indipendentemente dalla mente che lo pensa e lo ricostruisce soggettivamente, mentre non cessa di essere la manifestazione ideale dell'Assoluto.

Con tale dottrina lo Schelling mentre riabilitava le energie e le produzioni inconscie e irrazionali dello spirito apriva la via a risolvere i dualismi kantiani tra unità e molteplicità, tra individualità e universalità. Alla dottrina kantiana dell'opposizione lo Schelling, continuando e integrando il Fichte, sostituiva la dottrina dell'identità dei contrari nell'Assoluto. La categoria del divenire e con essa la concezione dinamica dell'universo sostituita alla categoria dell'essere e alla concezione meccanica, permise allo Schelling di conciliare l'immutabile unità dell'Assoluto con la molteplicità indefinita di forme che si svolgono idealmente da esso nelle serie successive della natura e dello spirito. D'altra parte l'individualità in tutti i suoi gradi nel sistema dello Schelling non è più fine a sè stessa, ma prende norma e significato dal suo rapporto coll'Assoluto universale, da cui si differenzia solo quantitativamente per un eccesso di oggettività o di soggettività. Donde la conseguenza che conoscere è per la nuova coscienza filosofica personificata dallo Schelling, riferimento dell'individuo alla totalità, è visione dell'Assoluto in una data forma dell'esistenza finita (1).

Notevole per le sue applicazioni alla conoscenza della realtà giuridica è nello Schelling la riabilitazione dell'intuizione come metodo di indagine filosofica e strumento del sapere. Se si pensa che il metodo dimostrativo, analitico dominava quasi incontrastato nella filosofia

---

(1) Cfr. sul pensiero metafisico dello Schelling il Kuno Fischer, *Geschichte*, ecc., Bd. vii, *Schellings Leben*, ecc., 2te Auf. 1899, lib. ii, Sez. i, ii, iii; Brehier, *Schelling*, Paris, 1912, parte ii; Martinetti, *Introduzione alla metafisica*, i (Torino, 1904), p. 380 e seg.; Stahl, *Geschichte d. Rechtsphilosophie*, 2te Auf. (1847), lib. v, Sez. i; Windscheid, *Die gesch. Schule in der Rechtwis.* (1878) in *Gesammelte Reden und Abhand. herausg.* v. *Oertmann*, Leipzig, 1904, p. 69 e seg.

dopo Cartesio, e nessuna parte era fatta dal Kant e dalla sua scuola alle energie intuitive dello spirito, si comprenderà l'importanza e la novità della preminenza accordata dallo Schelling all'intuizione intellettiva sul pensiero logico. La conoscenza dell'Assoluto, da cui si svolge in direzione diversa la realtà naturale e spirituale, non è possibile se non mediante un atto sintetico puro e comprensivo, e tale atto è la intuizione, che non ha carattere di concetto logico, è un sapere a cui non si perviene per via di prove, di argomenti e idee intermedie (1). Ciò del resto corrispondeva all'aspetto sotto il quale lo Schelling si rappresentava il mondo delle idee, in cui l'Assoluto si differenzia. In nessuna parte egli si rappresentò tale mondo sotto l'aspetto di una serie dialettica o di un sistema logico, ma preferì considerarlo come una unità vivente, che non si lascia dividere e che solo può conoscersi sinteticamente, simile a un'opera d'arte che all'analisi si risolve e va distrutta. Solo l'intuizione permette la visione piena, sintetica della realtà, penetra nella secreta potenza creatrice dell'Assoluto ed è in grado di riprodurre consciamente nell'arte le produzioni inconscie della natura.

Colla preferenza riconosciuta all'intuizione sul pensiero logico, il razionalismo e l'empirismo associativo del secolo XVIII erano colpiti nelle loro stesse fondamenta. Acquistavano infatti significato e importanza nuova tutte quelle conoscenze che sfuggono all'analisi rigorosa, al ragionamento astratto e possono solo essere colte mediante una attività sintetica intellettuale. Di tal natura sono i prodotti dell'arte, della religione, del diritto e in genere i prodotti collettivi, che traggono valore dall'unità delle parti che li costituiscono, e la cui conoscenza è ben più il frutto dell'intuizione che non il risultato di un ragionamento deduttivo. Anche per questo lato l'individualismo del secolo XVIII era scosso nelle sue stesse premesse gnoseologiche.

Nè meno sintomatica è la tendenza dello Schelling a dare particolare rilievo alla volontà, a unificare lo spirito teoretico e lo spirito pratico sul comune fondamento del volere e dell'operare. Anche per questo lato egli innova sul kantismo che nella ragione aveva cercato l'essenza dello spirito e aveva distinto la ragione pura dalla ragione pratica per contrapporre le esigenze teoretiche alle esigenze morali dello spirito. Per lo Schelling la categoria suprema della realtà non è l'essere ma il volere, non è il conoscere ma il fare.

---

(1) Cfr. SCHELLING, *Sistema dell'idealismo trascendentale*, tradotto da M. LOSACCO (Bari. 1908), p. 38.

Nei suoi primi saggi filosofici la natura è già concepita come semplice agire o volere; nel saggio sulla *Libertà* (1809) l'essere originario è esplicitamente identificato col volere e in seguito ritorna frequente l'affermazione che i principii che agiscono nel divenire non sono nè nozioni astratte, nè principii formali, ma volontà (1). Nè la volontà ha per la Schelling come per il Kant il valore di una ragione pratica, ma essa si presenta nella natura, inconscia ed irrazionale e le sue produzioni tradotte dall'intelligenza in concetti, intuizioni, pensieri, divengono il materiale per l'attività conscia dello spirito pratico. Il volere pertanto nella dottrina dello Schelling non solo comprende il conoscere, ma ha un significato estesissimo in quanto si identifica con l'attività in generale nelle sue forme conscie e inconscie, razionali e irrazionali, spontanee e riflesse.

L'idea dell'autonomia che il Kant aveva posto come principio della filosofia pratica viene dallo Schelling estesa a principio della filosofia tutta quanta. L'essere supremo non è solo assoluto volere, ma libertà assoluta: come tale non è in nessun modo determinato, ma determina se stesso, « si dà la legge e la realizza in un solo e medesimo atto, non distingue sè stesso come legislatore, ma guarda le leggi solo nei suoi prodotti, come in uno specchio » (2). L'Io pratico è a sua volta libero e autonomo in quanto trasforma l'inconscia realtà dell'universo nel libero lavoro della moralità individuale, della comunità politica e del progresso storico.

Il rapporto pertanto tra spirito teoretico e pratico, si riduce al rapporto tra attività cosciente e incosciente. L'Io teoretico trasforma in idee i prodotti dell'attività inconscia dell'Assoluto; come tale tende a idealizzare, a comprendere concettualmente l'universo. L'Io pratico muove dai concetti coscientemente posti come scopi e opera per attuarli. Alla comprensione degli oggetti prodotti inconsciamente dall'Assoluto succede la realizzazione dei concetti posti liberamente dall'Io come scopi. E tali concetti e scopi in quanto rispondono ad un ordine ideale eterno diventano doveri, e possono venir in conflitto con gli scopi illusori originati dal senso e dai naturali impulsi. Nessuna separazione pertanto tra la vita dell'intelligenza e quella dell'azione, tra il mondo delle idee e il mondo morale e storico, ma continuità ininterrotta. L'intelletto traduce in valori ideali le manifestazioni inconscie dell'Assoluto e tali valori divengono il termine dell'operare. Una seconda natura l'uomo liberamente crea col mondo morale e giuridico sul

---

(1) Cfr. Croce, *Dal primo al secondo Schelling* (in *Critica*, VII, 1909), p. 151.
(2) Cfr. Schelling, *Idealismo*, ecc., p. 214.

modello di quella prima inconscia natura, nella quale l'Assoluto si dispiega e che l'intelletto, riproducendo idealmente, a noi rivela.

Donde segue che anche per lo Schelling la libertà è condizione dell'ordine morale, con questo di particolare che mentre per il Kant la libertà è un postulato indimostrabile, e la moralità deriva dalla ragion pratica non da altri determinata che da sè stessa, per lo Schelling il volere per il volere, il volere che vuole per sè senza un fine è inconcepibile, perchè esso dovrebbe trovare fuori di sè la sua giustificazione e il suo fondamento. La libertà è per lo Schelling un concetto che si determina negativamente non positivamente, cioè non va intesa coi giusnaturalisti e col Kant come una attività che si esplica senza limiti, ma piuttosto come coscienza del limite posto alla nostra attività, come determinazione e individualizzazione del nostro operare. Il volere come non può uscire nelle sue determinazioni dalla sfera del possibile, ossia di ciò che è doveroso, così non può spiegare una attività illimitata, costituendo l'individualità una necessaria condizione e limitazione dell'operare libero e morale. Non l'uomo astratto dei giusnaturalisti e del Kant è per lo Schelling il soggetto del mondo morale, ma l'individuo concreto, determinato nel tempo e nello spazio, condizionato dalle esigenze della sua vita organica, che operando si limita e diventa sempre meno libero quanto più opera. E nell'atto stesso in cui l'individuo si determina per un oggetto, esso pone implicitamente l'attività di altre persone rivolta ad altri oggetti. Libertà e individualità intese come limitazione di attività nostra, affermazione e giustificazione di attività altrui, costituiscono i cardini del mondo morale quale si rivela nella prima fase della speculazione dello Schelling, per la quale ha esercitato maggiore influenza sulla direzione del pensiero dell'epoca sua (1).

L'esistenza quindi di esseri razionali reciprocamente operanti è condizione imprescindibile del mondo morale, non solo perchè per essi l'Io viene a conoscenza del mondo oggettivo, ma anche perchè solamente in loro confronto la libertà si esplica e l'individuo ne acquista coscienza. La morale non può avere per principio e per termine l'individuo, ma deve svolgersi dai rapporti generati dall'azione reciproca di esseri razionali, come un aspetto della vita storica e una manifestazione dell'Assoluto.

La vita dell'intelligenza non esaurisce la vita dello spirito, ma questo tende a superarla mediante l'attività immaginativa che trasforma i dati dell'intuizione in idee, le quali divengono il modello sul quale la volontà trasforma la realtà esterna intuita. L'azione della volontà diretta a

---

(1) Cfr. Schelling, *Idealismo*, ecc., p. 218-230.

idealizzare il mondo esteriore è condizionata alla costituzione organica dell'Io e alla natura delle cose. Finchè il volere è considerato in sè, come un'attività astratta, non rivolta a oggetti esterni, non può parlarsi nè di libertà, nè di moralità, e solo si ha l'esigenza formale della conformità alla legge nei termini dell'imperativo kantiano. D'altra parte se il volere è considerato come rivolto a un oggetto esterno e ad esso tende spontaneamente, quasi necessariamente, in conformità alla sua propria costituzione organica e alla natura delle cose, ancora non può parlarsi di libertà, ma di tendenza naturale, individuale, egoistica alla felicità. La libertà e la moralità sorgono dall'antitesi tra l'operare puro, imposto dalla legge morale, e l'operare conforme alla propria felicità. La libertà vera consiste nell'arbitrio, cioè nell'attività dell'Io in quanto oscilla tra il soggettivo e l'oggettivo della volizione, tra la necessità naturale e l'assoluto volere, e fa trionfare sulle tendenze egoistiche e utilitarie l'esigenza assoluta del bene, trasformando il mondo degli oggetti nell'ordine morale dei fini. Con ciò era superato il formalismo etico kantiano, poichè l'esigenza individuale della felicità non era distrutta, ma era subordinata alla legge assoluta, universale del dovere, da cui prende forma e valore.

10. — L'armonia tra gli individui e le tendenze rispettive alla felicità ha valore essenzialmente ideale; affinchè sia nel fatto attuata e non avvenga lesione reciproca di libertà, occorre creare una organizzazione coattiva a servizio della libertà e della moralità. Tale organizzazione che impone coattivamente le condizioni dell'ordine morale, e limitando gli arbitri garantisce la libertà di tutti, costituisce il mondo giuridico (1). Con ciò è aperta la via a intendere la dottrina giuridica dello Schelling, la quale chiude il movimento di idee iniziato dal Kant, continuato dal Fichte e prepara la concezione hegeliana del diritto e dello Stato. Il Kant aveva costruito razionalmente il mondo giuridico, astraendo da qualsiasi considerazione empirica di finalità o di contenuto, movendo dal postulato della libertà esterna e dalla conseguente esigenza di far coesistere le libertà individuali secondo una legge universale. Il diritto come la società e lo Stato costituiscono nel sistema kantiano una necessità razionale.

La libertà esterna che per il Kant è un postulato, per il Fichte è un prodotto necessario dell'Io, concepito non come pensiero che si svolge secondo principii logici, ma come volontà libera, la quale, mentre costituisce « die innigste Wurzel des Ich », opera e operando produce

(1) Cfr. Schelling, *Idealismo*, ecc., p. 230-262.

coll'oggetto del pensiero e coi rapporti esterni, il mondo morale e giuridico. L'Io pratico o l'Io-volontà di Fichte acquista coscienza di sè attraverso la coscienza di altri, in quanto è destato alla coscienza di sè dall'attività contrapposta di altre persone. E colla coscienza di sè in altri si pone il concetto di coesistenza, di relazione, di riconoscimento, di esclusione reciproca tra esseri ugualmente liberi e ragionevoli, si pone, in altre parole, quella che il Fichte chiama relazione giuridica o comunità di diritto. (Rechtsverhaltniss, Rechtsgemeinschaft).

La comunità di diritto a sua volta non è possibile se ciascuno non limita la propria attività, se, in altre parole, l'Io non si individualizza, ossia non determina il suo campo libero d'azione nei rapporti con altri. L'individualità è per il Fichte un concetto reciproco, condizionale, che può solo pensarsi e determinarsi in funzione di altre individualità, è l'Io limitato e chiuso nella sfera di libertà che esso stesso si è dato, è l'Io fatto capace di entrare in rapporto con altri e di intendere le esigenze della vita in comune (1). D'altra parte l'Io determinandosi, ossia individualizzandosi si estrinseca, diventa parte del mondo sensibile, prende forma corporea. Solo per l'estrinsecazione della libertà nel mondo sensibile gli esseri razionali entrano in rapporto di causalità tra di loro, da cui si svolge la coesistenza e la comunità di diritto (2).

Le condizioni imprescindibili dell'individualità o personalità costituiscono il diritto originario che il Fichte definisce: « il diritto assoluto della persona ad essere causa e non mai effetto nel mondo sensibile » (3). Contro la lesione di esso l'individuo ha un diritto di coercizione (Zwangsrecht), il quale si rende solo efficace nello e per lo Stato, considerato come organo volontario di attuazione e di difesa del diritto (4).

Il concetto della subordinazione del diritto al riconoscimento da parte dello Stato e alla reciprocanza, implica l'esclusione della nozione di un diritto anteriore allo Stato, da esso indipendente. Diritti individuali assoluti, indipendenti dalla *wechselseitige Anerkennung* e dalla *gegenseitige Declaration* non sono possibili. Ogni diritto positivo si fonda sopra un patto, sopra una reale correlazione di più voleri, vive e si rivela nello Stato, nel quale solo trova le condizioni della sua applicazione (5). Gli stessi diritti originari più che veri e propri diritti

---

(1) Cfr. Fichte, *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*, Jena-Lipsia, parte I, 1796, § 14.

(2) Cfr. Fichte, *Naturr.*, I, § 5.

(3) Cfr. Fichte, *Naturr.*, I, § 10.

(4) Cfr. Fichte, *Naturr.*, I, § 13-15.

(5) Cfr. Fichte, *Naturr.*, I, p. 177-78.

sono i presupposti formali del diritto, sono finzioni legittime, astrazioni necessarie ai fini della scienza, ma sono privi di valore reale: essi prendono forma e significato concreto nella società civile per mezzo dell'organizzazione politica e della legislazione positiva (1). Il Fichte rimprovera ai cultori del diritto naturale il formalismo delle loro concezioni giuridiche, che tradiva la loro preoccupazione di costruire un sistema conseguente, in armonia con le leggi del pensiero, senza punto curarsi della sua attuazione (2). Per il Fichte lo studio formale del diritto non può sostituire lo studio del diritto realizzato nella storia e nelle leggi positive (3).

Giustamente il Fichte poteva vantarsi di aver derivato il suo sistema giuridico con processo logico rigoroso dalle sue premesse metafisiche, dalla natura dell'Io considerato come attività libera e finita. In particolare egli riusciva a separare nettamente le sorti del diritto da quelle dell'etica, i cui precetti categorici, assoluti contrastavano col carattere volontario, esteriore, ipotetico del diritto, condizionato non a postulati morali, ma al presupposto della vita in comune liberamente consentita, da cui derivavano i precetti giuridici con la necessità e il rigore logico del sillogismo. Morale e diritto sono per il Fichte due momenti successivi e indipendenti dell'attività dell'Io; il momento giuridico non segue, ma precede la moralità, di cui è condizione e preparazione (4).

Il sistema giuridico del Fichte, che nelle diverse fasi del suo sviluppo si mantenne sostanzialmente immutato (5), non rappresenta in nessun modo un superamento del punto di vista individualista nella concezione del diritto e dello Stato (6). Nella sua essenza il diritto per il Fichte si riduce ad un rapporto di reciprocità tra attività assolutamente libere,

---

(1) Cfr. Fichte, *Naturr.*, I, § 9.

(2) Cfr. Fichte, *Naturr.*, I, p. 114.

(3) In conformità a questo concetto il Fichte distingue il *Naturrecht* in due parti: la prima comprende il *Naturrecht* inteso in senso formale, come la dottrina dei principii del diritto: la seconda, *angewandtes Naturrecht*, studia il diritto quale esiste nello Stato e nelle leggi positive.

(4) Cfr. Fichte, *Naturr.*, Einl. § 2 (p. XIII), § 3 (p. XVII).

(5) L'unità del sistema giuridico del Fichte è sostenuta dal Petrone, *Lo stato mercantile chiuso di G. A. Fichte*, ecc. Napoli, 1904, p. 21-28. Per la questione generale dell'unità del sistema filosofico del Fichte cfr. Rava, *Introd. allo studio della filosofia del Fichte*, Modena, 1909, p. 18 e seg.

(6) In altra parte dell'opera nostra esamineremo la questione del preteso socialismo del Fichte. Qui solo ricordiamo tra i moderni sostenitori del carattere individualista del pensiero giuridico del Fichte il Kohler, *Fichte's Naturrech* (in *Archiv f. Rechts-u. Wirtschaftsphil.* Bd. 3, 1911, Heft 2).

che incontrandosi si individualizzano e si limitano spontaneamente per coesistere insieme sotto la legge della uguale libertà.

Più che un superamento abbiamo nel Fichte un perfezionamento dell'individualismo giuridico. Fu indubbiamente un progresso l'aver abbandonato definitivamente la concezione, seguìta dai giusnaturalisti e dallo stesso Kant, del diritto inteso assolutamente, come qualità inerente alla persona o derivante dalla natura delle cose, per sostituirla col concetto del diritto inteso come relazione tra esseri liberi e ragionevoli, insieme conviventi e operanti al fine della maggior possibile e uguale libertà (1). Progresso fu l'aver definito il concetto di individuo non astrattamente per le sue qualità razionali, ma in modo concreto per le sue qualità attive, per i suoi rapporti con altri. L'uomo del Fichte non è l'uomo di natura dei giusnaturalisti o l'essere morale isolato del Kant, fiero della propria indipendenza, sdegnoso quasi di ogni rapporto con altri, ma è l'uomo che si pone e si perfeziona in unione e per opera di altri esseri uguali. « Der Mensch wird nur unter Menschen ein Mensch... *sollen uberhaupt Menschen sein, so müssen mehrere sein* (2) ». E tale verità non è di esperienza, ma di ragione, derivando logicamente dal concetto stesso di uomo, che non è concetto « eines Einzelnen, denn ein solcher ist undenkbar, sondern der einen Gattung » (3). Infine fu un reale progresso rispetto alle concezioni anteriori, l'aver inteso così il diritto come l'individuo in relazione allo Stato, l'aver relegato tra le finzioni logiche la rappresentazione di un diritto e di uno stato di natura, l'aver affermato che ogni diritto è diritto dello Stato e per lo Stato, cioè è diritto positivo. Nè questo è per il Fichte un diritto meno perfetto, con carattere provvisorio, ma è il solo vero diritto, in quanto è l'estrinsecazione della libertà reciproca nel mondo sensibile, è la sola forma sotto la quale il diritto per noi esiste. Con ciò il dualismo tra lo stato di natura e lo stato civile, tra il diritto di ragione e il diritto positivo, tra l'individuo e lo Stato era eliminato: in quella vece era proclamata l'unità dell'ordine giuridico ideale e reale, era riconciliato l'individuo collo Stato, era giustificato lo studio storico del diritto, come integrante la conoscenza razionale del medesimo.

Se non che il Fichte più che scuotere il fondamento individualista

---

(1) In conformità a questo concetto il Fichte non concepisce diritto tra l'uomo e la natura, tra l'uomo e gli animali, e nega possa parlarsi di un diritto alla libertà di coscienza, di pensiero, ecc. Cfr. FICHTE, *Naturrecht*, I, p. 53-54.

(2) Cfr. FICHTE, *Naturr.*, I, p. 31. Il corsivo è nel testo.

(3) Cfr. FICHTE, Id., id.

del diritto e dello Stato lo consolidava integrandolo e traendolo a nuovi e fecondi risultati. La difficoltà infatti maggiore dell'individualismo giuridico era quella di spiegare il rapporto di coesistenza tra individui isolati, gelosi ciascuno del proprio diritto, concepito come assoluto e illimitato. Quando non erasi col Grozio invocato l'*appetitus societatis*, o col Kant l'esigenza razionale, si era ricorso all'artificio del patto. Primo il Fichte affermava esplicitamente e dimostrava che l'attività della coscienza personale è (per servirmi delle parole di un suo geniale interprete, il Petrone) penetrata e nutrita di relazioni di coesistenza e di alterità, che il concetto di personalità non è concetto di un singolo, ma di un genere, è un concetto di corrispettività e di reciprocanza che postula necessariamente *l'altro*. L'individualità per tal modo non può essere concepita come posizione assoluta, ma come termine di un rapporto, ed è definibile solo nella pluralità degli individui (1). Col Fichte l'uomo di natura, fornito di diritti assoluti, diventava un assurdo non pur storico e psicologico, ma metafisico. Come il soggetto conoscente non può intendersi senza l'oggetto, come il non Io è condizione dell'Io, così l'individuo si pone e si intende attraverso *l'alter*.

La formula concettuale fichtiana per cui l'Io pone sè in altri e il diritto è relazione tra attività assolutamente libere che incontrandosi si determinano e si limitano spontaneamente, se può significare condanna dell'atomismo etico-giuridico, se costituisce novella prova della fecondità del principio individualista, fatto capace di esprimere dal suo seno i rapporti di coesistenza umana, non spiega il formarsi del concetto di società, come principio regolatore dell'attività individuale. Il sistema giuridico del Fichte risulta di individualità strette tra loro da un rapporto costante e necessario e nel tempo stesso chiuse nella loro sfera di libertà e operanti secondo la legge del proprio interesse. Dal rapporto con altri, l'Io del Fichte ha la coscienza di un limite alla sua attività, ma non acquista la coscienza di una vita comune, a cui si senta subordinato e da cui tragga norma di condotta.

La pluralità degli individui, in cui il Fichte fa consistere la vita in comune, non ha nulla a fare col concetto di società, intesa come principio e termine dell'ordine giuridico. Unica forma di convivenza unitaria che il Fichte conosce è quella politica di origine contrattuale, sorta per libero patto di individui interessati a garantire colla forza l'equilibrio dei diritti e delle libertà contro gli eccessi dell'egoismo. Perciò lo Stato del Fichte non ha altro fine che di favorire e di svolgere

(1) Cfr. Petrone, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano, 1910, p. 40-41.

l'individualità; a tale scopo diventa assorbente e opprimente, si pone come personalità giuridica assoluta, riassume in sè tutte le libertà, tutte le volontà individuali, diventa la fonte esclusiva del diritto, il distributore della ricchezza e in questa forma si atteggia a stato di ragione e di assoluta conformità al diritto (*der Vernunft-und rechtmassige Staat*). Dopo l'Hobbes e il Rousseau abbiamo per opera del Fichte una nuova tipica incarnazione dell'assolutismo politico, come sistema razionale di convivenza umana. Prova questa manifesta che la logica dell'individualismo porta fatalmente all'assolutismo di Stato, se, come nell'Hobbes, nel Rousseau e ora nel Fichte, la vita giuridica è costituita in fuori da qualsiasi considerazione morale e sociale, se all'individuo non si riconosce altra ragion di essere che se stesso, altro scopo che la sicurezza della sua persona e della sua proprietà, se tutto il problema giuridico si riduce ad un problema di coesistenza di libertà, se infine lo Stato, come il Fichte brutalmente si esprime, deve regolare la sua condotta sulla massima: « liebe dich selbst über alles, und deine Mitbürger um dein selbst willen » (1).

11. — Solo con lo Schelling abbiamo un vero e proprio superamento del principio individuale così nelle premesse metafisiche del sistema, come nelle applicazioni pratiche. Lo Schelling svolge il pensiero del Fichte in forme nuove in conformità al nuovo significato che l'Io assume nel suo sistema filosofico. Di questo infatti non è più centro l'Io, il principio individuale, ma l'Assoluto, principio universale, che non trascende, ma comprende l'individuo come una sua manifestazione. L'Io e i rapporti esteriori della vita acquistano significato dal riferimento ad un valore universale, per cui il problema giuridico se prima dello Schelling poteva presentarsi come il problema tendente a risolvere il problema di coesistenza tra individui, aventi ciascuno ragion di fine, dopo di lui intese sopratutto a risolvere il rapporto tra l'individuale e l'universale, a comprendere gli individui nella complessità reale della loro natura e delle loro tendenze, in relazione colle esigenze di una totalità, di cui essi erano una parte.

Il nuovo punto di vista, in forma ancora astratta e schematica, già si afferma in un lavoro giovanile dello Schelling sul diritto naturale (2).

---

(1) Cfr. Fichte, *Naturr.* Parte II (1797) p. 114.

(2) Cfr. Schelling, *Neue Deduktion des Naturrechts* (in *Sämmtliche Werke.* Stuttgart-Ausburg, 1856, Erste Abt. I, Bd. p. 245-280). Di esso la prima parte fu pubblicata nel fasc. di aprile, 1796, del *Philosophische Journal* del Fichte. La continuazione apparve nell'aprile del 1797. Fu certamente concepito e scritto

In esso, osserva il Drews, trova la prima applicazione il nuovo principio filosofico da lui opposto al criticismo kantiano e al dogmatismo (1). Come il Fichte, lo Schelling move dall'Io individuale empirico per assurgere ad affermare il suo rapporto e la sua compenetrazione col principio universale. L'individualità che nel Kant era pensiero, nel Fichte attività, in entrambi era pur sempre concepita astrattamente, acquista valore concreto nello Schelling e di essa la vita empirica del senso e delle tendenze diventa elemento essenziale. E coll'affermazione dell'individualità empirica si poneva la tendenza egoistica alla felicità e il motivo psicologico del contrasto tra le esigenze dell'individuo e quelle dell'universalità.

Sorgeva quindi la necessità di stabilire l'accordo tra l'Io assoluto universale e l'Io empirico individuale. Fin dal 1795 lo Schelling, trattando del rapporto dell'Io assoluto con l'Io finito, aveva accennato alla nuova concezione del diritto che da tal rapporto scaturiva (2). L'Io assoluto, incondizionato esclude ogni determinazione che non sia nella forma dell'essere puro: per ciò le categorie della realtà, della possibilità, della necessità non si concepiscono se non riferite all'essere finito. In questo solo la sfera del reale non coincide con quella del possibile e sorge la tendenza a realizzare il possibile, a rendere possibile il reale, a riassumere il possibile e il reale in una sintesi superiore rappresentata dalla categoria della necessità. Fin da questo suo primo saggio lo Schelling riduceva il rapporto tra l'etica e il diritto al rapporto tra la realtà e la possibilità pratica (non teoretica): mentre l'etica esprime la realtà pratica, ciò che deve assolutamente attuarsi, il diritto esprime la possibilità pratica, l'operare che può anche non attuarsi.

Nella *Neue Deduktion*, ecc. lo stesso rapporto è presentato sotto un altro aspetto, perchè all'etica che esprime il volere universale si fa corrispondere il diritto inteso come affermazione d'individualità e di

---

verso la fine del 1795, anteriormente alle opere sul diritto naturale del Kant e del Fichte. La forma schematica e aforistica fu forse la causa per cui lo Schelling non accolse tale saggio nella *Sammlung der philos. Schriften*, Bd. I (1809) da lui stesso curata.

(1) Cfr. l'introduzione del Drews (p. CVI) alla recente edizione delle opere dello Schelling (S. WERKE, Auswahl in drei Banden, Leipzig, 1907), curata dal Weiss. In tale edizione non figura la *Neue*, ecc.

(2) Cfr. SCHELLING, *Vom Ich als Prinzip der Philosophie*, (ed. Weiss, Bd. I, p. 1-96) p. 85 e sopratutto nota. Questo saggio è del 1795 e fu scritto certamente poco prima della *Neue*, ecc., ove si svolgono gli accenni là contenuti, relativi al concetto del diritto nei suoi rapporti con la morale.

libertà: mentre il problema etico consiste nell'identificare il volere individuale con l'universale, cioè nell'esigere che il volere individuale nulla in sè contenga che contraddica all'universale, il problema giuridico consiste nell'identificare il volere universale con l'individuale, cioè nel far in modo che la volontà di tutti non implichi il sacrificio della libertà individuale (§ 72). Se giusto è ciò che si può fare, la possibilità pratica di fare qualche cosa costituisce il diritto (§ 65). Ma questo non può intendersi se non determinato e quindi limitato, per cui lo Schelling distingue tra *materia* del diritto o possibilità di fare in generale e *forma* del medesimo, cioè la sua limitazione (§ 77 e seg.). Dire diritto è dire possibilità di fare limitata o condizionata dall'uguale possibilità degli altri. Il diritto è ad un tempo garanzia e limitazione di libertà. Solo a questa condizione l'umanità, ossia il regno di esseri liberi e uguali, è possibile. A differenza della limitazione etica che è categorica e necessaria, la limitazione giuridica è condizionata e problematica, perchè implica la limitazione reciproca. Perciò il supremo principio giuridico consiste nella possibilità per tutti di fare tutto ciò che tende all'affermazione dell'autonomia morale (§ 88).

Tale supremo principio giuridico implica, rispetto all'Assoluto, il diritto improprio alla libertà morale; rispetto agli altri esseri, il diritto formale all'uguaglianza; rispetto alla natura, il diritto vero e proprio (*Naturrecht*) all'appropriazione di tutto ciò che è mezzo ai fini dell'individualità (1). Contro chi attenta al diritto altrui, contro chi infrange il vincolo che tutti unisce come esseri morali sorge un diritto di coazione (*Zwangsrecht*), il quale a sua volta implica la creazione di uno stato di cose, in cui dalla parte del diritto vi sia sempre anche la forza fisica necessaria per farlo valere. Epperò l'ordine giuridico non basta, secondo lo Schelling, a sè stesso, implicando l'esigenza della forza fisica, la cui organizzazione ai fini supremi dell'ordine morale, costituisce la ragion d'essere dello Stato e del diritto pubblico (*Staatsrecht*) (2).

Già da questi suoi primi lavori lo Schelling faceva intravedere il nuovo indirizzo della speculazione filosofica relativa al diritto. La morale esprime un ordine oggettivo indipendente dall'individuo che lo attua nelle sue azioni; con ciò era oggettivato anche il diritto che da tale ordine traeva il suo contenuto. La morale e il diritto anzichè costituire,

---

(1) Cfr. Schelling, *Neue*, ecc., § 96 e seg.; § 110 e seg.; § 129 e seg. Con frase caratteristica chiama lo S. la sfera del non-volere, cioè la natura, « Willen überhaupt ».

(2) Cfr. Schelling, *Neue*, ecc., § 150 e seg.

come nel Fichte, due momenti separati e successivi nella vita dello spirito, si richiamano e si compenetrano a vicenda, stanno tra loro come la materia e la forma, la realtà e la possibilità, si riassumono in una sintesi superiore fino a confondersi nell'Assoluto.

Anche nel Kant e nel Fichte il diritto è sinonimo di libertà, ma questa ha nello Schelling perduto il suo valore puramente formale, non è più l'espressione dell'individualità astratta, ma serve ai fini della morale, è in rapporto colla individualità empirica, dominata da opposte tendenze razionali e sensibili. Nei rapporti con altri individui il diritto non è solo garanzia di libertà, ma di uguaglianza, non astratta, ma concreta: più che a far coesistere esseri ugualmente liberi, il diritto deve tendere a garantire l'eguaglianza delle condizioni nell'esplicazione di individualità empiricamente diverse, ad armonizzare gli interessi contrastanti in ordine al godimento dei prodotti naturali.

D'altra parte il concetto di libertà e con esso quello di diritto si allargano nella concezione filosofica dello Schelling rispetto alla speculazione anteriore. Il Fichte conosce solo la libertà soggettiva e morale e dopo il Kant parve un dogma che il rapporto giuridico dovesse intendersi solo tra soggetti razionali e liberi. Il rapporto tra la persona e la cosa, tra l'essere libero e l'oggetto inanimato non poteva originare rapporti giuridici. La natura considerata come semplice mezzo ai fini dell'attività morale, poteva costituire oggetto, non termine del rapporto giuridico. Tale concezione era incompatibile col nuovo significato che la libertà e la natura prendevano nello Schelling. La libertà non è anzitutto per questi privilegio di esseri razionali: essa preesiste all'individuo nell'Assoluto, che in sè comprende così il mondo dello spirito, come quello della natura. In secondo luogo la natura non è nel sistema dello Schelling un dato estraneo al soggetto, a lui contrapposto, ma è libera produzione e oggettivazione dell'Assoluto. In conseguenza la natura perdeva il carattere di oggetto inanimato per trasformarsi nei rapporti coll'individuo in un organismo vivente rispecchiante l'Assoluto. Che lo Schelling fin da quest'epoca riconoscesse alla natura il nuovo significato lo prova l'espressione di *Willen uberhaupt* da lui usata per indicare la natura, il regno del volere inconscio e indeterminato, e sopratutto l'aver fatto del rapporto individuo-natura la fonte del vero e proprio *Naturrecht*. Il diritto di natura che la tradizione dei giusnaturalisti e del Kant aveva derivato dai rapporti sorgenti tra esseri morali assieme associati, era dallo Schelling fondato sul rapporto dell'uomo con la natura, diventando il diritto per eccellenza, come quello che si presentava nella forma di un potere illimitato, nella cui produzione la libertà individuale rispecchiava l'Assoluto.

Il pensiero giuridico dello Schelling, negli ulteriori gradi della sua speculazione appare sempre meglio determinato e coordinato ai principii fondamentali del suo sistema filosofico.

Nell'*Idealismo* l'ordine giuridico è parte integrante del suo sistema generale di idee e si presenta come una costruzione razionale intesa a contenere coattivamente gli egoismi individuali, a far prevalere sulla tendenza alla felicità le esigenze dell'ordine morale (1). Più che fine a sè stesso, il diritto è il mezzo per armonizzare l'individuo e la collettività in un rapporto che deve essere anche coattivamente mantenuto. Seconda natura chiama lo Schelling l'ordine giuridico, poichè come la natura, pur essendo libera produzione dell'Assoluto, ha leggi sue proprie e necessarie di sviluppo, così l'ordine giuridico, pur essendo opera dell'uomo, una volta costituito, funziona secondo leggi necessarie. E come in natura ogni effetto segue necessariamente la sua causa, così nell'ordine creato dal diritto, le azioni di ciascuno sono regolate e calcolate in modo che ad una infrazione segua di necessità la sanzione. Donde segue che la dottrina del diritto, come la meccanica a cui lo Schelling la paragona, non ha carattere normativo, non è scienza dei fini, ma è scienza teoretica e razionale, in quanto si svolge con processo logico rigoroso dal presupposto dell'individuo e della sua natura da un lato, dalle esigenze dell'universalità dall'altro. In questa concezione della scienza del diritto lo Schelling si staccava dalla tradizione dei giusnaturalisti, intesa a dar valore pratico e deontologico ai risultati della speculazione e si avvicinava al pensiero del Kant e del Fichte, secondo cui l'ordine giuridico è l'opera della ragione astratta e risponde a esigenze teoretiche.

12. — Non mancano nell'*Idealismo* accenni alla formazione naturale e alla formazione storica del diritto e dello Stato (2). Riconosce infatti lo Schelling che il bisogno, la violenza degli egoismi costituirono la determinante prima e spontanea delle istituzioni giuridiche, ma riconosce nel tempo stesso che l'ordine giuridico naturale fondato sull'utile, rispondente a necessità del momento, non ha carattere duraturo, dovendo fondarsi sulla forza fisica e degenerare in dispotismo. Epperò tale ordinamento giuridico naturale non potendo essere l'ordinamento legale dei popoli civili, deve razionalizzarsi fondandosi sul volere collettivo e rendendosi indipendente così dal caso, come dal buon volere degli uomini.

---

(1) Cfr. SCHELLING, *Idealismo*, ecc,, tr. it., p. 262 e seg.
(2) Cfr. SCHELLING, *Idealismo*, ecc., tr. it., p. 264-267.

Il passaggio dalla concezione naturale del diritto alla concezione storica era agevolato e spiegato dal significato che la storia, come già la natura, prendevano nel sistema dello Schelling, per cui appariva un prodotto spirituale, un organismo vivente, una manifestazione progressiva dell'Assoluto. La concezione filosofica della storia, quale si afferma nello Schelling, non era che il coronamento del movimento d'idee inteso ad attrarre la storia nell'orbita dell'indagine scientifica e della speculazione filosofica.

La sentenza aristotelica, secondo cui non si dà scienza se non dell'universale, sembrava condannare le cognizioni storiche ad uno stato di permanente inferiorità rispetto alle altre cognizioni, non escluse le naturali. Ridotte a semplice descrizione di fatti, le scienze storiche dovevano in altre scienze esplicative cercare la loro ragion d'essere. Bacone, pur annoverando la storia tra le scienze dello spirito, la opponeva ancora alla filosofia, come scienza di semplice erudizione fondata sulla memoria. La storia, aveva scritto Bacone, « humi incedit et ducis potius officio, quam lucis perfungitur » (1). Alla grande mente del Leibniz non era sfuggita l'importanza e la necessità di determinare il valore teoretico delle cognizioni storiche in rapporto alle conoscenze razionali e filosofiche. Al Leibniz infatti risale la formulazione di quel principio della ragion sufficiente, il quale mirava a riabilitare le verità di fatto, contingenti, storiche, nei rapporti colle verità necessarie, di ragione. Se invero queste esprimevano una necessità razionale, fondate com'erano sul principio d'identità e di contraddizione, le verità particolari, i fatti storici esprimevano a loro volta una necessità inerente al fatto della loro esistenza, la quale non può affermarsi senza una ragione. Il rapporto tra storia e filosofia risolvevasi per tal modo nel rapporto tra verità contingenti e verità razionali, aventi ciascuna il suo fondamento logico, le sue proprie leggi. Nè sfuggì al Leibniz la legge della continuità storica, e l'idea di un disegno provvidenziale di perfezione che si attua per gradi nella storia e da cui prendono valore e finalità i fatti particolari (2).

La dottrina del Leibniz, mentre non eliminava il dualismo tra le scienze aventi per oggetto il fatto concreto, individuale, e la filosofia avente per oggetto l'universale, lasciava inesplicato il rapporto tra la libertà dominante nella storia nella forma dell'irrazionale e dell'arbi-

---

(1) Cfr. Bacone, *De dignitate et augmentis scientiarum*, Lib. III, c. I.

(2) Cfr. Davillé, *Leibniz historien*, Paris, 1911. Parte II, c. I e c. VI. — Drouin, *Leibniz historien* (a proposito dell'opera del Davillé) in *Rev. de synthèse historique*, 1911, oct.

trario e la legge di causalità, considerata come il presupposto di una qualsiasi indagine scientifica. Nel concetto kantiano *dell'aposteriori* non solo la realtà naturale, ma ancora quella storica implicitamente rientrava e per l'applicazione rigorosa della legge di causalità la storia diveniva suscettibile di trattazione scientifica. E se il Kant non pensò a trarre la storia dalla sua fase descrittiva per elevarla al grado di scienza, altri, come l'Hugo, ciò fecero colla chiara coscienza di fare opera in armonia coi suoi principii. Eliminata la libertà metafisica dal dominio dell'esperienza era posta la condizione per la concezione scientifica della storia, ma rimaneva aperta la questione del rapporto tra il particolare arbitrario e l'universale razionale, nella cui soluzione consiste qualunque filosofia della storia. La storia non è solo conoscenza del materiale empirico sul fondamento del principio di causalità; essa è anche e sopratutto ricerca di valori assoluti e razionali che nella storia si attuano e per i quali essa acquista significato filosofico. Ciò mostrò d'intendere il Kant quando poneva le condizioni formali d'una qualunque filosofia della storia (1). Nel corso indefinito degli avvenimenti storici il Kant intravvide l'attuazione del destino morale dell'uomo o meglio l'avverarsi dell'umanità in ciò che ne costituisce la esigenza formale, la coesistenza armonica delle libertà. La storia in quanto è il prodotto della necessità è oggetto di scienza, ma in quanto è produzione di valori universali è oggetto di speculazione filosofica. Riprodurre i fatti storici nel loro nesso causale non significa intendere la storia nel suo concetto, nelle sue condizioni e ragioni profonde, nelle sue ultime finalità. Polemizzando e contrastando coll'Herder che concepiva la storia come *Naturgeschichte*, come sviluppo fisico e organico, che identificava l'umanità e il suo perfezionamento col progresso della natura e delle sue forze e poneva come ragione e termine del divenire storico la felicità dell'individuo confuso, nella pienezza del suo sviluppo, con la vita del tutto, il Kant sostiene che la storia è sopratutto *Freiheitgeschichte* dell'umanità, è una catena di formazioni morali, comincia là dove la natura cessa, dove questa è superata dalla libertà dello spirito, per cui la storia coincide colla *Kulturgeschichte*. Ciò spiega in contrasto coll'ottimismo dell'Herder, il pessimismo storico del Kant,

---

(1) Il pensiero del Kant in ordine al problema della filosofia della storia è, nelle sue linee fondamentali, espresso nei due saggi: *Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht* (in *Berl. Monatsschrift*, Nov. 1784); *Mutmasslicher Anfang der Menschengeschichte* (in *Berl. Monatsschrift*, Januar 1786). — Cfr. Kronenberg, *Geschichte d. deut. Idealismus* (München 1912), 2 Bd. p. 428 e seguenti.

per il quale il male è inscindibile dalla storia, dove l'uomo non è più guidato dall'istinto e non lo è ancora dalle idee. L'ideale umano del Kant non può, come quello dell'Herder, attuarsi nell'individuo, ma solo nella specie, e si attua lentamente e progressivamente, come lento e progressivo è il processo di moralizzazione e di spiritualizzazione dell'umanità, la costituzione del regno della libertà e della ragione, lo stabilimento, come termine ultimo della pace eterna sulla terra mediante una federazione di Stati, simbolo del dominio incondizionato e incontrastato dell'idea morale (1). Senonchè l'idea di umanità che dovrebbe costituire la ragione e l'essenza della storia ha nel Kant un semplice valore formale; essa è un concetto razionale privo di contenuto reale che si determina per note astratte, per finalità formali, quale può essere l'attuazione della libertà. L'umanità del Kant non è un principio unitario che basti a sè, un organismo vivente in cui gli individui trovano posto e valore, essa è solo una sintesi di valori astratti, coi quali si pretende procedere alla valutazione di fatti reali, multiformi, quali sono quelli che cadono nella esperienza storica. Il *principium individui* rimane con ciò sacrificato: esso non può solo considerarsi rappresentante di valori astratti, nè può intendersi o valutarsi alla semplice stregua di principii formali vuoti di contenuto.

Deve riconoscersi che tale interpretazione logica e formale della storia non era che una ulteriore applicazione e conseguenza del metodo critico inaugurato dal Kant. Gli elementi empirici del conoscere distinti dagli elementi *a priori*, universalmente valevoli, costituivano per il Kant, come già per il Leibniz e per il Wolff, l'elemento irrazionale del sapere; essi valevano non per la loro individualità storica o psicologica, ma per l'universale astratto che rappresentavano. La conoscenza della storia doveva in conseguenza ridursi alla conoscenza dei rapporti formali, all'unità astratta dei fatti umani, senza alcun riferimento alla loro unità e al loro nesso reale (2).

Empirismo e storicismo erano equiparati dal Kant; per opera sua era accentuato il contrapposto tra la storia considerata nel suo insieme, come attuazione progressiva del concetto dell'umano e la conoscenza empirica del fatto storico individuale e concreto. Ma con la distinzione

---

(1) Cfr. le due recensioni critiche pubblicate dal Kant nel 1785 nella *Allg. Lit. Zeitung* in ordine all'opera dell'Herder, *Ideen zur Philosophie der Geschichte der Menschheit* (1784).

(2) Cfr. P. Menzer, *Kants Lehre von der Entwickelung in Natur und Geschichte*, Berlin, 1911, c. iv; Lask, *Fichtes Idealismus und die Geschichte*, Leipzig, 1902, p. 26 e seg.

erano anche poste le condizioni per lo svolgimento autonomo della scienza storica da un lato, della filosofia della storia dall'altro, alla cui conciliazione e integrazione reciproca doveva mirare la speculazione filosofica dello Schelling.

Il Fichte aveva dischiuso la via, poichè se col Kant aveva distinto gli elementi *a priori* della storia, dagli elementi *a posteriori*, ed aveva fatto dell'universale astratto il criterio per intendere l'individuale concreto, egli rilevò nel tempo stesso il valore dell'individuale non solo agli effetti delle scienze empiriche, ma anche agli effetti della filosofia, poichè esso entra come elemento integrante e costitutivo dell'universale ed ha un valore suo proprio, come individuo, e non solo per l'elemento formale ch'esso rappresenta. Al Fichte risale la distinzione tra gli elementi variabili e gli elementi costanti dell'individualità, tra l'individualità intelligibile e l'individualità empirica; a lui spetta il merito di aver inteso il problema della storia come il problema del rapporto tra necessità e libertà, tra il tutto e la parte, di avere gettato le fondamenta di una logica delle scienze morali, tendente a porre le condizioni teoretiche per la conoscenza della realtà empirica (1). Il significato della vita storica nel suo insieme e nelle sue finalità collettive, si accentua nel Fichte, il quale elevava a compito della filosofia della storia, la determinazione *a priori* del corso storico ideale dell'umanità (*Weltplan*). Quest'ultima ha per il Fichte esistenza e finalità sua propria affatto distinta dagli individui, e tende, come a scopo ultimo, ad attuare la libertà razionale in tutti i rapporti umani. E tale mèta l'umanità attua per gradi attraverso cinque epoche ideali, che riflettono l'ascensione progressiva dello spirito dal dominio dell'istinto a quello della coscienza chiara e distinta (2). L'individuo è un elemento necessario di questa vita storica e la sua elevazione etica è misurata dal grado in cui esso vive e si confonde nella vita del tutto. L'individuo sta all'umanità, come la percezione sensibile all'idea (3). La concezione realistica del concetto, che il Fichte preparava, implicava una nuova concezione dal rapporto individuo-umanità.

Ma solo nello Schelling giunge a completo sviluppo il movimento di idee diretto a far della storia parte integrante di un sistema filosofico (4). Le premesse metafisiche dello Schelling implicavano una

---

(1) Particolarmente notevole è al riguardo la lezione IX dei *Grundzüge des gegenwartigen Zeitalters* del Fichte (1806) (Fichte, *S. W.*, 1846, Bd. VII). Cfr. il *Lask*, op. cit., III Teil.

(2) Cfr. Fichte, *Grundzüge*, ecc., lezione I.

(3) Cfr. Fichte, *Grundzüge*, ecc., lezione III.

(4) Cfr. Schelling, *Sistema*, ecc., p. 267 e seg.

nuova valutazione teoretica e pratica dell'individuale in sè e ne' suoi rapporti col tutto. Le categorie kantiane applicate alla realtà empirica potevano originare delle sintesi logiche, ma lasciavano sussistere profondo e insolubile il dissidio tra gli elementi empirici e formali del reale e giustificavano l'atomismo teoretico e pratico più rigoroso. L'Assoluto dello Schelling rappresentava invece una sintesi reale, in cui si risolvevano i dualismi kantiani e l'individuale come tale, e non per gli elementi formali esteriormente aggiunti, diveniva parte integrante di un tutto che lo comprendeva e di cui era una manifestazione. Natura e storia sono per lo Schelling rispettivamente la manifestazione reale e ideale dell'Assoluto e stanno tra loro come l'attività teoretica e pratica dello spirito. E come la natura non è materia inerte, ma è organismo vivo e operoso, che esprime dal suo seno l'infinita varietà degli esseri naturali, così è viva e operosa la storia, partecipe alla vita eterna dell'Assoluto, che vivifica e raccoglie a unità fatti ed esistenze particolari che si succedono nel tempo e si distendono nello spazio. Il progresso nella storia non si attua negli individui, ma nella specie; quelli vanno soggetti all'alterna vicenda della vita e della morte, mentre la specie in cui si sostanzia la storia sopravvive e si perpetua in un progresso indefinito che ha per mèta irraggiungibile la libertà piena e perfetta. Vivere la vita storica non è di tutti, epperò non tutti gli individui, come non tutti gli avvenimenti hanno un valore storico, ma solo quelli che partecipano alla vita della specie e ne favoriscono lo sviluppo. Già nello Schelling era affermato uno dei postulati della scuola storica, per cui nel presente si può rivivere il passato dell'umanità e la tradizione costituisce l'essenza della storicità.

La necessità che è sovrana in natura si unisce nella storia alla libertà, per cui alla uniformità e costanza dei fenomeni naturali fa riscontro l'incoerenza e variabilità dei fatti umani (1). La necessità si rivela come operare inconscio, come predominio dei sentimenti e degli istinti aventi per termine l'interesse della specie: la libertà si rivela nella forma di operare cosciente, soggettivo, nella prevalenza della riflessione e del calcolo razionale. Il passaggio dalla necessità alla libertà è lento e graduale: la loro unione e conciliazione si compie particolarmente nell'ordine giuridico, il quale mentre è un prodotto della libertà costituisce un sistema di condotta che ha per carattere la necessità, per condizione la coazione, per fine l'interesse comune. Nè le arti, nè le scienze, nè la moralità, per la quale manca un criterio sicuro di valutazione, costituiscono la ragione della storia e del pro-

(1) Cfr. Schelling, *Sistema*, ecc., p. 273 e seg.

gresso umano, ma solo l'organizzazione giuridica, la quale culmina nell'idea dello Stato, « *das objective Organismus der Freiheit* ». Già il Fichte aveva espresso un pensiero analogo trattando dello Stato, della sua natura, della sua finalità (1), ma solo nello Schelling è in modo esplicito e sistematico affermato che la costituzione politica costituisce la ragion d'essere e la finalità della storia (2). Questa è manifestazione progressiva dell'idea dello Stato, il quale è a sua volta manifestazione dell'Assoluto. Con ciò non era solo superato il punto di vista del razionalismo e dell'individualismo astratti, ma era addirittura capovolto. Lo Stato cessava di essere una istituzione subordinata e relativa, un sistema meccanico di mezzi tendenti alla coesistenza dei diritti e delle libertà individuali; esso assurgeva a dignità di fine, a ragione della storia, a espressione dell'Assoluto. Il dualismo tra individuo e Stato, tra diritto pubblico e privato veniva meno; la vita d'insieme acquistava ragion di fine rispetto all'individuo e al suo particolare diritto. Al disopra dell'individuo si affermava, per quanto indeterminato, il concetto di umanità, dei cui interessi e finalità lo Stato era l'espressione vivente e reale. La filosofia del diritto era identificata con la filosofia della storia; lo studio della storia diveniva condizione indispensabile per la comprensione e giustificazione del concetto razionale del diritto e dello Stato.

Tutta questa concezione storico-filosofica del diritto e dello Stato era penetrata dall'idea del divenire, la quale implicava una visione nuova della realtà e delle istituzioni umane diametralmente opposta a quella prevalsa nel secolo dell'Illuminismo e del razionalismo kantiano. La nuova categoria del divenire, sostituita a quella dell'essere, significava la concezione dialettica della natura e della storia sostituita alla concezione metafisica e ontologica. La realtà non è, ma diviene, tale il nuovo dogma che si affermava in forma esplicita collo Schelling, destinato a dare alla ricerca e alla conoscenza delle cose un nuovo orientamento. Tale idea del divenire scaturiva dall'essenza stessa dell'Assoluto, il quale si realizzava per gradi nella natura e nella coscienza. Identità non significava per lo Schelling immobilità, ma permanenza del principio supremo nella molteplicità indefinita e progressiva delle forme reali e ideali sotto cui si manifestava. Il divenire implicava nel

---

(1) Cfr. Fichte, *Grundzüge*, ecc., lezioni X e XI. Lo Schelling si richiama esplicitamente al sistema giuridico-politico del Fichte nelle sue *Vorlesungen über die Methode des akademischen Studiums* (Jena, 1802) lezione X.

(2) Cfr. Schelling, *Vorlesungen*, ecc., X, dedicata allo studio della storia e della giurisprudenza, ove sono svolte le idee già espresse nel *Sistema*.

pensiero dello Schelling una vera e propria successione temporale e non solo una successione logica; a misura che lo Schelling approfondiva la vita della coscienza, l'idea della successione temporale si rivelava con caratteri anche più spiccati che non nella natura (1). E il divenire psicologico doveva tradursi in un divenire storico, essendo la storia il riflesso della vita della coscienza, come questa rifletteva la vita della natura ed entrambe quella dell'Assoluto.

La categoria del divenire permetteva di risolvere i dualismi kantiani e sopratutto il problema dell'irrazionale. Essa infatti spiegava il passaggio lento e graduale dalle forme inferiori di vita alle forme superiori e coscienti. L'irrazionale non esiste per sè, ma come momento della vita dell'Assoluto. Sotto tale aspetto è irrazionale l'individuo, il concreto, l'empirico finchè sono considerati a sè, indipendentemente dall'universale che li riassume e ne costituisce la ragion d'essere. Evidenti sono le conseguenze per la comprensione della storia e della realtà giuridica. Se la storia è una rivelazione continua e gradatamente svolgentesi dell'Assoluto, l'irrazionale in essa è un momento necessario del divenire della coscienza nella sua progressiva ascensione verso l'universalità. La perfezione e l'imperfezione sono concetti relativi dipendenti dal grado in cui le istituzioni partecipano alla vita e alla finalità dell'insieme. Sotto questo aspetto la separazione del diritto privato dal diritto pubblico, dell'individuo dallo Stato rappresenta un momento di imperfezione, di irrazionalità destinato a scomparire, a misura che l'idea dello Stato si svolge e si afferma come preminente e assoluta.

Il diritto privato non ha, separato dallo Stato e dal diritto pubblico, assolutezza alcuna, in quanto non è espressione di idee. Solo lo Stato ha valore assoluto, solo in esso l'individuale si identifica coll'universale, la libertà si concilia colla necessità. Per ciò lo Stato non può limitarsi ad una azione puramente negativa, ma, come espressione e modello della vita assoluta, deve proporsi e raggiungere la pienezza di tutti gli scopi.

13. — Se ed entro quali limiti la concezione filosofico-giuridica dello Schelling abbia influito sul rinnovamento del diritto pubblico e privato, che venne operandosi quasi contemporaneamente per opera dei giuristi

---

(1) Cfr. Bréhier, *Schelling*, Paris, 1912, P. III, c. IV. Il B. osserva che l'idea del divenire diventa nello S. sempre più realistica dopo il 1804 e sopratutto dopo il 1809 nel saggio sulla libertà, nelle *Weltalter* (1815), nella filosofia della mitologia e della rivelazione.

della scuola storica e particolarmente per opera del Savigny, è questione sempre aperta e variamente risolta. Il silenzio dei contemporanei al riguardo fa credere ch'essi non sospettarono rapporti non solo diretti, ma neppure indiretti, tra la concezione storica del diritto, che ebbe la sua prima manifestazione nella *Vocazione* del Savigny, e la concezione filosofica dello Schelling. Solo più tardi e precisamente quando la scuola storica, svolgendosi, si pose a contatto colle correnti filosofiche dell'epoca, cominciarono i primi raffronti tra l'opera del Savigny e quella dello Schelling, ma con risultato generalmente negativo. I primi accenni ad una derivazione della dottrina del Savigny da quella dello Schelling mossero da avversari dell'indirizzo storico, i quali si proponevano di negare a tale indirizzo ogni originalità non solo, ma di rappresentarlo come una caricatura in senso materialistico dell'idealismo dello Schelling (1). Altri pur rilevando nello Schelling i fondamenti della dottrina storica, riconobbero la completa autonomia di pensiero del Savigny e della sua scuola (2). Il Singer, che riassume la prima fase delle indagini al riguardo, rivendica non solo l'autonomia, ma ancora l'originalità assoluta della dottrina storica nei rapporti colla filosofia dello Schelling (3).

In epoca a noi più vicina l'idea di una parentela stretta e non solo generica e indiretta tra lo Schelling e il Savigny incontrò favore per opera sopratutto del Landsberg che si sforzò di darne la dimostrazione positiva. Nuova luce sulla questione portarono le notizie raccolte e

---

(1) Cfr. Reyscher, in *Zeits. f. deut. Recht u. deut. Rechtswiss.* da lui fondata in unione col Wilda nel 1839, organo dei germanisti, Bd. I, p. 31 e seg. Pochi anni dopo il R. modificava il suo giudizio nei riguardi della scuola storica. L'Ahrens (*Naturrecht*, 6ª ed., 1870, p. 172 e seg.) scorge nella scuola storica un indirizzo che si impadronì del pensiero dello Schelling per fraintenderlo e interpretarlo « naturalistisch ». Per la difesa della scuola storica contro l'Ahrens cfr. Dahn, *Bausteine*, Berlin, 1883, IV, 1 (*Rechtsphil. Studien*), p. 175-180.

(2) Cfr. Kuno Fischer, *Geschichte der neuern Philosophie*, 2 Auf. (1899), Heidelberg. Bd. VII, p. 183. Tale opinione aveva già espressa il F. nella 1ª ediz. del 1872 (Bd. VI, p. 255). Il Savigny, egli afferma, è « ein Schelling verwandter, aber von ihm unabhangiger, *auf sich selbst gestellter Geist* ». Nello stesso tempo egli crede che lo Schelling avrebbe potuto essere il fondatore della dottrina storico-filosofica del diritto se egli avesse avuto in suo potere il materiale positivo della scienza. Anche il Bethmann-Hollweg in *Zeits. f. Rechtsgesch.* VI, 1867, p. 67 (*Erinnerung* ecc., cit.) afferma che il Savigny come non si occupò di filosofia del diritto, così non si chiuse in un determinato sistema filosofico. E tale fu costantemente l'opinione dello Stahl nelle diverse edizioni della sua *Geschichte d. Rechtsph.*, di cui la prima edizione è del 1829.

(3) Cfr. Singer, *Zur Erinnerung an G. Hugo* cit. in *Zeits. f. Priv. u. off. Recht.*, Bd., XVI, 1889, p. 304, nota 42.

pubblicate nel 1889-90 dallo Stoll (1). Poco dopo il Bergbohm riconosceva una certa influenza della filosofia dello Schelling sui fondatori della scuola storica, per quanto non ne fossero chiari i limiti e il grado (2). Più recisamente il Landsberg nel 1901 chiamava lo Schelling il filosofo, il Savigny il giurista della scuola storica e manifestava il proposito di dimostrare altrove che tra il Savigny e lo Schelling passava la stessa relazione che tra il Kant e l'Hugo (3).

La dimostrazione preannunciata, se pure può dirsi tale, dovrebbe esser quella contenuta nella sua *Geschichte d. deut. Rechtsw.* del 1910 (4). Non par dubbio che il Savigny vide e udì lo Schelling nell'estate 1799 a Jena, che lo conobbe personalmente allora o poco dopo nell'aprile 1800. Ciò risulta da lettere scritte dal Savigny agli amici, in cui parla dello Schelling e accenna ad argomenti trattati da quest'ultimo nelle sue lezioni (5). In una lettera 26 aprile 1800, che al Landsberg sembra decisiva, si accenna alla dottrina dell'intuizione estetica dello Schelling, dottrina che doveva esser riprodotta dal Savigny nella forma della coscienza giuridica spontanea, come fonte del diritto (6).

A queste prove estrinseche tendenti a stabilire i rapporti stretti tra il Savigny e lo Schelling e l'opera sua, il Landsberg aggiunge considerazioni intrinseche. Sotto questo aspetto la pubblicazione delle *Vor-*

---

(1) Cfr. Stoll, *Fr. K. v. Savignys sächsische Studienreise 1799 und 1800*, cit.

(2) Cfr. Bergbohm, *Jurisprudenz u. Rechtsphilos.* I, Leipzig, 1892, p. 188 nota.

(3) Landsberg, *Kant und Hugo* cit. (*Grünhuts Zeits.* Bd 28) p. 682.

(4) Cfr. Landsberg, *Geschichte*, ecc., 2ter *Halbb. München*, 1910, p. 214-217. — Veramente in una nota di quest'opera (Zu Kap. 15. n. 16; *Noten*, p. 96) il L. dichiara che malgrado le indagini fatte direttamente e per mezzo dello Stoll e del Bremer (che da anni sta lavorando intorno ad una completa biografia del Savigny), nessuna luce potè derivare sull'opera del Savigny dal carteggio manoscritto da lui lasciato.

(5) Cfr. Stoll, op. cit., p. 14; p. 33-37; Nota 179; Landsberg, *Geschichte*, ecc., p. 214.

(6) La stessa lettera serve al Kantorowicz (*Volksgeist und historische Rechtsschule* in *Historische Zeitsch.* 1912, Bd. XII, p. 314 e nota) per dimostrare che il Savigny aveva a quest'epoca letto e penetrato *il Sistema*, ecc., dello Schelling. Tale lettera infatti non sarebbe per il K. che la riproduzione del contenuto del § 1, Sez. 6, del *Sistema*, ecc., la cui prefazione è della fine marzo 1800 (Jena). L'editore Cotta, dietro richiesta del K., ricercando nei registri commerciali dell'epoca, potè accertare che lo Schelling riscosse il primo onorario alla fine di agosto del 1800, per cui in aprile egli poteva già disporre delle prime copie dell'opera e inviarla in omaggio al Goethe (che ringraziava con lettera del 19 aprile) e allo Schiller (come da lettera di questi in data 1° maggio). Il Savigny che trovavasi in quest'epoca a Jena era pertanto in grado al 26 aprile di aver letto *il Sistema* e di esprimere per lettera le sue impressioni.

lesungen über die Methode des akademischen Studiums, la quale coincide con la pubblicazione del *Besitz* in cui il Savigny inaugurava un'era nuova negli studi di diritto privato, non può passare inosservata (1). Nelle *Vorlesungen* lo Schelling in forma facile e piana esprime le sue idee in fatto di riforma degli studi storici e giuridici, e tali idee parvero allo Stier-Somlo costituire un vero *Programm der historischen Rechtsschule* (2). In esse la speculazione dei giusnaturalisti è chiamata « ein Schnappen nach Begriffen » ed è posto in rilievo il difetto precipuo e la tendenza politica del « *sogenannten* Naturrechts », che andava in traccia di principii formali coi quali « man nachher in der positiven Jurisprudenz aufzuraumen hoffte ».

Alla coincidenza esteriore dell'opere maggiori dello Schelling con la prima solenne affermazione dell'attività del Savigny, alla comunione di simpatie e di avversioni in ordine alle stesse persone, agli stessi indirizzi di pensiero, il Landsberg, a conforto della sua tesi, aggiunge l'applicazione fatta dal Savigny e dalla scuola storica delle idee contenute nel *Sistema* e nelle *Lezioni* dello Schelling. Prima del Landsberg, il Goldschmidt aveva ricordato le *Lezioni* dello Schelling tra le fonti della dottrina del Savigny (3) e lo Stier-Somlo aveva rilevato la corrispondenza tra l'*allgemeine Wille* di cui parla lo Schelling nella *Neue Deduktion*, ecc., e il *Volkswille* della scuola storica (4). L'idea di organismo, di organizzazione non come criterio metodico, ma come criterio di verità per penetrare la natura dello Stato in opposizione alla concezione meccanica e razionale del medesimo, fu prima elaborata dallo Schelling (5). L'unità della natura e della storia, il principio del dive-

---

(1) Le *Vorlesungen* furono tenute precisamente nel 1802 e pubblicate nel 1803. Il Savigny non potè ad ogni modo averne conoscenza che dopo la pubblicazione del *Besitz*, trovandosi in quest'epoca a Marburg. Cfr. particolarmente la lezione X la quale è dedicata allo studio della storia e della giurisprudenza.

(2) Cfr. Fr. Stier-Somlo, *Die Volksüberzeugung als Rechtsquelle* (in *Jahrb. d. Intern. Vereinigung*, v (1899) 1, p. 65.

(3) Cfr. L. Goldschmidt, *Fr. K. v. Savigny*, in *Vermischten Schriften* (1901) 1, p. 638, nota 1. — L'indicazione del Brugi (*Introd. enciclopedica alle scienze giuridiche*, ecc., 4ª ediz., Milano, 1907, p. 51, nota 4), secondo cui il Puchta, nella *Zeits. f. Rechtsges.* (ii, 1863, p. 36), avrebbe accennato alla parentela delle idee del Savigny con quelle dello Schelling è errata. Forse voleva riferirsi allo scritto del Rudorff sul Savigny, contenuto nel vol. ii, 1862, della suddetta *Zeitschrift*, in cui a pag. 36 il R. afferma che nelle *Lezioni* e nel saggio sulla *Libertà*, lo Schelling accenna in termini oscuri ad un nuovo fondamento filosofico del diritto.

(4) Cfr. Stier-Somlo, op. cit., p. 64.

(5) Cfr. Quarch, *Zur Geschichte und Entwickelung der organischen Methode der Sociologie*. Bern, 1901, p. 52-53.

nire, la dottrina dell'intelletto inconscio, della cieca attività del fine, questi ed altri concetti familiari allo Schelling avrebbero, secondo il Landsberg, servito a preparare la nuova concezione storica del diritto e dello Stato (1).

La tesi della derivazione della dottrina storica del diritto, quale troviamo espressa nella *Vocazione* del Savigny, dalla filosofia dello Schelling, a noi sembra nè dimostrata, nè sostenibile. Gli argomenti esteriori addotti hanno scarso valore probativo. È affatto indifferente allo scopo insistere sui rapporti personali corsi tra essi, sulla eventuale lettura fatta dal Savigny delle opere in quell'epoca pubblicate dallo Schelling, quando sia dimostrato all'evidenza che la concezione del Savigny non è quella dello Schelling, e si svolse in lui in modo affatto indipendente e autonomo. In sè considerati i rapporti del Savigny collo Schelling hanno carattere puramente esteriore e accidentale. Che il Savigny in viaggi di studio siasi recato a Jena ad ascoltare e conoscere lo Schelling, che era il filosofo del giorno e passava per innovare sui sistemi di filosofia tradizionale, non può recar meraviglia, ma per ciò solo non può pensarsi a un rapporto di figliazione intellettuale. Che se è fuori di dubbio che il Savigny frequentò le lezioni dello Schelling nell'inverno 1799-1800, non è ugualmente provato che egli ne abbia letto le opere (2). La coincidenza nello stesso anno 1803 della pubblicazione delle *Lezioni* col *Possesso* è affatto fortuita. In quest'ultimo non solo manca qualsiasi accenno allo Schelling e all'opera sua, ma non vi è traccia, e lo vedemmo, della dottrina storica del diritto. L'importanza del *Possesso* sta in un nuovo orientamento degli studi di diritto privato ben più che in un nuovo indirizzo filosofico. Che se collo Schelling il Savigny ebbe comune l'avversione al razionalismo

---

(1) Tra coloro che senza dimostrarlo tendono a ravvicinare la scuola storica alla filosofia dello Schelling ricordiamo il Berolzheimer, *Sys. d. Rechts-u. Wirtschaftsphil.* München, 1905, II, § 34. Significativo il silenzio del Lasson, *System d. Rechtsphil.* (Leipzig, 1882), al riguardo.

(2) Il Landsberg non ha argomenti per affermare questa circostanza di fatto. La presunzione in favore invocata dal Kantorowicz in base alla lettera 26 aprile 1800, in cui si accenna alla dottrina dell'intuizione estetica contenuta nel *Sistema* pubblicato in quel turno di tempo, è distrutta da altre presunzioni, dal breve tempo trascorso tra la pubblicazione del *Sistema* (fine marzo) e la data della lettera, dal nessun cenno fattone dal Savigny nelle lettere di quell'epoca, sopra tutto dal non aver rilevato dell'opera letta la parte che doveva maggiormente interessarlo, cioè la dottrina del diritto e dello Stato. L'accenno della lettera 26 aprile si riferisce ad un argomento trattato nella scuola dallo Schelling. Non è inutile osservare che il Savigny nè allora, nè poi non invocò mai a sostegno delle sue idee l'autorità dello Schelling e dell'opera sua.

giuridico e alla tradizione dei giusnaturalisti, ciò significa solo che entrambi obbedivano alle stesse tendenze negative, di reazione cioè a siffatti indirizzi di pensiero.

Accanto a questi argomenti estrinseci vi sono considerazioni inerenti all'indole e all'essenza delle dottrine, tali da escludere tra esse qualsiasi rapporto di dipendenza e di figliazione. Non sarà inutile osservare che molti degli stessi sostenitori di tale rapporto di parentela a superare le difficoltà derivanti dalla diversità delle dottrine, furono portati a riconoscere che il Savigny, dotato di scarso senso filosofico, avrebbe frainteso lo Schelling (1), mentre altri a salvare il carattere della filosofia del Savigny furono indotti a falsare completamente il pensiero dello Schelling, facendone nientemeno che un precursore della concezione positivo-empirica del diritto (2). L'origine dell'equivoco sta in ciò che tanto lo Schelling, quanto il Savigny cadono nel periodo di reazione contro il razionalismo e l'individualismo giuridico e che lo Schelling fu tra i primi a contrapporre con autorità ed efficacia una nuova concezione della vita e del mondo, a quella prevalente nel secolo anteriore. Nessuna meraviglia quindi che entrambi consentissero nell'azione critica e negativa, che vi fosse stretta corrispondenza tra le finalità generali dell'opera loro, che entrambi accogliessero concetti che erano il prodotto delle nuove tendenze de' tempi, delle nuove direzioni di pensiero.

A questo si limita il loro accordo, mentre come erano diversi per indole, così erano diverse le premesse da cui mossero alla costruzione delle loro dottrine, diverso il metodo seguìto, diverso il campo di esplicazione della loro attività. Gli stessi concetti di sviluppo, di organismo, di coscienza e volontà universale hanno nell'uno e nell'altro valore e significato profondamente diverso.

Non regge il rapporto accennato, ma non dimostrato, dal Landsberg, secondo cui il Savigny sta allo Schelling, come l'Hugo al Kant, perchè

---

(1) Abbiamo sopra (pag. 112, nota 1) ricordato il Roscher e l'Ahrens tra coloro che in odio al Savigny e alla sua scuola hanno primi sostenuto che la dottrina storica del diritto era un'interpretazione in senso naturalistico e materialistico della filosofia dello Schelling. Recentemente il Kantorowicz (op. cit., p. 316) ha pure rilevato che i concetti filosofici dello Schelling e più in generale dell'epoca, attraverso la mentalità antifilosofica del Savigny hanno subìto una « unzulassige Vereinfachung » e si sono per così dire « trivialisiert ».

(2) Chi nutrisse qualche dubbio al riguardo non ha che a leggere lo scritto del Brugi: *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea* in *Riv. it. di sociologia*, 1902, pag. 228 e seg., nonchè dello stesso autore l'*Introduzione enciclopedica* cit., pag. 51.

l'Hugo si propose di integrare il Kant, da cui trasse in modo esplicito le forme *a priori* per intendere la realtà giuridica, laddove il Savigny, contrariamente allo Schelling, sdegnò ogni criterio aprioristico e razionale nell'intendere la storia.

Al Savigny sfuggì completamente il significato profondo che ha la storia nel sistema dello Schelling, secondo cui essa non ha valore per sè, ma come manifestazione ideale dell'Assoluto, come espressione di idee eterne. Per il Savigny la realtà che si evolve ha in sè il suo significato, ha in sè la legge del suo divenire, non è l'espressione di una realtà superiore che la riassume e la spiega. Perciò, mentre il Savigny era portato a generalizzare dal materiale storico criticamente vagliato e ordinato, lo Schelling mirava a foggiare una storia ideale eterna, di cui l'esperienza storica non era che la progressiva realizzazione. Quindi ciò che nello Schelling è sviluppo dialettico dell'Assoluto e non esclude l'opera del genio individuale, e i rivolgimenti violenti della storia, nel Savigny diventa manifestazione graduale della coscienza collettiva empiricamente intesa. La razionalità inconscia immanente alla storia dello Schelling, diventa sentimento oscuro, istinto cieco nel Savigny. Il concetto di organismo che nell'uno è il termine del divenire naturale ed è condizione della coscienza, non ha nell'altro che il valore di una metafora, di un principio euristico. La volontà universale esprimente nello Schelling l'ordine eterno delle cose, diventa spirito nazionale, coscienza collettiva nella scuola storica.

Dopo ciò è legittimo affermare che il Savigny come non intese nè seguì lo Schelling nelle sue premesse filosofiche, così non lo seguì nè lo intese nel dominio del diritto. Non devono trarre in errore gli elementi naturali e storici che abbiamo rilevato nella concezione giuridica dello Schelling, essendo coordinati allo speciale significato che natura e storia hanno nel suo sistema nei rapporti coll'Assoluto. Nella storia dominano, secondo lo Schelling, i due principii opposti della libertà e della necessità, corrispondenti al principio individuale e universale. La conciliazione di questi due principii costituisce la ragion d'essere dell'ordine giuridico, il quale non è pertanto quel prodotto storico inconscio e determinato in tutte le sue parti, quale il Savigny e la sua scuola si rappresentano, ma è l'espressione della ragione eterna, universale, nel campo degli istinti, degli egoismi contrastanti nella storia; come tale esso è libero e razionale nella sua costituzione, è necessario e determinato nel suo svolgimento. Se la storia può rivelarci la necessità del progresso giuridico, solo la ragione permette di darne la giustificazione ultima. L'ordine giuridico, afferma esplicitamente lo Schelling, è « eine von Menschenhanden gebaute und eingerichtete Maschine »;

il bisogno potè in origine generarlo, ma solo la riflessione e la ragione possono in epoca di civiltà costruirlo in guisa da rispondere efficacemente alle sue finalità. Ciò implica la costituzione dello Stato, a cui la storia mira come a scopo ultimo. Nello Stato la ragione universale mentre è misura e norma della individualità nelle sue molteplici manifestazioni, dispone di mezzi coattivi atti a farsi valere.

Al confronto la concezione del Savigny e della sua scuola dovrà apparire povera cosa. Il diritto lungi dall'essere un aspetto della vita di un popolo, appare allo Schelling la storia stessa nella sua ragione profonda. Si comprende la parte subordinata che nel suo sistema ha il diritto privato. Come l'individuo, così il suo particolare diritto non ha ragion di fine. Staccato dal tronco del diritto pubblico, da cui prende vita e vigore, esso doveva apparire allo Schelling un « mechanische Scharfsinn », un'empirica « Rechtskunde » (1).

Vedremo come al Savigny e più ancora alla sua scuola metta capo il movimento inteso a staccare il diritto privato dalla filosofia; tale distacco se giovò alla costituzione di una scienza del diritto privato, contribuì a inaridirne le sorgenti di vita, sottraendolo alle correnti di pensiero che ne avrebbero preparato la trasformazione in conformità alle esigenze nuove dei tempi. Lo spirito filosofico che aveva destato nel secolo dell'Illuminismo a nuova vita il diritto privato e ne aveva preparato la grande riforma in senso individualista, doveva far difetto ai privatisti del secolo XIX, non certo per colpa dello Schelling, nel cui sistema vi era tanto da giustificare qualsiasi più audace riforma del diritto privato senza rinnegare i risultati della critica storica. La scuola storica così nelle dottrine professate, come nei metodi seguiti si affermò e si svolse indipendente dalle grandi correnti filosofiche dell'epoca, rappresentate dallo Schelling e dall'Hegel (2). Non mancò, da parte di insigni rappresentanti della scuola, quali il Puchta e lo Stahl, il tentativo di una conciliazione; il tentativo non fu fecondo, ma è degno di nota il fatto che esso avvenne assai più sotto l'influenza dello Schelling che non dell'Hegel, non però dello Schelling della prima maniera, ma dello Schelling, quale doveva rivelarsi nell'ultimo periodo della sua attività filosofica.

Il Kuno Fischer ebbe a dire che se lo Schelling avesse avuto a disposizione il materiale storico del Savigny, sarebbe stato il fondatore

---

(1) Cfr. SCHELLING, *Vorlesungen uber die Methode*, ecc., Lez. X.

(2) Lo stesso Landsberg (op. cit., p. 217) riconosce che le sole influenze filosofiche dello Schelling sul Savigny sono quelle derivanti dal *Sistema* e dalle *Lezioni*.

della scuola storica. L'affermazione a nostro credere non regge perchè fondata sul presupposto che la scuola storica rappresenti solo un nuovo metodo di studio e debba apprezzarsi in ragione del materiale raccolto e fornito agli studiosi, mentre essa rappresenta sopratutto nei suoi fondatori un vero e proprio movimento di idee, destinato a produrre una nuova concezione generale del diritto e dello Stato. Non si può negare questo merito alla scuola storica, qualunque sia il giudizio sul valore intrinseco della dottrina da essa professata. Se ciò è vero la questione di sapere a quali influenze di pensiero obbedì il Savigny nel formulare la sua dottrina, risorge anche più insistente.

La soluzione puramente negativa del Singer non può soddisfare. L'indipendenza dallo Schelling non significa indipendenza da altre correnti di pensiero dell'epoca (1). Noi siamo fermamente convinti che il Savigny nel preparare il programma della sua scuola era nell'ordine di idee della romantica, e solo mediante quest'ultima, ossia per via indiretta e assai ristretta, può parlarsi di un'influenza dello Schelling (2). La scuola storica rappresenta lo spirito romantico nell'ordine degli studi giuridici e la concezione romantica delle cose se ha strette relazioni colla filosofia dello Schelling, è ad ogni modo da questa indipendente, esprime lo stato nuovo degli animi e delle menti in contrasto non solo teoretico, ma pratico, non solo negativo, ma positivo col razionalismo giuridico e coll'universalismo astratto del secolo XVIII.

14. — La scuola storica negli studi giuridici fu un aspetto del romanticismo e solo in quanto quest'ultimo fu l'espressione di nuovi valori morali, di una nuova coscienza filosofica, quella ebbe valore e significato nella storia del pensiero giuridico. La parentela tra il romanticismo e lo storicismo negli studi giuridici se fu generalmente intuita e affermata, non fu ugualmente chiarita e dimostrata. Eppure il movimento storico negli studi giuridici, quale si presenta nell'opera de' suoi fondatori, nella influenza esercitata, nelle discussioni sollevate è indissolubilmente legato al movimento romantico, col quale ha comuni la ragion d'essere, i caratteri, le generali tendenze teoretiche e pratiche.

Il Croce volendo caratterizzare il romanticismo come direzione universale e costante dello spirito umano, astraendo dai limiti di tempo

---

(1) Notevole il tentativo del Brie (*Der Volksgeist bei Hegel und in der historischen Rechtsschule*, Leipzig, 1909) per stabilire rapporti tra il Savigny e l'Hegel.

(2) È questa l'opinione del Loening, *Festrede v. 12, Dec. 1879*, Dorpart 1880, p. 6 e seg. Cfr. anche del Loening sempre nello stesso senso, *Die philosophischen Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule* in *Internationale Wochenschrift*, 4, (1910), p. 65 e seg., 115 e seg.

e dalle contingenze storiche, rivela di esso tre fondamentali aspetti, l'aspetto psicologico-morale, l'aspetto artistico, l'aspetto filosofico e secondo questo triplice aspetto lo definisce (1). Non crediamo che sia stato nell'intenzione del Croce di comprendere in questi tre aspetti tutta la varietà fenomenica del romanticismo, ma solo di esemplificare il processo mentale da seguire per la costruzione del concetto empirico, o, per usare la sua espressione, il pseudo concetto di romanticismo. Non si comprenderebbe altrimenti la ragione di non parlare di un romanticismo religioso, politico, giuridico, oltrechè di un romanticismo morale ed estetico. Che se si voglia astrarre dalle forme e direzioni particolari che il romanticismo assunse nella realtà storica, per coglierne le note più generali e comprensive, devesi, secondo noi, aver riguardo da un lato al suo carattere e significato psicologico, d'altro lato alla particolare coscienza filosofica che in esso si rivela.

Il romanticismo è sempre e sopratutto l'espressione di un dissidio interiore provocato dagli eccessi del formalismo logico e dell'intellettualismo, è la ribellione del nostro essere profondo, fatto di sentimenti, di tendenze, di aspirazioni contro i freni imposti dalla ragione, è l'affermazione libera dell'individualità sensibile, contro l'Io astratto, ridotto ad attività pensante, a pura forma, priva di vita e di contenuto. Vi sono epoche della storia umana in cui i diritti del sentimento e della volontà, che sono poi quelli della vita e della realtà, si affermano più vigorosi e incoercibili. Tali epoche sono caratterizzate, oltrechè dalla sfiducia nella ragione, ne' suoi postulati e leggi universali, nelle sue sintesi astratte, dal bisogno prepotente di credere, di operare, di dare libero sfogo alle energie spontanee e creative dello spirito, di riabilitare le verità che dal sentimento e dall'intuizione traggono fondamento. Se le ribellioni contro le esagerazioni dell'intellettualismo sono di tutti i tempi e ne fanno fede l'epicureismo, il cristianesimo, il misticismo medioevale, la riforma religiosa, solo alla fine del secolo XVIII e per tutto il seguente la reazione si svolse più larga e profonda. Ciò si spiega pensando che da due secoli la tirannide razionalista dominava e non solo nell'ordine del pensiero, ma della vita e della realtà. La razionalizzazione dei rapporti umani è la caratteristica del movimento illuminista e il criticismo kantiano, frainteso, lungi dall'arrestarla, l'aveva favorita. Da ciò l'estensione e l'importanza della reazione romantica, che si presenta coi caratteri di una sollevazione spirituale, di una generale riorganizzazione dei valori della vita individuale e

(1) Cfr. B. Croce, *Saggi filosofici*, I (Bari, 1910), p. 285 e seg. (*Le definizioni pel romanticismo*).

collettiva, tanto da costituire il carattere preminente della speculazione e dell'azione nel secolo XIX. In ciò più che nella novità del principio informatore sta il significato del romanticismo, considerato come particolare atteggiamento dello spirito umano.

Prima ancora che nei grandi sistemi di Schelling e di Hegel, la filosofia romantica ne' suoi pregi e difetti, nelle sue audacie e nelle sue esagerazioni, si rivela tutta quanta in quello che si è soliti chiamare il romanticismo vero e proprio, che non è che il romanticismo della fase più antica (*Fruhromantik*), cioè il romanticismo vissuto, non ancora disciplinato dalla ragione e irrigidito in un sistema, prodotto spontaneo dei tempi, avente per interpreti geniali le più spiccate individualità dell'arte e della poesia (1).

Indissolubilmente legata allo stato d'animo proprio del romanticismo, la nuova filosofia romantica, conscia o inconscia, penetra tutti i campi del pensiero e della vita, e tutti vivifica di sè e rinnova. Sua caratteristica fu ovunque di raccogliersi nella contemplazione del soggetto, nella visione delle cose attraverso l'individualità. Per questo lato si inspirava direttamente al Fichte, il filosofo della soggettività pura, dell'interiorità sollevata a principio universale. Col Fichte non solo il razionalismo oggettivo di Spinoza era superato, ma la *cosa in sè* del Kant si risolveva nell'attività creatrice dell'Io. Tutto ciò che non è Io, che non è sua produzione non ha valore, perchè non ha esistenza. Non c'è oggetto senza Io, non c'è Io senza oggetto che lo completi. L'Io è il centro intorno a cui si volge l'universo, e questo non è in fondo che l'espressione della nostra vita interiore.

Nessun'altra dottrina meglio si adattava allo spirito della preromantica di questa del Fichte, la quale mentre sottraeva l'individuo all'incubo della *cosa in sè*, al rigore delle forme logiche, nelle quali il pensiero doveva moversi, gli riconosceva un potere creatore illimitato. Senonchè la filosofia del Fichte attraverso il particolare stato d'animo romantico, e in conseguenza di esso, subiva una ben strana deformazione. Per il Fichte l'Io che costruisce il mondo è essenzialmente volontà morale, è volontà di agire secondo il dovere. Non compresero i romantici il significato profondamente etico dell'idealismo fichtiano e preferirono interpretare il mondo esteticamente, in termini di sentimento. Per essi la natura non è espressione di una esigenza etica, ma è un'opera d'arte inconscia, che l'artista meglio che il filosofo intende e riproduce colla fantasia divinatrice.

---

(1) Per una ricca e ordinata bibliografia sul romanticismo in Germania, cfr. FARINELLI, *Il romanticismo in Germania* (Bari, 1911), p. 137 e seg.

La filosofia romantica presentasi pertanto con caratteri e fisionomia sua propria e può definirsi un idealismo soggettivo, empirico, che si svolge senza regola, in contrapposto all'idealismo oggettivo, universale, per il quale lavorarono il Fichte e sopratutto lo Schelling e l'Hegel. L'Io del Fichte assoluto, superindividuale, transoggettivo, concepito fuori del tempo e dello spazio non ha nulla a fare coll'Io sensibile, capriccioso, finito dei romantici, il cui atteggiamento verso la vita e la realtà è l'incostanza, l'instabilità. Per essi la conoscenza è divinazione, la realtà è sogno. La verità è in ragione della ricchezza e varietà degli stati d'animo, e come questi è incostante e mutevole. Una volta elevato il sentimento a criterio di verità, a guida nella interpretazione del mondo, qualunque più ardita e arbitraria affermazione è possibile e può giustificarsi (1).

Nè può dirsi che la romantica nel suo ulteriore sviluppo, abbia, sotto l'influenza dello Schelling, mutato carattere o modificato il suo particolare atteggiamento soggettivo e individualistico. Anzitutto non è dimostrato che lo Schelling abbia dominato il movimento romantico; fu esso stesso da quest'ultimo dominato e talora traviato. L'incostanza romantica è pure carattere della sua filosofia (2). D'altra parte vi è motivo per credere che il pensiero dello Schelling subì per opera dei romantici una deformazione analoga a quella che sopra rilevammo per il Fichte. Lo Schelling fu veramente l'anello di congiunzione tra il soggettivismo romantico e l'idealismo oggettivo dell'Hegel. Da un lato egli penetrava l'anima romantica nelle sue più profonde e caratteristiche aspirazioni, nella sua tendenza a trarre dai contrasti, dai dualismi, dalle discordanze della vita e della realtà l'ordine, l'armonia, l'unità del soggetto e dell'oggetto, della libertà e della necessità, del mondo e dello spirito, ad assorbire il finito nell'infinito, il relativo nell'assoluto, l'individuo nel tutto universale. D'altro lato egli riuscì a soddisfare tale esigenza filosofica superando il Fichte e sciogliendo l'idealismo dall'arbitrio della vita interiore. L'Io individuale non è che l'aspetto cosciente dello spirito universale. L'Assoluto non è l'Io, ma il Tutto, e si manifesta nella natura, prima di pervenire a coscienza nell'uomo. L'aspirazione romantica alla unità, all'infinito non è solo aspirazione soggettiva, ma esigenza oggettiva della realtà universale: nè il sentimento è sufficiente guida alla conoscenza dei rapporti che legano l'indi-

---

(1) Cfr. Kronenberg, *Geschichte des deuts. Idealismus*, II Bd. (Munchen, 1912), p. 542 e seg., 574-76.

(2) Cfr. Royce, *Lo spirito della filosofia moderna*, trad. it. di G. Rensi (Bari, 1910), P. I, Conferenza VI: *La scuola romantica in filosofia*, p. 230.

viduo al Tutto, ma è necessaria l'*intellektuelle Anschauung* (1). Con ciò lo Schelling schiudeva ai romantici un altro interiore da investigare, l'anima delle cose. L'universo apparve alla commossa fantasia romantica « un organismo vivente, che si regge con leggi eterne di armonia e di ritmo, una intelligenza sovrana animata da un soffio d'arte inestinguibile, avviata ad una perfezione sempre maggiore, tessuta di divina sostanza » (2). La vita dell'individuo, del suo divenire interiore è tutta nell'evolversi infinito delle cose esteriori. I romantici interpretarono liberamente il pensiero filosofico dello Schelling in conformità al loro temperamento artistico, alle loro tendenze e aspirazioni, ma non intesero ch'esso segnava la fine dell'idealismo empirico, soggettivo, individualistico, e apriva la via, percorsa poi dall'Hegel, all'idealismo oggettivo, universale. I due aspetti, lo psicologico e il filosofico insieme confusi nella prima fase del romanticismo si separano dopo lo Schelling, e la riflessione filosofica prende il sopravento sulle fallacie del sentimento e della ispirazione estetica. In conseguenza di tale separazione erano posti in evidenza i motivi profondi di vero, le tendenze universali insite nel romanticismo, che da movimento caotico di sentimenti e di divinazioni estetiche, si trasformava in un movimento di idee rispondente alle esigenze teoretiche e pratiche del secolo nuovo.

Del duplice aspetto psicologico e filosofico del romanticismo bisogna tener conto, per valutarne i caratteri e il significato nelle varie forme e direzioni sotto cui storicamente si presenta. Ovunque ebbe manifestazioni empiriche, soggettive, e manifestazioni persistenti, universali. Avversari e seguaci del romanticismo, giudicando delle sue manifestazioni nel campo religioso, etico, giuridico, non distinsero tra gli elementi filosofici e psicologici, che concorsero a formarlo e che furono causa ad un tempo delle sue deficienze e della sua vitalità.

In ordine ad esempio all'attività religiosa lo spirito romantico significò anzitutto reazione contro l'Illuminismo religioso del secolo XVIII, nella sua tendenza a trasformare in una fredda esigenza razionale ciò che era l'espressione di un bisogno vivo e profondo dello spirito, a cercare l'essenza della vita religiosa nei dogmi, nelle dottrine, negli atti esteriori di culto, tendenza che mentre disconosceva la natura dell'attività religiosa, ne inaridiva le fonti vive e perenni. Nelle sue manifestazioni positive il romanticismo religioso assume forma e carattere assai diverso negli inni spirituali del Novalis e nei *Discorsi sulla religione* dello Schleiermacher. Nell'arte e letteratura romantica, per la prevalenza

(1) Cfr. KRONENBERG, Op. cit., p. 605 e seg.
(2) Cfr. FARINELLI, Op. cit., p. 57.

degli elementi psicologici e passionali, religione significò spesso comunione mistica con Dio, estasi, ebbrezza dell'infinito, bisogno soggettivo di credere, amore del mistero, del simbolo, glorificazione e risurrezione del Medio Evo cattolico, ritorno alle forme aberranti del pietismo e del misticismo. Ma nel romanticismo era pure in germe una nuova coscienza religiosa, che solo nello Schleiermacher si rivela distinta e coordinata alle premesse dell'idealismo filosofico. In un primo momento la romantica, sotto l'influenza del Fichte, accentua il carattere soggettivo del sentimento religioso e lo intende come ricerca ed espressione dell'infinito che è in noi. In seguito acquista favore la concezione spinoziana della sostanza divina ovunque diffusa, a cui tutte le cose sono partecipi. Il panteismo oggettivo dello Spinoza acquista però forma e carattere soggettivo presso i romantici. L'uomo vive in sè e nelle cose la sostanza divina: ad essa partecipa, ad essa anela ricongiungersi in una comunione mistica e perenne. Nello Schleiermacher infine l'attività religiosa, purificata dalle scorie della sensibilità, svincolata dalla metafisica e dalla morale, appare completamente autonoma, come aspetto indipendente della vita dello spirito. Conciliando le esigenze dell'idealismo e del misticismo lo Schleiermacher fa consistere l'essenza della religione non nella contemplazione oggettiva dell'essere infinito e neppure nel risolversi del soggetto finito nella sostanza infinita, ma nell'unità piena, assoluta del soggetto e dell'oggetto, dell'Io e del mondo, dello spirito e della sostanza, della libertà e necessità, dell'uomo finito e dell'universo infinito, nell'acquetarsi dell'animo nella beatitudine del fine raggiunto. Per questo suo carattere unitario, escludente ogni interiore contrasto, l'attività religiosa viene a distinguersi così dall'attività teoretica, attratta e distratta dall'oggetto, come dall'attività pratica, per la quale il soggetto domina le cose, le trasforma e le adatta a sè (1). La coscienza religiosa dell'uomo moderno, fatta di interiorità e di spiritualità, è già tutta nel romanticismo, che poneva al tempo stesso le condizioni per una concezione filosofica del problema religioso.

Analogamente in ordine all'attività morale il romanticismo significò, nel suo aspetto negativo, la condanna della morale dell'Illuminismo, la quale nella veste di morale umanitaria, intesa al bene e alla felicità generale, mascherava l'egoismo più raffinato e nella pratica si era rivelata impotente a risolvere il contrasto tra le aspirazioni dell'animo e la realtà. Essenzialmente utilitaria e convenzionale la morale dell'Illuminismo aveva inaridito le fonti stesse della vita morale, indulgendo

---

(1) Cfr. Schleiermacher, *Reden über die Religion*, ecc. (1799) (in *Werke*, Auswahl in 4 Bd. Leipzig, 1910, Bd. iv); Kronenberg, Op. cit., ii, p. 608-27.

alle debolezze dell'umana natura, mirando a una perfezione puramente esteriore e formale. Il Kant stesso nella lotta a oltranza contro l'eudemonismo etico non era riuscito a suscitare un movimento largo e fecondo di rigenerazione etica dell'individuo. La morale del dovere, non sostenuta e vivificata dal sentimento, poteva appagare le esigenze formali della ragione, ma lasciava indifferenti e insoddisfatti gli animi. Ciò avvertirono i romantici nella lotta intrapresa contro la morale in uso, contro le pretese grammatiche della virtù, contro gli « Oekonomen der Moral » che consideravano gli uomini e la vita come se si trattasse « von der besten Schafzucht oder vom Kaufen und Verkaufen der Güter » (Fd. Schlegel). Se vi è sostanza divina nell'uomo, dal suo proprio Io egli deve trarre norma di vita, guida per reggersi nella famiglia e nello Stato. Il « tu devi » non è voce che debba risuonare imperiosa dal di fuori, ma deve sorgere in noi. A tale scopo occorre infrangere ogni catena dello spirito, dare libero, pieno sviluppo alle nostre forze, promovere l'autoformazione dell'uomo, l'originalità e la spontaneità dell'operare. La virtù, ebbe a dire lo Schlegel, nasce come l'amore per creazione dal nulla.

In questo movimento per una morale veramente umana si delineava una nuova concezione etica, che lo Schleiermacher ebbe il merito di intendere e di affermare contro gli stessi romantici, che minacciavano inaugurare sotto nuova forma l'empirismo e il soggettivismo morale. Anche per lo Schleiermacher, come già per il Kant e per il Fichte, la moralità è sinonimo di libertà, auto-coscienza, soggettività pura, ma coi romantici vedeva la necessità di dare vita e contenuto ai precetti formali del Kant, di umanizzare l'Io assoluto del Fichte. La libertà, l'autonomia non si intendono fuori di una individualità concreta, e questa implica limitazione, relatività, necessità. Libertà e necessità sono termini che si richiamano nella vita etica come nell'uomo e il problema consiste non nell'eliminare l'uno o l'altro di essi, ma nell'intenderli uniti. Se come essere razionale l'uomo è libero, autonomo, come individuo è parte necessitata di un tutto, ossia è parte dell'umanità e dell'universo, alla cui vita e sviluppo concorre non per ciò che ha comune con altri, ma per ciò che gli è proprio. Come suoni distinti e diversi insieme si fondono a formare l'armonia, così ogni individuo per le diversità fondamentali e irriducibili del suo essere diventa strumento attivo e necessario della vita e armonia delle cose. Ognuno, senza lasciarsi traviare dalle fallacie della sensibilità, deve in sè trovare il tono particolare, per il quale accordarsi colla umanità e coll'universo: la vita morale è tutta in questa conoscenza e in questo accordo. L'antica massima « conosci te stesso » non significa per la nuova morale la

ricerca in noi dell'universale astratto o del particolare sensibile, ma la scoperta di ciò che costituisce la singolarità profonda del nostro essere, la coscienza del posto che è proprio di ognuno nel regno della necessità, per occuparlo liberamente in armonia con la vita universale (1).

In tutte le sue forme e manifestazioni il romanticismo, come movimento di rinnovazione spirituale, fu naturalmente portato a fare oggetto di studio la vita interiore, ad esagerare i risultati dell'introspezione, inaugurando quella nuova forma di empirismo che può dirsi psicologico. Se la vita interna non è solamente mezzo a conoscere la realtà esterna, ma è mezzo a produrla come la sola, la vera realtà, si comprendono gli sforzi diretti a descriverla, a risolverla ne' suoi elementi, a ricomporla nella sua unità, a seguirla nel suo sviluppo. In difetto di metodi positivi di studio supplì l'indagine introspettiva genialmente e liberamente condotta. All'unilateralità intellettualista o sentimentalista, all'associazionismo meccanico esteriore i romantici contrapposero la complessità unitaria dello spirito, concepito come attività che si svolge nel tempo in forme sempre nuove e varie. Nè può dirsi che la libertà dell'indagine abbia impedito di raggiungere risultati positivi. Salvo che nei metodi, la psicologia scientifica posteriore accolse nelle sue linee generali, ne' suoi risultati fondamentali la concezione romantica della vita interna, sopratutto là dove i metodi oggettivi non soccorrono, come nello studio dei fatti emotivi e inconsci. Feconda infatti di risultati positivi fu l'affermazione dell'inconscio psichico, l'importanza riconosciuta ai sentimenti, agli appetiti e istinti come forme primordiali della vita interna, l'unità e attività dello spirito affermata sulla base degli stati emotivi e volitivi, le categorie del tempo e del divenire applicate allo studio dell'interno, in pieno contrasto colla dottrina tradizionale delle facoltà dell'anima; questi ed altri dogmi psicologici dei romantici divennero affermazioni della psicologia scientifica contemporanea. Al progresso della quale essi contribuirono anche ed efficacemente colla loro intuizione di una vita psichica universale diffusa nella natura e nella storia. Viva è nei romantici l'idea di una coscienza collettiva, intesa come una vera e propria individualità psicologica, capace di produrre unità spirituali viventi e comprendenti nel loro seno distinte, ma coordinate le singole coscienze e attività individuali.

Se nessuno più dei romantici può pretendere all'onore di aver pre-

---

(1) Per la morale romantica cfr. dello SCHLEIERMACHER: *Monologen* (1800) e le lettere *über Fr. Schlegel's Lucinde*. Per una larga esposizione del pensiero etico dello S. cfr. HAYM, *Die romantische Schule*, 2te Auf. Berlin, 1906, lib. III, c. 3, p. 508 e seg.; CALÒ, *L'individualismo etico nel sec.* XIX, Napoli, 1906, p. 121 e seg.

corso l'odierno movimento scientifico della psicologia così individuale come collettiva, nessuno più di essi si illuse di far opera filosofica coi risultati dell'osservazione psicologica. Come illusoria è la realtà esteriore affermata sulla testimonianza esclusiva del senso, così le manifestazioni della vita interna non possono come tali pretendere all'oggettività e alla universalità. Empirico pertanto e soggettivo deve dirsi l'indirizzo romantico in tutte le sue esplicazioni, nell'arte e nella religione, nella morale e nel diritto. La speculazione filosofica dal Fichte allo Schelling e all'Hegel fu la correzione e interpretazione oggettiva e universale dell'idealismo soggettivo e oggettivo dei romantici. L'Io assoluto del Fichte, l'intuizione intelligibile dello Schelling, lo spirito oggettivo e il divenire dialettico dell'Hegel, si contrappongono all'Io empirico, all'intuizione sensibile, allo spirito soggettivo, al divenire psicologico dei romantici. Romanticismo psicologico e filosofico dapprima uniti, poi distinti, furono due aspetti dello stesso movimento spirituale. La nuova metafisica, le nuove categorie logiche, i nuovi criteri gnoseologici impliciti nel romanticismo, e pervenuti coll'Hegel a piena coscienza filosofica, si presentarono dapprima nella forma di stati e di tendenze psicologiche. Di ciò devesi tener conto per giudicare della scuola storica e del suo valore filosofico negli studi giuridici; essa fu del romanticismo psicologico ed empirico una delle più notevoli e feconde manifestazioni.

15. — Le nuove categorie di cui i romantici particolarmente si valsero per rinnovare dalle fondamenta la dottrina giuridica e politica, furono le categorie della relatività e del divenire, che si tradussero nell'applicazione della psicologia e della storia alla soluzione dei problemi del diritto e dello Stato.

Nel campo psicologico l'applicazione delle nuove categorie della relatività e del divenire portarono i romantici ad accentuare gli aspetti contingenti e mutevoli dell'umana natura, a ricercare in essi le caratteristiche originarie e persistenti dell'individualità; ciò contro l'intellettualismo e l'empirismo materialista dell'epoca anteriore, che intendendo lo spirito essenzialmente come sostanza pensante, aveva risolto il contenuto della coscienza in rappresentazioni più o meno chiare, aveva meccanizzato la vita interna, eliminando tutti gli elementi che, come i sentimenti e gli istinti, perturbavano il gioco delle rappresentazioni e il loro equilibrio. Nello Spinoza, nell'Hume l'anima appare un fascio di associazioni, senza l'intimo legame unitario della appercezione. Per merito dei romantici l'irrazionale, l'inconscio psichico acquistano valore e una nuova vita ignorata di sentimenti e d'impulsi

viene posta in luce. Al principio della sostanzialità psichica è sostituito il principio della attualità: lo spirito non è, ma diviene, non è sostanza, ma attività che si rivela in forme sempre nuove e varie. La coscienza intesa come sostanza non può altrimenti concepirsi che chiusa in sè, delimitata, finita; mentre per i romantici la coscienza, sotto il predominio e l'impulso delle energie emotive, non ha limiti al suo svolgimento, tende a espandersi indefinitamente. Nell'intellettualismo l'unità dello spirito è raggiunta solo indirettamente per astrazione, non potendo lo spirito superare il dualismo tra sè e il mondo, se non oggettivando il soggetto o soggettivando l'oggetto; per i romantici l'unità dello spirito è immediata, scaturisce direttamente dalla natura stessa dello spirito, per il quale nulla esiste se non nella forma della relazione, dell'attualità. Il divenire psichico non è per i romantici nè uniforme, nè inorganico, ma vario e unitario ad un tempo, nè può intendersi se non nella forma della individualità. La vita interiore consiste in un continuo processo di organizzazione e disorganizzazione di stati psichici, in un eterno contrasto tra il principio della mutazione e il principio dell'unità.

La vita psichica è anche e sopratutto vita di relazione. Se la dottrina della sostanzialità dell'anima doveva isolare l'individuo, chiuderlo in sè stesso, escludere ogni relatività, la nuova concezione romantica dello spirito implicava il riferimento ad altre esistenze, portava a vivere e a sentire in noi la vita degli altri. La mutabilità e varietà stessa della vita interiore moltiplicava i rapporti e i contatti con l'esterno. L'Io romantico è essenzialmente emotivo e quindi espansivo, tende a differenziarsi, a moltiplicarsi, ad integrare la propria coll'esistenza altrui e ciò non per un processo dialettico e per scopi di elevazione etica, come il Fichte sosteneva, ma per esuberanza di vita interiore, per il bisogno di svolgere sotto ogni aspetto la ricchezza della sua natura, di abbracciare tutto ciò che lo circonda, di sentire e vivere in sè la vita dell'universo fino al completo dissolvimento di sè in altri. Questo desiderio intenso di espandersi in altri, di congiungersi con altri, di accogliere in sè la vita altrui, questo bisogno persistente di entrare in rapporto, in contatto doveva produrre l'idea di un comun vincolo spirituale, di una vita collettiva.

L'idea e la necessità della quale ritorna persistente nei preromantici. Concorde è in essi l'invocazione di una « Symexistenz », l'esaltazione della « hochste Sympathie », della « Koaktivität », della « Symmetrie des Eigentümlichen ». Nel « vermitteln und vermittelt werden » è tutta la vita dell'uomo, secondo Fr. Schlegel. Di questi è la proposta di superare la dottrina fichtiana dell'Io assoluto con la « Philosophie des Du ».

Nelle lezioni destinate a produrre la nuova filosofia egli considera la solitudine (Einsamkeit) il maggior male che possa toccare all'uomo, e lo stato più contrario alla sua natura. La vita umana è vita di relazione, afferma A. Müller, nè altrimenti si esprime l'Humboldt. La vita in comune risponde alla nostra più intima natura; in essa l'individualità si sente integrata e accresciuta e l'Io diventa una « syntetische Person ». Nessuno può dire quanta parte di noi appartenga ad altri, osserva il Novalis.

La vita collettiva è pensata e sentita dai romantici sul modello della vita individuale, come unità risultante dalla fusione di elementi molteplici, come un organismo spirituale, dominato da un principio interiore di vita e di azione. L'esigenza di una vita collettiva nelle forme e coi caratteri dell'individualità scaturiva del resto dalle premesse logiche e metafisiche del romanticismo. Il processo d'individuazione, risultante dalla riduzione dell'eterogeneo, del molteplice all'unità, era suscettibile di applicazioni e svolgimenti indefiniti, nel dominio della natura, come nel dominio dello spirito. La realtà era dai romantici concepita come un sistema d'individualità distinte e coordinate, gerarchicamente distribuite secondo il grado di individuazione.

Nè i romantici si limitarono alla constatazione di una vita di relazione tra individui, ma riconobbero l'esistenza di uno spirito collettivo, di una vera e propria sostanza psichica autonoma, universale, capace di unificare il molteplice e il vario della vita comune, di originare prodotti che costituiscono delle vere sintesi creatrici superindividuali, aventi valore non solo teoretico, ma pratico.

A cogliere la vita d'insieme, così nell'individuo, come nella società, i romantici disdegnarono il metodo analitico che procede per divisione e descrizione e fecero ricorso alla intuizione immediata, che procede sinteticamente e risponde al nuovo stadio del sapere, in cui la conoscenza astratta delle parti è integrata e superata dalla ricerca del nesso e dell'unità profonda che unisce le parti al tutto. « Verstehen aus Ganzen » è il nuovo carattere della filosofia romantica e l'intuizione ne è l'organo gnoseologico (1).

Il relativismo e il divenire psicologico deve intendersi in unione col relativismo e col divenire storico. La storicità è la forma nella quale la vita collettiva si rivela. « Con una equazione ideale, osserva il Borgese, romanticismo nella speculazione vale storicismo » (2). Nella

---

(1) Cfr. Poetsch, *Studien zur frühromantischen Politik und Geschichtsauffassung* (Leipzig, 1907), I, (*Sozial-und Kulturpsychologie*), p. 45-61.

(2) Cfr. A. Borgese, *Storia della critica romantica in Italia* (Napoli, 1905), p. 187.

valutazione della storia consiste uno dei tratti originali del pensiero romantico, ugualmente avverso al razionalismo storico degli Illuministi, e all'apriorismo storico del Kant e del Fichte. Al caso degli antichi, alla Provvidenza medioevale, alla fortuna e al capriccio degli storici del Rinascimento, gli Illuministi sostituirono l'interpretazione della storia al lume della ragione, creando un dualismo irreducibile tra quella e questa, deprezzando i fatti storici come conoscenze di qualità inferiore rispetto alle vere ragioni e finalità che animano la storia e che ne costituiscono l'elemento uniforme e costante. Fattore precipuo della storia è sempre l'individuo e la storia è studiata con intendimenti pratici o pragmatistici, come allora si diceva, per trarne vantaggio e ammaestramento per l'avvenire. Il progresso di cui parlano i maggiori spiriti del secolo XVIII deve intendersi senza alcuna idea di svolgimento, nel senso, come rileva il Croce, di ottimismo, di sicurezza, di fiducia nelle energie inesauribili della ragione umana (1). Il trionfo della quale nella storia doveva instaurare il regno della felicità e dell'uguaglianza universale; epperò il cosmopolitismo e l'umanitarismo costituirono l'ideale storico dell'Illuminismo e la conseguenza logica dell'individualismo razionale (2).

Nè meno avversi furono i romantici all'indirizzo del Kant e del Fichte, tendente a contrapporre la storia alla filosofia della storia, a elevare una barriera insuperabile tra la ricerca erudita e analitica dei fatti e l'indagine diretta a spiegare la storia con le premesse di un sistema filosofico. Il Fichte, ad esempio, distingue nettamente tra lo storico che non ha, nè deve avere altra preoccupazione all'infuori dell'accertamento e dell'ordinamento cronologico dei fatti, e il filosofo che deve *a priori*, ossia senza la storia, spiegare la storia, determinarne l'andamento ideale, porre le condizioni formali secondo cui il progresso umano deve svolgersi (3).

Contro il razionalismo e l'apriorismo storico, che cercavano la ragione della storia fuori della storia nella ragione astratta, reagirono i romantici negli sforzi tendenti a riabilitare la realtà storica e nello stesso tempo a interpretarla psicologicamente. A differenza degli eruditi per i quali il fatto storico è fine a sè e la successione cronologica costituisce il solo criterio ordinatore dei fatti medesimi, per i romantici il contin-

---

(1) Cfr. B. Croce, *Intorno alla Storia della Storiografia* (in *La Critica*, 1913, XI, 3, p. 210 e seg.).

(2) Sui caratteri della storia nell'età dell'Illuminismo, cfr. oltre il Croce (op. cit.), il Fueter, *Geschichte der neueren Historiographie* (Munchen, 1911), lib. IV.

(3) Cfr. sopra § 12, p. 105 e seg.

gente storico è l'espressione esteriore di una vita interna, di cui devesi determinare la natura e le leggi di sviluppo. Anche l'Herder ebbe vivo il senso della continuità storica, ma il nesso che lega i fatti egli intese in un senso naturalistico, come nesso causale, meccanico, mentre i romantici, se accolsero l'idea della continuità storica e se ne valsero per riabilitare il passato, per intendere e spiegare con esso il presente, in fuori da qualsiasi intervento del caso, o della volontà dell'individuo, la intesero in un senso idealistico e la integrarono coll'idea di sviluppo e di organismo che si svolge e si accresce in virtù di energie interiori che si rivelano in forme sempre nuove e più perfette. Per i romantici il divenire storico è essenzialmente un divenire psicologico, e come la coscienza individuale si svolge da stati inconsci, e si rivela nelle forme dell'individualità, così inconsci sono i processi iniziali e profondi della storia, collettivi e individuali ne sono i prodotti, in quanto rappresentano delle unità collettive, coi caratteri propri dell'individualità.

Si comprende allora la fede dei romantici in uno spirito universale che penetra la storia e che si rivela costante e invariabile nelle molteplici e varie formazioni storiche, si comprende come i romantici potessero conciliare l'ideale cosmopolitico del secolo XVIII col rispetto alle individualità storiche, come per essi filosofia e storia si identificassero sul comun fondamento della coscienza universale di cui entrambe sono prodotti. In relazione allo spirito universale che penetra ovunque, tutto ciò che avviene, anche se particolare, anche se accidentale, diventa elemento necessario e razionale nell'unità dell'insieme. D'altra parte si afferma il senso dell'unità della vita storica, per cui tutti gli aspetti della coltura devono considerarsi insieme e non divisi, essendo tutti dominati da un ugual principio di vita e di sviluppo ed essendo tutti manifestazioni dello spirito assoluto. Concorrendo alla vita d'insieme i vari aspetti non perdono la loro individualità, conformemente al principio romantico secondo cui il tutto non assorbe in sè, ma integra e spiega l'individuale.

Coi romantici pertanto si iniziava una fase nuova della speculazione, di cui era centro la storia intesa in largo senso, come sviluppo cioè della coscienza universale e comprendente la psicologia che è la storia dello spirito. Lo storicismo doveva divenire nel secolo XIX il fondamento della realtà e del pensiero e ingenerò l'abito di considerare le cose dell'uomo e del mondo non nell'assoluto dell'idea, ma nella manifestazione, non nella sostanza inconoscibile, ma nell' accidente, non nell'astrazione, ma nello spazio e nel tempo. E colla storia era l'idea umana che si affermava nella sua universalità e perennità. Fin dal 1796 Fr. Schlegel affermava che anche la « Wissenschaftslehre » non può

far a meno della materia storica e dello spirito storico. Lo sviluppo genetico dello spirito umano, egli ripete nel 1804, costituisce il più alto compito della filosofia. Il problema della storia non era dunque che il problema stesso dell'umanità, essendo l'uomo e il suo svolgimento e le sue manifestazioni il contenuto profondo della storia.

Era una specie di idealismo a base storica che si affermava con la romantica, con questo di particolare rispetto all'idealismo posteriore dell'Hegel, a cui essa dischiudeva la via, che non seppe elevarsi oltre i limiti del soggettivo e dell'empirico. Lo spirito universale, il divenire storico sono dai romantici concepiti nei limiti del tempo e dello spazio; l'individualità delle formazioni storiche è strettamente legata agli aspetti sensibili e inconsci dell'umana natura; ciò spiega la parte da essi fatta nella storia ai sentimenti, agli istinti, alle produzioni spontanee lente e graduali, e lo scarso valore riconosciuto agli elementi intellettuali e riflessi. L'universalismo romantico non è che la generalizzazione della vita interiore, così come la vita collettiva non è che l'estensione della vita individuale nel tempo e nello spazio. L'individualismo non è superato, ma assume forma nuova, dall'individuo è esteso ai popoli e le lotte tra le collettività nazionali si sostituiscono e si sovrappongono a quelle tra gli individui. Tutte pertanto le lacune e le deficienze dell'empirismo filosofico possono riferirsi alla concezione romantica della vita e del mondo. La quale come non superò l'empirismo e l'individualismo, così rimane sempre una interpretazione trascendente della storia. Il vero fattore della storia è lo spirito che si manifesta nella storia senza confondersi con essa; la storia non si fa da sè, ma è il prodotto di un principio che la trascende e la spiega; con ciò risorgeva il dualismo tra la ragion della storia e la storia stessa, dualismo che i romantici si illudevano di aver superato (1). La storia più che fine a sè, era sempre mezzo per sollevarsi allo spirito universale, movente primo e fine ultimo della realtà, che nella storia come nella natura si rivela nelle forme effimere e contingenti dell'individualità concreta.

La denominazione di scuola storica è inadeguata ad esprimere la penetrazione negli studi giuridici delle dottrine e dello spirito romantico. Per lo più si considera la scuola storica come un indirizzo autonomo di pensiero, si ricercano le influenze di vario genere e non solo romantiche, che su di essa operarono, trascurando di considerarla sopratutto

---

(1) Cfr. per il carattere trascendente della concezione storica romantica il Croce, op. cit., p. 234; Id. *Genesi e dissoluzione ideale della « Fisolofia della Storia »* (in *Annuario della Biblioteca Filosofica di Palermo*, Vol. II. fasc. 5).

come un aspetto del pensiero romantico colle modificazioni imposte dalla natura e dalle condizioni speciali degli studi giuridici.

16. — Degli aspetti del romanticismo, l'aspetto politico e giuridico è dei più notevoli, in quanto esprime l'efficienza pratica del pensiero romantico e contiene i motivi dominanti la critica e la riforma che il nuovo secolo apparecchiava delle dottrine politiche e giuridiche consolidate oramai nei codici e nelle costituzioni. Lo stato d'animo nuovo, il nuovo orientamento del pensiero, impliciti nel romanticismo, si rivelano anche in ordine al problema del diritto e dello Stato. Prima ancora che col Savigny la reazione si manifestasse in ordine al diritto, lo spirito nuovo penetrava nel dominio del diritto pubblico, che più facilmente e direttamente risente i mutamenti della opinione pubblica.

Il pensiero politico dell'età che precedette immediatamente la romantica è tutto nella dottrina illuminista dello Stato paterno e in quella kantiana dello Stato di diritto. Per quanto profondamente diverse tra loro, la reazione e la critica romantica colpivano entrambe le dottrine, per i caratteri comuni che presentavano, per le pratiche conseguenze che da esse ugualmente derivavano. Si scorgeva e si voleva combattere in esse il carattere razionalista, la tendenza a concepire e a risolvere astrattamente i problemi politici senza riguardo alcuno all'esperienza psicologica e storica, l'individualismo e l'universalismo astratti, la concezione atomistica e meccanica dei rapporti sociali, il contrattualismo giuridico. Di fronte a questi più generali caratteri le differenze di dottrina passano inosservate, nè fu rilevato il significato profondo e universale dell'opera kantiana.

Lo stato d'animo nuovo che preparò la reazione romantica fu la conseguenza degli eccessi della rivoluzione francese, che parve il fallimento in atto delle teorie politiche dell'Illuminismo. Un senso generale di malessere aveva invaso gli animi e traducevasi in mille forme, nella istintiva diffidenza per le novità politiche della rivoluzione, nella ribellione contro istituzioni che alla ragione e alla libertà astratta sacrificavano i superiori diritti della vita e dell'individualità concreta, nel desiderio intenso di pace, di armonia, di ritorno nostalgico alle istituzioni del passato, nella tendenza a rinsaldare i vincoli sociali infranti, a trovare loro basi più certe se non più vere.

Nel romanticismo questo insieme confuso e indeterminato di aspirazioni trovarono appagamento, presentando esso le condizioni di un nuovo indirizzo politico. I concetti di individuo, di Stato e del loro rapporto, attraverso la coscienza romantica escono profondamente trasformati rispetto all'età precedente. Una nuova forma d'individualismo

era inaugurato, l'individualismo concreto, proprio del secolo XIX, in pieno contrasto coll'individualismo astratto dell'Illuminismo e dello stesso Kant. Per il razionalismo del XVIII l'individuo umano non ha valore per gli elementi concreti, particolari, soggettivi che lo costituiscono, ma deriva il suo valore assoluto e universale dal rispecchiare e rappresentare in sè stesso valori assoluti e universali, l'umanità astratta, ciò che è universalmente umano, a cui si subordina come la specie logica al genere che è la sua legge. Può chiamarsi col Simmel un individualismo fondato sull'eguaglianza che sopprime le differenze psicologiche e storiche, astrae da ogni rapporto temporale e spaziale, per cogliere nell'individuo gli elementi comuni e costanti dell'umanità (1). Gli individui aventi uguale e assoluto valore bastano a sè, stanno tra loro come i termini discreti di una serie numerica, che possono liberamente e variamente aggregarsi, ma non fondersi insieme in nuove e superiori unità. Logica pertanto presentavasi la concezione dello Stato fondata sul presupposto di individui indifferenziati, quantitativamente uguali, che insieme convengono di dar vita allo Stato per la difesa dell'uguale libertà. L'individualismo così inteso non esclude, anzi implica logicamente l'universalismo e l'umanitarismo egualitario, perchè mentre unisce gli uomini sulla base comune e universale dell'umanità, condanna, per l'ingiustizia inerente alla contingenza e alla relatività, le differenze qualitative storico-sociali; d'altro lato giustifica il cosmopolitismo e la confederazione per la pace eterna tra Stati eguali per origine e per finalità. L'umanità e lo Stato non hanno in questa dottrina politica valore per sè, ma per gli elementi assoluti che li costituiscono; essi sono sintesi logiche, non reali, non sovrastano, nè comprendono in una sintesi superiore gli individui, ma rappresentano solo la personalità individuale potenziata.

La romantica contrappose a questa la sua concezione politica, la quale scaturiva direttamente dalle sue premesse metafisiche e logiche. Come nel dominio della metafisica la romantica tendeva a far prevalere le categorie della qualità, del divenire, del tempo, dello spazio, della relazione, dell'attualità sopra la categoria della sostanza una e immutabile, così nell'ordine politico l'individuo e lo Stato perdono il loro carattere astratto, formale, meccanico per trasformarsi in unità concrete, in organismi aventi in sè il principio d'azione e di sviluppo.

D'altra parte mentre la logica del razionalismo si aggirava intorno al rapporto di genere e di specie e mirava a spogliare l'individuo delle

---

(1) Cfr. SIMMEL, *Philosophie des Geldes* (Leipzig, 1900), p. 373, ove tratta delle diverse forme di individualismo.

note differenziative per contemplarlo nella universalità e eternità dell'idea, la logica romantica era tutta nel rapporto dell'uno e del molteplice, per cui al processo analitico di subordinazione del particolare all'universale sostituiva il processo sintetico di coordinazione della parte col tutto, al processo di riduzione e di semplificazione per note comuni, sostituiva il processo di moltiplicazione per note diverse per trarre dalla varietà l'unità, dalla contraddizione l'identità, dalla discordanza degli elementi l'ordine e l'armonia. L'individuo inteso come unificazione del diverso, come sintesi organica di elementi contrastanti viene ad essere la sola realtà, e questa ha valore in ragione del grado di individuazione che presenta.

Nè le varie individualità sono dai romantici concepite disgiunte e isolate, come le monadi del Leibniz, poichè coordinandosi e integrandosi tra loro possono originare unità organiche più larghe e comprensive, caratterizzate da un grado più elevato di individuazione. Il rapporto tra le parti e il tutto non è più il rapporto semplice tra termini essenzialmente uguali rispetto ad una totalità che ne costituisce la somma, ma diventa il rapporto di termini essenzialmente diversi, ognuno dei quali esiste per sè e rientra in una unità e finalità più alta e complessa. Come allora intendere la vita del singolo nella vita dell'insieme, senza violare la individualità di entrambi? Ecco il problema che doveva imporsi alla romantica ed al quale questa non diede, nè poteva dare una risposta esauriente.

Certo è che in rapporto con queste premesse metafisiche e logiche l'individualismo era per opera della romantica rinnovato e consolidato. Non solo l'individuo costituiva il pernio di tutta la speculazione romantica, ma questa sorse col precipuo scopo di sciogliere l'individuo dalla tirannia delle idee astratte, alle quali, più che a sè stesso, egli chiedeva la ragione dell'esistenza. L'idolatria dell'individuo, il culto fanatico per la libertà e per i diritti dell'uomo non avevano impedito all'assolutismo, democratico o dispotico o paterno che fosse, di trionfare nella dottrina e nella pratica. Può anzi affermarsi che l'assolutismo politico era la conseguenza logica delle premesse razionaliste: l'individuo era esaltato non per sè stesso, ma come rappresentante dell'idea universale umana, la cui attuazione portava al sacrificio sistematico dei valori particolari e soggettivi. Il romanticismo per reazione mise in valore gli elementi inconsci, affettivi, contingenti, continuamente rinnovantisi dell'individualità, riuscendo per tal modo a quella nuova forma di individualismo che nasceva dalle differenze, dalle particolarità individuali reciproche, dall'idea di sviluppo, di mutamento.

In conseguenza del nuovo significato di individuo, il problema politico

era modificato nelle sue stesse basi. Gli elementi della vita politica non potevano più considerarsi col razionalismo politico alla stregua di termini uguali, astratti, capaci di piegarsi ai sistemi di legislazione più arbitrari. Trattandosi di elementi concreti e reali, dotati ognuno di tendenze sue proprie, incomunicabili e incoercibili, l'azione dell'uomo politico doveva svolgersi più complessa e ostacolata, mentre lo Stato doveva intendersi non come il mezzo per raggiungere idealità astratte, ma il campo di libero sviluppo dell'individualità concreta. Come la logica formale sotto l'influenza romantica doveva cedere il passo alla logica reale, così la politica astratta doveva far luogo ad una politica realistica, fondata sulla giusta valutazione delle differenze individuali.

La politica del romanticismo non è che una forma particolare della sua psicologia e della sua rappresentazione del mondo. I problemi politici dovevano interessare particolarmente i romantici, poichè era sopratutto nell'ordine politico che lo stato di disagio, di contrasto tra il nuovo e il vecchio si rifletteva. Il pensiero politico romantico sopratutto nella sua prima fase, oscilla incerto tra le idealità astratte della rivoluzione e le esigenze concrete della vita individuale e collettiva; da un lato inneggia alla libertà, ai diritti dell'uomo, all'unione di tutti i popoli in un comune ideale di amore e di giustizia, dall'altra è rivolto al passato, intende la libertà nei limiti della tradizione e dell'autorità, vuol compresa la vita individuale nella più larga individualità nazionale. La generale tendenza dialettica dei romantici a risolvere le contraddizioni in antitesi per aprirsi la via ad una sintesi, si riflette nell'ordine politico nella tendenza a contrapporre e a conciliare l'universale e l'individuale, la libertà e la necessità, l'assolutismo dell' Io e la relatività storica, l'autonomia e l'autorità. Tali termini antitetici non si escludono, ma si risolvono l'uno nell'altro mediante la categoria dinamica del divenire.

La storia è il vasto campo in cui le antitesi politiche si pongono e si risolvono, in cui gli individui si raggruppano in unità politiche che rappresentano lo svolgimento, l'integrazione della individualità. Non v'è dubbio che la romantica contrapponendo al diritto di ragione il diritto storico e facendo del popolo il titolare del diritto si affermava decisamente contro l'eudemonismo politico e contro il sistema dello Stato assoluto. D'altra parte lo Stato democratico della rivoluzione fondato sul presupposto dell'eguaglianza formale e dell'uguale libertà di tutti gli uomini non poteva costituire l'ideale politico dei romantici, per i quali la libertà e l'uguaglianza scaturiscono dal rispetto e dallo svolgimento delle differenze e delle disuguaglianze individuali. Nè meno profonda era l'avversione dei romantici all'atomismo del secolo XVIII,

che trattava gli individui come quantità indifferenti e dopo di averli sciolti da ogni legame religioso, morale, sociale, li congiungeva in un vincolo politico coattivo, di natura meccanica e convenzionale. Perciò pur non nascondendo le loro simpatie per il liberalismo costituzionale e democratico essi mirarono ad attuarlo non in nome della ragione, ma della storia. Il vincolo politico lungi dal sostituire tutti gli altri vincoli sociali, ne costituisce solo l'integrazione e la garanzia. Si comprendono allora gli sforzi dei romantici per dare allo Stato un contenuto reale, per elevarlo a organo non di un'idea astratta, ma di una vita collettiva psicologicamente e storicamente determinata. E questa vita collettiva essi intesero come nazione, lo Stato come Stato nazionale.

Quali che sieno le opinioni sul significato di nazione, non vi può esser dubbio sulla tendenza dei popoli moderni a costituirsi in organismi distinti, aventi un grado vario di coesione e di unità interiore a seconda della natura e del valore degli elementi che prevalgono nella loro costituzione, ma tutti tendenti ad affermarsi come individualità storiche chiuse e differenziate. La speculazione dei giusnaturalisti come sostituì all'individuo concreto l'uomo astratto, così sostituì alle grandi unità storiche, varie nel tempo e nello spazio, l'idea astratta dell'umanità, alla cui comprensione e attuazione i vincoli nazionali dovevano apparire un ostacolo. Ciò non tolse che i giusnaturalisti, generalizzando la realtà storica e psicologica, foggiassero le loro dottrine sul genio nazionale dei diversi popoli illudendosi di servire alla causa della ragione e dell'umanità. Le loro speculazioni non arrestarono il generale processo storico di formazione delle nazionalità e indirettamente le favorirono; ciò che era un processo storico inconscio si trasformò sulla fine del secolo XVIII in un vero e proprio movimento di organizzazione cosciente dei popoli civili sulla base della nazionalità. Di questa coscienza nazionale i romantici furono i più efficaci interpreti ed eccitatori. In essi vediamo le idealità umanitarie dell'Illuminismo trasformarsi in aspirazioni nazionali e queste a loro volta identificarsi col germanismo. In ciò rivelavasi la loro tendenza a personificare, a tradurre le astrazioni in forme concrete e individuali.

Più che ad analizzare il contenuto di nazione, più che a discuterne il fondamento e i caratteri, i romantici contribuirono a costruirla psicologicamente e storicamente e l'opera loro fu al riguardo notevole per le applicazioni nel campo degli studi giuridici. Essi mostrarono di intuire la vera natura della nazione, riconducendola al concetto di organismo etico e riponendone l'essenza nella coscienza e volontà comune. La tendenza panteistica e universalistica che è nel fondo del loro pensiero, li portò a considerare la nazione come una determina-

zione concreta dell'assoluto. Ogni aggruppamento naturale o artificiale di uomini, per la convivenza continuata sullo stesso territorio, per la stessa comunione di vita interiore, riflette lo spirito universale in una forma particolare per cui diventa un popolo, una nazione, una individualità collettiva. Epperò la nazione come espressione dell'universalità dello spirito nella forma dell'individualità, è concetto intermedio tra l'individuo e l'umanità, e in essa convergono le varie direzioni del pensiero romantico.

Nei romantici però il concetto di nazione si mantenne empirico e soggettivo; nel costruirlo essi non astrassero dalla relatività storica e psicologica, per cui doveva loro sfuggire la natura vera e il rapporto ideale in cui tale concetto sta coll'individuo e colla società. La nazionalità non è ancora nei romantici quello che sarà più tardi per l'Hegel, personalità di un popolo, soggetto, coscienza di sè e delle proprie determinazioni, ma è sempre una individualità empirica, strettamente legata alle contingenze storiche, dominata dalle forme più semplici e mutevoli dello spirito, non contemplata nell'universalità dell'idea, come oggettivazione e realizzazione continua e progressiva dello spirito universale. Perciò, malgrado le apparenze in contrario, il punto di vista individuale non solo non era superato, ma era vieppiù confermato. La nazione non è per i romantici che l'estensione della individualità empirica, e là dove quest'ultima si afferma più vigorosa e perfetta, come nel genio estetico, lo spirito nazionale si rivela nella sua forma più alta e più pura. Perciò la nazione non ha per i romantici altro fine che di sviluppare e di integrare l'individualità di ognuno per mezzo della vita collettiva; più che rappresentare un'idealità superiore all'individuo, essa significa l'anima individuale perpetuata nella storia di un popolo. L'individuo ama ed esalta nella nazione sè stesso, le sue tendenze particolari ed esclusive. Solo nei rapporti con altre nazioni lo spirito nazionale sembra elevarsi, affermandosi come unità compatta che sprigiona energie nuove e feconde. Senonchè la mancanza di un concetto più largo ed elevato, da cui trarre norma per regolare i rapporti tra le diverse nazionalità, doveva portare o a foggiare una nazione-tipo da servire di modello ad ogni altra, oppure a regolare i rapporti tra le varie nazioni sulla base di quei principii di uguaglianza e di libertà reciproca, che l'individualismo del secolo XVIII aveva invocato a regolare i rapporti tra gli individui. I romantici si attennero alla prima soluzione; in essi le influenze umanitarie dell'Illuminismo si riprodussero nella tendenza a dare valore universale alla nazione e alla coltura germanica.

Il nazionalismo romantico si confonde col germanismo, cioè con quel

movimento di rigenerazione intellettuale e morale, prima ancora che politico, che si destò in Germania sul finire del secolo XVIII e che significò dapprima affrancamento dello spirito tedesco da ogni servitù classica e straniera, e in seguito predominio ed espansione per ogni dove della coltura e del genio tedesco (1). Era una nuova forma di imperialismo in nome della storia e della nazionalità tedesca opposto all'imperialismo classico di impronta francese che colla rivoluzione erasi affermato ovunque vittorioso in nome della ragione e dell'umanità; l'uno e l'altro amplificazioni e deformazioni del principio individuale applicato a regolare i rapporti tra popoli diversi. Certo è che i romantici erano tutti infiammati di un veemente ardore di germanesimo e consideravano la nazione tedesca l'espressione più perfetta dello spirito universale che si realizza nella storia. Epperò lo studio delle antichità e delle istituzioni germaniche acquistò nei romantici un particolare significato; ritornare al medio evo era ritrovare sè stessi, era ritornare all'età fortunata in cui lo spirito nazionale erasi rivelato nella sua forma più pura, in cui il popolo germanico aveva dato solenne prova di vigore, di fermezza, di integrità di carattere, erasi dimostrato capace di forti, di grandi passioni, aveva raggiunto un alto grado di individualità, non più riacquistata nelle generazioni successive. Per rigenerare la coscienza e la vita occorreva una risurrezione di quel carattere, di quella individualità. Ciò portava allo studio del passato e non solo nelle sue linee generali, ma nei particolari più minuti, essendo ogni singolo fatto espressione dello spirito nazionale e indirettamente dell'Assoluto. Germanesimo era per tal modo sinonimo di nazionalismo, ed entrambi costituivano il fondo dello storicismo romantico, storicismo di tendenza sentimentale lontano dalla oggettività storica, ma che ad ogni modo implicava lo sforzo di elevarsi sopra il nudo fatto per sentire la vita in comune, col sussidio dell'analisi e della critica storica.

Chi di ciò non tien conto corre rischio di non intendere il romanticismo e di imputare a colpa e a difetto ciò che è logica conseguenza dei suoi principii. Retrivo, reazionario fu considerato il romanticismo per aver invocato il ritorno al medio evo cristiano, ma si dimentica che tale ritorno significava per i romantici un progresso sul presente,

---

(1) Cfr. CROCE, *Saggi*, ecc. cit. I, p. 292; FARINELLI, *Il romanticismo*, ecc., p. 92; BORGESE, *Storia*, ecc. cit., c. VI. Contro l'antitesi germanesimo e spirito classico cfr. ORESTANO, *Germanismo e latinità nel romanticismo* (in *Rivista di Roma*, dic. 1905), nonchè la risposta del BORGESE, *Romanticismo, patriottismo e germanesimo* (in *Critica*, IV, p. 150 e seg.).

significava per la civiltà germanica, minacciata da influenze straniere, il ritorno all'età in cui essa aveva lottato e trionfato sulla civiltà classica, mercè l'intima comunione degli spiriti, alimentata e rinsaldata dalla religione.

La tendenza del romanticismo a ricostituire sulla base della psicologia e della storia, entità etico-collettive come la famiglia e la nazione, non deve condurre in errore circa il suo vero spirito e le sue vere finalità. Il romanticismo mirava pur sempre a svolgere, a esaltare l'individualità, intesa come una formazione psicologica e storica. Nella stessa elaborazione del concetto di nazione i romantici non ebbero altra mira che di affermare l'individualità dei vari popoli, alimentando gli esclusivismi nazionali, rinnegando nei rapporti internazionali quel principio dell'eguale libertà, sul quale il Kant aveva fondato il suo ideale di pace eterna tra gli Stati. Poterono dopo ciò i romantici affermare che il loro ideale nazionale era in armonia coi principii dell'89, ma con ciò mostravano anche di non avvertire in seno alla nazione ed eccedente i suoi limiti di tempo e di spazio, l'esistenza di una più complessa vita sociale.

17. — Delle considerazioni fatte bisogna tener conto per apprezzare al suo giusto valore la dottrina romantica dello Stato, la quale finì per prevalere sopra ogni altra elaborata in quell'epoca avventurosa della storia nazionale tedesca che corre dal 1790 al 1815.

Il razionalismo politico aveva in quest'epoca subìto una ulteriore elaborazione per opera sopratutto del Gönner, il quale cercò di contrapporre alla concezione kantiana dello Stato di diritto, fondato sull'idea del contratto, la concezione dello Stato organico prodotto di una necessità razionale (1). Con ciò il Gönner non faceva in realtà che svolgere e accentuare un'idea implicita nella stessa dottrina del Kant, l'idea cioè dello Stato inteso non come un prodotto dell'arbitrio umano, ma come l'espressione di un dovere morale (*ethischen Sollens*) che obbliga anche giuridicamente. E lo Stato concepito come una necessità etica e razionale, mentre escludeva l'idea del contratto, era compatibile colla concezione organica.

---

(1) Cfr. Koch, *N. T. v. Gonners Staatslehre*, Leipzig, 1902. Il Koch (p. 35) parla di influenze dello Schelling sul Gönner, ma a torto, secondo noi, perchè l'idea organica dello Stato ha nello Schelling un fondamento metafisico e un significato assai diverso, mentre non è dubbia sul G. l'influenza del Kant. Ciò riconosce anche il Landsberg, *Geschichte*, ecc. II Bd. *Noten*: p. 75 n. 17.

Per il Gonner infatti lo Stato è un organismo razionale e naturale ad un tempo, il cui fine non è solo la difesa del diritto, ma il raggiungimento del fine umano in generale (1). Con ciò la classica concezione dello Stato organismo fisico-spirituale sul modello dell'organismo umano, con finalità etiche, risorgeva e risorgeva col preciso intento di temperare le asprezze e le conseguenze dell'individualismo e dell'atomismo politico.

Se non che questo ritorno alla dottrina organica dello Stato a base razionale fu senza notevole influenza sullo svolgimento ulteriore del pensiero politico, orientato verso nuove direzioni per opera sopratutto di G. v. Humboldt, del Fichte, dei romantici. Essi esprimono in grado e forma diversa la nuova coscienza politica intesa ad affermare il concetto di nazione in rapporto collo Stato, a fare dello Stato l'organo della nazione, a trasformare la concezione dello Stato di diritto in quella dello Stato nazionale (*Nationalstaat*).

Nell'Humboldt i due concetti di nazione e di Stato sono ancora distinti e contrapposti. Senza mai definirlo esplicitamente, il concetto di nazione ricorre fin dai suoi primi scritti politici (2). Nel modo di intendere la nazione l'Humboldt è sempre sotto l'influenza delle idee del secolo XVIII, sopratutto del Rousseau, per il quale la nazione non

---

(1) Per il pensiero politico del GONNER cfr. il suo *Deutsches Staatsrecht*, Landshut 1804; la prefazione all'opera del NIBLER (*Der Staat, aus dem Organismus und Universum entwickelt*, Landshut 1805) col titolo: *Ueber die Notwendigkeit einer Verbesserung der Ansichten vom Staat;* l'introduzione-programma al lavoro dell'HIMMELSTOSS (*Versuch der Entwicklung des Begriffes der Regalitat*, Landshut 1804) col titolo: *Ueber das rechtliche Prinzip der deutschen Territorialverfassung.* — Tutti questi lavori rappresentano un movimento di reazione così alla dottrina dello Stato di diritto, come alla rivoluzione e al dogma della sovranità popolare. Condotti con metodo aprioristico essi risultano di elementi eudemonistici e giuridici. Mancò alla teoria organica del Gonner l'idea integrante della personalità morale dello Stato distinta da quella degli individui: perciò non distingue tra Stato e nazione e fu indotto a intendere l'unità dello Stato mediante il sovrano, identificando, come già l'Hobbes, la personalità dello Stato con quella del principe (Cfr. KOCH, op. cit., p. 37-38). Rimane merito indiscusso del Gonner l'avere per il primo posto, in forma chiara e cosciente, la concezione organica dello Stato a fondamento di una teoria del diritto pubblico autonomo.

(2) Cfr. particolarmente dell'HUMBOLDT, *Ideen über Staatsverfassung durch die neue französische Konstitution veranlasst* (scritte nell'agosto del 1791 e pubblicate nel gennaio 1792) e le *Ideen zu einem Versuch die Grenzen des Staats zu bestimmen* (1792) in HUMBOLDTS (*Werke*, herausg. v. *Leitzmann*, I). Cfr. MEINECKE, *Weltbürgertum und Nationalstaat* (Munchen, 1908), Kap. III.

si presenta come una individualità storica, come un principio di vita e di azione, capace di integrare e regolare la condotta individuale, ma è un'entità astratta, indeterminata, che si forma naturalmente dall'unione di molti individui, sui quali però non esercita influenza diretta. Nell'Humboldt si delinea il carattere naturale e reale della nazione; essa figura coll'individuo come concetto autonomo e indipendente dallo Stato. La dottrina dell'azione negativa dello Stato nei rapporti coll'individuo è dall'Humboldt estesa a regolare i rapporti tra lo Stato e la nazione; nulla di più estraneo al suo pensiero che la partecipazione diretta e positiva dello Stato alla vita della nazione (1). Còmpito dello Stato nei rapporti colla nazione, come nei rapporti coll'individuo, è di non ostacolarne il libero, pieno svolgimento. Nel suo intimo pensiero la nazione vale più dello Stato, come l'individuo vale più della nazione. Delle due realtà l'individuo e la nazione, l'individuo ha sempre le sue preferenze, risolvendosi in ultima analisi la vita della nazione nella vita dei singoli individui.

Nel preparare la nuova coscienza politica tedesca che nella guerra di liberazione dall'oppressione straniera doveva rivelarsi, ebbe parte notevole la speculazione filosofica. L'apostolo del nazionalismo tedesco nel suo significato etico e filosofico fu il Fichte, il cui pensiero politico fu per lungo tempo interamente dominato dalle idealità cosmopolitiche e umanitarie della rivoluzione francese. Ancora nel 1804 nei « Grundzugen des gegenwartigen Zeitalters » l'antitesi tra il cosmopolitismo e il nazionalismo non è superata, e le preferenze del Fichte sono sempre per lo Stato etico di ragione che ha per còmpito la realizzazione dell'idea umana senza determinazione di tempo, di luogo, di nazionalità (2). Se non che sotto l'influenza degli avvenimenti esterni la coscienza politica del Fichte si svolge e si modifica nel senso di intendere l'ideale umano attraverso l'anima nazionale tedesca. Già nei « Dialogen über den Patriotismus » (1806) il Fichte sostiene la tesi che « keinen Kosmopolitismus uberhaupt wirklich geben konne », ma che « in der Wirklichkeit der Kosmopolitismus notwendig Patriotismus werden müsse ». In altre parole qui il Fichte si professa patriota perchè cosmopolita, altro non essendo la nazione che l'umanità realizzata, cioè determinata nel tempo e nello spazio. Il cosmopolitismo a contatto colla realtà empirica di-

---

(1) « Die Staatsverfassung und der Nationalverein sollten, wie eng sie auch ineinander verwebt sein mögen, nie miteinander verwechselt werden...» e altrove « Es bleibt immer ein unleugbar wichtiger Unterschied zwischen eine Nationalanstalt und einer Staatseinrichtung » cit. dal MEINECKE, op. cit., p. 37 e nota.

(2) Cfr. MEINECKE, op. cit., p. 91 e seg.

venta nazionalismo, e questo non perde per ciò nulla del suo valore e significato universale. La considerazione della realtà empirica in rapporto alle idealità politiche si accentua nel saggio su Machiavelli (1), in cui il Fichte inspirandosi al grande scrittore fiorentino sostiene che lo Stato deve a suoi fini valersi dei mezzi offerti dalle contingenze storiche e deve esercitare un'azione positiva per formare la coscienza nazionale e farla servire al trionfo di ciò che è bene. Nei discorsi alla nazione tedesca la preoccupazione empirica e realistica che dominava nel saggio sul Machiavelli vien meno e la concezione filosofica dello Stato nazionale appare completamente svolta (2). Lo Stato perfetto, di ragione, è lo Stato nazionale e questo presuppone l'autonomia politica. Lo Stato tedesco diventando nazionale compie una missione etica di carattere universale.

Nel pensiero pertanto del Fichte la nazione più che significato politico ha significato morale: essa non serve ai fini dello Stato, ma è lo Stato che deve essere strumento delle finalità etiche della nazione. I concetti di nazione e di Stato sono nel Fichte intimamente uniti, ma tale unione è conseguita col sacrificio delle finalità proprie dello Stato e a tutto vantaggio delle idealità nazionali di natura essenzialmente etica. Mentre l'Humboldt aveva nettamente distinto tra Stato e nazione, il Fichte li unisce in una sintesi che con espressione nuova chiama *Kulturstaat*, cioè uno Stato avente scopi di cultura e di educazione civile. Non altrimenti avevano inteso il còmpito dello Stato il Rousseau e la Rivoluzione francese. Malgrado le apparenze in contrario lo Stato nazionale del Fichte è un concetto antistorico e superempirico. Esso non cerca il suo fondamento, la sua giustificazione nella tradizione, nella storia del passato, ma aspetta dal futuro, dal sorgere di nuove energie spirituali, da un generale risveglio e da una profonda commozione degli animi, la sua attuazione: è lo Stato di ragione del secolo XVIII fatto dinamico e rivoluzionario, opera cosciente della libera volontà morale, non già la risultante di forze storiche inconsce. D'altra parte per l'idea universale che lo informava, non poteva concepirsi

---

(1) Scritto e pubblicato a Königsberg nel 1807.

(2) I *Reden an die deutsche Nation* furono tenuti a Berlino nell'inverno 1807-1808. Abbiamo del Fichte un'altra opera politica: *Die Staatslehre*, oder *über das Verhältniss des Urstaates zum Vernunftreiche*. Fu pubblicata la prima volta, sui manoscritti da lui lasciati, nel 1820 (Berlin, Reimer) ed è il risultato delle lezioni tenute a Berlino nell'estate del 1813. Come suo testamento politico-nazionale il Meinecke (op. cit., p. 110) ricorda l'abbozzo di uno scritto politico della primavera del 1813.

chiuso in limiti di tempo e di spazio e il popolo tedesco destinato ad attuarlo serviva coscientemente a fini universali (1).

Dal contrasto la concezione politica romantica acquista valore e significato. Nella tendenza a creare uno Stato nazionale i romantici concordano coll'Humboldt e col Fichte; ma da questi si distinguono nel rappresentarsi la nazione e lo Stato in termini storici e psicologici. Gli elementi universali e formali che prevalgono nella concezione dello Stato nazionale dell'Humboldt e del Fichte fanno luogo nei romantici agli elementi particolari. Il popolo e la nazione non sono per essi idealità astratte che l'intelletto ravviva, ma sono individualità concrete che il sentimento e la volontà movono e dirigono. Lo Stato non è una creazione arbitraria della ragione, ma è una istituzione storica, le cui vicende si confondono con quelle della nazione. Il contrasto tra la concezione razionale e cosmopolitica dello Stato e la concezione storica già si delinea nella preromantica (1790-1800), nel Novalis e in Federico Schlegel della prima maniera. L'Haym trova nei « Politischen Fragmenten » del Novalis i tratti principali del pensiero politico romantico (2). Nel Novalis lo Stato ha perduto il suo carattere formale, è una individua-

---

(1) Anche nello Schelling troviamo traccie di spirito nazionalista a principio del 1813, all'epoca della fondazione dell'*Allgemeine Zeitschrift von Deutschen für Deutsche*, rivista annunziata fin dal 1812 e che senza volerlo ricorda nel titolo i discorsi alla nazione tedesca del Fichte. La rivista non incontrò favore e morì quasi subito. Lo spirito nazionalista dello S. si rivela anche in uno scritto incompleto e inedito, intitolato: *Ueber das Wesen deutscher Wissenschaft* del 1812 o 1813. Tra il nazionalismo dello Schelling e quello del Fichte vi era una profonda differenza. Se in entrambi esso traeva origine dalla coscienza filosofica, nel Fichte si manifestò in forme vive e praticamente efficaci; in lui la speculazione si traduceva in azione, l'idea diventava una fede e dello Stato nazionale esso non fu solo il filosofo, ma anche l'apostolo. Il nazionalismo dello Schelling era solo speculativo; a ciò contribuì la sua innata avversione alla propaganda attiva delle sue idee, la sua tendenza a isolarsi dalle persone e dagli avvenimenti; sopratutto contribuirono le speciali condizioni della Baviera, in cui lo Schelling viveva. Eretta a regno da Napoleone la Baviera rimase a questi fedele fino al 1813, e subì l'influenza francese fino al 1817. Sappiamo d'altronde che lo Schelling non approvò mai l'idea di una unità politica della Germania, o almeno l'idea dell'unità della costituzione; esso inclinava piuttosto a credere che ogni paese ha una specie di diritto storico all'esistenza e deve crearsi la sua costituzione. Ben più che all'indipendenza politica della Germania, lo Schelling come l'Herder, il Goethe, il Lessing dava importanza alla questione dell'indipendenza del pensiero tedesco dalle influenze straniere, come può vedersi dallo scritto sopra citato: *Ueber das Wesen*, ecc. Cfr. Kuno-Fischer, *Geschichte*, ecc. cit. (2ª ed.), p. 162; Brèhier, *Schelling* (Paris, 1912), p. 215 e seg.

(2) Cfr. Haym, *Die romant. Schule* cit., p. 344. Cfr. Poetsch, *Studien*, ecc., p. 42-43.

lità nel senso storico, non ancora nel senso nazionale. La nazione non ha per il Novalis significato politico, ma come per l'Humboldt, è sempre e solo *Kulturnation* (1). Antistorico e antiromantico è ancora Federico Schlegel prima del 1800. Nel suo « Versuch über den Begriff des Republikanismus » (1796) vagheggia una specie di repubblica universale, destinata ad attuare l'ideale kantiano di una pace eterna tra gli Stati. Non mancano però anche in questo saggio dello Schlegel accenni ad una trattazione storico-empirica della politica (2). In generale può affermarsi che la preromantica non riuscì a sciogliersi dall'idea cosmopolitica, ereditata dal XVIII secolo e ravvivata dall'idealismo del Fichte; le fece difetto l'idea dello sviluppo tacito e graduale delle istituzioni storiche e politiche; ma nello stesso sforzo di associare l'universalità dello Stato coll'individualità nazionale era in germe una nuova direzione del pensiero politico.

L'essenza della politica romantica propriamente detta, quale si venne elaborando nel periodo 1800-1815, consistette nel fondere insieme l'individualità dello Stato e quella della nazione in una sintesi organica d'indole psicologica e storica. Lo Stato non è più distinto dalla nazione, ma è la stessa nazione organizzata politicamente. L'ideale politico si confonde con l'ideale nazionale, il problema della libertà politica con quello della libertà nazionale. A differenza del Fichte lo Stato nazionale romantico più che di elementi ideali è costituito di elementi storici e psicologici; esso cerca nel passato la sua origine, il suo fondamento, trae forza e autorità dalla tradizione e dalla storia. Siccome in nessun'altra epoca meglio che nel Medio Evo lo Stato parve veramente l'espressione del carattere e dello spirito nazionale tedesco, così la restaurazione dello Stato germanico medioevale, corporativo e cristiano, divenne l'ideale politico dei romantici. Le ragioni ideali dello Stato nazionale, sempre presenti al Fichte, fanno luogo nei romantici a considerazioni di carattere empirico; la storicità fu da essi scambiata per razionalità. Per tal modo l'universalità dello Stato nazionale tedesco e della sua missione storica, che anche i romantici affermarono sotto l'influenza del razionalismo politico del secolo XVIII, fu da essi accoppiata con forme e ragioni storiche tramontate.

Alla trasformazione del romanticismo da movimento letterario e morale in un movimento politico e religioso contribuirono gli avvenimenti dell'epoca, sopratutto il pericolo che per parte di Napoleone correvano la libertà e la nazionalità tedesca. Della nuova fase del pen-

(1) Cfr. MEINECKE, op. cit., capo IV, p. 65 e seg.
(2) Lo afferma il MEINECKE, p. 73, nota.

siero romantico fu principale autore lo Schlegel della seconda maniera (1). A lui si deve la difesa del principio di nazionalità sul fondamento dell'unità della lingua e dell'origine comune, ciò che doveva, nell'ulteriore svolgimento del concetto di nazione, apparire un errore storico. Lo Schlegel intese la vita nazionale come libertà e come individualità; a tale scopo consigliò da un lato la reazione alle influenze straniere, dall'altro il ritorno alle tradizioni proprie del popolo germanico e la loro gelosa conservazione. Abbiamo per la prima volta e per opera dello Schlegel l'interpretazione in senso specificamente conservatore del principio di nazionalità; quanto più una nazione vive del suo passato e delle sue tradizioni, tanto più essa è nazione; con ciò la lotta per lo Stato nazionale si convertiva nella lotta per la restaurazione dello Stato corporativo medioevale, che traeva forza e autorità dal predominio delle classi nobili e dal principio religioso.

Nè fece difetto a questa concezione politica l'elemento universalistico proprio di ogni manifestazione romantica; tale elemento si rileva nella forma non di un cosmopolitismo democratico fondato sull'idea astratta di giustizia o sulla forza, o su ordinamenti amministrativi e burocratici, sapientemente congegnati, come Napoleone aveva vagheggiato, ma piuttosto nella forma di un impero universale cattolico, fondato sulla comunione di sentimenti morali e religiosi. E questo è anche l'ideale dello Schleiermacher, che nei suoi scritti politici contrappose costantemente la concezione romantica della vita e dello Stato all'idealismo politico del Fichte (2). Contro lo Stato meccanico che non ha altro fine che la composizione degli interessi e degli arbitrî umani, egli esalta lo Stato educatore, lo Stato organo di morale, di giustizia non solo civile, ma economica e sociale (3). Più che dell'unità e dell'uni-

---

(1) Non furono estranee ragioni personali, la conversione dello Schlegel al cattolicismo romano nel 1808 e il soggiorno in Austria. Cfr. MEINECKE, op. cit., capo V, p. 79 e seg.

(2) Cfr. SCHLEIERMACHER, *Werke*. Auswahl in 4 Bd. (Leipzig, 1910) III Bd. *Die Lehre vom Staat*. È un estratto del testo pubblicato la prima volta dal Brandis nel 1845 sopra manoscritti e lezioni dello Schleiermacher del 1817 e del 1829. Gli *Aphorismen über das Staat* (*Werke*, Bd. III) sono anteriori e risalgono al periodo tra il 1808 e il 1814.

(3) Cfr. SCHLEIERMACHER, *Ueber den Beruf des Staates zur Erziehung* (*Werke*, I Bd.). È un discorso letto il 22 dicembre 1813 alla *Konig. Akad. d. Wissenschaften* di Berlino. Può considerarsi nell'ordine politico il degno complemento del *Beruf*, ecc. del Savigny pubblicato nello stesso anno. Notevole è la parte II della *Lehre vom Staat* relativa all'amministrazione e alle attività dello Stato. In essa sostiene tra le altre cose l'obbligo dello Stato di garantire a tutti i suoi membri l'esistenza (p. 581), l'inalienabilità del suolo, la costituzione dei

versalità egli si preoccupò di ciò che è proprio, particolare, concreto, il che implicava in ordine allo Stato la considerazione della nazionalità come suo elemento essenziale e non solo empirico (1). Collo Schleiermacher ritornano in onore la funzione etica dello Stato, il principio di autorità, l'analogia tra il potere sovrano e quello domestico (2).

Nè solo tra i letterati e i filosofi ebbe rappresentanti il romanticismo politico, ma anche e sopratutto tra i giuristi, sopratutto tra i giuristi dell'indirizzo storico, tra i quali la reazione alle dottrine politiche della Rivoluzione si iniziò prima e indipendentemente dal movimento romantico. Tale reazione si lega alle vicende dell'influenza del Montesquieu e del Burke in Germania ed ebbe per centro l'università di Gottinga nell'Hannover, che per l'unione personale coll'Inghilterra era aperto a tutte le nuove correnti di pensiero, sopratutto inglesi. A Gottinga insegnarono nella seconda metà del secolo XVIII il Pütter, lo Spittler, l'Hugo, che furono i maggiori rappresentanti dell'indirizzo storico o positivo, come allora anche chiamavasi, negli studi giuridici, tutti ammiratori e in parte seguaci delle dottrine e dei metodi del Montesquieu e del Burke (3). Fu sopratutto quest'ultimo che fornì ai seguaci del metodo positivo le prime grandi linee di una dottrina storico-costruttiva del diritto e dello Stato.

---

beni di famiglia, ecc. Per l'intervento dello Stato nell'ordine economico cfr. anche aforisma 26. — J. H. Fichte nel *System der Ethik* (1850-53, I, 468) afferma che la concezione dello Stato dello Schleiermacher non è che l'espressione filosofica del materiale storico-giuridico raccolto dalla scuola storica, e mentre riconosce l'indipendenza delle due concezioni del Savigny e dello Schleiermacher, rileva il fatto mirabile che entrambi pervennero alle stesse conclusioni e considerarono lo Stato come un prodotto storico. A rigore la priorità spetterebbe allo Schleiermacher, il quale pubblicò il suo discorso: *Ueber die Begriffe der verschiedenen Staatsformen* il 24 marzo 1814, cioè poco prima della pubblicazione del *Beruf*. Che il Savigny conoscesse e apprezzasse lo Schleiermacher si rileva dalla recensione da lui fatta dei *Gelegentliche Gedanken ueber Universitäten im deutschen Sinn*, pubblicati dallo SCHLEIERMACHER nel 1808 (cfr. SAVIGNY, *Vermischte Schriften*, Berlin, 1850, IV. p. 255 e seg.) Ad ogni modo in questo ravvicinamento della dottrina storica dello Stato a quella dello Schleiermacher, non si deve trascurare che quest'ultimo pone allo Stato una finalità *a priori*, non riconosce altro diritto all'infuori di quello sanzionato dall'autorità, non attribuisce valore di vero diritto al diritto consuetudinario. Cfr. anche SINGER, *Erinnerung an G. Hugo* ecc. (cit., nota 42).

(1) Cfr. SCHLEIERMACHER, *Die Lehre*, ecc., Lezione I e nota.

(2) Cfr. SCHLEIERMACHER, *Die Lehre*, ecc., Lezioni IV-V.

(3) Sul culto per il Montesquieu in Gottinga e sulla influenza da esso esercitata sul giurista Pütter, sullo storico Spittler, sull'Hugo cfr. SINGER, *Zur Erinn. an G. Hugo* cit. (*Grunhuts Zeits.* 1889), p. 277-218.

Non può dirsi che l'influenza del Burke in Germania coincida colla traduzione e col commento fatto dal Gentz nel 1793 delle « Reflections ». Il Burke era noto e apprezzato assai prima in Germania, particolarmente nell'Hannover, ove contava tra i suoi seguaci e ammiratori uomini come lo Stein, il Brandes, il Rehberg, che ebbero notevole influenza sulla vita e sul pensiero politico tedesco del secolo nuovo. Le idee contenute nelle « Reflections » il Burke aveva manifestato molto prima in scritti che risalgono al 1765 (1) ed ai quali si inspirarono il Brandes e il Rehberg nella critica della ideologia rivoluzionaria, della « politischen Metaphysik » che non tien conto dei rapporti reali, dei diritti storici e subordina lo Stato, formazione storica secolare, alle esigenze della logica astratta (2).

Il Burke pertanto assai prima che la dottrina romantica penetrasse negli studi giuridici, suscitò in Germania una corrente avversa alle idee politiche che trionfarono colla Rivoluzione (3). Nè l'influenza del Burke fu solo negativa, ma anche e sopratutto positiva; da lui i giuristi derivarono la dottrina dello sviluppo organico, contrapposta al principio della sovranità popolare, la concezione del popolo come unità che persiste attraverso le generazioni che si succedono, l'idea che la costituzione politica è un prodotto collettivo, la concezione storica e nello stesso tempo dinamica dello Stato. Il Burke non solo fornì agli avversari della Rivoluzione le armi per combatterla, non solo inferse il colpo decisivo alle teorie politiche del sec. XVIII, ma ricostruì il concetto dello Stato con elementi nuovi che furono ad esso definitivamente

---

(1) Cfr. BURKE, *Tracts relative to the laws against popery in Ireland* (1765).

(2) Cfr. REXIUS, *Studien zur Staatslehre der histor. Schule* (in *Hist. Zeitsch.* 3 F. 1911, Bd. 11, p. 513 e seg.). Prima che potessero aver conoscenza delle « Reflections » del Burke (che videro la luce in Inghilterra nel 1790), il BRANDES pubblicava nell'estate del 1790 le sue *Politische Betrachtungen ueber die französ. Revolution* e contemporaneamente il Rehberg iniziava nella *Allgemeinen Literaturzeitung* una serie di recensioni di opere sulla rivoluzione francese che poi raccoglieva e pubblicava nel 1793 con appendici sotto il titolo: *Uebersuchungen ueber die franz. Revolution.* Per il contenuto di queste recensioni cfr. L. LESSING, *Rehberg und die Franz. Revolution*, (Freiburg, 1910). Che in quest'opere il Brandes e il Rehberg subissero l'influenza del Burke e dell'opinione politica inglese è dimostrato dal Rexius (op. cit., p. 518). Basti qui osservare che il Rehberg fino dal marzo 1790 citava a titolo di lode nella *Litt. Zeit.* (I, p. 701) gli antichi scritti del Burke. Il Brandes poi nel soggiorno a Londra negli anni 1784-85 aveva stretto personale amicizia col Burke. Contro la tesi del Lessing (op. s. cit.), secondo cui il Rehberg avrebbe derivato la sua dottrina politica dal Moser, cfr. REXIUS, op. s. cit., p. 516 e seg.

(3) Del favore del Burke in Germania fa prova il fatto che la traduzione del Gentz delle « Reflections », pubblicata nel 1793, ebbe nel 1794 una nuova edizione.

acquisiti. Di tal natura sono gli elementi irrazionali della vita dello Stato, la forza della tradizione, del costume, degli istinti, dei sentimenti. Che se altri prima di lui, come il Machiavelli, il Vico, il Montesquieu, il Möser, ciò avevano rilevato, nessuno superò il Burke per l'influenza esercitata, per i risultati teorici e pratici raggiunti. Una nuova categoria di fatti era posta in luce e in valore, e per essa la vita umana e sociale apparve più complessa, ma anche più ricca e varia. Primo e immediato effetto di questa più larga concezione della vita individuale e collettiva, fu il rispetto per la sapienza riposta o volgare, come il Vico l'aveva chiamata, nonchè il disprezzo per ogni conoscenza che non fosse legata al passato. Il diritto e lo Stato di ragione cedettero dinanzi al diritto positivo, allo Stato storicamente formato, i quali parvero costituire il vero e proprio diritto e Stato di natura. D'altra parte l'ordine pubblico e privato non poterono più intendersi divisi, ma apparvero uniti e animati dallo stesso spirito che attraverso i tempi stringeva tutti gli uomini in un vincolo comune di solidarietà (1).

Se non che la dottrina politica del Burke e dei giuristi suoi seguaci non si coordinava che imperfettamente ad una generale concezione filosofica a base storica. Quando in Germania si volle inquadrare la dottrina storica dello Stato in una più larga concezione della vita e del mondo i dissensi scoppiarono. Mentre l'Hugo fece ricorso ai principii kantiani, il Muller e l'Haller cercarono coordinarla al nuovo indirizzo romantico. Contro quest'ultimo tentativo insorse il Rehberg, contrapponendo all'indirizzo politico di ispirazione romantica, l'indirizzo empirico-storico del Burke e rilevando tra essi una vera e propria opposizione di principii.

Il Muller fu il rappresentante tipico della filosofia politica romantica (2). La sua ammirazione per il Burke e per tutto ciò che era inglese era pari alla sua avversione per il razionalismo francese rivoluzionario. Nella costituzione inglese ammirava sopratutto il carattere aristocratico, lo spirito conservatore, la parte fatta alla nobiltà, il rispetto alla tradizione, alle istituzioni del passato, lo sviluppo graduale organico. A suo parere il Burke è l'ultimo profeta che sia comparso sulla terra e le sue « Refiections » costituiscono una vera e propria Bibbia politica (3). Ma più che l'ammirazione e lo studio del Burke è notevole nel Muller lo sforzo di dare allo storicismo forma e significato romantico. Lo storicismo del Burke quando non è il frutto di esperienze personali

(1) Cfr. Meinecke, op. cit., p. 126-129.
(2) Lo afferma anche il Poetsch, *Studien*, ecc., p. 42.
(3) Nelle *Vorlesungen über Friedrich II* (1810). Cfr. Meinecke, op. cit., p. 126.

non va oltre la generalizzazione empirica della storia costituzionale inglese. Nel Müller la storia è studiata e interpretata attraverso il particolare stato d'animo romantico, stato d'animo soggettivo e in un certo senso antistorico, come quello che idealizzava la storia, o meglio un periodo determinato di essa, e ne invocava la testimonianza nei limiti in cui coincideva con particolari tendenze e interessi politici. Il Müller nella esplicazione della sua attività scientifica seguì le capricciose vicende della coscienza politica romantica, e fu nazionalista coll'Arndt (1) quando la romantica era per la causa della libertà e dell'indipendenza nazionale, divenne coll'Haller reazionario quando il romanticismo piegò verso la Restaurazione.

Negli *Elemente der Staatskunst* (2) la concezione romantica dello Stato nazionale trova il suo pieno e massimo svolgimento non solo teorico, ma pratico. Il principio di nazionalità vi è posto a fondamento giuridico dello Stato e per la prima volta è fissato nel suo significato (3).

La nazionalità è definita « jene gottliche Harmonie, Gegenseitigkeit und Wechselwirkung zwischen dem Privat-und offentlichen Interesse ». Altrove è considerata « die Ausbildung, die Befestigung des bürger-

---

(1) *Ernst Moritz Arndt* (1769-1860), patriota e poeta, infiammò co' suoi scritti in quest'epoca la gioventù tedesca alla guerra di libertà. Fin dal 1802 in « Germanien und Europa » egli aveva fatto dell'unità del popolo e dello Stato il suo ideale politico. Egli ebbe, secondo il *Meinecke* (op. cit., p. 91), il gran merito di aver contribuito a render popolare l'idea dello Stato nazionale. Cfr. anche MEINHOLD, *Arndt* (Berlin, 1910).

(2) Cfr. Gli *Elemente der Staatskunst* del MÜLLER (vol. tre, Berlin, 1809), sono il risultato delle lezioni da lui tenute a Dresda nell'inverno 1808-09, a distanza di un anno dai « Reden » del Fichte. Per l'influenza di quest'ultimo sul Müller, per i rapporti di concordanza e di differenza tra le loro dottrine politiche cfr. MEINECKE, op. cit., p. 132 e seg. Il Meinecke rileva le influenze del Burke, della « Frühromantik », del Fichte sul pensiero politico del Müller, mentre noi crediamo che ben maggiore e decisiva fu l'influenza del romanticismo vero e proprio. Dopo il 1815 il Müller si chiuse in un conservatorismo politico-religioso che ricorda l'Haller e corrisponde all'età della Restaurazione. A questo periodo della sua attività corrisponde l'opera: *Von der Notwendigkeit einer theolog. Grundlage der ges. Staatswissenschaften*, Leipzig, 1819. Contemporaneamente l'HALLER pubblicava nello stesso senso la sua *Restauration der Staatswissenschaft* (1817-1820). Cfr. SOLARI, *Idea*, ecc., II, p. 3-4.

(3) Il KIRCHHOFF (*Zur Verständigung über die Begriffe Nation und Nationalität*, 1905, p. 59 e seg.) osserva che la parola nazionalità entrò nell'uso comune nei primi anni del secolo XIX. Primo ad usarla fu il Novalis nel 1798, poi nel 1800 l'Humboldt e il Gorres. Nelle lezioni dello Schlegel del 1804-06, nei « Reden » e nella « Staatslehre » del Fichte ritorna frequente. D'uso generale era già nel 1810; anche il Savigny nel « Beruf », ecc. (2ª ediz. p. 37) la usa. Cfr. MEINECKE, op. cit., p. 141, nota 3.

lichen Gemeinwesens » ed è identificata la tendenza alla nazionalità col « Sehnsucht nach Verbindung und Wechselwirkung unter den Menschen » (1). Anche nel Fichte nazione e Stato si compenetrano, ma la « Kulturnation » che ne è il prodotto è un concetto essenzialmente etico, fondato sulla comunanza di lingua e di coltura, diretto ad attuare il regno della ragione. Nel Muller lo Stato non è che la nazione stessa organizzata a scopo politico: a costituirla come tale, a conservarla, a svolgerla intende l'arte di governo, di cui il Muller si propone nell'opera sua dettare le norme. L'individuo nei rapporti collo Stato e colla nazione perde il primato che ancora conserva nell'Humboldt e nel Fichte; esso è completamente assorbito dallo Stato, il quale solo ha una vita e realtà storica che sopravvive agli individui e ne regola la condotta. L'influenza romantica si rivela ancora nella personificazione dello Stato e di tutto ciò che in esso vive, nell'esaltazione della forza, della guerra come strumento di affermazione e di elevazione della vita collettiva, nella preferenza data agli elementi concreti, individuali sugli elementi universali ancor sempre dominanti nel Fichte. Anche per il Muller, come per i romantici, la realtà è individualità, e il grado di individuazione misura il grado di perfezione delle istituzioni politiche. Per ciò l'entusiasmo per la costituzione inglese non lo porta a consigliarne l'imitazione e la riproduzione in Germania; deve piuttosto ogni paese esprimere in forma propria i caratteri essenziali, eternamente veri della storia costituzionale inglese.

Il pensiero politico del Müller ebbe una fase ulteriore di sviluppo, corrispondente al periodo della Restaurazione e al sopravvento di quell'elemento religioso come mezzo di conservazione politica e sociale, che il romanticismo aveva destato ed esaltato. Il Muller e l'Haller cedendo a queste influenze richiamano in vita il concetto medioevale del diritto divino come fondamento e giustificazione del diritto storico-politico. Trattasi ad ogni modo di una giusta posizione artificiosa che non distrugge gli elementi nuovi e positivi della dottrina del Muller, per merito suo definitivamente acquisiti alla scienza politica del secolo nuovo (2).

Ciò che a noi più interessa rilevare è la critica contro la concezione storico-romantica dello Stato mossa dal Rehberg, il quale, come non seguì l'Hugo nell'interpretazione della storia mediante le categorie kantiane, così non approvò i romantici nella valutazione soggettiva e

---

(1) Passi citati dal Meinecke, op. cit., p. 142.

(2) Cfr. Dombrowsky, *A. Müller, die historische Weltauschauung und die politische Romantik* (in *Zeits. f. die ges. Staatswissenschaft*, 1909, p. 377-403).

spesso fantastica della realtà storica (1). A entrambi contrappose l'indirizzo storico-empirico che afferma nei limiti dei fatti, che non subordina il processo storico a principii razionali, a leggi necessarie, a influenze sentimentali. Al Rehberg non sfuggì la gravità dei problemi di natura filosofica insiti nello storicismo, problemi che egli non risolse, che anzi inclinò a ritenere insolubili, ma di cui ebbe chiara coscienza (2). Si affaccia nel Rehberg il problema dell'unità del processo storico, il dissidio tra la libertà e la necessità nella storia. Educato alla scuola del Burke, il Rehberg crede all'azione libera dell'individuo nella storia, ammette modificazioni allo svolgimento storico per l'intervento della volontà umana, mentre il Muller, coi romantici, ciò disconosce, facendo delle istituzioni umane l'espressione di idee eterne e quindi il prodotto di una necessità naturale o razionale. Nella critica del Rehberg sono in germe i contrasti che dovevano in seguito dividere i seguaci dell'indirizzo storico negli studi giuridici e già si delineano le due tendenze dello storicismo empirico, la realistica preoccupata dei fatti e dei metodi di ricerca, la romantica colle sue preferenze soggettive, coi suoi sentimentalismi storici. Nella scuola storica le due tendenze per l'influenza del Savigny coesistono in una specie di equilibrio instabile, ma il dissidio risorge nelle polemiche aspre dei romanisti e dei germanisti e risorge insanabile per il difetto in entrambi di una più alta e oggettiva visione della realtà giuridica (3).

18. — Nel romanticismo era implicita non solo una nuova direzione del pensiero politico, ma quella più larga concezione del diritto che prese forma determinata e pressochè definitiva nel Savigny. I romantici non integrarono la loro dottrina politica con una corrispondente dottrina generale del diritto. Gli avvenimenti dell'epoca erano tali da richiamare la loro attenzione sulle questioni politiche, la cui soluzione fu del resto preoccupazione costante della romantica in tutte le sue fasi. Il problema generale del diritto per l'indole sua non poteva altrettanto appassionare gli spiriti e solo per una serie di fortunate circostanze esso fu coinvolto nel movimento romantico. Occasione prima fu la proposta di codificazione fatta dal Thibaut nei termini e coi criteri dominanti nel secolo XVIII; fu poi fortuna che il Savigny, rispondendo rilevasse nella questione particolare una fondamentale diver-

---

(1) Cfr. del REHBERG la recensione fatta degli *Elemente*, ecc. del Muller nella *All. Litt. Zeit.* del 1810.

(2) Cfr. REXIUS, *Studien*, ecc., p. 521.

(3) Cfr. DOMBROWSKY, op. cit., sulle diverse direzioni dello storicismo.

genza di idee in ordine all'origine e alla natura del diritto e facesse rientrare il problema del diritto nella corrente generale e dominante di pensiero. Che se nella *Vocazione* la chiara coscienza di tale connessione fa difetto, essa si afferma in termini espliciti nella introduzione-programma alla rivista per la scienza storica del diritto fondata nell'anno (1815) che seguì immediatamente la pubblicazione della *Vocazione* (1).

In essa infatti è detto esplicitamente (p. 2) che le cause che dividono nella scienza del diritto i seguaci della scuola storica da quelli della scuola anti-storica sono d'indole generale e il contrasto che in tale scienza si rivela è un caso particolare del più universale contrasto che in grado diverso si manifesta in tutte le scienze morali.

Questo più generale contrasto il Savigny, con felice intuito, intese come contrasto tra il divenire e l'essere, tra l'universale astratto e il particolare concreto. Dallo stesso contrasto erasi generato il movimento romantico. Su questo punto fondamentale e pregiudiziale gli animi, osserva il Savigny, sono divisi, perchè mentre gli uni credono che ogni epoca possa arbitrariamente porre le condizioni della sua propria esistenza, possa foggiare quest'ultima secondo un disegno razionale prestabilito, secondo ciò che la ragione dichiara *a priori* costituire l'essenza vera delle cose, per cui lo studio psicologico dell'uomo, storico dell'umanità nulla giova ai fini del conoscere, gli altri (e sappiamo che così pensavano i romantici) sostengono che la natura delle istituzioni e quindi la conoscenza delle medesime consiste nella loro genesi, nel loro dive-

---

(1) Il THIBAUT pubblicava il suo noto saggio *Ueber die Nothwendigkeit*, ecc., nel 1814, poco dopo la presa di Parigi (31 marzo) da parte degli alleati. Questa coincidenza del suo saggio cogli avvenimenti dell'epoca che segnavano la rigenerazione politica del popolo tedesco non è fortuita, come il THIBAUT stesso ebbe a rilevare nel 1838 nell'*Archiv f. civilis. Praxis*, Bd. 21, p. 391 e seg. Lo scritto del Savigny in risposta (*Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*) seguì di pochi mesi. Abbiamo una lettera del Niebuhr all'Hensler in data 1° novembre 1814, in cui rilevando l'asprezza della risposta esprimeva il desiderio che « jemand Thibaut zur Ruhe reden könnte ». Il 1° fascicolo della *Zeit. f. gesch. Rechtswissenschaft*, fondata dal Savigny colla cooperazione dell'Eichkorn e del Göschen, è dei primi mesi del 1815. In esso (p. 1-17) si trova lo scritto *Ueber den Zweck dieser Zeitschrift* del SAVIGNY (figura tra i saggi tradotti in italiano dal Turchiarulo, op. cit., III, p. 63 e seg.). Il succedersi in così breve tempo di questi scritti è una prova che la questione della codificazione e il saggio del Thibaut offrirono solo al Savigny l'occasione per esprimere idee che da lungo maturava e che solo richiedevano un fatto esterno per organizzarsi. E l'organizzazione ancora imperfetta nel *Beruf* per lo spirito polemico che lo animava, appare già completa nel « Ueber den Zweck, ecc. » citato.

nire storicamente secondo leggi sottratte all'arbitrio degli individui, per cui la libertà umana deve intendersi come riconoscimento spontaneo del divenire storico, come adesione cosciente e volontaria del presente al passato.

E in questa fondamentale differenza d'ordine metafisico il Savigny scorge la ragion vera di una ulteriore sostanziale differenza tra i seguaci delle due scuole contendenti, perchè mentre gli uni, anche se non ne hanno chiara coscienza, sono naturalmente portati ad applicare il dogma leibniziano della incomunicabilità e impenetrabilità delle essenze e quindi a considerare l'individuo come essere che basta a sè stesso, a negare la ragione d'essere di una vita storica e collettiva, facendosi banditori di un individualismo dannoso e sovversivo, di una specie di egoismo storico che disconosce la cooperazione e la continuità storica, gli altri intendono le essenze delle cose in rapporto indissolubile tra loro e tale rapporto intendono non in un senso puramente logico ed estrinseco, ma in un significato intimo, per cui l'una essenza diviene un'altra e l'individuo non può altrimenti concepirsi che come membro di una famiglia, di una nazione, di uno Stato, che coordina la sua azione con quella dell'insieme di cui è parte.

In termini famigliari ai romantici il Savigny rilevava le ragioni metafisiche di dissenso tra le due scuole. Non era dunque in gioco solo la questione del metodo di studio come per l'Hugo. La questione del metodo è dal Savigny riferita e subordinata alla questione più ampia delle premesse metafisiche sottostanti le due scuole in conflitto. Certo il nome di scuola storica (*geschichtliche Schule*) usato per la prima volta dal Savigny nella introduzione-programma alla sua rivista, è male scelto, al pari della espressione di scuola anti-storica (*ungeschichtliche Schule*) usato per distinguere la scuola avversaria. La denominazione di scuola storica e non storica mirava a metter in rilievo il diverso metodo applicato allo studio del diritto privato; come tale è fonte di equivoco e potè far credere che il Savigny fosse sopratutto il rappresentante di un nuovo metodo, laddove il suo titolo di merito precipuo consiste nell'aver posto i principii di una nuova concezione del diritto (1). L'errore dell'Hugo fu di considerare la questione del metodo indipendentemente dai principii di cui il metodo doveva essere l'espressione adeguata; tale errore lo indusse ad associare il metodo storico col formalismo kantiano in un connubio ibrido e insostenibile. Il Savigny fece scaturire

(1) Giustamente osserva il Bruns (op. cit., p. 445) che ben pochi di quelli che usano la espressione di scuola storica hanno letto il programma col quale il Savigny pubblicò la Rivista per gli studi storici di diritto.

l'esigenza del metodo storico dal concetto metafisico del divenire considerato come fondamento del sapere e criterio di verità.

La polemica pertanto Savigny-Thibaut assorse a dignità di una vera e propria disputa filosofica, malgrado fosse da entrambi ristretta e contenuta nei limiti delle scienze giuridiche. La questione particolare della codificazione se non avesse coinvolto una questione di principii, non avrebbe avuto per sè sola l'efficacia di provocare la polemica, di accendere gli animi e dividerli in due campi ostili. Il sentimento nobilissimo di amor patrio che inspirava il Thibaut nella sua proposta era condiviso dal Savigny; l'unità del diritto privato era ideale comune ad entrambi; entrambi vagheggiavano una legislazione nazionale, ma mentre il Thibaut intendeva l'unificazione nazionale del diritto privato in un senso puramente formale, il Savigny mirava ad una unità reale e fermamente credeva che nelle speciali condizioni in cui il diritto privato trovavasi in Germania, la codificazione poteva dare solo l'illusione dell'unità, mentre di fatto avrebbe distolto dal lavoro paziente di ricostruzione storica del diritto privato, già felicemente iniziato, condizione prima per una legislazione veramente nazionale, fosse o non raccolta nella forma del codice. Secondaria quindi appariva la questione della codificazione e del tutto subordinata alla questione di principio su cui il Savigny la portava fondando la Rivista a pochi mesi dalla pubblicazione della *Vocazione*.

La dottrina storica non fu una formazione spontanea, nè si svolse improvvisa nella mente del Savigny, come il carattere occasionale della *Vocazione* potrebbe far credere. Essa fu l'interpretazione romantica della realtà giuridica riprodotta con metodo critico. Due pertanto furono gli elementi che entrarono a costituirla: la critica storica e lo spirito romantico. In nessun altro campo il metodo storico era stato più largo di applicazioni, più fecondo di risultati che negli studi di diritto privato. Inaugurato dall'Hugo, perfezionato dal Thibaut era stato dal Savigny nel *Possesso* sollevato a insperata altezza. Come primo risultato di questa applicazione fu un nuovo criterio di giudizio delle istituzioni giuridiche; non la loro razionalità, ma la loro esistenza di fatto ne diveniva la giustificazione. Ma ricostruire con metodo storico la realtà giuridica non era ancora spiegarla, sistemarla, ridurla a unità. Questo avevano veduto, a questo avevano mirato l'Hugo, il Thibaut, ma senza risultato; la realtà storica mal poteva comprendersi nelle forme *a priori* del Kant o negli schemi logici del razionalismo giuridico. Ciò intese il Savigny nella sua avversione irreducibile alle costruzioni logiche non ricavate dallo studio diretto del diritto positivo.

Vi fu un momento in cui parve subire il fascino del Kant (1), ma lo studio non superficiale del Kant doveva vieppiù confermarlo nell'idea della impossibilità di trarre da esso la soluzione del problema giuridico. Infondata pertanto deve apparire l'affermazione ch'egli nel formulare la sua dottrina storica siasi inspirato alla filosofia kantiana (2). A tale affermazione si oppongono oltrechè lo spirito dell'opera sua diretta contro il formalismo e il razionalismo giuridico, le sue esplicite dichiarazioni. In una lettera al noto kantiano Fries egli scrive che il diritto naturale del Kant non lo ha affatto interessato (3). In altra lettera allo stesso Fries così scrive: « Le mie critiche contro il vostro fondamento del diritto naturale provengono da ciò che voi seguite il metodo kantiano. Voi movete dai concetti di dovere, di necessità, di legge, di ragione, cioè da concetti il cui uso è così arbitrario che per affermarli bisogna appellarsi alla coscienza, nella quale basta guardare per trovare tutto... Io vi prego di dirmi se veramente, a vostro avviso, la filosofia non può cominciare altrimenti, poichè in tal caso si dovrebbe disperare di essa... » (4).

Nè più fondata è la pretesa derivazione della dottrina storica dall'influenza dello Schelling. L'equivoco sorge da ciò che lo Schelling è considerato il filosofo del romanticismo, ma non si tien conto della profonda distinzione tra il romanticismo filosofico e quello empirico; generati dalle stesse cause, rispondenti agli stessi bisogni, vi soddisfecero per vie diverse, l'uno movendo da postulati metafisici, l'altro da basi empiriche. Ora se abbiamo argomenti decisivi per affermare che il Savigny fu in rapporto col romanticismo letterario e

---

(1) Per le influenze kantiane sul Savigny v. sopra p. 88.

(2) Cfr. Aguilera, *Idée du droit en Allemagne depuis Kant*, Paris, 1893, sec. III, c. I.

(3) Lettera del Kant al Fries del 3 febbraio 1802. È nota la grande intimità del Savigny col Fries, l'autore di una nuova critica della ragione.

(4) Lettera del 3 aprile 1802. Le lettere del Savigny al Fries sono riprodotte dall'Henke, *I. Fr. Fries*, Leipzig, 1867, p. 293-298 e citate dal Bonnet, *La philosophie du droit chez Savigny* (in *Rev. intern. de Sociologie*, 1913, fasc. 3, p. 164 e seg.). Il Bonnet (op. cit., p. 167) afferma che nella applicazione del metodo critico alla storia il Savigny risentì l'influenza del Kant. Ma la critica storica applicata dal Savigny sulle traccie dell'Hugo non ha nulla a che fare col criticismo kantiano. Quando il Savigny nelle lettere citate dal Bonnet parla della necessità della critica, del carattere critico dell'opera sua, voleva intendere lo studio obiettivo della realtà contrapposto « all'interesse sentimentale nemico di ogni intrapresa scientifica ».

ne subì l'influenza (1), non possiamo affermare altrettanto per i suoi rapporti collo Schelling (2). Questo mostra di non intendere il Landsberg quando rileva influenze romantiche nella scuola storica e ne cerca l'origine nello Schelling (3).

Non doveva mancare in questa gara di riconnettere la dottrina storica alle correnti filosofiche dominanti il tentativo disperato di dimostrare lo stretto rapporto tra la dottrina storica e l'hegelismo (4). Influenze hegeliane dirette e indirette per mezzo del Puchta si possono rilevare nell'opera del Savigny nell'ultima fase del suo sviluppo, ma non nella prima, all'epoca della pubblicazione del *Vom Beruf*, ecc., dove

---

(1) Sono noti i rapporti d'intimità del Savigny con molti romantici, sopratutto col poeta Clemens von Brentano (di cui sposò la sorella), coi fratelli Grimm (Cfr. Lévy-Bruhl, *L'Allemagne depuis Leibniz*, Paris, 1907, p. 339) col Niebuhr (cfr. Ennecerus, *Savigny und die Richtung der neueren Rechtswissenschaft*, Marburg, 1879, p. 64-68), coll'Eichhorn, l'amico dell'Herder, col quale fu in lungo rapporto epistolare (cfr. Haym, *Herder nach seinem Leben*, ecc., Berlin, 1885, II, p. 184-185).

(2) Per i rapporti tra la filosofia dello Schelling e il Savigny v. sopra p. 111 e seg. Anche il Bonnet (op. cit., p. 167) esclude ogni rapporto di parentela intellettuale tra essi. — Il Loening (*Festrede zur Jahresfeier der Stiftung der Universitat Dorpat* am 12. Dezember 1879, p. 7) crede che il principio dello Schelling per cui nella storia non opera l'individuo, ma l'intera specie, fu, anche per lo svolgersi della coscienza nazionale, messo in valore dalla scuola storica, la quale non avrebbe fatto che sostituire al concetto di specie quello di popolo. A parte la diversità dei concetti, l'osservazione del L. meglio dovrebbe riferirsi ai romantici che ai seguaci della scuola storica. Questi ultimi ebbero collo Schelling solo rapporti indiretti e mediante la romantica. Non vi è dubbio che nello Schelling era in germe la concezione storica del diritto e dello Stato, ma in forma oscura; a porla in luce fu necessaria l'oppressione straniera, nonchè il risveglio dello spirito nazionale, che fu l'opera precipua dei romantici. Cfr. Rudorff, *Fr. C. v. Savigny* cit. p. 36.

(3) Cfr. Landsberg, *Geschichte der deuts. Rechtswissenschaft* (3te Abt. 2er Halb. München, 1910, p. 207 e seg.). Il L. crede che la scuola storica sia la risultante di tre elementi: della concezione storico-empirica del Pütter e dell'Hugo, dell'idea evoluzionistica, della dottrina romantica. Sono tre elementi non chiaramente determinati. Il Savigny potè ricavare dal Pütter e dall'Hugo il metodo di studi, non i principii che costituiscono il fondo della scuola storica. L'idea evolutiva che il L. rileva nel Savigny, senza spiegarne l'origine e la natura, era (purchè intesa in senso psicologico) famigliare ai romantici. Quanto al terzo elemento il L. non distingue tra romanticismo filosofico dello Schelling e romanticismo letterario-empirico, da cui solo trasse il Savigny la sua dottrina.

(4) La derivazione hegeliana della dottrina storica fu sostenuta dal Brie, *Der Volksgeist bei Hegel und in der hist. Rechtsschule*, Berlin, 1909. — In senso contrario cfr. il Loening, *Die philos. Ausgangspunkte der rechtshistorischen Schule* (in *Internat. Wochenschrift*, 1910) e il Landsberg, *Geschichte*, ecc. II, p. 213.

la dottrina storica era formulata ne' suoi tratti essenziali e che precedette di sette anni la sistemazione definitiva del pensiero giuridico dell'Hegel (1). La conoscenza del quale non fu pertanto elemento necessario e costitutivo della dottrina del Savigny, la cui avversione istintiva ai sistemi astratti non si smentisce neppure nei riguardi dell'Hegel malgrado l'autorità e l'idolatria che circondavano l'opera sua. In una lettera al Creuzer scritta uel 1822, cioè alla distanza di un anno dalla pubblicazione delle *Grundlinien der Ph. des Rechts*, il Savigny critica assai vivacemente l'Hegel. « Ciò che io biasimo in lui, egli scrive, non è il suo orgoglioso disdegno per ogni altra disciplina che non sia la filosofia, ma sopratutto l'oscurità che diffonde nel mondo..., il modo confuso con cui tratta tutte le questioni, anche quelle non scientifiche, anche quelle in cui tutti sono d'accordo » (2). Quando nel 1828 pubblicò la seconda edizione del *Vom Beruf*, ecc. il Savigny conosceva certamente le opere dell'Hegel: ciò malgrado nella prefazione alla detta edizione, egli afferma che le sue « Ueberzeugungen nicht nur dieselben geblieben sind, sondern sich auch durch fortgesetztes Nachdenken und manche nicht unbedeutende Erfahrungen noch mehr begründet haben » (3).

Accanto a quelli che posero ogni studio per ricollegare la dottrina storica del Savigny alle correnti filosofiche dominanti personificate rispettivamente nel Kant, nello Schelling, nell'Hegel troviamo coloro che non riferiscono la scuola storica ad una determinata corrente di pensiero e quando non la considerarono il frutto di una improvvisazione geniale del Savigny ricorsero a spiegazioni generiche, quali il senso storico innato nell'uomo, il suo affermarsi e determinarsi in certe epoche e per opera di certi individui, l'influenza su di esso degli studi giuridici

---

(1) Prima della pubblicazione del *Beruf* (1814) l'Hegel aveva espresso il suo pensiero giuridico in un saggio pubblicato anonimo nel *Kritischem Journal der Philosophie* dello Schelling e dell'Hegel, Bd. II, fas. 2-3 (1802-03) col titolo: *Ueber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts*. Questo saggio dell'Hegel risente delle polemiche allora vive tra i seguaci del Kant e i giusnaturalisti dell'indirizzo empirico e non è scevro di influenze romantiche. Però lo stesso Brie (op. cit., p. 15) è costretto a riconoscere che in esso manca il concetto di *Volksgeist*, come creatore del diritto, manca cioè l'idea madre della dottrina storica, e in quella vece si parla del concetto metafisico del *Weltgeist*, che penetra la storia e di cui i vari popoli sono manifestazioni. Del resto non v'è prova nè diretta nè indiretta che il Savigny conoscesse questo saggio dell'Hegel o se ne servisse per formulare la sua dottrina.

(2) Lettera riprodotta dall'Ennecerus, cit., p. 18.

(3) Savigny, *Vom Beruf*, ecc., Heidelberg, 1828, Vorrede der 2ten Ausg. p. IV.

e in particolare del diritto romano (1). Ognun vede l'insufficienza di tali spiegazioni, che trascurano le cause immediate e veramente decisive dei grandi movimenti di pensiero. Verissimo che il senso storico è in istretto rapporto col senso giuridico, e che nelle scienze giuridiche e politiche trova il terreno più acconcio al suo svolgimento. Nè meno profondamente vera è l'affermazione della grande utilità dello studio del diritto romano per una qualsiasi dottrina generale del diritto, presentando esso la storia ideale eterna della vita giuridica. Il Vico ciò aveva intuito e affermato (2), e il Savigny deve, oltre che al suo acuto senso del reale, alla conoscenza del diritto romano l'avversione alle teorie razionaliste del diritto e la tendenza a intendere storicamente e psicologicamente la vita del diritto. Ma ciò ammesso non si può sostenere che il Savigny abbia concepito la dottrina storica del diritto solo perchè giurista, solo perchè romanista, molto meno si può affermare che la dottrina da lui svolta nel *Vom Beruf*, ecc., era implicita nel diritto romano, e i giureconsulti ne furono gli inconsci precursori. Che se il Savigny invocò a conferma della sua dottrina il diritto romano ciò fece arbitrariamente e spesso erroneamente. Basti dire che egli identifica il *populus* dei giureconsulti romani col *Volksgeist* roman-

---

(1) Rappresentante autorevole di questa opinione è il CARLE, *Vita del diritto*, 2ª ediz., 1890, Torino, p. 359 e seg. — Anche il Bekker (*Ueber den Streit*, ecc. cit. p. 8-9) afferma che la dottrina del Savigny sull'origine del diritto positivo non è che un estratto delle fonti romane.

(2) Non mancò chi volle rilevare le affinità e l'intimità logica tra la dottrina storica del Savigny e quella del Vico. Cfr. CARLE op. cit. p. 363 e recentemente il BAVIERA, *G. B. Vico e la storia del dir. romano*, Palermo, 1912 p. 13. — Che il Savigny conoscesse il Vico non può esservi dubbio. Se ne occupa per affermare la scarsa influenza che il Vico esercitò sugli studi storici del diritto romano del Niebuhr (in *Erinnerungen an Niebuhr's Wesen und Werken* ecc. pubblicate la prima volta nelle *Lebensnachrichten ueber B. Niebuhr*, Hamburg., 1839, riprodotte nei *Verm. Schriften* cit., vol. IV. p. 209-254, trad. in it. dal *Turchiarulo* op. cit. II, p. 95 e seg. Il passo che si riferisce al Vico si legge a p. 217-218 dei *Verm. Schrif.* citato). Altri accenni nel Savigny all'opera del Vico non ci fu fatto di ritrovare. In modo affatto generico il BAVIERA (l. c.) rileva che il Savigny indicò al Niebuhr le opere innovatrici del Vico. — Comunque sia di ciò, noi escludiamo recisamente che il Savigny traesse inspirazione dal Vico nella formulazione della sua dottrina storica. Anzitutto è a presumersi che il Savigny venisse a conoscenza del Vico assai tardi e solo in seguito alla traduzione tedesca delle opere sue fatta dal Weber nel 1822. In secondo luogo il contenuto essenziale della dottrina storica era già nel pensiero romantico, e di questo il Savigny subì l'influenza diretta. In terzo luogo la mentalità e i metodi di studio del Vico erano in profondo contrasto colla mentalità e col metodo critico-analitico del Savigny. Non a torto questi osserva (l. c.) che le intuizioni

tico, il *tacitus consensus populi* col concetto della *Volksüberzeugung* come fonte del diritto e così via con evidente violazione della verità storica.

Occorre reagire contro la tendenza dei giuristi di considerare la scuola storica come una grande eccezione nella storia dei sistemi, come un indirizzo di idee particolare ed esclusivo degli studi giuridici. Essa deve esser ricondotta alle sue fonti vive e naturali. Come concezione nuova del diritto e dello Stato contrapposta alla concezione secolare di un diritto di natura e di ragione, non è che un aspetto del romanticismo, del romanticismo considerato come tendenza generale della coscienza filosofica moderna a riabilitare il particolare, il concreto, il molteplice, contro le astrazioni e le unità logiche, a interpretare psicologicamente i fatti morali nella loro individualità e continuità storica, come espressioni di un'anima collettiva, come organismi che costantemente divengono e si accrescono nel tempo. Di questa tendenza fu la scuola storica la manifestazione nell'ordine giuridico e il Savigny il rappresentante autorevole. Ciò non sfuggì allo Jhering che imputò a colpa della scuola storica la sua origine romantica (1); non sfuggì al Treitschke che considera come unico nella storia il fatto di un movimento in origine letterario, che ha rinnovato dalle fondamenta la concezione tradizionale del diritto e dello Stato (2). Ciò del resto

---

del Vico sul diritto e sulla storia romana, per quanto geniali, sono come i lampi in una notte oscura, " wodurch der Wanderer mehr verwirrt, als zurecht geführt wird „: esse servono solo a chi è già in possesso della verità. — Con ciò non è detto che nel Vico non si riscontrino idee che divennero poi patrimonio della scuola storica: può anzi affermarsi che quest'ultima era nel suo spirito generale nell'ordine di idee preannunziato dal Vico un secolo prima. Solo osserviamo che non può sostenersi la continuità storica e logica tra il Vico e il pensiero romantico tedesco, a cui il Savigny direttamente ed esclusivamente attinse. Al Vico toccò la sorte di coloro che per esser venuti troppo presto, quando le condizioni dei tempi e lo stato delle menti non potevano favorire la diffusione delle loro idee, rimasero incompresi e furono senza influenza sullo sviluppo della scienza. Ciò vale sopratutto per la Germania, ove il movimento romantico preparò quella atmosfera di idee da cui si svolse la scuola storica. Solo in Italia può parlarsi di una tradizione e di una continuità di pensiero vichiano, ma non fu esclusiva e in ogni modo nel secolo XIX operò sul nostro pensiero giuridico unitamente ad altre influenze, sopratutto germaniche.

(1) Cfr. JHERING, *Der Kampf um's Recht*, 5 Aufl. 1877, p. 10-11.

(2) Cfr. TREITSCHKE, *Deutsche Geschichte im XIX Jahrhundert*, Leipzig, 1895-1896, p. 209. E questa è essenzialmente l'opinione del BONNET (op. cit., p. 172 e seg.), il quale però non esclude l'influenza filosofica che per noi è affatto secondaria e indiretta. — Lo stretto rapporto tra le idee del Savigny sull'origine

era la conseguenza logica del principio romantico che l'arte, la lingua, la religione, la morale, la scienza sono formazioni spontanee e necessarie dello spirito popolare. Prima o poi l'idea di un diritto e di uno Stato nazionale doveva penetrare nella scienza tedesca come conseguenza dello spirito romantico. Ciò fecero non appena si presentò l'occasione il Savigny e il Niebuhr.

La nostra opinione circa l'origine della scuola storica non ne disconosce i caratteri differenziativi rispetto alle altre forme del romanticismo, non esclude le modificazioni che la concezione romantica della vita e del mondo doveva subire a contatto della realtà giuridica. Niun dubbio che il soggettivismo romantico trovava in quest'ultima un limite e un freno. Il romanticismo penetrava negli studi giuridici quando questi per l'applicazione del metodo storico erano in pieno risveglio e rinnovamento. Lungi dal costituire un ostacolo, il movimento romantico, per l'idolatria del passato, per l'amore alla conoscenza e alla ricostruzione del particolare storico, doveva favorire le ricerche storiche del diritto, e le completava riducendole a unità di origine e di sviluppo. Rimanevano in ogni modo nettamente distinti nella scuola storica l'elemento oggettivo storico e l'elemento soggettivo romantico; l'importanza che il primo vi spiega potè farla apparire un indirizzo autonomo di pensiero, distinto dal romanticismo estetico, religioso, morale in cui gli elementi soggettivi prevalgono e meno vivo è il rispetto per la realtà storica. D'altra parte la nuova concezione storica del diritto e dello Stato è tutta in quegli elementi soggettivi che la scuola storica ha comuni col romanticismo. Questo colla riabilitazione e coll'esalta-

---

del diritto e quelle della romantica non era sfuggito allo STINTZING (*F. C. v. Savigny*, Berlin, 1862, p. 31-32) e al CZYHLARZ (*Rede zur Feier des hundertjahrigen Geburtstags Fr. C. Savigny's*, 1879, p. 8). Recentemente il KANTOROWICZ (*Volksgeist und hist. Rechtsschule* in *Hist. Zeits.* 1912, Bd. 12, p. 302) afferma che la concezione storica e il metodo storico del Savigny sono spirito dello spirito romantico. Del resto il Savigny stesso non ha mai preteso per la sua dottrina alcuna originalità: "il senso storico (egli scrive nel *Beruf* ecc. 2ª ediz. 1828, p. 5) è ovunque diffuso „ e se si indusse a scrivere fu per il fatto singolare che col progresso della coltura, il diritto non vive più nella coscienza del popolo, ma nella coscienza riflessa dei giuristi, per cui si corre rischio di perder di vista la vera perenne fonte (cfr. id. p. 12). — Sarebbe poi far torto al Savigny credere ch'egli abbia voluto raccogliere una nuova dottrina nelle poche affermazioni del *Beruf*, prive di qualsiasi fondamento storico. È evidente ch'egli presupponeva note ai lettori le premesse filosofiche della sua dottrina. — Tra i nostri il CROCE (in *Riduzione della filos. del diritto alla filos. della economia*, Napoli, 1907, p. 46), riconosce che la scuola storica del diritto fu una delle manifestazioni del gran movimento romantico.

zione del sentimento e dei suoi prodotti, con l'affermazione di uno spirito assoluto che penetra ovunque e di cui tutte le cose sono manifestazioni, rese possibile la nuova soluzione del problema relativo all'origine e alla natura delle istituzioni giuridiche.

Le condizioni pertanto dei tempi erano particolarmente favorevoli all'interpretazione empirico-psicologica delle istituzioni umane e nessuno meglio del Savigny aveva capacità e autorità per farlo. Fu fortuna che il maestro insuperato del metodo storico fosse anche il fondatore della scuola storica. Il *Vom Beruf*, ecc. fu veramente l'integrazione del *Besitz*; la sua importanza più che nella novità dei principii proclamati sta nella visione dell'ordine giuridico attraverso quel grandioso, caratteristico movimento di idee e di sentimenti che fu il romanticismo tedesco. Nell'esame dei concetti fondamentali della dottrina storica troviamo di ciò piena conferma.

19. — La dottrina storica del diritto presenta tre distinte e successive fasi di formazione. La prima corrisponde alla pubblicazione della *Vocazione* e può dirsi la fase della sintesi spontanea in cui la dottrina storica esiste già tutta quanta ne' suoi concetti fondamentali. Il secondo periodo è il periodo analitico, cioè della elaborazione della dottrina, degli svolgimenti, delle applicazioni e può farsi coincidere coll'attività scientifica del Puchta. Abbiamo da ultimo la fase della sintesi riflessa rappresentata ancora dal Savigny che nel *Sistema del diritto romano* nel 1840, a distanza di ventisei anni dalla pubblicazione della *Vocazione*, diede forma definitiva alla dottrina storica. Le tre diverse fasi, distinte nel tempo, idealmente si completano e formano un sol corpo di dottrina. Nel suo più generale fondamento quest'ultima può ricondursi al concetto di *Volksgeist* come fonte del diritto e alla categoria del divenire che ne costituisce la legge di svolgimento (1).

---

(1) Il Moeller (*Die Entstehung des Dogmas von dem Ursprung des Rechts aus dem Volksgeist* in *Mitteilungen des Instituts f. osterr. Geschichtsforschung*, Bd. xxx, Innsbruck, 1909, p. 1) ha rilevato che il Savigny usò la prima volta l'espressione *Volksgeist* nel 1840 nel *Sistema*, vol. i, § 7 e poi frequentemente. — Il Brie (*Der Volksgeist bei Hegel und in der hist. Rechtsschule*, Leipzig, 1909, p. 26) ha dimostrato che il Savigny derivò l'espressione dal Puchta, il quale la usò fin dal 1828 nel i vol. del *Das Gewohnheitsrecht* (Erlangen, cap. i, p. 3) e ne fece poi il *Zentralbegriff* di tutta la sua dottrina. Donde a sua volta il Puchta abbia derivato l'espressione di *Volksgeist*, dato l'uso generale di essa all'epoca sua, è questione oziosa. Il *Brie* (op. cit.) volle dimostrare che il Puchta derivò col concetto la parola dall'Hegel, il quale l'avrebbe usata nella *Enciclopedia* (1817) e nella *Filosofia del diritto* (1821) dopo la pubblicazione del *Beruf*. Ma il Loening (*Die philosophischen* ecc. cit., p. 82) ha rilevato che l'Hegel la usò anche prima, nel

Sull'origine e sul significato di *Volksgeist*, da cui si è fatto dipendere il valore filosofico dello storicismo, incerte e contraddittorie sono le opinioni degli studiosi. Il Bergbohm, non senza esagerazione, annovera il *Volksgeist* tra i concetti *rätselvollsten*, e recentemente il Meinecke affermava che esso è ancora ben lungi dall'esser determinato nelle sue origini e nel suo significato (1). La fonte degli equivoci dipende sopra tutto da ciò che la stessa espressione fu adoperata ad esprimere cose assai diverse. Altro è il significato che tale espressione ebbe nel secolo XVIII per opera del Montesquieu e degli Enciclopedisti, altro è il significato che assunse nei romantici e nei fondatori della scuola storica, altro il significato che prese in Hegel e ne' suoi seguaci.

Una cosa a noi non sembra dubbia ed è che i giuristi hanno derivato, se non la parola, certo il concetto di *Volksgeist* dai romantici. I quali cominciarono a rappresentarsi il popolo come una individualità storica e psicologica, come un tutto per sè stante che raccoglie a unità le esistenze individuali che si succedono nel tempo o si distribuiscono nello spazio e si afferma come principio autonomo di vita e di sviluppo interiore, accanto e sopra all'individuo. E siccome la spiritualità è per i romantici la qualità da cui la vita e il processo storico dipendono,

---

1807 nella *Fenomenologia*, e recentemente il KANTOROWICZ (*Volksgeist u. his. Rechtsschule* in *Histor. Zeitsch.* 1912, Bd. XII, 2, p. 300) trova la parola nel 1793 in un lavoro frammentario dell'HEGEL, *Volksreligion und Christentum*, p. 21 (pubblicato dal Nohl nel 1907). — Anche il LANDSBERG (*Geschichte* ecc., p. 216) riconosce la derivazione hegeliana dell'espressione. In realtà l'Hegel e il Puchta non fecero che usare una espressione ch'era di uso comune all'epoca loro ed era particolarmente famigliare ai romantici. Cfr. MEINECKE, *Weltbürgertum* ecc. 2ª Aufl. 1911, p. 214 nota, 3. — L'HILDEBRAND all'art. « Geist » nel *Grimmsworterb.* (1897, p. 2728 e seg.) trova l'espressione « lebendigen Volksgeist » nel *Nachschrift* (che porta la data del gennaio 1805) al I vol. del « Des Knaben Wunderhorn » pubblicato nel 1806 (1ª ediz.) da A. v. Armin e da Cl. Brentano, amici e parenti del Savigny. Il Thibaut stesso (lo rileva il MOELLER, op. cit., p. 45) fa uso della espressione *Volksgeist* nel 1814, mentre non la usa il Savigny nella *Vocazione*. Si noti però che il Thibaut non l'usò nell'ediz. originale della *Nothwendigkeit*, ecc., ma in appendice alla 2ª ediz. della medesima pubblicata nello stesso anno 1814 nei *Civilis. Abhand.* p. 418. Ora il Savigny nel *Beruf* cita solo dalla 1ª ediz. sebbene anche la 2ª ediz. fosse già pubblicata quando egli scriveva il *Beruf*. Del resto se in questo il Savigny non usò la parola « Volksgeist », si servì, ad indicare lo stesso concetto, di espressioni analoghe: « gemeinsame Ueberzeugung des Volkes » — « gemeinsame Bewusstsein des Volkes » — « organische Zusammenhang des Rechts mit dem Wesen und Charakter des Volkes », ecc.

(1) Cfr. BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie* (Leipzig, 1892), I, p. 490 (nota 15); MEINECKE, op. cit.: 1ª ediz. (1908), p. 249, n. 1; 2ª edizione (1911), pagina 214, n. 3.

così il popolo è concepito essenzialmente come unità spirituale, come *Volksgeist*, sul modello della vita e dello spirito individuale.

Quando il concetto di *Volksgeist* sia coordinato alla concezione generale della vita e del mondo dei romantici perde quel carattere misterioso che altri vollero attribuirgli. Si potrà discutere sulla realtà o meno di uno spirito collettivo, sulla sua capacità creatrice e suscitatrice delle più intime energie popolari, sulla natura de' suoi prodotti vari e molteplici nel tempo e nello spazio, ma non si può equivocare sul significato che i romantici diedero a tale concetto. Per essi non ebbe il carattere di una finzione, ma di una vera e propria realtà storica e psicologica, di cui non determinarono l'origine e i caratteri, ma di cui affermarono esplicitamente l'esistenza. Per essi il *Volksgeist* non è che la forma fenomenica determinata in cui si rivela lo spirito dell'umanità, il quale è a sua volta in rapporto collo spirito del mondo, coll'Assoluto. Era il monismo idealista in forma empirica, sentimentale, poetica, che si affermava coi romantici e di cui il *Volksgeist* non era che una forma determinata. Essi non si proposero il problema che più tardi doveva formare oggetto della psicologia collettiva, di determinare cioè la natura dello spirito collettivo, di descriverne i caratteri, gli atteggiamenti empirici, le leggi di sviluppo; essi si limitarono ad affermarne genericamente l'esistenza psicologica e storica e lo svolgimento secondo la legge del divenire.

Toccava più tardi all' Hegel sciogliere il concetto di *Volksgeist* dall'empirismo storico e psicologico, oggettivarlo, darne il significato logico e metafisico.

Sono evidenti le conseguenze derivanti dalla concezione del *Volksgeist* in ordine alle scienze morali; esso costituiva un criterio nuovo di interpretazione e valutazione dei fatti umani e preparava nuove dottrine circa l'origine e la natura di essi. Per questo lato esso non aveva precedenti nel passato, se si escludono le solite geniali intuizioni di pensatori solitari e dimenticati. Non assorsero al concetto di *Volksgeist* nè i Greci, nè i Romani, per i quali l'unica fonte di vita e di azione collettiva era lo Stato, col quale il popolo si confonde in un significato essenzialmente politico; non il Medio Evo in cui fu affermata la individualità spirituale del popolo agli effetti e nei limiti della vita religiosa; non l'età anteriore alla rivoluzione francese in cui la pregiudiziale individualista portò a concepire il popolo come un aggregato di esistenze individuali, oppure come una sintesi riflessa con tutti i caratteri delle finzioni e delle astrazioni arbitrarie.

Il tentativo del Moeller di rintracciare nell'antichità, nel Medio Evo, nell'età moderna i precedenti della dottrina del *Volksgeist* non ci sembra

giustificato (1). Fa eccezione il Vico che veramente intese lo spirito de popolo nel senso romantico e della scuola storica (e il Moeller lo ha dimostrato): ma già avvertimmo che il movimento romantico da cui la scuola storica trasse il concetto di *Volksgeist*, si svolse indipendentemente da qualsiasi influenza vichiana. Non certo possono considerarsi precursori il Grozio, o il Montesquieu, come pare al Moeller, e il dubbio in ordine ad essi va risolto, poichè non può di essi come del Vico negarsi l'influenza sulla speculazione giuridica tedesca non solo dell'Illuminismo, ma ancora dell'età del romanticismo.

Il Moeller cita il capo IX del libro II del *De jure*, dove il Grozio considera il popolo « ex eo corporum genere, quod... habet... spiritum unum ». Sostiene il Moeller che se il Grozio nel concepire il popolo come unità spirituale si rifà alla tradizione romana, di fatto va oltre e si collega alla speculazione filosofica greca, sopratutto stoica, la quale concepisce il popolo come un corpo animato a somiglianza dell'individuo.

Se non può negarsi la duplice influenza, giuridica e filosofica, sul Grozio, non può ammettersi che la dottrina greco-romana del popolo abbia rapporto con quella romantica del *Volksgeist*. I giuristi romani annoveravano il popolo tra le cose collettive, cioè, secondo la definizione di Pomponio, tra le cose « quae ex distantibus constant, ut corpora plura soluta, sed uni nomini subjecta ». E Seneca, a cui Pomponio si inspira, e che il Grozio cita, riferendosi alle cose collettive parla di « corpora separata » i cui elementi costitutivi « *jure* aut *officio* cohaerent, natura diducti et singuli sunt ». Con ciò si vuol intendere che l'unità del popolo non è da natura, ma ha un mero valore nominale e sociale. Il popolo si costituisce in base a cause estrinsiche quali sono il *jus* e *l'officium*, ma una volta costituito era opinione degli stoici, riprodotta dal Grozio, che si genera un moto interiore che si rivela come tendenza all'unione, come *appetitus societatis* (dirà il Grozio). E gli stoici chiamarono questa forza d'unione o spinta sociale ἕξις o spirito e la concepirono come principio formativo, organizzatore, come un vincolo spirituale o meglio vitale, per la confusione ch'essi facevano tra l'attività organica e psichica nei corpi animati. E Grozio stesso definisce lo *spiritus populi* « vitae civilis consociatio plena atque perfecta, cuius prima productio est summum imperiun, vinculum per quod respublica cohaeret, *spiritus vitalis* quem tot milia trahunt, ut Seneca loquitur ». Per questa forma, o spirito vitale il popolo si perpetua malgrado il continuo morire e rinnovarsi delle parti che lo costituiscono (2).

---

(1) Cfr. Moeller, op. cit., p. 6 e seg.

(2) Cfr. Sokolowsky, *Die Philosophie im Privatrecht*, Halle, 1902, p. 48 e seg.;

E neppure l'*esprit general*, di cui parlano gli Enciclopedisti e gli Illuministi del secolo XVIII, sopratutto il Montesquieu, può, come pare al Moeller e al Brie, considerarsi il precedente immediato della dottrina romantica del *Volksgeist*. Che « l'esprit general », « l'esprit du peuple, de la nation », « le genie o le caractère d'une nation » fossero termini in voga nel secolo XVIII nessun dubbio (1). Il Montesquieu dedica tutto un libro dell'*Esprit* allo studio delle leggi in rapporto coi principii « qui forment l'*esprit general*, les moeurs et les manières d'une nation » (2). Se si pensa alla larga diffusione dell'*Esprit* in Germania nella seconda metà del secolo XVIII e alla profonda generale venerazione per il suo autore non parrà strano che molti abbiano fatto del Montesquieu un precursore della dottrina del *Volksgeist*. Tale opinione fu condivisa dall'Hegel, il quale esalta il Montesquieu per aver fatto dell'individualità e del carattere del popolo l'idea centrale dell'opera sua immortale, per aver considerato la legislazione non astrattamente, ma come « abhängiges Moment *einer* Totalität », ponendola in rapporto con tutti gli aspetti che costituiscono il carattere di un popolo e di un'epoca. Questo giudizio che l'Hegel aveva espresso sul Montesquieu fin dal 1802 ritorna pressochè immutato nella *Filosofia del diritto* nel 1821 (3). Nè altrimenti pensava lo Stahl in ordine ai rapporti del Montesquieu colla dottrina storica del diritto (4). Recentemente il Kantorowicz riprendeva la stessa tesi e riaffermava la parentela intima e diretta tra il Montesquieu e il Savigny (5).

A noi pare che questi giudizi si fondino sopra una erronea interpretazione del pensiero del Montesquieu. L'*esprit general* di cui esso

---

BONFANTE, *Lezioni di Diritto Romano: Diritti Reali*, 1908-09, cap. V, p. 111 e seguenti. Cfr. GROZIO, *De jure* ecc. Libro II, c. IX, § 3 e seg.

(1) Cfr. per l'uso di siffatte espressioni nel Bossuet (1681), Langlet du Fresnoy (1714), Rollin (1730), Voltaire, Montesquieu, il MOELLER, op. cit., p. 29 e seg. In modo speciale per il Montesquieu cfr. oltre il MOELLER, il BRIE, op. cit., pagine 8-9.

(2) Cfr. MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, libro XIX. Al cap. IV di questo libro definisce cosa intende per *esprit général:* « plusieurs choses gouvernent les hommes: le climat (nel capoverso aggiunge al clima « la nature »), la religion, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passces, les moeurs, les manières; d'ou il se forme un esprit général qui en résulte ».

(3) Cfr. HEGEL, *Ueber die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts* (1802) (in *Hegels Schriften zur Politik und Rechtsph.* herausg. v. G. Lasson, Leipzig, 1913, p. 411); ID., *Grundl. d. Ph. d. Rechts* (1821), herausg. v. G. Lasson, Leipzig, 1911, p. 21. Altre tre volte l'Hegel cita in quest'opera il Montesquieu.

(4) Cfr. STAHL, *Gesch. d. Rechtsph.* 2te Auf. (Heidelberg, 1847), p. 344.

(5) Cfr. KANTOROWICZ, *Volksgeist* ecc., p. 304.

parla non ha rapporti nè diretti nè indiretti col *Volksgeist* dei romantici e della scuola storica. Lungi dal costituire per il Montesquieu una realtà storica e psicologica, una individualità concreta, come l'Hegel sosteneva, esso non esce dalle vaghe generalità, dalle astrazioni convenzionali, di cui si compiaceva la letteratura politica del secolo XVIII. La definizione che ne dà il Montesquieu ne è la migliore dimostrazione: da essa risulta che lo spirito del popolo ben lungi dal costituire un principio attivo, da cui scaturiscono come da fonte viva e perenne i prodotti dell'arte, della morale, del diritto, non è che una risultante, cioè l'effetto della legislazione, del costume, della natura esterna. Per cui il legislatore non è l'interprete fedele dell'opera spontanea e inconscia del *Volksgeist*, ma è sempre l'autore e il propulsore della vita del popolo.

Per lo più si trascura di distinguere nell'opera del Montesquieu i due elementi di cui risulta: l'uno razionale, intimamente connesso colla tradizione dei giusnaturalisti per cui la vita dei popoli appare come l'espressione di una ragione eterna: l'altro realistico, per cui la ragione si esplica nei limiti imposti dalla natura e dalla storia. Da un lato riproduce i postulati della scuola del diritto naturale, dall'altro li intende in rapporto col reale. Non è più la ragione libera di sè, sciolta da un qualsiasi vincolo coll'esterno che crea le leggi e le istituzioni, ma è la ragione che trae norma dalle condizioni esterne, dalla materia storica per adattarvisi.

Vi era dunque tanto nell'opera del Montesquieu da giustificare l'ammirazione di quanti per reazione al razionalismo giuridico miravano ad accentuare nello studio del diritto e delle istituzioni l'importanza degli elementi realistici, oggettivi. Ciò spiega il culto per il Montesquieu in Germania, sopratutto tra i giuristi della scuola di Gottinga, seguaci o fautori del metodo storico (1), tra i romantici preoccupati di riabilitare i valori storici, individuali, concreti (2), tra i filosofi che, come l'Hegel, vagheggiavano l'armonia tra l'ideale e il reale. Ma l'ammirazione per

---

(1) Per i rapporti tra il Montesquieu, la scuola di Gottinga e l'Hugo v. s. p. 24, nota. Il THIBAUT ricorda due volte il Montesquieu nel cit. saggio: *Ueber den Einfluss d. Phil.* ecc. (in *Versuche einer* ecc. p. 129, 136).

(2) Per la venerazione dell'Herder per il Montesquieu cfr. HAYM, *Herder nach seinem Leben und Werken*, Bd. I, Berlin, 1885, p. 344-45. Che, malgrado ciò, non vi sia alcun rapporto di parentela spirituale tra l'Herder e il Montesquieu fu dimostrato dall'EHRENBERG, *Herders Bedeutung f. die Rechsswiss.*, Gott. 1913, p. 13 e seg. La questione non è oziosa perchè l'Herder fu tra i primi a diffondere in Germania la concezione del *Volksgeist*. Contro la tesi dell'EHRENBERG, ma senza recare argomenti decisivi, cfr. KANTOROWICZ, op. cit. p. 305. Per le influenze del Montesquieu sullo Schiller cfr. MOELLER, op. cit. 36.

il Montesquieu non significava adesione ai presupposti del giusnaturalismo sempre a lui presenti, non significava adesione alla sua concezione storica, che il Rexius chiama negativa, per cui la storia appare ben più l'opera dei singoli, degli illuminati, sia pure operanti nei limiti della tradizione e della realtà esterna, che non il risultato di forze spontanee, necessarie, prorompenti dal seno stesso della storia, che la ragione tende a conoscere per conformarvisi (1). Fattore della storia è sempre nel Montesquieu l'individuo non il *Volksgeist*. Il Savigny stesso, mentre non nasconde nella *Vocazione* la sua ammirazione per il Montesquieu, non ne ricorda il nome là ove accenna all'Hugo e al Möser come a quelli che dischiusero la via alla dottrina storica del diritto (2).

Non dunque dal Montesquieu potè il Savigny derivare il concetto del *Volksgeist* e neppure dal Möser e dall'Hugo, come l'accenno all'opera loro nella *Vocazione* potrebbe far credere. All'Hugo il Savigny attribuisce un merito essenzialmente negativo « di avere cioè nella maggior parte de' suoi scritti, combattuto le dottrine dominanti »; mentre d'altro lato sappiamo che l'Hugo si mantenne assolutamente estraneo al movimento romantico e strettamente legato alla filosofia kantiana. Nè basta a far ritenere l'Hugo un precursore della dottrina del *Volksgeist*, l'aver egli considerato la consuetudine tra le fonti del diritto, riconducendola alla volontà del popolo, poichè il popolo di cui esso parla non è il *Volksgeist*, ma il semplice stato di associazione umana; d'altro lato la formazione spontanea che egli riconosce al diritto

---

(1) Cfr. Rexius, *Studien z. Staatslehre der hist. Schule* (in *Hist. Zeits.* Bd. xi, 1911, p. 502). — Esponente del modo di intendere l'*esprit du peuple* nel sec. xviii è il Voltaire, l'autore dell'*Essai sur les moeurs et l'esprit des nations*, che cominciò a pubblicare dal 1744-45. (Per la data di pubblicazione dell'*Essai* cfr. Kantorowicz, op. cit., p. 297, nota 1ª). Per il Voltaire « l'esprit d'une nation reside toujours dans le petit nombre, qui fait travailler le grand, est nourri par lui et le gouverne ». (*Essai*, ch. 155).

(2) Il Savigny nel *Beruf* ecc. (Freiburg, 1892) cita due volte e non a caso il Montesquieu a p. 25 e a p. 77. Per l'accenno all'Hugo e al Moser cfr. *Beruf* ecc. pagina 9. — Nel *Vorwort* alla 2ª ediz. del *Beruf* ecc. (1828) (pag. iv-v ediz. cit.) il Savigny dichiara che ha creduto correggere nella nuova edizione il giudizio troppo severo e unilaterale sui giuristi francesi moderni dettato « aus der aufgeregten Stimmung gegen diese Nachbaren » e riconosce la imperfetta conoscenza che nel 1814 aveva della letteratura giuridica francese. Questa dichiarazione non può però invocarsi per spiegare, come sostiene il Kantorowicz (op. cit., p. 304), l'ommissione del Montesquieu tra i precursori della dottrina storica: l'ommissione si riscontra nella 2ª e nella 3ª ediz. (1840) del *Beruf*, mentre d'altro lato il Savigny dimostra fin dalla 1ª ediz. di conoscere e non superficialmente l'opera del Montesquieu e di apprezzarne l'alto valore.

civile nega al diritto pubblico che rimane sempre per lui una « bewusste Gesetzgebung ». Quanto al Möser esso è ricordato dal Savigny con onore per il profondo senso storico che lo distinse in un'epoca di imperante e soverchiante razionalismo anche nei riguardi del diritto civile (1); ma nessuna formulazione chiara e precisa nel Moser del concetto di *Volksgeist*, che fece difetto anche al Burke, la cui concezione della storia si contrappone a quella romantica appunto per non aver dedotto il processo storico da un principio ipotetico quale era il *Volksgeist* (2).

Nè va dimenticato che la teoria del *Volksgeist* e della sua capacità creativa trovò condizioni storiche favorevoli al suo sviluppo solo nell'età moderna. Solo infatti nell'età moderna il popolo acquista coscienza di sè, del suo valore e si afferma sovrano nei rapporti collo Stato. All'antica nobiltà feudale distrutta si sostituiva ben altrimenti potente la maestà del popolo sovrano, la cui partecipazione alla formazione del diritto e dello Stato proclamata dalla teoria politica trionfava colla Rivoluzione. La reazione che ne seguì fu contro la ragione sovrana, contro la concezione del popolo aggregato, inteso come personalità fittizia, frutto della speculazione disgiunta dalla realtà. Fu questo il popolo detronizzato dalla controrivoluzione, mentre il popolo come individualità psicologica, vivente nella storia, determinato nel tempo e nello spazio, ne usciva rafforzato ed esaltato. La insurrezione in particolare che seguì in Germania contro l'opera della Rivoluzione e di Napoleone, insurrezione che la romantica aveva preparato e favorito, ebbe tutti i caratteri di una guerra di libertà, nella quale non erano in gioco i diritti dell'uomo, singolo o associato nello Stato da lui creato, ma erano in gioco gli interessi ben altrimenti vivi e operosi del popolo che si sente una nazione, e lotta contro il minacciato assorbimento della propria individualità psicologica e storica in quella di un popolo straniero, a cui le ragioni ideali della Rivoluzione erano comodo pretesto per violare le ragioni di vita degli altri popoli. Il romanticismo e la guerra di libertà segnarono in Germania il trionfo definitivo del

---

(1) Justus Moser (1720-1794) è l'autore della « Osnabrückische Geschichte » (Osnabrück, 1761) di scarso valore critico, ma penetrata di uno spirito nuovo avverso al razionalismo storico e giuridico imperante, tendente a riabilitare le tradizioni, le consuetudini, il diritto popolare e locale contro il sistema dei codici. Nulla però nell'opera sua che possa farlo ritenere un precursore della scuola storica nel senso proprio della parola. Cfr. Landsberg, *Geschichte*, ecc., III Abl. 1er Halbb. (Leipzig, 1898), p. 496-497; Moeller, op. cit., p. 41. Sul Moser, sul suo pensiero politico in confronto col Burke cfr. il Rexius, op. citata, p. 516.

(2) Lo riconosce anche il Kantorowicz, op. cit., p. 304.

Volksgeist, poichè mai come in quell'epoca il sentimento di una vita e di un'anima comune si manifestò per segni più evidenti, mai come allora la storia apparve veramente l'espressione dell'anima popolare, e la ragione individuale ebbe la coscienza della propria debolezza e impotenza a dominare gli avvenimenti e a produrli.

Il Savigny, anche se non fu, come altri osservò, romantico per temperamento (1), sentì profondamente e visse le idealità romantiche, e dal romanticismo derivò il concetto del *Volksgeist*, estendendone la capacità creativa dal dominio della lingua, della letteratura, dell'arte in cui i romantici l'avevano mantenuto, a quello del diritto. E al concetto romantico del *Volksgeist* tenne costantemente fede, anche quando le ragioni sentimentali e storiche che l'avevano originato, erano venute meno, come lo prova la parte che ad esso fa nel *Sistema* a distanza di tanti anni dalla pubblicazione della *Vocazione*.

Nei termini vaghi e incerti con cui il Savigny definisce il *Volksgeist* si rivela evidente l'influenza romantica (2). Più che a determinarlo egli intese affermarlo, a guisa di dogma, oggetto più di fede che di scienza. E coi romantici egli lo concepì come un principio spirituale che dà unità e direzione alla vita in comune e genera prodotti suoi propri, che l'individuo isolato non può creare. Da qualunque associazione di uomini si svolge un pensiero comune, distinto dal pensiero degli individui; e come in questi il principio pensante prende corpo e forma e caratteri particolari, nel che consiste l'individualità, così il pensiero collettivo si individualizza nei diversi gruppi nei quali gli uomini rientrano e diventa lo spirito della famiglia, della classe, della città, della nazione. In forma imperfetta, confusa, frammentaria, il Savigny riproduce inconsciamente la metafisica romantica, nei limiti e agli effetti delle scienze morali, quando ammette accanto e sopra allo spirito del popolo lo spirito dell'umanità, di cui quello non è che la forma individuale (3). Poteva andar oltre e riconoscere nello spirito dell'umanità un aspetto di quello spirito del mondo di cui i romantici e lo Schelling della prima maniera parlarono; ma il Savigny non si spinse tanto oltre e preferì in ordine ai problemi ultimi le soluzioni religiose. Ciò del resto rispondeva alla degenerazione del romanticismo stesso, di cui l'Hegel

---

(1) Lo afferma, non senza qualche fondamento, il KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny?* (in *Archiv f. Rechts. u. Wirtschaftsphil.* 1911-12, 2-3). Vi era infatti tra il temperamento essenzialmente giuridico e classico del Savigny e lo spirito romantico un'antitesi che il Savigny cercò invano di superare.

(2) Cfr. SAVIGNY, *Sistema del dir. romano attuale* (trad. Scialoja), Torino, 1886, volume I, § 8.

(3) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., § 8.

ereditò lo spirito filosofico, mentre lo Schelling, nell'ultimo periodo della sua attività, lo Stahl, il Savigny, il Puchta svolsero lo spirito profondamente mistico e religioso.

Certo è che dal *Volksgeist* posto come realtà spirituale vivente il Savigny fu tratto ad affermare l'unità e la perennità del popolo nel variare dei tempi, nel succedersi delle generazioni; fu indotto a riconoscere elementi uniformi e costanti nelle formazioni fenomeniche collettive dell'anima popolare; fu sopratutto portato ad elevare a criterio metodico il principio aristotelico per cui il tutto precede e spiega le parti. L'individuo non si intende se non in funzione del tutto, da cui trae vita e norma. Ne ciò implica per il Savigny negazione e assorbimento dell'individuo nel tutto. Conformemente al principio romantico secondo cui la realtà è individuale e le individualità sono incomunicabili, il Savigny riconosce che l'individuo prende significato dal tutto di cui è parte, ma il tutto non può esistere se non nelle forme dell'individualità; l'individuo ha pertanto elementi comuni e propri, e se per quelli si coordina allo spirito collettivo e rientra in un organismo più vasto, per questo ha vita propria, indipendente e libera.

E come il rapporto tra spirito individuale e collettivo così deve intendersi secondo i principii romantici il rapporto tra libertà e necessità. L'individuo è naturalmente e necessariamente legato alla vita e alle leggi di sviluppo dello spirito collettivo; ma in quanto ha coscienza de' suoi rapporti col tutto, in quanto sente e vive in sè la vita dell'insieme, e ad essa, alle sue finalità adatta la sua condotta esteriore, l'individuo può chiamarsi libero allo stesso titolo per cui i razionalisti chiamano libero chi riconosce e attua il regno dei fini posti dalla ragione pratica. Come l'individuo esiste in quanto attua in sè, individualizzandolo, lo spirito popolare, così la libertà si svolge dal conscio riconoscimento della necessità del tutto. Individuo e libertà prendono vita e significato dall'esistenza e dall'affermazione dello spirito collettivo. Il difetto di uno svolgimento adeguato all'importanza delle questioni poste è comune ai romantici e al Savigny; ma non devesi dimenticare la preferenza da essi data all'intuizione sullo sviluppo logico dei principii, alla sintesi sull'analisi dei concetti, all'esigenza pratica su quella teoretica.

Nè sostanzialmente diverso è il pensiero del Puchta in ordine al *Volksgeist* (1). Riconosce col Savigny la natura essenzialmente spiri-

---

(1) Cfr. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, Erlangen, 1828, I Th. p. 134-136; Id., *Corso delle istituzioni presso il popolo romano*, tr. it. Poli ed altri sulla 5ª ed. ted. curata dal Rudorff, Milano-Verona, 1858, vol. I. Introd. § 10. Per la progressiva

tuale di esso; ma se ne distingue nel considerare come elementi essenziali, e non solo necessari, alla sua esistenza, l'unità di origine, la lingua, il territorio, la costituzione politica. La parentela spirituale concorre colla parentela naturale a produrre il *Volksgeist*, i fattori psichici concorrono coi fattori etnici, topografici, storici, politici. Il processo di personificazione e d'individualizzazione che nel Savigny è ancora imperfetto e indeterminato, si svolge e si concreta nel Puchta; e mentre il Savigny, dominato sempre dall'influenza romantica, si move incerto tra la concezione immanente e trascendente dello spirito popolare in ordine al processo storico, il Puchta dimostra palesamente la sua preferenza per la concezione ipostatica del *Volksgeist*, che non è per lui solamente sostanza psichica compenetrata nella storia, ma è il soggetto stesso della storia, con tutti i caratteri dei soggetti naturali. Alla realtà psicologica del popolo affermata dal Savigny succede nel Puchta l'affermazione della sua naturalità; « ein natürliches Ganzes » chiama infatti il popolo. Che se grande errore sarebbe sul fondamento di siffatta espressione intendere da un punto di vista naturalistico il suo pensiero, isolandolo dall'ambiente ideologico in cui si era formato, non si può negare che l'equivoco si rese possibile dall'uso fatto dal Savigny stesso e sopratutto dal Puchta di termini famigliari ai fautori della concezione organica del popolo.

La tendenza del Puchta a vieppiù determinare il concetto di *Volksgeist* si rivela anche nella cura da lui posta a distinguere tra il popolo nel senso politico, quale intesero i giureconsulti romani, i giusnaturalisti, gli scrittori politici del secolo XVIII e il popolo nel nuovo significato della scuola storica (1). Politicamente considerato il popolo fa parte del governo, è un organo della costituzione che si contrappone ai governati, è un prodotto artificiale della volontà riflessa, è una finzione astratta. Quando si parla di governi democratici, di sovranità popolare, di rappresentanza popolare, si ha di mira il popolo in un significato politico. Il popolo nel senso della scuola storica è invece un prodotto spontaneo della natura, una realtà che vive e si svolge e si perpetua nel tempo, in fuori e indipendentemente da qualsiasi costituzione politica. Dal popolo così inteso traggono vita e alimento la religione, l'arte, la morale, il diritto. Se non che l'attività del popolo come organismo naturale si presenta con particolari caratteri; essa è tutta interiore, invisibile e si esplica nella forma di un'influenza esercitata dallo spirito

---

formazione della dottrina del *Volksgeist* nell'opera del Puchta cfr. BRIE, opera citata, p. 23-25.

(1) Cfr. PUCHTA, *Das Gewohnheitsrecht* ecc. I, p. 136; 149-151.

del popolo sul singolo, a cui solo spetta deliberare e agire (1). Il popolo esiste come un'idea, come un *incertum corpus*, direbbero i giuristi romani, incapace di volizione e di azione (2). Solo in virtù di una finzione, cioè prendendo forma e significato giuridico, il popolo diventa persona capace di volere e di esplicare una attività esteriore.

È evidente qui lo sforzo del Puchta di conciliare il nuovo concetto di popolo, inteso come realtà produttiva e attiva colla tradizione giuridica romana, che negava al popolo come tale la capacità di agire giuridicamente, e lo considerava agli effetti del diritto una persona fittizia. L'attività naturale del popolo diventa giuridica, ossia si esplica esteriormente, mediante gli individui singoli o aggregati, e solo per una finzione quella che è nel fatto la volontà degli individui o di un aggregato di individui, diventa la volontà e l'azione di un organismo naturale quale è il popolo. La tradizione romana aveva ancora una volta ragione delle nuove direzioni di pensiero tendenti a sovvertirla. Non fu questo il solo caso di disagio in cui vennero a trovarsi il Savigny e il Puchta per salvare il principio romano di fronte alle conseguenze derivanti dal nuovo dogma del *Volksgeist*, ch'essi dovevano elevare a principio della vita giuridica (3). Per il Puchta come per il Savigny il singolo è ancora sempre l'unica realtà giuridica; il gruppo non ha esistenza giuridica, ma vive e opera giuridicamente solo mediante l'individuo.

Con ciò si riabilitava l'individualismo giuridico e si isteriliva il concetto del *Volksgeist* in quanto poteva portare alla trasformazione in senso sociale del diritto. Il riconoscimento di esso come fonte del diritto non toglieva infatti che l'esistenza del diritto fosse condizionata all'individuo, il quale continuava ad essere il vero arbitro dell'ordine giuridico, sia pure in rappresentanza e sotto l'influenza dello spirito popolare. D'altra parte il Puchta cercava in forma anche più esplicita

---

(1) « Dem natürlichen Ganzen keine andere Thatigkeit moglich ist, als diejenige, welche in dem Einfluss des Volksgeistes auf die Einzelnen besteht, also eine innere ». (PUCHTA, *Gewohn.* I, p. 151).

(2) « So kann namentlich von einem Entschluss, den ein Ganzes aus mehreren Personen fasste, eigentlich nicht die Rede sein » (id. id., p. 138). « Eine Handlung kann nur von einem einzelnen Subject geschehen, nicht von einem Ganzen, als einer blossen Idee » (id. id., p. 137).

(3) Anche il SAVIGNY (*Sistema del dir. romano*, ecc., cit. II, §§ 85, 89, 90) afferma che le associazioni di uomini (famiglia, popolo, classi) possono considerarsi soggetti di diritto solo in virtù di una finzione che li assimili ad una persona ordinaria. Anch'egli come il Puchta riconosce che la volontà effettiva, e l'effettiva capacità di agire può solo intendersi riferita ai singoli uomini.

del Savigny di risolvere il dualismo tra l'individuo e il tutto, tra la necessità e la libertà; poichè se da un lato il popolo non ha esistenza giuridica fuori dell'individuo, d'altro lato la necessità del suo processo interiore si traduce esteriormente nell'azione libera individuale. Il pensiero non completamente spiegato del Savigny al riguardo, il Puchta determina, e nello stesso tempo accentua nelle sue deficienze e nelle sue incoerenze. Per salvare l'individuo e la sua libertà egli sacrificava la logica interiore del *Volksgeist*, di cui l'efficienza pratica era tolta colla negazione della personalità giuridica, e il determinismo trovava un limite insuperabile nella libertà individuale.

Ritorna anche nel Puchta il rapporto tra il popolo e l'umanità affermato dal Savigny. Anche per il Puchta il popolo non è fine a se stesso, ma rientra in un ordine di rapporti più elevato e più vasto, nell'ordine dei rapporti e dei fini che hanno per termine l'umanità intera (1). Ma mentre il Savigny lascia nell'oscurità i rapporti tra lo spirito dell'umanità e lo spirito assoluto, il Puchta rompe apertamente col panteismo e immanentismo ideologico dei romantici, e dimostra di sentire e di riconoscere il divino nelle forme dello spiritualismo tradizionale, del quale accetta e riproduce le soluzioni relative all'origine e ai fini dell'uomo e dell'umanità. Perciò l'avversione all'hegelismo passando dal Savigny al Puchta si accentua, e crea tra la scuola storica e la filosofia hegeliana un dissidio insuperabile (2). Nuova causa

---

(1) Cfr. per il rapporto tra lo spirito del popolo e l'umanità nel Puchta il *Corso delle istituzioni* ecc. Intr. § 9; § 19.

(2) Il Brie dopo di aver riconosciuto nel Puchta una « unverkennbaren Abneigung gegen die Hegel'sche Rechtsphilosophie » (op. cit., p. 25), dopo di aver rilevato che il Puchta fa ogni sforzo per differenziarsi da Hegel (id., p. 23), vuol dimostrare che l'opera del Puchta si svolge sotto l'influenza del pensiero hegeliano. Il Brie insiste sulla conoscenza che il Puchta aveva della filosofia del diritto dell'Hegel, ma non dimostra punto, ciò che maggiormente conta, la conoscenza da parte del Puchta della metafisica hegeliana e sopratutto la sua adesione alla medesima. Una sostanziale differenza di principii risulta invece evidente dalla introduzione filosofica premessa dal Puchta al suo *Corso* e pubblicata la prima volta nel 1841. Ben più diretta e decisiva sul Puchta fu l'influenza dello Schelling dell'ultima maniera, come fu dimostrato dal Wetzell nella necrologia del Puchta pubblicata nell'*Huber's Janus*, 11 Heft. 1846 e riprodotta dal Rudorff nei G. Fr. Puchta's *Kleine civil. Schriften*, Leipzig, 1851, p. xlvi e seg. — Anche più incomprensibile è lo sforzo del Brie di far apparire il Savigny del *Sistema* sotto l'influenza del Puchta e indirettamente dell'Hegel. Il Savigny si valse nel *Sistema* dell'opera del Puchta, ma in quanto essa era nell'ordine di idee della *Vocazione*. La fonte degli equivoci e delle false interpretazioni deriva dall'aver trascurato la concezione romantica come la fonte comune, da cui lo Schelling e l'Hegel, il Savigny e il Puchta mossero. Nel riprodurre i concetti fondamentali,

di incoerenza e di debolezza della scuola storica, le cui geniali intuizioni sulla realtà sociale erano, in ibrido connubio, connesse a premesse metafisiche che la logica dei tempi e delle idee avevano superato. Possiamo pertanto come conclusione affermare che del triplice aspetto metafisico, psicologico, mistico, sotto il quale si presenta il *Volksgeist* nel romanticismo, il Savigny e il Puchta svolsero di preferenza l'aspetto psicologico, l'Hegel l'aspetto metafisico, mentre il significato mistico rimase a rappresentare una degenerazione del pensiero romantico.

Nella metafisica hegeliana, come avremo occasione di più ampiamente sviluppare, il *Volksgeist* non significa affatto la comune coscienza del popolo ridotta a unità in base a elementi naturali e psichici, ma significa l'assoluto *Weltgeist* in un determinato momento del suo processo dialettico. Di questo spirito del mondo i diversi popoli sono strumenti per la realizzazione progressiva della coscienza della libertà. Non appena un popolo ha assolto il suo còmpito il *Weltgeist* passa ad un altro popolo storico (1). Nulla di più estraneo al pensiero dei fondatori della scuola storica di questa concezione metafisica del *Volksgeist*, la quale risolveva l'individualità psicologica e storica dei diversi popoli nella universalità di un'idea. I popoli hanno per il Savigny e il Puchta valore non tanto per l'idea universale umana che rappresentano, quanto per la forma particolare e propria con cui tale idea personificano e attuano storicamente. L'individualità così del singolo come delle collettività ha valore per sè stessa, e non per gli elementi universali che entrano a costituirla.

Neppure può parlarsi di concezione mistica del *Volksgeist* nel Savigny e nel Puchta. Solo l'equivoco delle espressioni adoperate per indicarlo

---

ognuno procedette per via e con intendimenti diversi. Mentre l'Hegel cercò di trasformare l'idealismo soggettivo romantico in un sistema di idealismo oggettivo trascendentale, il Savigny e il Puchta si limitarono ad estendere la nuova dottrina romantica alla conoscenza della realtà giuridica, senza rilevare, per difetto di penetrazione filosofica, l'intima contraddizione tra la metafisica romantica e quella spiritualista tradizionale, per la quale conservarono le loro mal celate preferenze.

(1) Nella filosofia della storia l'Hegel sviluppa anche il concetto empirico-psicologico del *Volksgeist*. Qualunque sia il modo di intendere questo concetto in rapporto col concetto metafisico del *Volksgeist*, facciamo solo rilevare che le lezioni di filosofia della storia tenute dall'Hegel negli anni 1823-31 furono raccolte e pubblicate dal Gans nel 1837, ossia a distanza di tempo dal *Beruf* del Savigny, e dal *Gewohnheitsrecht* del Puchta. Del resto un legame tra i fondatori della scuola storica e l'Hegel può tanto poco pensarsi in quanto il rapporto tra la scuola storica e hegeliana era ben lungi dall'essere amichevole. Cfr. KANTOROWICZ, op. cit., pagina 323.

e la tendenza sempre più spiccata collo svolgimento della dottrina a personificarlo, potè dar credito a tale opinione (1). Il *Volksgeist* non è concepito dai fondatori della scuola storica a somiglianza del principio divino degli scolastici fuori della realtà ch'esso con processo misterioso crea; neppure è la cosa in sè del Kant che esiste indipendentemente dalle forme empiriche, ma è concepito immedesimato nella storia e nella coscienza del popolo, inseparabile da essa. Il *Volksgeist* ha nel Savigny e nel Puchta un significato reale non mistico, in conformità al significato realistico della loro dottrina. Affermare l'individualità e la sostanzialità del *Volksgeist* non significava intenderlo fuori della storia e della coscienza collettiva. Il misticismo se vuolsi è nella terminologia usata, non nello spirito della dottrina, terminologia necessariamente imperfetta per difetto di analisi psicologica, naturale in un'epoca in cui si ignoravano i metodi per lo studio della vita psichica collettiva e delle sue manifestazioni.

Se pertanto può ammettersi col Bergbohm che i fondatori della scuola storica non fornirono la prova che il *Volksgeist* costituisce un vero e proprio *Naturganzes* cioè un *beseeltes Einzelwesen*, non si può porre in dubbio ch'essi lo intendessero come una vera e propria realtà psichica, con gli attributi di un essere vivente non solo naturalmente ma psicologicamente; nè lo intesero (almeno il Savigny) fuori della storia, ma immedesimato con essa e coi prodotti che ne derivano (2). Come l'attività dell'anima individuale è la stessa cosa dei processi e degli stati in cui si attua, così il *Volksgeist* non si distingue dai prodotti in cui si rivela. La dottrina dell'attualità psichica fu inconsciamente applicata alla concezione del *Volksgeist*.

Anche più vano deve considerarsi il tentativo di attenuare il significato del *Volksgeist* fino al punto di farne un concetto convenzionale, una formula abbreviata per indicare la comunione spirituale e naturale tra i membri del popolo senza alcun riferimento ad una realtà vivente e

---

(1) Lo STAMMLER fonda tutta la critica della scuola storica sul carattere mistico della dottrina del *Volksgeist*. Cfr. STAMMLER, *Wesen des Rechtes und der Rechtswis.* in *Kultur der Gegenwart* herausg. v. *Hinneberg*. II, 8 (1906), p. VII e seg. e più recentemente in: *Theorie der Rechtswis.*, 1911, Halle, p. 388 e seg. La stessa accusa di misticismo è mossa al Savigny e al Puchta dal VANNI, *Lezioni di fil. di diritto*, Bologna, 1904, p. 209. Contro l'accusa di misticismo della scuola storica cfr. SINGER, *Zur Erinnerung* ecc., p. 283, nota 42; KANTOROWICZ, *Volksgeist* ecc., p. 323-324.

(2) In questa interpretazione che è secondo noi la sola vera concordano il REINH. SCHMID (*Theorie und Methodik des bürg. Rechts*, 1848, Jena, p. 173 e seg.; p. 223 e seg.), lo ZITELMANN (*Gewohnheitsrecht und Irrthum* in *Arch. f. d. civilist. Praxis*, LXVI, 1883, p. 476), il BONNET (*La phil. du droit chez Savigny*, cit. p. 151).

animata (1). Ciò potè sostenersi per la difficoltà in cui vennero a trovarsi gli stessi fondatori della scuola storica di conciliare l'idea di popolo come sostanza psichica vivente col principio romano che solo il singolo è persona agli effetti del diritto, difficoltà che il Puchta credette di aver superato colla nota distinzione di popolo in senso naturale e politico, intendendo quest'ultimo come volontà generale fittizia. Sono incoerenze spiegabili per l'influenza sempre grande del diritto romano e per il culto che per esso avevano il Savigny e il Puchta; ma esse non giustificano le false interpretazioni di quelli che sono i concetti fondamentali della nuova scuola. Il Savigny e il Puchta forse temettero le conseguenze dei loro stessi principii; ma tutti gli espedienti della logica giuridica a nulla valevano contro la logica interiore del *Volksgeist*, dalla quale usciva affermata e riabilitata quella realtà collettiva che i giuristi romani avevano ignorato o disconosciuto (2).

Che il *Volksgeist* nell'intenzione de' suoi autori fosse inteso come sostanza psichica vivente lo dimostra anche la legge del divenire a cui obbedisce nel suo sviluppo. La categoria del divenire prima ancora di assorgere coll'Hegel a categoria dell'ordine logico, e col Darwin a categoria del mondo fisico e organico, fu dai romantici intesa come categoria dell'ordine psicologico. L'esperienza interna destò la prima idea di un divenire continuo, e tale idea dalle scienze dello spirito passò ad altri ordini di conoscenze fino ad assorgere a legge universale della realtà. La vita dello spirito, sciolta dal meccanismo delle facoltà e dell'associazione, apparve alla commossa fantasia romantica come un'attività che si svolge e si rinnova perennemente dispiegandosi in forme varie e molteplici. La psicologia tradizionale aveva lavorato a semplificare, a irrigidire la vita dello spirito, sciogliendola dal tempo oltrechè dallo spazio, immobilizzandola in concetti o facoltà astratte, prive di contenuto reale. Il romanticismo rappresenta la riabilitazione del vario, dell'inconscio, del continuo psichico; più che a conoscere esso tende a sentire, a penetrare la vita interiore, per coglierne le intime invisibili armonìe, che sfuggono a qualsiasi analisi e determinazione logica. E per

(1) Tra i sostenitori di questa opinione ricordiamo lo Schuppe (*Das Gewohnheitsrecht*, 1890, p. 34), e, con qualche restrizione, il Brie, op. cit. p. 32-35.

(2) Il Gneist (*Zur Lehre vom Volksrecht, Gewohnheitsrecht u. Juristenrecht* in *Juris. Abhandlungen.* Festgabe f. G. Beseler, Berlin, 1885, p. 228) rimprovera al Savigny e al Puchta il difetto di contenuto sociale nel *Volksgeist.* Il Savigny e il Puchta certo non svolsero l'aspetto sociale del *Volksgeist*, ma non può negarsi che nella affermazione della collettività come principio attivo e produttivo, era implicito l'ulteriore riconoscimento della realtà sociale.

questa loro particolare sensibilità a cogliere l'indefinito, l'inconscio psichico i romantici furono in grado di intendere la vita psichica delle collettività, le cui manifestazioni si presentano appunto coi caratteri dell'incoscienza e della spontaneità, e fanno parte di quella vita inferiore dello spirito che la psicologia tradizionale ignorava o trascurava. Il *Volksgeist* romantico ha una coscienza oscura, i suoi processi sono invisibili e ravvolti nel mistero, le sue manifestazioni sono naturali e necessarie. Il continuo e l'inconscio psichico, prima ancora che nell'individuo e certo più efficacemente fu studiato nelle collettività, nelle quali non è nè arrestato nè disturbato nel suo svolgersi dall'attività psichica riflessa e volontaria, che nell'individuo tende a prevalere sulle forme spontanee e irrazionali.

La dottrina del *Volksgeist* quale noi ritroviamo nel Savigny e nel Puchta non si intende se non attraverso la particolare psicologia romantica. Il *Volksgeist* esprime la comune coscienza dei popoli nel suo incessante e necessario sviluppo. Le forze interne che agiscono nel *Volksgeist* sono invisibili e oscure; si scorgono i prodotti, non il processo interiore che li genera. Il Savigny accenna alla produzione del diritto « durch innere, stillwirkende Krafte » (1) e il Puchta a sua volta afferma che la derivazione del diritto dal *Volksgeist* è « unsichtbare » e parla di una « dunkeln Werkstatte, in der es bereitet wird » (2).

Fu mosso rimprovero al Savigny e al Puchta per aver dichiarato misterioso e invisibile il processo interno del *Volksgeist*, quasi a coprire la loro ignoranza sulla sua vera natura; ma si dimentica che tali caratteri sono propri di tutte le formazioni psichiche spontanee e inconscie, nè potrebbe la psicologia sociale odierna, di tanto progredita su quella romantica, caratterizzare diversamente le produzioni della coscienza collettiva. I prodotti soli della psiche, non solo sociale ma individuale, non solo inconscia ma conscia, sono visibili e certi, mentre i processi secondo i quali si formano, sono ancor sempre avvolti nel mistero.

Dopo le indagini recenti del Brie, del Moeller, del Loening, del Landsberg, del Rexius, del Kantorowicz, del Bonnet, nessuno oggi oserebbe sostenere l'interpretazione naturalistica del *Volksgeist* e del suo processo evolutivo (3). Se la scuola storica è veramente un aspetto

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Beruf* ecc., ed. 1892, p. 9.

(2) Cfr. PUCHTA, *Corso* ecc., Introd. § 12.

(3) La sostenne in Italia il BRUGI, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea* (in *Circolo Giuridico*, XIV, 1883, p. 151-167). Incontrò il favore dei seguaci dell'indirizzo positivo, non però dei più illuminati come il VANNI,

del grande movimento romantico, l'interpretazione naturalistica diventa per ciò solo insostenibile. Tale interpretazione si rese possibile per aver considerato la scuola storica come un movimento autonomo di pensiero, per aver cercato le premesse filosofiche dello storicismo nel Savigny e nel Puchta, i quali si espressero in ordine al *Volksgeist* e al suo divenire in termini da condurre in errore quanti trascurarono di rifarsi alle fonti da cui attinsero i loro concetti. Così il Savigny parla del *Volksgeist* come di una « natürliche Einheit »; parla di una « historischer Stoff » che dobbiamo penetrare; fa uso della espressione « völlig organische Entwicklung » per indicare il processo di formazione del diritto romano; fa consistere il carattere della scuola storica nella sua tendenza a risalire alle origini delle istituzioni così da scoprirne « ein organisches Princip », col quale sceverare ciò che in esse vi è di vivo e di morto; paragona il diritto a un organismo vivente che cresce e si trasforma come il corpo umano, e obbedisce ad una legge « innerer Nothwendigkeit ». A sua volta il Puchta chiama il *Volksgeist* un « natürliches Ganzes », paragona lo sviluppo del diritto a quello della pianta che si svolge dal germe e considera anch'egli il processo del diritto come dominato da una interiore necessità (1).

Ma queste e altre analoghe espressioni non devono far pensare ad una concezione organica del *Volksgeist* e del diritto che ne è un prodotto. Le espressioni di *organico*, di *naturale*, di *necessario* usate dai fondatori della scuola storica per indicare la natura del *Volksgeist* e la legge del suo divenire, hanno in essi un particolare valore e significato che si illumina dal contrasto colle teorie della scuola metafisica e dal confronto con le analoghe espressioni usate dai romantici. Essi usarono tali espressioni in opposizione a *razionale*, *riflesso*, *volontario*, *libero*, con manifesto riferimento ai lati inconsci dello spirito, aventi come tali uno svolgimento *naturale* e *necessario*, a somiglianza degli esseri viventi in natura. Ad essi non passò mai per la mente di rinnegare la vita dello spirito o di intendere quest'ultimo secondo le leggi della materia. Per difetto di capacità filosofica essi poterono ondeggiare tra l'idealismo romantico e lo spiritualismo tradizionale, ma sentirono sempre vivamente la vita dello spirito.

Il loro determinismo è di natura psicologica ed è d'altro lato limitato

---

I giuristi della scuola storica di Germania ecc. (in *Saggi di Filosofia sociale e giuridica*, editi a cura del Marabelli, II, Bologna, 1906, p. 201 e seg.).

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema* ecc. I, § 7-8; *Id.* Introd. p. XIV-XV; *Vom Beruf* ecc. ed. 1892, p. 20, 68, 69, 72, 101; PUCHTA, *Gewohnheitsrecht* I, p. 134 e seg. *Corso*, ecc. Introd. § 12.

al *Volksgeist*. Questo infatti nel suo perenne divenire obbedisce ad una legge di necessità *interna* e non esterna, psichica e non meccanica; e tale interna necessità è in rapporto con quelle attività irrazionali e spontanee che in esso agiscono. In ordine all'individuo invece, in cui le attività spirituali coscienti prevalgono, tanto il Savigny quanto il Puchta parlano di libertà e non di necessità. Il Savigny infatti chiamerà il processo di formazione del diritto « nothwendig und frei » secondochè lo considera in ordine al *Volksgeist* o all'individuo, e il Puchta a sua volta presenterà il diritto come il prodotto « der durch die Nothwendigkeit nur beschränkten Freiheit ».

20. — Il diritto ha la sua origine e il suo fondamento nella coscienza popolare, la quale è una forma determinata dello spirito dell'umanità e del mondo. Tale il nuovo dogma che il Savigny e il Puchta affermavano contro il razionalismo giuridico. L'origine del dogma è intimamente e strettamente connessa colla concezione del *Volksgeist*; inutile quindi ricercare i precedenti storici nei tempi e negli scrittori che intesero il popolo astrattamente o in un significato essenzialmente politico. Il principio stesso della sovranità popolare ben più che a spiegare l'origine e la natura del diritto fu invocato a spiegare l'origine dello Stato, da cui il diritto procede. Solo con la scuola storica il binomio diritto e Stato si rompe e il diritto appare una formazione autonoma, indipendente dalle istituzioni intese a concretarlo e a sanzionarlo. Per salvare l'autonomia del diritto di fronte allo Stato i giusnaturalisti avevano fatto ricorso al concetto del diritto innato e della persona, creando un dualismo ch'essi non superarono se non col sacrificio dell'individuo o dello Stato. La scuola storica elevando il popolo a fonte del diritto e dello Stato poneva la condizione della loro coesistenza e indipendenza reciproca.

Se il dogma della derivazione del diritto dalla coscienza popolare era implicito nella dottrina romantica del *Volksgeist*, non può dirsi che i romantici lo formulassero prima del Savigny. Si è parlato dell'Herder come di colui che primo formulò il dogma, ma si dimentica che egli dopo di aver affermato che le condizioni di tempo e di luogo, il *genetischer Nationalcharakter* determinano gli aspetti della vita collettiva, fa eccezione per il diritto pubblico, il quale deriva non già dalla tacita azione del *Volksgeist*, ma da un « Volksfremder Gewalt » (1). Più esplicitamente lo Schelling nelle sue *Lezioni* (1803) aveva accennato al diritto come a un organismo che si svolge in fuori dall'arbitrio degli

(1) Cfr. Kantorowicz, op. cit., p. 306.

uomini; ma trattavasi pur sempre di accenni vaghi, d'influenze generiche implicite nel generale movimento romantico da cui non è dubbio il Savigny trasse ispirazione alla formulazione del dogma (1).

Di queste influenze e ispirazioni romantiche nello stabilimento del dogma è prova decisiva il parallelo del diritto colla lingua, nonchè gli elementi poetici che con particolare compiacenza i seguaci dell'indirizzo storico nelle scienze giuridiche posero in rilievo nella formazione del diritto primitivo. Sebbene il parallelo tra la lingua e il diritto sia antichissimo, solo nel Savigny e nel Puchta (preceduti solo dal Vico) esso prende carattere e significato romantico. Nè ciò deve meravigliare, poichè al romanticismo, al dire del Croce, si devono le vedute più geniali intorno al linguaggio (2). I romantici, infatti, avevano contrapposto, al linguaggio delle grammatiche e dei vocabolari, il linguaggio che si forma spontaneo nel popolo coll'impronta del genio e del carattere nazionale. Analogamente il Savigny contrappone al diritto dei codici e dei giuristi, il diritto vero che si produce naturalmente e necessariamente sotto lo stimolo del bisogno, nell'intima coscienza popolare. E il paragone ritorna insistente nella *Vocazione* e nel programma della *Rivista*, che più direttamente risentirono l'influenza romantica (3).

E rifacendosi al diritto primitivo i giuristi della scuola storica furono indotti a rilevare le figure, le rappresentazioni, i simboli, gli elementi religiosi e poetici, fantastici e mistici nei quali e coi quali esso dapprima si rivela, ciò che significava studiare il diritto in funzione della storia sociale e politica del popolo, in conformità a quella concezione panteistica del mondo, ch'era propria dell'umanità primitiva e delle sue primitive manifestazioni, concezione che i romantici sentirono e riprodussero (4).

---

(1) Moeller, op. cit., p. 38.

(2) Cfr. Croce, *Riduzione*, ecc., cit., p. 46. Sul parallelo tra il diritto e il linguaggio, sui precedenti storici di esso, cfr. Miraglia, *Filosofia del diritto* (Napoli, 1885), p. 11-13, dove si cita lo studio del Gaudenzi. *Lingua e diritto*, condotto secondo i risultati del positivismo. Cfr. anche De Gioannis, *Nuovo diritto amministrativo d'Italia* (Pavia, 1864) p. 51 (e nota 74), ove ricorda l'opinione di Pellegrino Rossi sul rapporto tra il diritto e lingua. Bergbohm, *Jurisprudenz*, ecc., cit., p. 152. Sulla pretesa derivazione del paragone dall'Herder e dall'Humboldt, cfr. Kantorowicz, *Volksgeist*, ecc., p. 308.

(3) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc. (ed. 1892), p. 5, p. 7, ecc.; *Sistema*, ecc., I, § 7; Puchta, *Corso*, ecc., cit. Introd. § 9-10.

(4) Notevole e sintomatico al riguardo è l'articolo di Jacob Grimm, *Von der Poesie im Recht*, pubblicato nel Bd. 2, 1816, della *Zeits. f. ges. Rechtswiss.* del

La questione dell'origine del diritto, fino allora pressochè trascurata, era dal Savigny risolutamente affrontata e risolta in un senso affatto nuovo, nel senso cioè che il diritto non è una creazione individuale, ma è l'opera del popolo, considerato come un tutto organico. « Ist es (sono le parole che riassumono in forma definitiva il suo pensiero al riguardo) der in allen einzelnen gemeinschaftlich lebende und wirkende Volksgeist der das positive Recht erzeugt », il quale è quindi « für das Bewusstsein jedes einzelnen nicht zufällig, sondern nothwendig ein und dasselbe Recht » (1). Il diritto nasce nello spirito popolare e da esso si svolge come i costumi e la lingua. Ogni nazione possiede il diritto che le è proprio, di cui non può disfarsene ad arbitrio, ma che le è organicamente e necessariamente connesso (2). Nessun argomento storico può arrecarsi dell'origine popolare del diritto, di un fatto che si perde nella preistoria; ma vi sono prove indirette non dubbie quali la tradizione dell'origine divina del diritto, l'analogia col linguaggio, colla morale, colla religione, il riconoscimento unanime del diritto e il sentimento di necessità che ne accompagna le manifestazioni, il fatto che ad ogni nuovo bisogno umano corrisponde la norma di diritto atta a regolarlo (3). Nè sostanzialmente diverso è il pensiero del Puchta. « Durch Einzelne als solche, questi afferma, kann kein Recht entstehen... Durch Gemeinsamkeit das Recht erst erzeugt wird » (4).

L'affermazione dell'origine collettiva e non solo generale del diritto non potrebbe essere nel Savigny e nel Puchta più esplicita. E ad indicarla si valsero dell'espressione *Ueberzeugung*, intesa come « Volksüberzeugung », come « gemeinsame Ueberzeugung », ossia come un convincimento collettivo e non solo generale. La « Gemeinsamkeit » da cui sorge il diritto, scaturisce « aus einer Verbindung der Einzelnen, in welcher sie eben nicht als blosse Einzelne existiren, aus der natio-

---

Savigny. Il Grimm, amico e ammiratore del Savigny, cooperò con questi alla fondazione della rivista. Cfr. LANDSBERG, *Geschichte*, ecc., cit. *Noten*, p. 97, n. 129; *Text*, p. 278 e seguenti. Sul simbolismo giuridico e sugli studi al riguardo del Vico e della scuola storica, cfr. l'opera assai pregevole e generalmente dimenticata del CHASSAN, *Essai sur la symbolique du droit precedé d'une introduction sur la poesie du droit primitif*, Paris, 1847.

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., I, § 7.

(2) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc. (Ed. 1892), § 2, p. 5-9; ID., *Stimmen für und wider neue Gesetzbücher* in *Zeits. f. gesch. Rechtsw.* Bd. III, 1 (1816). (Appendice, ediz. cit. del *Beruf*, p. 101).

(3) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc. I, § 7.

(4) Cfr. PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, cit. I, p. 152; *Corso*, ecc. Introduzione, § 13.

nellen und aus der Staatsverbindung » (1). E il pensiero del Savigny e del Puchta si rivela anche più chiaro dalla loro affermazione, che ovunque vi è vita in comune organizzata e ridotta ad unità, come nella famiglia, nella corporazione, nella città, si ha una produzione di norme giuridiche obbligatorie (2).

Insistendo su questo punto, noi insistiamo sul punto in cui più vivo appariva il contrasto tra la tradizionale dottrina dell'origine individuale del diritto e la nuova proclamata dal Savigny e dal Puchta. La socialità del diritto era da essi affermata nella forma non nel contenuto; poichè, in ordine a quest'ultimo, il diritto appariva loro ben più l'espressione di interessi politici e nazionali che non di interessi sociali. Ma astraendo dal contenuto empirico, la socialità apparve alla loro mente come la condizione formale dell'idea del diritto. Altri prima di loro, da Aristotele al Fichte, avevano ciò affermato, ma in un senso affatto diverso, nel senso cioè che l'idea del diritto è idea di relazione, risultante da un rapporto tra l'*ego* e l'*alter*, donde si forma il *socius*. Presupposto di questa dottrina, accolta da molti giusnaturalisti, era che la vita di relazione è condizione indispensabile all'idea del diritto; ma con ciò il diritto non era riferito ad un principio diverso dagli individui viventi in rapporto tra loro; termine del rapporto giuridico erano sempre gli individui. Nella dottrina storica, quale fu intesa dai suoi fondatori in conformità alla generale concezione romantica, gli individui rientrano in un organismo che li comprende e il diritto scaturisce non da un rapporto di coordinazione tra gli individui, ma dal rapporto di subordinazione che si stabilisce tra il tutto e le parti che lo costituiscono. Ai contrasti di coesistenza tra libertà individuali diverse si sostituiva il contrasto tra il principio individuale e il principio collettivo; da ciò il concetto della socialità del diritto prendeva un nuovo significato.

Senonchè la novità della dottrina rimase offuscata nel Savigny e nel Puchta dalla preponderanza degli elementi empirici di natura storica e psicologica inerenti al principio da cui il diritto scaturisce. La *Volksüberzeugung* è infatti un atteggiamento particolare dell'anima popolare; essa si radica nei bisogni profondi e istintivi del popolo, costituisce un processo psichico inconscio e indeterminato così nella

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., I, § 8; PUCHTA, *Gewohn.* I. p. 153. Quivi il Puchta fa la critica della recensione che lo Schlegel fece dei *Altdeutschen Wäldern* dei fratelli Grimm (1815). Lo Schlegel sosteneva che il popolo non può considerarsi l'autore del diritto, ma che questo è l'opera degli individui.

(2) SAVIGNY, *Beruf*, ecc., p. 8 (ed. cit.); *Sistema*, ecc., I, § 8.

origine come nello svolgimento. Il diritto che da essa procede ha tutti i caratteri dei prodotti empirici, manca di stabilità, di uniformità, di oggettività, cioè delle condizioni alle quali il diritto è oggetto di scienza.

Nella distinzione posta dal Savigny e dal Puchta tra elementi particolari ed elementi generali nel diritto devesi riscontrare lo sforzo per superare le difficoltà derivanti dall'empirismo del principio posto a fondamento del diritto, per assiderlo sopra basi più alte e razionali (1). La distinzione è in rapporto con quel concetto di spirito dell'umanità, di cui lo spirito del popolo è una forma particolare individuata. Per il Savigny e per il Puchta, come del resto per i romantici, lo spirito è unico, è lo spirito universale; ma questo esiste e opera solo in quanto si concreta in forme individuali, di cui la più notevole agli effetti del diritto è il popolo, la nazione. Donde la naturale conseguenza che nel diritto positivo, quale si forma storicamente, concorrono due elementi di loro natura inscindibili: l'uno è dato dallo spirito generale umano, comune a tutti i popoli, l'altro proprio di ciascun popolo: l'uno rappresenta ciò che vi è di costante, di generale nell'anima collettiva e nel diritto che ne emana, l'altro ciò che in essi vi è di particolare, di variabile, di relativo ai tempi e ai luoghi.

Per tal modo i concetti di nazione e di umanità, lungi dal contrapporsi tendono a completarsi e concorrono assieme nella formazione del diritto. La nazione è l'umanità individualizzata. Il diritto non emana dall'umanità, ma dal popolo, poichè solo nel popolo l'umanità prende corpo, solo il popolo costituisce una unità reale fondata sul vincolo saldo e certo della nazionalità. La collettività, che deve servire a dar vita al diritto, fu intesa dai fondatori della scuola storica come una collettività reale e non solo possibile. Nella fase storica da essi considerata solo la nazione sembrava costituire una unità in tal senso; essa è quindi la fonte viva del diritto. La coscienza nazionale creando il diritto traduce in atto l'idea e il sentimento dell'umanità; ciò che opera in ciascun popolo è lo spirito universale dell'umanità inteso e applicato secondo le sue particolari esigenze e attitudini. Il Savigny e il Puchta escludono che l'umanità come tale possa essere soggetto di diritto, ma se le minori associazioni in seno alla nazione possono diventare fonte di diritti particolari, purchè prendano forma concreta e presentino unità di vita e di intenti, implicitamente si riconosce la

---

(1) Cfr. per tale distinzione il SAVIGNY, *Beruf*, ecc., § 7, p. 55; sopratutto *Sistema*, ecc., I, § 8, § 15; PUCHTA, *Corso*, ecc. Introd., § 10.

possibilità che si formi sopra la nazione una più larga associazione la quale, prendendo forma e vita concreta, diventi fonte a sua volta di diritto. Ma non devesi dimenticare che, come per i romantici, così per il Savigny e per il Puchta, l'umanità ha un contenuto essenzialmente etico ed è in relazione con le finalità nazionali. Mancò ad essi il senso della realtà sociale, nè immaginarono l'esistenza di altre forme di associazione distinte ma non meno concrete della nazione e come questa in rapporto con l'idea umana nel suo più largo ed alto significato. Ma la possibilità di queste nuove associazioni era nella logica della loro dottrina, nel processo psicologico e storico a cui essi condizionavano la formazione di unità collettive e il sorgere delle istituzioni giuridiche.

Come l'umanità e la nazione si completano, così gli elementi particolari e generali da essa derivanti concorrono alla formazione del diritto positivo come una medesima indivisa forza creatrice. Quando il diritto esagera l'elemento della individualità propria di ciascun popolo, esso si irrigidisce, diventa *jus strictum*, perde di vista le finalità ultime, le ragioni etiche della sua esistenza, il principio di equità a cui deve inspirarsi nell'applicazione. Nell'unione e nell'azione reciproca dei due elementi, ossia nell'accordo della nazionalità coll'umanità, l'una e l'altra costituenti un principio di ordine collettivo, consiste la condizione vera del progresso giuridico (1).

La distinzione tra elementi generali e particolari nel diritto fu generalmente fraintesa. Non fu estranea a ciò la formulazione vaga e incerta della distinzione da parte del Savigny e del Puchta; ma la ragion vera e precipua deve ricercarsi nella tendenza a isolare la dottrina storica dalla sua base naturale romantica, per la quale la distinzione si illumina e si giustifica. Non era ad ogni modo nel pensiero del Savigny che l'elemento generale del diritto potesse come tale costituire il fondamento di un diritto analogo a quello che si è soliti chiamare diritto internazionale. Poichè quest'ultimo, per sua esplicita dichiarazione, è un vero e proprio diritto positivo, per quanto imperfettamente organizzato e garantito, che sorge tra popoli diversi, ma aventi affinità di stirpe, comunanza di idee, di sentimenti, di credenze, unità insomma di coscienza morale e religiosa (2). Come diritto positivo, il diritto internazionale è già una individuazione, sia pure imperfetta, dello spirito generale. Neppure può sostenersi che il Savigny e il Puchta

---

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, § 15.
(2) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, § 11.

derivassero l'idea dell'elemento generale del diritto dal *jus gentium*, che il Savigny ha cura di distinguere dal diritto internazionale propriamente detto, a cui meglio rispondeva in antico il *jus fœciale*. Piuttosto deve dirsi che essi intesero il *jus gentium* romanticamente, cioè come *das allgemeine Element* del diritto romano, e quindi non come diritto positivo distinto dal *jus civile*, ma a questo inerente come elemento generale di vita e di sviluppo (1). Si può discutere questa interpretazione del *jus gentium* dal punto di vista delle fonti, ma non è dubbio il significato romantico ch'esso assunse nei fondatori della scuola storica, preoccupati di trovare nel diritto romano la conferma della legge da essi posta a fondamento del progresso giuridico.

L'affermazione di un elemento generale nella formazione del diritto fu da molti rilevata come una contraddizione del sistema del Savigny e del Puchta, i quali avrebbero per essa riabilitato il diritto di natura dopo di averlo eliminato dall'ordine giuridico (2). Non mancano nell'opera loro espressioni che possono confortare tale tesi, che, se fosse vera, distruggerebbe la ragion d'essere dello storicismo come indirizzo autonomo di pensiero, contrapposto al razionalismo giuridico. Così troviamo l'elemento generale del diritto designato colla espressione *naturalis ratio* (3), troviamo identificati il *jus gentium* con il *jus naturale* come due forme della stessa idea (4), troviamo definito l'elemento generale per la parte del diritto « derivante dall'indole comune dell'umana natura », a somiglianza di quanto affermavano i giusnaturalisti. Nè può dirsi che tale concetto dell'elemento generale nel diritto siasi tardi maturato nella mente del Savigny, perchè nel *Beruf* troviamo detto che per *Naturrecht* devesi intendere « was der Gesetzgeber selbst in seinen Gesetzen für allgemein und nicht für positiv ansehe » (5). Nè essenzialmente diverso è il pensiero del Puchta (6).

Dall'esame di queste e di altre analoghe espressioni, per le quali si vorrebbe cogliere in contraddizione il Savigny e il Puchta coi loro stessi principii, una cosa appare certa, che il diritto naturale

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc., § 7, p. 55 (ed. cit.); *Sistema*, ecc., I, § 8; PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, ecc., I, p. 38.

(2) Tale opinione sostengono tra gli altri il BERGBOHM, *Jurisprudenz*, ecc., cit., § 16; il BONNET, *La philosophie*, ecc., cit., p. 154.

(3) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., p. 77.

(4) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., p. 129.

(5) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc. (ed. 1892), p. 55.

(6) Cfr. PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, ecc., p. 38; *Corso*, ecc., Introd., § 6, 8.

prende in essi un significato affatto nuovo e diverso da quello usato dai giusnaturalisti. Questi infatti intendevano il diritto naturale come il diritto vero e proprio, contrapposto al diritto positivo, considerato da essi come un diritto inferiore; nel Savigny e nel Puchta il diritto naturale appare come elemento del diritto positivo, da questo inscindibile. Al dualismo succede, come ognun vede, la sintesi tra l'ideale e il reale ch'era nello spirito della concezione romantica della realtà. Quanto all'equivoco derivante dalle espressioni usate, il Savigny stesso ha cura di dirci ch'esse non devono prendersi nel significato ch'esse assunsero storicamente, e che egli le usò « per rendere più evidente la presente generale esposizione richiamando espressioni tecniche ben note » (1). E riconosce esplicitamente il Savigny che gli eventuali contrasti tra l'elemento generale e l'elemento nazionale del diritto, attestano solo un imperfetto svolgimento del diritto e sono destinati col progresso storico del diritto a scomparire e a far luogo alla loro unità (2).

E che questo sia l'intimo pensiero del Savigny e del Puchta possiamo arguirlo dallo sforzo da essi fatto per piegare non solo le espressioni romane di *jus naturale*, *gentium*, *civile* ai loro principii, ma anche dal significato diverso che esse avevano in antico. Afferma il Savigny che « solo in parte si può ammettere un'antitesi fra il *jus civile* e il *jus gentium*, perchè una gran parte del primo appartiene anche al secondo, e d'altronde anche quella parziale contrapposizione doveva diminuire coll'andar del tempo... ». In ordine poi al concetto di *jus naturale*, quando (come il Savigny preferisce credere [3]) non lo si voglia intendere come lo stesso *jus gentium*, esso servì ai giureconsulti romani per indicare un grado di generalità anche maggiore di quella espressa dal *jus gentium*, in quanto si estendeva a rapporti così generali da ritenersi comuni agli uomini e agli animali. Anche qui la stessa tendenza a risolvere i contrasti, le antitesi in forme diverse della stessa

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., p. 76 (nota).

(2) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc. I, § 22, p. 129.

(3) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., I, § 22, nota *s*. In appendice al 1° vol. il Savigny tratta particolarmente della divisione del diritto fatta dai giureconsulti romani in *jus naturale gentium* e *civile*. Egli riconosce che solo la divisione bipartita (*civile-gentium o naturale*) è la sola giusta e dominante, mentre la tripartita (*civile-gentium-naturale*) fu il tentativo di un ulteriore perfezionamento, il quale non ha ottenuto comune riconoscimento, nè ha avuto influenza sulle speciali dottrine giuridiche. E tale è anche il pensiero del PUCHTA, *Corso*, ecc., Introd., § 9; ID., *Kleine civilistische Schriften*, herausg. v. Rudorff, Leipzig, 1851, XXXVI: *Die Quellen des romischen Recht* (1843), p. 611-620).

idea; anche qui vediamo riaffermato il concetto che il diritto solo in quanto è positivo è vero diritto, ciò che non esclude ch'esso possa raccogliere in sè gli elementi più diversi concorrenti al fine ultimo e universale al quale l'umanità nel suo incessante divenire tende.

E qui si scopre quella che era la coscienza filosofica del Savigny e del Puchta intorno al 1840, quando più viva era la reazione al romanticismo e generale la risurrezione dello spiritualismo tradizionale. Nella distinzione posta tra elemento generale e particolare del diritto i fondatori della scuola storica mostrarono di intuire l'esistenza di un problema filosofico sottostante al problema storico del diritto, e intesero l'esigenza logica di raccogliere a sintesi più alta la vita giuridica, di ricercare il fine ultimo del diritto nel fine ultimo dell'umanità. Ma quando si trattò di determinare il fine universale di tutto il diritto che ogni popolo realizza nella storia nel suo modo particolare, essi abbandonarono la soluzione che scaturiva logicamente dalla concezione romantica della realtà, tradotta in termini filosofici dall'Hegel, per abbracciare la soluzione dualistica tradizionale. Essi si ritrassero spaventati dinanzi alle conseguenze ultime dell'idealismo e panteismo hegheliano, per il quale il fine del diritto è a ricercarsi nella storia intesa come una produzione dello spirito assoluto; essi preferirono derivare la giustificazione ultima del diritto da un principio fuori della storia, superiore ad essa, capace di fornire le ragioni stesse della storia, e tale principio intesero nelle forme personali e coi caratteri dello spiritualismo cristiano. « Il fine generale di tutto il diritto, afferma il Savigny, si può ricondurre semplicemente all'etica destinazione della natura umana, quale essa ci è esposta nella morale cristiana... » (1). E il Puchta: « La libertà umana che costituisce l'essenza del diritto, e da cui questo scaturisce non può intendersi se non in rapporto con l'infinita libertà e onnipotenza di Dio... » (2). « Il diritto si manifesta nella coscienza umana in parte per la via soprannaturale della rivelazione, in parte per la via naturale di un sentimento e impulso innato... » (3).

Strana soluzione, in aperto contrasto colla concezione romantica della vita, che rivela uno stato d'animo non particolare al Savigny e al Puchta, ma comune verso quest'epoca a molti loro seguaci e tendente a piegare lo storicismo allo spiritualismo tradizionale. Era il fallimento dello storicismo come sistema filosofico, determinato dalla scarsa coscienza filosofica de' suoi fondatori. Perciò la dottrina storica del diritto, avulsa

---

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, § 15, p. 74-75 (ed. it.).
(2) Cfr. Puchta, *Corso*, ecc., Introd., § 3.
(3) Cfr. Puchta, *Corso*, ecc., Introd., § 10.

dalla base naturale da cui traeva vita e significato, potè parere alla critica superficiale una dottrina a sè, non connessa con altri indirizzi di pensiero. In realtà la sua indipendenza non era che arresto di sviluppo e arresto non solo nei principii ma anche, e lo vedremo, nelle applicazioni al diritto privato. Chiunque voglia apprezzare al suo giusto valore la dottrina storica del diritto, deve scioglierla dai vincoli teologici, nei quali col Savigny e col Puchta doveva dissolversi e isterilire, per farla rivivere alla luce dell'idealismo romantico nella sua forma primitiva e più pura.

Sotto l'influenza del quale il diritto non è più un'idea decorporata, ma è un fatto animato. Parlando di diritto positivo il Savigny e il Puchta ebbero di mira un diritto reale e ideale ad un tempo: reale per la forma concreta e nazionale, ideale per il significato umano che esprime. Più tardi l'espressione di diritto positivo servì a denotare l'origine e il fondamento naturalistico del diritto; ma nel Savigny e nel Puchta il diritto rimane sempre un prodotto spirituale. Tra la natura fisica dell'uomo e la sua natura razionale s'interpone la sfera dei sentimenti, delle tendenze, degli istinti; quivi trova le sue vere radici il diritto.

Ingiustamente il Bergbohm rileva, a guisa di rimprovero, che i fondatori della scuola storica non hanno dato la definizione del diritto (1). I fatti non si definiscono, ma si spiegano nelle cause che li generano, si descrivono nel loro progressivo sviluppo; dire diritto è dire contenuto della coscienza giuridica popolare.

La natura collettiva del diritto non fu intesa solo dal Savigny in un senso soggettivo, ma ancora in un significato oggettivo. Se soggettivamente il diritto era l'espressione della coscienza collettiva, oggettivamente non poteva concepirsi che in funzione dei molteplici aspetti nei quali quella si presentava. Nell'età anteriore, nel Kant stesso, come si era isolato l'uomo dalla società, così si era isolato il diritto dagli altri aspetti della vita collettiva. E come l'individuo perdette il senso della relatività, così il diritto, sciolto da ogni elemento etico, religioso, economico finì per trasformarsi in un diritto puro, cioè in un concetto formale privo di contenuto o di efficacia reale. Alla tendenza a isolare, a distinguere, a contrapporre succede col Savigny e la sua scuola la tendenza opposta a por in risalto il rapporto di continuità e di reciprocità fra il diritto e gli altri aspetti della vita collettiva, l'intimo,

---

(1) Cfr. Bergbohm, *Jurisprudenz*, ecc., p. 489 e 409 (nota). — Del resto il Savigny stesso ebbe a dichiarare esplicitamente che il diritto non è definibile (*Gesch. des rom. Rechts im Mittelalter*, I, c. I, 2 Aufl., Heidelberg, 1834, p. 21).

l'indissolubile nesso che insieme li unisce, l'assurdo di intenderli isolati e tra loro contrastanti. La coscienza popolare come era fonte di diritto, così era la fonte di tutti gli altri aspetti della vita sociale. L'unità dell'origine portava con sè l'unità di tutti i prodotti della coscienza collettiva. Del resto il Savigny non fece che estendere la legge di relatività che il Kant aveva proclamato per l'ordine fenomenico in generale, alla realtà storica e all'ordine giuridico, traendo le conseguenze che in tale legge erano implicite. Tra queste la più notevole era che se la socialità del diritto implica la sua relatività, il diritto si limita e si comprende in funzione di tutti gli aspetti della vita collettiva. Tale legge di relatività, comune a tutte le scienze empiriche, valeva sopratutto per la giurisprudenza, la quale compie, tra gli altri scopi, una funzione di garanzia e mira a contenere in giusti limiti la molteplicità e la varietà dei rapporti umani.

Coll'affermare l'unità d'origine del diritto cogli altri aspetti della vita sociale, non ne era compromessa la indipendenza. L'affermazione del Bergbohm, secondo cui il Savigny e il Puchta non avrebbero in nessun modo contribuito a distinguere la morale dal diritto è inesatta e ingiusta (1). È inesatta perchè il Savigny esplicitamente dichiara che col riconoscere uno scopo generale etico al diritto « non si viene già a far sì che il diritto resti assorbito in un campo più vasto e sia spogliato della sua indipendenza, che anzi esso apparisce come un elemento del tutto distinto nella serie delle condizioni necessarie per conseguire quello scopo generale, regna senza limiti nel suo campo... » (2). Altrove lo stesso Savigny afferma che il diritto serve alla morale « non in quanto ne soddisfi tutte le esigenze, ma in quanto assicura il libero sviluppo della forza di essa che risiede nella volontà di ogni individuo ». L'esistenza per sè stante del diritto nei rapporti colla morale si rivela tutta quanta nella possibilità concreta « dell'immorale esercizio di un vero e proprio diritto » (3). D'altra parte il Puchta se (come il Bergbohm rileva) nel *Gewohnheitsrecht* trova la differenza tra la « moralischen » e la « rechtlichen Ueberzeugung » in ciò che della prima è capace il singolo come tale o come membro della famiglia, della seconda invece come membro di un popolo, nel *Corso*, trattando di proposito l'argomento, dichiara che morale e diritto cadono in sfere diverse, interna l'uno, esterna l'altro, che la morale non si appaga della scelta dei mezzi e della determinazione, ma va oltre il diritto, mira

(1) Cfr. Bergbohm, *Jurisprudenz*, ecc., cit., p. 489, nota 14.
(2) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., ed. it., I, p. 75.
(3) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., ed. it., I, p. 336.

all'intenzione (1). Donde si rivela che tanto il Savigny quanto il Puchta si resero esatto conto della necessità di distinguere tra l'ordine etico e giuridico.

Il rimprovero del Bergbohm è anche ingiusto, perchè tende a disconoscere il nuovo significato della distinzione nella scuola storica, e la nuova base sulla quale il rapporto tra la morale e il diritto doveva risolversi. L'individualismo razionalista del secolo XVIII aveva lavorato a distinguere non solo, ma a contrapporre l'ordine giuridico all'ordine morale, rilevando tra essi una contraddizione permanente, necessaria, irrimediabile. Il Kant e sopratutto il Fichte avevano portato alle estreme conseguenze la tesi della separazione. Il fondamento della quale essi cercarono nell'individuo e più precisamente nella sua libertà, considerata nel duplice aspetto interiore ed esteriore. Il romanticismo giuridico, rappresentato dal Savigny e dal Puchta, era dominato da una tendenza affatto diversa, in quanto era portato dalle sue stesse premesse metafisiche a modificare, a ricercare più che i criteri di distinzione, i punti di contatto e di reciproca azione, non solo tra la morale e il diritto, ma tra il diritto e l'arte, la lingua, l'economia, la coltura di un popolo. La base di una distinzione tra morale e diritto anzichè nell'individuo, nel rapporto tra ciò che fu chiamato il foro interno ed esterno, o col Kant tra la libertà interiore ed esteriore, fu ricercata nel tutto considerato in rapporto coll'individuo; quest'ultimo vive di vita propria, e di una vita d'insieme, come tale obbedisce ad una duplice serie di esigenze e di finalità (2). Dal concetto di popolo e de' suoi fini trae giustificazione l'ordine giuridico, come quello che mira a garantire le condizioni di esistenza e di svolgimento della vita in comune; ma il progresso di quest'ultima implica il progresso delle parti, ossia degli individui, la cui adesione all'ordine sociale garantito dal diritto è tanto più efficace quanto più è riflessa e spontanea; ed ecco sorgere l'esigenza dell'ordine etico, che allo sviluppo e al perfezionamento della personalità umana particolarmente intende. Morale e diritto rappresentano, come dice il Savigny, condizioni diverse all'attuazione del fine universale che ogni popolo attua nella sua storia, o, come ripete il Puchta, sono mezzi diversi che si svolgono in campi distinti, unificati nel fine ultimo e generale a cui mirano.

---

(1) Cfr. PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, ecc., I, p. 139: ID., *Corso*, ecc. Introd., § 7.

(2) Il rispetto dell'individualità così del tutto come delle parti era nell'indole del romanticismo e costituisce uno dei caposaldi della dottrina storica del diritto. Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc., p. 25.

La soluzione che nel Savigny e nel Puchta è solo accennata, troviamo completamente svolta nello Stahl, a cui l'essere il rappresentante tipico del movimento inteso ad associare lo storicismo collo spiritualismo non impedì di intendere il rapporto tra morale e diritto, secondo lo spirito nuovo dei tempi che erasi generato dal romanticismo. Nello Stahl è posto in rilievo il rapporto tra la personalità individuale e l'ordine etico che si realizza nel popolo mediante il diritto. Quest'ultimo rappresenta « die Lebensordnung des Volkes » in vista di un fine etico superiore, mentre la morale è una esigenza dell'individuo singolo, è formazione ed elevazione dell'individuo così nel pensiero come nell'azione. Il rapporto tra morale e diritto è inteso dallo Stahl anche come rapporto tra l'ordine etico soggettivo che si attua nell'individuo e l'ordine etico oggettivo che si attua nel popolo, unificati entrambi nell'ordine eterno stabilito da Dio (1).

La scuola storica apriva quindi la via ad una nuova soluzione del problema relativo al rapporto tra morale e diritto; spostando il problema giuridico dall'individuo all'insieme, essa veniva a creare tra la morale e il diritto un nuovo motivo di contrasto, ch'essa, per difetto di spirito filosofico, non riuscì a superare e a risolvere secondo la logica dei principii posti. Ciò malgrado l'idea di considerare il diritto in funzione della vita comune, di farne l'espressione della coscienza etica nazionale, di limitare la morale alla sfera della coscienza individuale era chiaramente espressa.

Fu da ultimo rimproverato ai fondatori della scuola storica di non aver mai nei loro scritti trattato della coazione ne' suoi rapporti col diritto (2). Dopo il Thomasius era pressochè incontrastato tra giuristi filosofi e non filosofi che la coazione non solo era elemento discriminatore tra morale e diritto, ma era nota essenziale e integrante del concetto del diritto. Il Kant aveva colla sua autorità ravvalorato tale dottrina. Se il diritto è sinonimo di libertà esteriore e deve garantire i rapporti di coesistenza tra gli individui secondo il principio dell'eguale libertà, è facile comprendere che esso deve implicare coll'affermazione della propria la limitazione dell'altrui libertà, ossia la coazione, o, secondo la modificazione dello Stahl alla formola kantiana, la « Erzwingbarkeit » (3). La coazione o la possibilità di essa assorge

---

(1) Cfr. Stahl, *Philosophie des Rechts*, Bd. II (3te Aufl), Heidelberg, 1854, p. 191-195.

(2) Cfr. Bergbohm, op. cit. I, p. 489, nota 14.

(3) Cfr. Stahl, *Ph. d. Rechts*, II, 1, (1a ed., 1833), p. 124 e seg. Del Vecchio, *Il concetto del diritto*, Bologna, 1906, c. v.

a condizione dell'esistenza stessa del diritto. Fu, è vero, da molti osservato che il carattere della coazione non si concilia nè colla libertà dello spirito, nè colla razionalità della norma giuridica. Il Croce, ad esempio, movendo dallo spirito concepito come assoluta libertà, sostiene che nessuna azione può dirsi a rigore costretta. *Coacti tamen volunt.* La pretesa coazione non è che adesione libera ai motivi della norma (1).

In questi contrasti è solo manifesta l'impotenza dell'individualismo giuridico a risolvere il problema. E veramente esso poneva il diritto ad un tempo come libertà esteriore e il suo contrario, nè sapeva conciliare la razionalità della norma coll'irrazionalità della coazione. Da un lato le condizioni teoretiche del concetto del diritto portano a intenderlo come ragione, come libertà; dall'altro lato le esigenze della coesistenza implicano limitazione e coazione. Se il problema del diritto è essenzialmente problema di far coesistere libertà esteriori, esso non può risolversi che negando la libertà o coartandola.

A superare il dualismo bisognava sciogliere il problema generale del diritto dai termini individualistici in cui era posto dalla speculazione del secolo XVIII. Ciò fece, senza averne perfetta coscienza, la scuola storica. Per essa il problema giuridico non è nel rapporto di coesistenza tra libertà individuali, ma nel rapporto tra la libertà dell'individuo e la necessità di un ordine oggettivo. La vita individuale non può intendersi se non subordinata alla vita collettiva, la quale si svolge secondo leggi che l'individuo deve sentire come necessarie e coercitive. Non è la ragion individuale la fonte del diritto e dei limiti dell'operare, ma è la ragion collettiva o popolare, come il Savigny e il Puchta affermavano, in quanto essa impone un sistema di condotta per il quale l'individuo esce di se stesso e confonde la sua vita individuale nella vita universale. La coazione pertanto è essenziale al diritto perchè questo esprime un ordine oggettivo estraindividuale, che l'individuo, per una falsa concezione del suo rapporto col tutto, può, ma non deve violare.

Il significato nuovo della coazione nella scuola storica s'illumina anche meglio dal rapporto in cui essa viene a trovarsi collo Stato. Nel contrattualismo e razionalismo giuridico diritto, coazione, Stato sono termini inscindibili. Varia però nei diversi sistemi il loro reciproco rapporto. Per l'Hobbes e il Rousseau, rappresentanti dell'assolutismo

(1) Cfr. CROCE, *Riduzione*, ecc., § 6, ID., *Filosofia della pratica*, Bari, 1909, p. 328 e seg. Per la critica del Croce su questo punto della coazione nei rapporti col diritto, cfr. RENSI, *Il fondamento filosofico del diritto*, Piacenza, 1912, p. 36 e seguenti.

dispotico e democratico, il diritto non esiste che per lo Stato e nello Stato, e quest'ultimo ha il suo fondamento nel patto sorretto dalla forza. Data l'arbitrarietà e la precarietà del patto sociale la coazione deve assorgere a condizione prima e imprescindibile dell'ordine giuridico. In tali sistemi lo Stato è l'organo, il diritto è la misura della coazione. Per il liberalismo politico lockiano il diritto è da natura, esiste ed ha valore indipendentemente dallo Stato e dalla coazione; ma appunto per ciò si rende necessario lo Stato concepito come organo coattivo in difesa del diritto. Per il Kant, infine, così il diritto come la coazione sono da ragione; ma essendo la loro esistenza e necessità puramente razionali e astratte, essi devono concretarsi nello Stato. Quest'ultimo è il diritto e la coazione in atto. È notevole come in tutti questi indirizzi di pensiero la coazione fosse intesa effettiva ed esteriore. Solo infatti la coazione fisica poteva garantire un sistema di norme imposto dallo Stato e limitato ai rapporti esteriori della vita. Sciolto da qualsiasi legame colla vita interiore, dal valido appoggio delle energie etiche dell'uomo, l'ordine giuridico nella dottrina individualista in tutte le sue direzioni offriva lo spettacolo di un sistema meccanico di forze in perpetuo equilibrio instabile, che solo la forza di una coazione esteriore poteva conservare.

Con spirito nuovo profondamente diverso si presentava sotto questo riguardo la dottrina storica. La coazione per essa è inerente essenzialmente al diritto, non già in quanto emana da un potere coattivo, non già perchè espressione di esigenze astratte naturali o razionali, ma perchè è il risultato necessario di forze vive e operose di natura psicologica e storica. Essa non è l'opera dell'arbitrio umano, ma il prodotto necessario e incessante dello spirito collettivo, che a sua volta è l'espressione di un ordine assoluto. La obbligatorietà del diritto scaturisce dalla sua intima natura, dalla legge del divenire che lo domina, dalla forza della tradizione, dai bisogni sociali a cui risponde, dalle energie morali profondamente radicate nella vita collettiva, da un complesso di fattori che nessuna forza esterna, nessun dispotismo di Stato può supplire. Staccato dalla vita etica collettiva, dalle sue valide sanzioni l'ordine giuridico deve apparire una mostruosità, un sistema tirannico di norme, assurdo e inesplicabile, penetrato da un contrasto insolubile tra le esigenze di una ragione astratta esteriore e le intime energie del sentimento. Anche il Savigny e il Puchta non disconoscono la possibilità dell'esercizio immorale di un vero e proprio diritto, la necessità di una conformità anche solo esteriore alla norma di diritto, ma ciò ammettono per l'individuo, come conseguenza del suo scarso o mancato sviluppo etico, ma non

ammettono per lo spirito popolare, da cui emana il diritto, e che nel suo incessante divenire tende a fondere sempre più insieme le condizioni soggettive e oggettive della condotta, la legalità e la giustizia.

Lo Stato anzichè esser concepito come un organo convenzionale di coazione, di difesa esteriore del diritto, doveva apparire ai fondatori della scuola storica l'espressione sensibile più elevata dell'unità nazionale. Sotto questo aspetto il Savigny e il Puchta non fecero che svolgere il movimento di idee tendente a dare allo Stato un contenuto etico-nazionale, movimento che, contro la concezione politica rivoluzionaria, avevano, sotto l'influenza romantica, iniziato l'Humboldt, Adam Muller e il Fichte. Senonchè, mentre nei romantici gli elementi etico-nazionali prevalgono ancora sugli elementi politici e nel Muller i due elementi si mantengono distinti per difetto di elaborazione, nel Savigny e nel Puchta i concetti di Stato e nazione costituiscono una unità indissolubile. Per entrambi lo spirito popolare come produce il diritto così produce lo Stato. L'unità invisibile del popolo, dice il Savigny, si concreta *naturalmente* e *immediatamente* nello Stato. Non contrattuale ma naturale è l'origine dello Stato ed affatto chimerica è l'esistenza di un popolo (in quanto si distingue così da una moltitudine incomposta, come dal complesso dei governati ed è inteso come unità naturale e necessaria) privo di qualsiasi organizzazione politica. Lo Stato è la nazione in atto, completamente svolta, ciò che nel linguaggio dell'epoca significava completamente determinata e individualizzata (1).

La ragion d'essere dello Stato è affatto distinta dalle ragioni che giustificano l'esistenza e la necessità del diritto. L'individualismo del secolo XVIII concepiva uniti e indissolubili Stato e diritto, essendo lo Stato l'organo necessario del diritto, esistendo il diritto nello Stato e per lo Stato. Per i fondatori della scuola storica Stato e diritto sono distinti e nello stesso tempo unificati in un principio superiore ad entrambi, nello spirito popolare, da cui traggono vita, giustificazione, finalità. Lo Stato pertanto non va considerato solo in rapporto al diritto, ma in funzione di tutti gli aspetti dello spirito popolare e nazionale, di cui il diritto è una direzione particolare. Senza l'organizzazione politica non solo il diritto, ma tutti gli aspetti della vita di un popolo vengono a mancare delle condizioni per le quali possono svolgersi e raggiungere i loro particolari fini. Nessun fine particolare ed esclusivo può proporsi allo Stato; nessun limite può fissarsi alla

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., I, §§ 9-10; PUCHTA, *Corso*, ecc., Introd., § 11; ID., *Gewohnheitsrecht*, ecc., I, p. 135 e 143.

sua attività; esso non si giustifica nè ai fini del diritto, nè ai fini del non-diritto e della coazione; esso esprime in forma concreta la totalità dei fini e delle direzioni dello spirito popolare; come tale assorge a significazione etica universale. Anche nella fortunata ipotesi che, per una generale rettitudine di sentimenti, dovesse la coazione riuscire superflua, lo Stato anzichè scomparire, dovrebbe, al dire del Savigny, crescere in forza e dignità, essendo la sua esistenza condizionata non alla coazione ma all'esistenza dello spirito collettivo nazionale (1).

Concludendo, lo storicismo rappresentò l'aspetto giuridico e politico del romanticismo, in armonia colla generale tendenza dell'epoca a costituire la nazione a unità spirituale e morale, a far di essa l'espressione viva e concreta della vita in comune. Ma questa tendenza importava negli studi giuridici una nuova logica, un nuovo metodo di studio. All'individuo singolo o associato, fondamento della vita giuridica e politica, era sostituita la nazione, sintesi spirituale di sentimenti, di idee, di interessi comuni. Il vincolo indissolubile di diritto e Stato, che praticamente si risolveva nella negazione dell'uno o dell'altro, era sciolto; tra essi si interponeva la nazione, come principio generatore e coordinatore di entrambi. Questo nuovo termine faceva, per merito del Savigny e del Puchta, la sua prima solenne affermazione nell'ordine giuridico. Lo storicismo non assorse al concetto di società distinto dalla nazione, ad esso fece difetto l'idea sociale, ma niuno potrà negare che la dottrina storica era un superamento dell'individualismo giuridico e cercava in una realtà collettiva il fondamento del diritto e dello Stato. La stessa logica empirica che aveva portato alla creazione della nazione come realtà storica e psicologica, doveva portare alla formazione della società; unico era il processo formativo malgrado la diversità dei prodotti. Una volta elevato a postulato della vita giuridica il principio aristotelico, secondo cui la realtà e la verità non sono a ricercarsi nella parte, ma nel tutto, era posta la condizione formale per una concezione, non solo nazionale, ma sociale del diritto e dello Stato.

21. — La concezione storica del diritto si svolse particolarmente nel dominio del diritto privato, le cui particolari esigenze e condizioni sappiamo avere fornito l'occasione prossima al sorgere della nuova dottrina.

La crisi che il diritto privato attraversò in Germania nei primordi del secolo XIX non era che un aspetto della reazione romantica alla

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., I, p. 336.

ideologia rivoluzionaria. Tale reazione doveva sopratutto manifestarsi in seno al diritto privato, che i principii dell'89 avevano fissato in un codice di legge, la cui diffusione, la cui influenza erano misura della diffusione e dell'influenza dello spirito e delle idee della Rivoluzione. Spirito e idee che si riassumono nell'apriorismo e nell'individualismo giuridico, e come tali in assoluto contrasto con le idee e lo spirito del romanticismo giuridico personificato nel Savigny.

Per l'età della codificazione il diritto privato ha per centro l'individuo, la sua personalità astratta, che move ai fini di conservazione e di perfezionamento sotto lo stimolo della felicità o secondo i dettami della ragione o in base a un calcolo utilitario. Il rapporto giuridico privato è rapporto tra persone, ed ha per contenuto gli interessi materiali e spirituali della personalità. Il Kant era stato indotto dalla logica dei suoi principii a negare il fondamento dei diritti reali e a risolvere tutti i rapporti privati in rapporti personali. Fonte unica del diritto privato è la ragione individuale che per mezzo del legislatore traduce le esigenze della personalità in norme che la logica giuridica, per mezzo del giudice, applica ed estende.

La scuola storica rappresentava, oltre che una reazione a tali principii, una nuova direzione di pensiero: essa poneva in luogo e vece dell'individuo, la nazione, ed erigeva a fonte del diritto la coscienza giuridica popolare. In un principio collettivo il diritto privato sembrava dover trovare il suo fondamento e la sua giustificazione. La ragione del rapporto giuridico privato scaturiva dalla subordinazione e coordinazione dell'individuo ai fini della collettività. Le conseguenze della nuova concezione storica dovevano cominciare a riflettersi nel modo d'intendere il rapporto tra il diritto privato e pubblico, nonchè nella dottrina delle fonti del diritto.

Il rapporto tra il diritto privato e il diritto pubblico non è che un aspetto del rapporto originario fondamentale: individuo e Stato. La tradizione classica, la scuola del diritto naturale, il Kant nel distinguere tra diritto privato e pubblico non fecero che applicare in forma diversa il punto di vista dell'individualismo giuridico.

I romani dell'età classica se avevano perduto il senso di unità profonda che in antico avvinceva il cittadino allo Stato e se intesero a delimitare e a svolgere la sfera dell'attività privata nei rapporti collo Stato, non disconobbero mai l'autorità e la superiorità dello Stato nei rapporti coll'individuo. Individuo e Stato sono entrambi soggetti e fonti di diritto e ciascuno esplica un'attività sua propria diretta a fini diversi. Le espressioni « quod ad statum rei publicae spectat — quod ad singulorum utilitatem pertinet » usate dai romani per distinguere il

diritto pubblico dal privato hanno per se stesse un significato generico e si illuminano quando siano riferite alla natura e finalità diversa dei principii da cui procedono (1).

La scuola del diritto naturale esagerava il punto di vista individualistico, iniziando il movimento diretto a risolvere lo Stato negli individui che lo compongono, l'utilità pubblica nell'utilità privata. Il preteso diritto di natura non è in un certo senso che diritto privato: esso è il diritto dell'uomo sciolto da ogni vincolo politico, ed è il solo e vero diritto. Lo Stato non è da natura, come tale non è fonte immediata di diritto, non ha personalità e finalità sue proprie; anche quando si sostituisce agli individui, per loro esplicita volontà, esso è sempre l'organo e il tutore del diritto di natura o privato, secondo la nota formola di Bacone: « At jus privatum sub tutela juris publici latet » (2). Per i romani il privato non è ancora l'individuo ma è sempre il cittadino, per i giusnaturalisti l'espressione diritto privato diventa sempre più l'equivalente di diritto individuale.

L'identificazione del diritto privato con il diritto della personalità individuale è completa nel Kant, il quale distingue il diritto pubblico e privato come la forma e la materia. Il diritto pubblico, secondo la formola kantiana, è la forma del diritto privato, la condizione alla quale quest'ultimo può essere riconosciuto e rispettato universalmente (3).

Nel modo d'intendere il rapporto individuo e Stato è evidente nel Savigny e nella sua scuola l'influenza della reazione romantica tutta intesa a ricomprendere l'individuo in un più alto ordine di rapporti, a riabilitare i valori e le finalità collettive. L'individuo ha ragion di fine ma non è il solo fine, nè il fine supremo; la sua attività deve svolgersi coordinata ad una realtà superiore che la comprende e la regola. Nè i romantici si proposero la svalutazione dell'individuale, anzi, intendendolo in forma concreta ed elevandolo a categoria universale della realtà lo accentuarono. Piuttosto può dirsi che essi lavorarono a moltiplicare le individualità, a creare accanto agli individui singoli individualità collettive, a stabilire tra essi un ordine gerarchico di attività e di fini in vista di una unità e finalità suprema. In stretto rapporto con questa metafisica romantica sta la dottrina del rapporto tra individuo e Stato, tra diritto privato e pubblico nel Savigny e nella scuola storica.

Caratteristica della nuova dottrina è l'eliminazione del dualismo tradi-

---

(1) Tale è anche l'opinione dello STAHL: *Die Philos. d. Rechts*, II Bd (3 te Aufl. Heidelberg, 1854), p. 302 (nota).

(2) Cfr. BACONE, *De fontibus juris aph.* 3.

(3) Cfr. SOLARI, *Idea individuale*, ecc., I, p. 234.

zionale tra il 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'emanazione. Tutto il diritto è quindi in un certo senso pubblico, in quanto è l'espressione della personalità collettiva. Il punto di vista del razionalismo giuridico, secondo cui il diritto e indirettamente lo Stato sono l'opera dell'individuo, lo svolgimento della sua personalità, la garanzia della sua attività, appariva nella dottrina storica capovolto. Ma un esame più profondo della dottrina storica deve portare alla conclusione che l'eliminazione e il capovolgimento erano più apparenti che reali e che nelle conseguenze e applicazioni il punto di vista romano e quello del Savigny non erano così lontani come le premesse facevano credere. L'individuo, infatti, nella dottrina storica non era nè distrutto, nè assorbito nello Stato: esso conservava di fronte a quest'ultimo la sua ragion di fine per quanto subordinata. D'altra parte il diritto che la coscienza popolare produce esiste solo mediante l'individuo e ogni individuo foggia il diritto a suo modo secondo le sue particolari tendenze ed esigenze, in limiti determinati di tempo e di spazio. A sua volta lo Stato non può perdere mai di vista la vita d'insieme e le sue prevalenti finalità. Ed ecco nel campo pratico risorgere la questione del rapporto tra l'individuo e lo Stato, organo e rappresentante della collettività. In teoria, per l'unità del principio da cui emanano, diritto privato e pubblico non possono contraddire, ma nella pratica il dualismo doveva risorgere inevitabilmente, interpretando l'individuo e lo Stato, ognuno secondo le sue particolari finalità, la coscienza giuridica popolare.

Vedemmo come pei giusnaturalisti il problema dei rapporti tra il diritto pubblico e privato era pressochè insolubile; quando non sacrificarono il diritto privato al pubblico, facendo di quello l'espressione della volontà dello Stato, essi risolsero l'utile generale nell'utile privato, salvo ridurre col Kant il diritto pubblico alla funzione meramente formale di garantire la coesistenza delle libertà individuali. I seguaci della scuola storica evitarono siffatte soluzioni negative o formali del problema ponendo il principio della diversità e della subordinazione degli scopi. Individuo e Stato, diritto privato e diritto pubblico sono distinti e nello stesso tempo subordinati. Al sistema romano dell'utilità privata e pubblica da coordinare è sostituito col Savigny il sistema degli scopi individuali e collettivi da subordinare gli uni agli altri. Nè solo per il contenuto diverso dei concetti di utilità e di scopo i due sistemi si distinguono, ma per la natura del rapporto che lega tra loro le utilità e gli scopi.

Giustamente osserva lo Stahl che l'essenza del diritto pubblico non sta tanto nell'utilità generale quanto nell'attuare e garantire coattivamente la vita in comune. ossia un ordine di rapporti e di scopi eccedente così l'utile particolare come l'utile generale. Quest'ultimo è la conseguenza dell'organizzazione politica, ma non ne costituisce l'essenza (1). Nel diritto pubblico, afferma il Savigny, il tutto, ossia il popolo organizzato a Stato, è lo scopo; nel diritto privato l'uomo esiste come fine a sè, in virtù della sua autonomia e personalità, e il rapporto giuridico è mezzo a raggiungere i fini della sua particolare esistenza. Ma come questa esiste indissolubilmente legata alla vita e finalità del tutto, così non può intendersi il diritto privato senza l'organizzazione politica che lo garantisce e lo perfeziona. L'ipotesi di uno stato di natura in cui il diritto esiste come espressione della personalità individuale senza lo Stato è dal Savigny confinata tra le chimere. L'ingiusto che dev'essere coattivamente represso ha luogo quando l'individuo disconoscendo il rapporto che lo lega al tutto pone l'utile proprio sopra o contro la volontà comune (2).

Il rapporto gerarchico di fini per cui il più alto è regola e misura dei fini minori si rende anche più evidente se si considera la parte fatta dal Savigny alla Chiesa e al diritto ecclesiastico. Per il Savigny i rapporti giuridici non si esauriscono nella distinzione di rapporti di diritto pubblico e privato. Lo Stato non è nè il fine supremo, nè la regola universale di condotta; sopra di esso esiste la Chiesa come organizzazione universale e unitaria, rispondente alle ragioni e ai fini ultimi dell'uomo e dell'umanità. Come tale essa eccede i limiti della nazione, è fonte di rapporti giuridici distinti che non possono essere compresi nè nel diritto pubblico, nè nel diritto privato (3). La triplice distinzione di rapporti giuridici posta dal Savigny, accolta dal Puchta e sostanzialmente, se non nella forma, dallo Stahl (4), può parere strana a quanti non riconnettono la dottrina storica alla concezione romantica. Essa era la conseguenza logica del modo d'intendere il rapporto dell'uomo colle istituzioni che ne integrano la personalità e ne regolano la condotta, trasformandosi per ciò solo in fonti di diritto positivo. È proprio della dottrina storica intendere il rapporto giuridico oltrechè come rapporto tra persone singole, come rapporto nascente dall'uomo nella sua qua-

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, II Bd. cit. p. 302.

(2) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, § 9; Puchta, *Corso*, ecc. Introd. § 22.

(3) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, § 9, p. 53; Puchta, *Corso*, ecc. Introd. § 22.

(4) Lo Stahl (op. cit. II, p. 301, nota) mantiene la dicotomia dei rapporti giuridici e fa della Chiesa una istituzione di diritto pubblico accanto allo Stato.

lità di membro della famiglia, della nazione, della Chiesa. Con che viene a illuminarsi viemmeglio la distinzione di diritto pubblico e privato nella dottrina storica. Essa ha perduto ogni carattere dualistico ed esclusivo e risponde ai diversi gradi di esistenza in cui si attua l'unità profonda del tutto.

Non può però dirsi che il significato metafisico della distinzione fosse sempre presente ai fondatori dello storicismo. L'influenza della tradizione giuridica, le esigenze della pratica prevalsero spesso sulla logica della dottrina. Lo storicismo nelle sue applicazioni alla vita giuridica è penetrato da una intima contraddizione; da un lato per le sue origini romantiche esso era portato a innovare radicalmente sulle distinzioni e teorie giuridiche del passato; dall'altro lato il culto del diritto romano lo faceva rispettoso della tradizione. I due elementi, il romano e il romantico, malgrado gli sforzi del Savigny, non riuscirono mai a conciliarsi, per cui non è raro il caso veder riprodotto lo spirito romano e la sua logica giuridica individualista contro lo spirito e la logica romantica. Egli è che la coscienza giuridica e la coscienza filosofica non si svolsero nel Savigny assieme, ma in periodi successivi della sua attività, nè mai riuscirono a fondersi assieme. La loro associazione furono ben più l'opera delle circostanze che non di una vera e propria elaborazione interiore. Nè va dimenticato che nel Savigny e nei suoi seguaci la vivacità del senso giuridico non si accompagnava con altrettanto vigore di speculazione filosofica. La dottrina storica era per le sue origini, per i suoi principii profondamente innovatrice; ma nelle applicazioni alle diverse parti del diritto privato essa fece opera essenzialmente conservatrice delle tradizioni romane. Non fu estraneo a ciò il principio romantico della individuazione dell'universale, per cui ogni rapporto giuridico si presentava coi caratteri dell'individualità e quindi della incomunicabilità. Come l'universalità del principio individuale nell'età anteriore ne arrestò le conseguenze estreme, così nell'età romantica l'individuazione dell'universale, sopratutto se intesa empiricamente, doveva ostacolare la visione dell'individuo nell'unità dell'insieme e rinnovare le tradizionali opposizioni. Il Savigny però non rinnegò mai la dottrina, ma ne paralizzò lo svolgimento facendo ricorso a espedienti talora ingenui, che mentre costituiscono il lato debole dell'opera sua, furono la causa vera dell'insuccesso dello storicismo nel diritto privato. Di che abbiamo evidente conferma nella dottrina delle fonti del diritto.

22. — Nella teoria delle fonti del diritto la nuova dottrina storica traduce in atto i suoi principii e pone le condizioni per un rinnova-

mento generale del diritto privato. La coscienza giuridica popolare è la fonte generica del diritto; essa prende forma concreta nella consuetudine. Malgrado le incertezze, le contraddizioni che il Bergbohm rileva nella dottrina delle fonti della scuola storica (1), questo a noi non par dubbio che per essa la consuetudine è la sola, la vera fonte del diritto, da cui tutte le altre prendono vita e valore.

La teoria delle fonti del diritto non si sottrae alla legge della relatività storica. Ciò che contraddistingue essenzialmente la fonte del diritto è l'esistenza di un organo per il quale il diritto da idea astratta, da aspirazione indeterminata prende la forma concreta di norma positiva obbligatoria. Tale organo varia col grado di sviluppo storico e psicologico raggiunto da un popolo. Ora il diritto appare un prodotto immediato della coscienza collettiva; ora esso si forma in seno ad associazioni più o meno larghe, organizzate stabilmente; ora è emanazione esclusiva della volontà dello Stato. E le teorie riflettono la varietà delle condizioni storiche.

La dottrina romana della consuetudine si formò nell'epoca in cui lo Stato era l'organo naturale del diritto. I romani non contrapposero la consuetudine alla legge, l'elemento naturale spontaneo del diritto all'elemento razionale riflesso. Essi invocano con insistenza a fondamento del diritto il *pupuli consensus*, il quale si manifesta tacito mediante l'uso nella consuetudine, esplicito nella legge. La preminenza riconosciuta dai romani alla legge era la conseguenza della maturità della loro coscienza giuridica (2).

Nel Medio Evo si perpetua e si consolida la tradizione romana per l'influenza della Chiesa poco propensa a favorire la consuetudine. Espressione del particolarismo giuridico dell'epoca la consuetudine contrastava colla tendenza all'universalità, all'unità di costituzione e di disciplina, fondata sul principio di autorità, che era propria della Chiesa romana (3). E nell'avversione alla consuetudine il diritto canonico doveva incontrarsi col diritto imperiale che elevava la volontà del principe a volontà delegata del popolo e come tale a fonte esclusiva del diritto; nè le correnti democratiche invocanti il patto e la sovranità popolare a fondamento e a fonte del diritto poterono in quest'epoca

---

(1) Cfr. Bergbohm, *Jurisprudenz*, ecc., cit. I, p. 504 (nota).

(2) Per il pensiero dei romani in ordine alla consuetudine, cfr. Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I (Erlangen, 1828), lib. I; Savigny, *Sistema*, ecc., I, § 25; Brie, *Lehre vom Gewohnheitsrecht*, Breslau, 1899, I, § 1-8; Lambert, *La fonction du droit civil compare*, Tome I (Paris, 1903), p. 120-127.

(3) Cfr. Puchta, op. cit. I, p. 184-190; Brie, op. cit., § 9.

validamente affermarsi (1). Nel Medio Evo, infatti, troviamo elaborata per opera del diritto canonico la teoria della *irrazionalità* che permetteva l'eliminazione degli usi e delle consuetudini col facile pretesto ch'esse erano in contrasto colla ragione, il che significava allora in contrasto colle leggi divine e umane costituite (2). D'altra parte i giuristi seguaci della causa imperiale presentarono il diritto consuetudinario come uno *statutum tacitum*, analogo alla legge, come questa attributo esclusivo della sovranità (3). Nuovi ostacoli derivarono in quest'epoca allo sviluppo del diritto consuetudinario dall'obbligo imposto alle parti di provare l'esistenza del diritto consuetudinario (4), dalle analogie coll'istituto della prescrizione (5), dalle restrizioni all'autorità della consuetudine in presenza della legge (6).

L'età del giusnaturalismo e del razionalismo giuridico nella sua generale tendenza a razionalizzare il diritto, a derivarlo dalla natura delle cose, come da fonte unica ed esclusiva, fu naturalmente avversa al diritto consuetudinario, in cui la forza dell'abitudine e della tradizione si rivelava particolarmente. Nelle opere dell'epoca la consuetudine non appare mai come fonte autonoma del diritto, contrapposta alla legge, ma con processo artificioso essa è per lo più ricondotta alla legge, della cui natura partecipa.

Due teorie si formarono nell'età del diritto naturale in ordine alla natura e all'efficacia obbligatoria del diritto consuetudinario, l'una e l'altra estensione alla consuetudine del principio posto a fondamento della legge. Da un lato si riproduce in nuova forma la teorica soggettiva della volontà e del consenso, dall'altro si delinea la teoria della ragion oggettiva della consuetudine. Per i giusnaturalisti a tendenze assolutiste la volontà del sovrano è unica fonte del diritto. Le esigenze della natura e della ragione, da essi affermate, si traducono in norme di diritto positivo solo nella forma e nella misura stabilita dal sovrano. La volontà del quale è chiara ed esplicita nella legge, è tacita e presunta nella consuetudine. È sostanzialmente la teoria romana colla

---

(1) Cfr. Gierke, *Althusius*, ecc., III, Auf. (Breslau, 1913), p. 266-267.

(2) Cfr. al riguardo il Brie, op. cit., § 10.

(3) Cfr. Gierke, *Althusius*, ecc., p. 266.

(4) Cfr. Brie, op. cit., § 16, e § 22, per la dottrina al riguardo dei glossatori e dei postglossatori.

(5) Cfr. Brie, op. cit., § 10.

(6) Cfr. Brie, op. cit., § 11. Per ciò che riguarda l'opinione dei giuristi dell'età della recezione in ordine al diritto consuetudinario, cfr. dello stesso Brie, *Die Stellung der deutschen Rechtsgelehrten der Rezeptionszeit zum Gewohnheitsrecht* in *Festgabe für F. Dahn*, I Teil (Breslau, 1905), pag. 131-164.

differenza che al consenso tacito o espresso del popolo è sostituito il consenso tacito o espresso di chi nella tradizione imperialista passa come rappresentante del popolo, cioè il principe.

Tale identificazione del concetto del diritto con quello del comando troviamo nei giusnaturalisti fautori dell'assolutismo nelle sue diverse direzioni, dispotico di Hobbes, temperato e illuminato del Grozio e del Pufendorf, democratico del Rousseau.

Per l'Hobbes la legge è « mandatum eius personae cuius praeceptum continet obedientiae rationem »; la consuetudine « vi sua legem non costituit », cioè nè per virtù del tempo, nè per la pratica degli atti, ma acquista l'autorità di una legge per volere del sovrano espresso col suo silenzio, e tale carattere di legge conserva finchè il sovrano tace al riguardo (1).

In forma meno accentuata si esprime analogamente il Grozio a riguardo della consuetudine. « Nam, scrive, haec quoque, semotis legibus civilibus, quae certo tempore ac modo eam introduci volunt, a populo subdito introduci potest ex eo quod ab imperium habente toleratur; tempus vero quo illa consuetudo effectum juris accipit non est definitum sed arbitrarium, quantum satis est ut concurrat ad significandum consensum » (2). Quindi la consuetudine implica anche per Grozio il rapporto tra suddito e sovrano e il consenso presunto di quest'ultimo per la sua efficacia obbligatoria. Il tempo e l'esercizio degli atti non hanno valore se non in quanto fanno presumere il consenso dell'imperante.

Sebbene il Pufendorf in nessuna delle sue opere tratti di proposito del diritto consuetudinario non può sorger dubbio sul suo pensiero al riguardo. L'identificazione del concetto di legge con la volontà del superiore fu da lui più che da ogni altro giusnaturalista affermata. E sappiamo che il Leibniz gliene mosse aspro rimprovero. Solo in quanto la consuetudine può presumersi emanare dalla volontà del sovrano e applicarsi col suo tacito consenso, essa obbliga giuridicamente: obbliga però non come consuetudine, ma come norma che riveste i caratteri propri della legge (3).

Nè sostanzialmente diversa deve considerarsi la posizione del Rousseau

---

(1) Cfr. Hobbes, *De Cive* (Losanna, 1760), c. xiv, § 15; Id., *Leviathan* (trad. ital., Laterza, 1911), vol. i, c. xxvi, 3.

(2) Cfr. Grotius, *De jure belli ac pacis* (1625), lib. ii, c. iv, § 5, 2.

(3) Cfr. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens* (tr. Barbeyrac, Basle, 1732, 4ª ediz.) Tomo i, liv. i, c. vi, § 4 e 13; sopratutto ib. liv. ii, c. iii. § 23 e nota 6 (del tr.); Id., *De officio hominis et civis secundum legem naturalem* (tr. in latino di Masson), Francofurti, 1758, lib. ii, c. xii.

solo perchè sostituisce alla volontà del superiore quella del popolo e definisce le leggi per atti della volontà generale. Lo stato civile nel sistema politico del Rousseau sta allo stato di natura come la ragione al sentimento e se la natura è fonte provvida di norme finchè dura lo stato naturale, la volontà collettiva, espressa nella legge, si sostituisce a quella nello stato civile (1).

Nei giusnaturalisti ricordati il diritto naturale vero e proprio, quello cioè vigente nello stato di natura, diventa nella società civile o un *jus inutile* (Hobbes) o un diritto imperfetto (Pufendorf) o un diritto inattuabile (Rousseau). In esso si riflette la natura umana nelle sue tendenze empiriche, imperfette e non solo razionali. Come tale manca di oggettività, di razionalità. Solo la volontà del superiore, espressa nella legge, è in grado d'imporsi agli istinti, di tradurre in norme imperative i dettami della ragione, di garantirne coattivamente l'osservanza. A questi caratteri si riconosce il diritto positivo. Ciò posto la consuetudine, come formazione giuridica naturale e spontanea, per i giusnaturalisti ricordati non poteva trovar posto che nello stato di natura; nello stato civile deve cedere di fronte alla legge, che sola soddisfa alle esigenze della positività e della razionalità, o ad essa ricondursi. Sopravvive però come il diritto naturale col quale si confonde e sopravvive nella forma di una attività morale analoga al costume, da cui trae pur sempre contenuto e forza il diritto positivo (2). Il Thomasius che sdegnò ricorrere a finzioni per ricondurre la consuetudine alla legge e combattè energicamente l'opinione dominante che fondava il diritto consuetudinario sul tacito consenso dell'imperante, fu logicamente tratto a negare qualsiasi efficacia obbligatoria alla consuetudine, l'origine della quale egli spiegò mediante una sopravvivenza nello stato civile della naturale libertà dell'uomo (3). Identificata col

---

(1) Cfr. ROUSSEAU, *Contrat social* (ed. Dreyfus-Brisac), Paris, 1896, lib. II, c. VI e sopratutto la prefazione al *Discours sur l'inégalité*.

(2) Il Pufendorf, seguendo l'Hobbes, identifica il diritto naturale col diritto delle genti (a cui perciò nega il carattere della positività) e quest'ultimo poi considera come costituito di norme consuetudinarie che i vari popoli applicano per una specie di tacito consenso. Cfr. PUFENDORF, *Droit de la nature*, ecc., cit. lib. II, c. III, § 23. — Il Rousseau fa delle consuetudini e dei costumi una categoria a parte di leggi che interessano in sommo grado il legislatore, i cui regolamenti particolari « ne sont que le cintre de la voûte, dont les mœurs, plus lentes à naître, forment enfin l'inébranlable clef ». Cfr. ROUSSEAU, *Contrat*. ecc., lib. II, c. XII. Lo stesso pensiero ritorna nel lib. IV, c. VII del *Contrat* e con più ampi svolgimenti nella *Lettre à d'Alembert sur les spectacles* (ed. Didot, Paris, 1886), p. 392, 422.

(3) Cfr. THOMASIUS, *De jure consuetudinis et osbervantiae* (1699), di cui è una continuazione la dissertazione: *Morum cum jure scripto contentio* (1701).

costume la consuetudine doveva perdere di valore e di significato agli effetti giuridici con l'accentuarsi della separazione tra la sfera della morale e quella del diritto, sopratutto con l'affermarsi dell'esigenza della razionalità nell'ordine giuridico. La coscienza di tale separazione e di tale esigenza ebbe appunto il Thomasius, ma solo col Kant essa doveva pervenire a completo sviluppo.

Un altro indirizzo di pensiero in ordine alla natura della legge e implicitamente della consuetudine si ebbe da parte dei giusnaturalisti che il diritto naturale identificarono col diritto positivo e lo derivarono ora dai bisogni e dalle tendenze della natura umana (Locke), ora da esigenze razionali (Leibniz, Wolff), ora dalla natura stessa delle cose (Montesquieu). Il diritto naturale non è per essi un diritto da confinarsi in un supposto stato di natura, ma è il solo, il vero diritto che si traduce esplicito nella legge, tacito nella consuetudine. Secondo questo indirizzo l'essenza della legge non è nel comando del superiore, nell'elemento estrinseco della coazione, ma nella sua conformità ad un ordine naturale o razionale. D'altra parte la consuetudine non si giustifica giuridicamente in base alla ripetizione degli atti, ma solo in quanto è espressione di un ordine oggettivo, comunque inteso, ossia in quanto è essa stessa una *lex tacita* (1).

Il Kant doveva in ordine alla natura e al fondamento della legge riassumere e superare il pensiero dei giusnaturalisti, che oscillava tra le esigenze della razionalità e quelle della positività. Col Leibniz e col Wolff egli identifica il diritto naturale col diritto razionale, ma quest'ultimo ha nel suo sistema un significato essenzialmente formale, è un prodotto *a priori* della ragion legislatrice. D'altra parte col Pufendorf e co' suoi seguaci riconobbe il carattere imperativo e coattivo della

---

(1) Il carattere di una *lex tacita* riconobbe Bacone alla consuetudine. « ... Atque de consuetudine, quae legis species est, deque exemplis quae per frequentem usum, in consuetudinem transierunt, tamquam legem tacitam, suo loco dicemus... ». Cfr. Bacone, *De augmentis scientiarum*, lib. VIII, c. III, *De justitia universali sive de fontibus juris*, Aph. 21. Malgrado la dichiarazione di trattarne, nulla Bacone scrisse sull'argomento. Egli però sembra considerare la consuetudine più come mezzo d'interpretazione e di integrazione della legge che come una vera e propria fonte del diritto (id. Aph. 11). Il Locke, accanto alle leggi di istituzione naturale e civile, pone le leggi che traggono forza dal costume e hanno la sanzione dell'opinione pubblica. Cfr. Locke, *Essai sur l'entendement humain* (tr. Coste), Amsterdam, 1742, lib. II, c. XXVIII, §§ 6-10; Id., *Du gouvernement civil*, Amsterdam, 1755, c. X. L'importanza degli usi e delle consuetudini fu particolarmente rilevata dal Montesquieu nell'*Esprit des lois*. Nel Leibniz e nel Wolff l'esistenza della consuetudine come legge di ragione tacita è nella logica del loro sistema.

norma, ma anche la positività egli intese da un punto di vista formale in relazione alla volontà dello Stato, concepito come organo del diritto. Mediante la nota distinzione tra l'universalità formale e la relatività materiale del diritto, egli si aprì la via a intendere e a risolvere il rapporto tra la legge e la consuetudine. La legge è la forma essenziale in cui si rivela la volontà legislativa, ma il contenuto è fornito dall'esperienza empirica. In un sistema filosofico che si proponeva di porre le condizioni formali del diritto non vi era posto per la consuetudine che per l'origine e la natura sua interessava particolarmente il contenuto empirico del diritto e come tale era oggetto d'indagine scientifica più che di speculazione filosofica. D'altra parte l'attributo formale della positività che anche il Kant riponeva nella volontà del legislatore non conveniva alla consuetudine, che era una formazione spontanea, irrazionale. Le finzioni dei giusnaturalisti per ricondurre la consuetudine alla legge e per giustificarla col presunto consenso del legislatore non erano che la prova della loro impotenza a superare il dualismo tra le esigenze razionali e empiriche del diritto. La speculazione kantiana fu tutta una reazione contro siffatti ibridismi: anzichè a conciliare essa mirò a separare gli elementi materiali, irrazionali del diritto dagli elementi necessari e universali. Nessun accenno pertanto nella *Rechtslehre* alla consuetudine come fonte del diritto: unica fonte ed esclusiva è la ragion pratica che trae il diritto dal concetto di libertà con processo rigorosamente deduttivo (1).

Agli sforzi della speculazione diretta a contrapporre al diritto empirico, condizionato nel tempo e nello spazio, l'universalità astratta della norma di ragione riconosciuta e attuata dallo Stato, fa riscontro nel dominio dei fatti la tendenza a ridurre tutto il diritto positivo alla norma dichiarata e imposta dalla volontà del sovrano. Di questa tendenza il movimento per la codificazione fu l'espressione concreta. Favorita dalla esigenza pratica di avere un diritto certo, eguale, razionale la codificazione segnò la condanna definitiva della consuetudine come fonte del diritto. E in questa avversione alla consuetudine concordavano così i fautori dell'assolutismo come gli apostoli della sovranità popolare: gli uni in omaggio al principio dell'autorità sovrana dello Stato, gli altri per reazione al passato, per amore di libertà e di uguaglianza. La causa delle quali parve meglio garantita dalla legge scritta e codificata che non dalla consuetudine per la quale si perpetuavano e si giustificavano ingiustizie secolari.

Nel Codice prussiano (1794) la consuetudine, sia pure in via ecce-

(1) Cfr. Gierke, *Althusius*, ecc., p. 304.

zionale e condizionata, conserva valore di fonte del diritto. Non bisogna dimenticare che il Codice prussiano non rompe interamente col passato e risente l'influenza del diritto germanico. La consuetudine ha certamente cessato anche per il legislatore prussiano di esistere come fonte generale del diritto, ma sopravvisse nei codici provinciali e continuò a invocarsi nei casi dal codice non previsti (1). Ma già nel Codice napoleonico più non si parla della consuetudine come fonte del diritto (2), e il Codice austriaco, che risente particolarmente l'influenza kantiana, ciò dichiara espressamente (3).

Mentre i Codici traducevano in norme lo stato delle menti e degli animi avverso alla consuetudine, in Germania se ne preparava col romanticismo la esaltazione e la preminenza nei rapporti con la legge. Il romanticismo infatti riabilitava l'irrazionale, l'individuale concreto, le manifestazioni collettive; restaurava contro l'impero della ragione l'autorità del sentimento, delle attività spontanee, immediate dello spirito, originando la fede nell'anima popolare, di cui il costume nell'ordine etico, la consuetudine nell'ordine giuridico costituiscono le più caratteristiche creazioni.

La dottrina delle fonti del diritto venne così a confondersi col problema stesso dell'origine e della natura del diritto, a rispecchiare nella forma più spiccata le tendenze e le finalità del nuovo indirizzo storico. Non solo la consuetudine assorge a dignità di fonte autonoma del diritto, ma essa appare ai rappresentanti dello storicismo la sola, la vera fonte del diritto da cui tutte le altre traggono vita e significato.

---

(1) Cfr. *Allg. Landrecht f. die Preuss. Staaten* (1794), *Publicationspatent*, § 1, 7; Ein. §§ 3-4; Forster-Eccius, *Preuss. Privatrecht*, 7e Auf., Berlin, 1896, I, § 16; Dernburg, *Lehrbuch d. Preuss. Privatrechts*, 4e Auf. Halle, 1884, I, § 15, § 21.

(2) Si sostenne da alcuni (ad es. dal Geny) che l'obbligo fatto al giudice dal Codice napoleonico di risolvere comunque la controversia senza poter allegare l'oscurità o il difetto della legge (Titre prél. art. 4) è il riconoscimento implicito della consuetudine come fonte del diritto. Ciò però non risulta dalle discussioni fatte intorno all'art. 4°, poichè in esse si parla solo di equità naturale, di principii razionali come di fonti integrative e sussidiarie, ma non si accenna da alcuno al diritto consuetudinario. Cfr. Locré, *Législation civile*, ecc., Bruxelles, 1836, vol. I, p. 218 e seguenti.

(3) Cfr. *Oesterr. allg. bürg. Gesetzbuch*, Einl., § 10; Zeiller, Commentario sul Codice civ. austriaco (tr. it. Carozzi). Milano, 1815, vol. I, p. 84-87; Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des oesterr. allg. bürg. Gesetzb.* Wien, 1889, Bd. I. Sitzung am 11. Januar 1802, p. 25; Krainz, *System des osterr. allg. Privatrechts* (5e Aufl., curata dal Pfaff), Wien, 1913, I, § 8, p. 47-50; Tilsch, *Das allg. B. G. und die Gewohnheiten*, ecc., in *Festschrift zur Jahrhundertfeier des allg. B. G.*, 1. Juni 1911, Wien, 1911, Zweiter Teil, p. 37-38.

Al culto per la legge, per la ragione scritta succede l'idolatria per la consuetudine, espressione viva della coscienza giuridica popolare.

Solo per un equivoco, e quasi a temperarne la novità, il Savigny e il Puchta presentarono la loro dottrina delle fonti del diritto in armonia con la tradizione romana (1). E veramente gli antichi concetti che il diritto è una formazione naturale, che esso trae la sua origine e la sua ragione ultima dal popolo, che i giuristi elaborano un materiale giuridico esistente e nella legge si riflette il sentimento giuridico popolare, che tra le varie fonti non vi è conflitto, ma intimo accordo e integrazione, sembrano ritornare nella dottrina del Savigny e del Puchta, sia pure con i caratteri di una coscienza giuridica più matura, col sussidio di una analisi psicologica più profonda. Ma non bisogna per le analogie dimenticare le differenze sostanziali. Per l'organo che la esprime, per la natura delle norme in cui si concreta la consuetudine apparve ai romani fonte imperfetta di diritto, incompatibile con le esigenze di una coscienza giuridica progredita. Perciò sotto l'azione della giurisprudenza vediamo in Roma la consuetudine trasformarsi così dal lato formale come dal lato materiale. Il giudice vi diventa l'organo del diritto e attraverso le sue decisioni la norma consuetudinaria si determina e si svolge. Il giureconsulto ne completa l'opera applicando la logica e riducendo a sistema razionale il materiale giuridico. La legge scritta riassumendo le varie fasi del processo, compone a unità le esigenze materiali e formali della coscienza giuridica. Se pertanto la consuetudine cessa come tale di esser fonte del diritto, rivive però di continuo nella giurisprudenza, nella dottrina, nella legislazione, che da essa traggono elementi di vita e di sviluppo (2).

---

(1) Anche il Lambert considera erroneamente la dottrina del Savigny e del Puchta in ordine alla consuetudine come un aspetto della dottrina romano-canonica. Cfr. LAMBERT, *La fonction, ecc.*, I, p. 127-128.

(2) L'espressione di *jus non scriptum* usata dai romani ha significato negativo e trae valore dal contrapposto col diritto redatto in forma legislativa. Essa non si identifica colla consuetudine *(consuetudo, mos)* alla quale i romani non riconobbero valore giuridico se non attraverso la sentenza del pretore o il responso dei giureconsulti. Fonti vere e proprie del diritto presso i romani, furono per lungo tempo il *jus civile* e le *leges;* ma queste erano fonti in un senso puramente formale, poichè per ciò che riguarda il contenuto esse riflettevano la generale coscienza giuridica. La trasformazione della consuetudine in una fonte vera e propria del diritto, analoga alla legge, è proprio delle epoche in cui si viene affermando in fuori dalla legge scritta e talora in contrasto con essa una coscienza giuridica nuova o diversa. Ciò avvenne negli ultimi tempi dell'impero romano coll'importanza sempre maggiore acquistata di fronte allo Stato e alla legge comune dalle provincie e dalle consuetudini locali sopratutto nella sfera

Nella dottrina storica invece la consuetudine assorge a dignità di fonte autonoma e preminente del diritto. L'unità del diritto che in antico è il risultato di un processo naturale e si mantiene sostanzialmente attraverso la varietà degli organi per i quali esso si riconosce e si applica, nei seguaci dell'indirizzo storico si intende come riduzione di tutte le fonti alla consuetudine. Nel concetto classico il *populus*, dal cui consenso legge e consuetudine traggono fondamento, è una astrazione priva di vita e di significato reale: nella dottrina del Savigny e del Puchta esso è un organismo vivente in continuo sviluppo, è una individualità storica e psicologica. Gli antichi ricondussero la consuetudine alla legge, e questa intesero come la fonte per eccellenza, almeno dal lato formale: nel nuovo indirizzo storico la legge è ricondotta alla consuetudine e da questa trae valore e significato.

D'altra parte il Savigny e il Puchta formularono la loro dottrina consciamente o inconsciamente in base a presupposti filosofici affatto estranei agli antichi. Essi vissero in un'età di reazione e di restaurazione nel dominio del diritto: di reazione al giusnaturalismo che aveva elevato la legge e la ragion individuale a organo non solo formale, ma materiale del diritto; di restaurazione degli elementi naturali e dei valori collettivi nella formazione del diritto. Ciò era in relazione colla nuova coscienza filosofica generata dal romanticismo. Finchè il problema del diritto è inteso come problema della libertà esterna, della personalità individuale e razionale solo la legge poteva tradurne le esigenze. Ma nello storicismo sono i bisogni, le aspirazioni della vita collettiva che generano il diritto e lo generano nella forma naturale e spontanea della consuetudine. Non dunque per il concorso di elementi formali, esteriori la consuetudine si giustifica, ma per lo spirito popolare che in essa vive e si rivela in atti uniformi, a lungo ripetuti. Nella legge la ragion individuale si solleva all'universalità della norma, nella consuetudine lo spirito collettivo si traduce in atti singoli e concreti.

Condizione necessaria e sufficiente all'esistenza della consuetudine è nella dottrina del Savigny e del Puchta il fattore interno psicologico,

---

del diritto privato. A quest'epoca infatti risale la teoria romana in ordine alla consuetudine (Cfr. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, I. Innsbruch, 1905, p. 405 e seg.; EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, 1913, p. 352-355). L'accordo tra la coscienza giuridica generale espressa dalla legge e le consuetudini esprimenti la coscienza giuridica particolare non è sempre possibile e allora sorge il conflitto che prepara nuove forme di vita giuridica. Di ciò abbiamo notevole esempio nel Medio Evo nella lotta sostenuta dai diritti nuovi, particolari contro la Chiesa poco propensa a favorire la consuetudine.

la coscienza collettiva della obbligatorietà e necessità giuridica della norma e della garanzia (1). *La opinio juris*, *la opinio necessitatis* che nella dottrina tradizionale della consuetudine era requisito richiesto nei singoli, nella nuova dottrina storica diventa convincimento di tutto il popolo inteso come unità nazionale. All'esistenza della legge era condizione formale la universalità e necessità del principio da essa proclamato, all'esistenza della consuetudine lo stato psicologico collettivo di convincimento della esigenza giuridica della norma.

La logica della dottrina portò il Savigny, e sopratutto il Puchta, a considerare la ripetizione degli atti esterni come semplice mezzo di conoscenza della consuetudine, non come condizione essenziale di esistenza della medesima (2). In ciò non furono seguìti dallo Stahl che concepì insieme congiunti nella consuetudine l'elemento interno psicologico e l'elemento esterno, costituito dalla pratica degli atti in cui si traduce il comune convincimento (3). E mentre quest'ultimo per il Savigny e per il Puchta attesta semplicemente che qualche cosa esiste come diritto, per lo Stahl significa sopratutto che un diritto deve esistere perchè essenzialmente giusto, cioè conforme a un ordinamento etico-religioso del mondo, di cui la consuetudine è il riflesso empirico, soggettivo (4). È l'esigenza deontologica dei giusnaturalisti che risorge nella dottrina della consuetudine dello Stahl, mentre per il Savigny e per il Puchta la coscienza giuridica collettiva si identifica collo stesso diritto positivo, astraendo, senza negarlo, da un ordine etico oggettivo ad esso sovrastante.

L'unificazione delle fonti del diritto che l'età del giusnaturalismo aveva cercato nel diritto sovrastante di natura o di ragione ad esso riconducendo il diritto positivo nelle sue diverse forme, lo storicismo ricerca come in antico nel dominio stesso del diritto positivo, nel suo naturale processo di formazione rifacendosi alla consuetudine che apparve in ogni tempo rappresentare la formazione naturale ed esprimere la ragione sociale del diritto. Con ciò era evitato il dualismo tra diritto naturale e positivo, ma col sacrificio delle esigenze razionali del diritto, alle quali avevano pure obbedito i giureconsulti romani.

Per opera del Savigny e del Puchta penetra nella dottrina delle

---

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc. (trad. Scialoja), I, § 7, § 12, § 29, p. 191; Puchta, *Gewohnheitsrecht*, I, ecc., p. 141 e seguenti.

(2) Cfr. Savigny, op. cit., I, p. 163; Puchta, op. cit., I, p. 170 e seg.; Id., *Istituzioni*, ecc. (tr. it. di C. Poli, Milano, 1858), I, Introd. § 13.

(3) Cfr. Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, II (3ª ediz.), p. 238

(4) Cfr. Puchta, op. cit., p. 141; Savigny, op. cit., I, p. 190-191; Stahl, op. cit., II, p. 234.

fonti del diritto l'elemento nuovo dello sviluppo. Nell'età anteriore la dottrina delle fonti del diritto era stata formulata a scopo essenzialmente pratico: essa mirava a fissare il diritto eterno di ragione, a tradurlo in norme atte ad agevolare l'opera del giudice nella applicazione. Nella dottrina storica le fonti del diritto esprimono la vita stessa del diritto nel suo incessante divenire e si presentano come le fasi di un processo che investe tutta la vita del popolo. Per essa la teoria delle fonti del diritto assorge a dignità di una teoria scientifica che si propone di spiegare come il diritto sorge, come esso si giustifica. Fu affermato che nel pensiero dei fondatori della scuola storica la consuetudine è la causa e la giustificazione del diritto. Causa unica e vera del diritto è la coscienza popolare, che in forma e grado diverso si rivela nella consuetudine, nella legge, nel diritto scientifico. Ma a differenza che nelle altre fonti, nella consuetudine la coscienza giuridica popolare si rivela immediatamente e necessariamente. Solo in essa il popolo è conscio del suo diritto, lo vive e lo applica direttamente. E se la legislazione e il diritto scientifico sono piuttosto segni rivelatori, spesso imperfetti, del diritto quale vive nella coscienza popolare, solo la consuetudine ne è sempre l'espressione vera, è la forma naturale e necessaria in cui esso vive ed esiste.

Per questa identificazione della consuetudine con la coscienza giuridica popolare, la consuetudine può ben considerarsi la fonte originaria del diritto, a cui tutte le altre fonti si riconducono. Il pensiero della scuola storica, malgrado svolgimenti e deviazioni apparenti, rimase al riguardo sostanzialmente immutato. La legislazione, il diritto scientifico hanno forma, non contenuto proprio. Il diritto popolare è in esse riprodotto in una forma riflessa, determinata, logica. L'attività intellettiva e volitiva, svolgendosi dalle forme originarie del sentimento e dell'istinto, trasformano i prodotti della coscienza giuridica collettiva nelle forme riflesse del diritto scientifico e della legge scritta. Legislatori e giuristi sono organi che operano in rappresentanza del popolo: essi sono gli interpreti del diritto popolare che gli uni adattano alle esigenze sempre più varie e complesse della vita comune, gli altri elaborano e riducono a sistema in vista di una esigenza logica.

Diritto legislativo e scientifico si distinguono tra loro e dal diritto consuetudinario sopratutto per la forma. L'esigenza pratica di un diritto certo, chiaro, uniforme genera la legislazione che si svolge per un processo di selezione e di determinazione dal diritto consuetudinario e traduce in forma imperativa e in norma astratta e generale il contenuto indifferenziato e indeterminato della coscienza giuridica popolare.

Ridurre il diritto a forma logica e sistematica è còmpito particolare dei giuristi. Più che a soddisfare esigenze pratiche, a tradurre il diritto popolare in norme imperative, i giuristi lavorano a ricercare i principii profondi e latenti del diritto, a porre le premesse teoriche per le quali il contenuto della coscienza giuridica popolare prende forma e carattere di un organismo logico. Nè le finalità pratiche sono estranee all'opera del giurista che mediante la logica può estendere indefinitivamente il campo di applicazione del diritto, integrando le lacune della legislazione, stabilendo rapporti tra i diversi istituti, generando nuove norme, nuove applicazioni del diritto (1).

Passando dal Savigny al Puchta e allo Stahl la dottrina delle fonti del diritto si svolge e progredisce a misura che si svolge e progredisce la coscienza filosofica. Nel Savigny nessun sforzo per ricondurre le fonti del diritto ad un ordine oggettivo di rapporti, nel quale pure crede. Egli si arresta allo spirito popolare e lascia indeterminato il rapporto di quest'ultimo con la realtà universale. Perciò le diverse fonti del diritto si presentano nel Savigny come aspetti o svolgimenti dello spirito popolare generatore dell'ordine giuridico. La legge è da lui intesa come sussidio e complemento del diritto consuetudinario, mentre il diritto scientifico è lo stesso diritto consuetudinario elaborato dalla coscienza riflessa dei giuristi (2).

Nel Puchta, colla coscienza più viva dei rapporti tra l'ordine giuridico e l'ordine morale, l'esigenza razionale del diritto, rispecchiante un ordine più largo ed elevato di rapporti, è esplicitamente affermata a giustificazione delle diverse fonti del diritto. Egli arriva a riconoscere l'autonomia formale della legge e del diritto scientifico rispetto al diritto consuetudinario. La legge acquista, per la forma in cui è promulgata, un valore e una autonomia sua propria, astraendo dal contenuto, cioè dalla conformità alla volontà popolare. D'altra parte il diritto che vive nella coscienza dei giuristi, per la forma logica che riveste, è un prodotto originale e indipendente (3).

Da ultimo nello Stahl la teoria delle fonti del diritto non si giustifica se non sul fondamento di un ordine giuridico oggettivo preesistente. Il diritto è una realtà oggettiva che si rivela esteriormente attraverso la coscienza immediata del popolo nella consuetudine,

---

(1) Sul rapporto tra le diverse fonti del diritto è interessante ciò che il Savigny dice in un *Kollegienheft* del 1819, di cui l'Ehrlich ebbe casualmente visione e che egli riporta a p. 360 dell'opera citata: *Grundlegung*, ecc.

(2) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I (tr. it.), §§ 13, 14, 15.

(3) Cfr. Puchta, *Istituzioni*, ecc., Introd. §§ 12, 13, 14, 15.

attraverso la coscienza riflessa dei giuristi nella scienza, mediante la volontà del sovrano nella legge. Il popolo, i giuristi, il legislatore per vie diverse traducono l'idea eterna del giusto; da questa solo essi traggono autorità non dall'essere organi della coscienza giuridica popolare (1).

La dottrina pertanto delle fonti del diritto è novella prova che l'idea di un ordine oggettivo, fondamento del diritto, solo nello Stahl prende forma e significato filosofico, mentre nel Puchta e sopratutto nel Savigny si presenta coi caratteri di una credenza oscura e vaga, per quanto viva e profonda. In essi la dottrina storica era gelosamente conservata nell'ambito della vita giuridica, nè ancora rientrava in una concezione filosofica della realtà.

Ma ai fini della nostra tesi importa sopratutto rilevare che la dottrina delle fonti elaborata dalla scuola storica rifletteva un nuovo orientamento degli studi giuridici nella loro applicazione al diritto privato. L'importanza riconosciuta alla consuetudine rispetto alla legge era la conseguenza dell'origine collettiva, della natura sociale del diritto, era la forma sotto cui la reazione all'individualismo giuridico dell'età precedente si manifestava esteriormente. Se il diritto scaturisce dalla fonte perenne e inesauribile della coscienza popolare, storicamente esso si traduce nella consuetudine, mentre la ragion individuale, espressa nella legge, non fa che intenderlo e ridurlo a forma logica. Epperò tutti i rapporti giuridici d'indole privata dovevano al lume della nuova dottrina intendersi e giustificarsi, il che significava considerarli non già come forme astratte della personalità individuale, come deduzioni logiche della libertà esterna, ma come manifestazioni vive e concrete dell'anima collettiva, riflesso empirico di un sovrastante ordine oggettivo. Presupposto della dottrina storica delle fonti del diritto è che l'individuo e i rapporti interindividuali non esistono che come astrazioni prive di valore e di significato; la nuova realtà

---

(1) Cfr. Stahl, *Philosophie des Rechts*, ecc., II, §§ 18, 19, 20, 22. Lo Stahl non riconosce alla scienza del diritto il carattere di fonte del diritto in senso tecnico. Essa è certamente un elemento della coscienza giuridica generale, non una vera e propria fonte, come la consuetudine, la legge, l'uso forense. Il concetto di fonte del diritto implica per lo Stahl un organo mediante il quale il diritto è fissato e acquista valore e forza d'applicazione. La determinazione esteriore è per il diritto un momento così essenziale come la coscienza nazionale da cui procede. Tale essenziale momento manca alla scienza del diritto. La *communis opinio doctorum* come quella del popolo è ancor sempre troppo libera e indeterminata per valere come fonte del diritto. Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, § 23.

che essa affermava era la collettività nazionale di cui gli individui sono membri e da cui le loro attività traggono vita e direzione (1). Le polemiche suscitate in Germania in ordine alla codificazione non erano che il riflesso ancora incerto e confuso della nuova coscienza giuridica che si andava per opera del Savigny maturando.

23. — Nella codificazione il razionalismo giuridico aveva trovato la forma rispondente all'ordine di idee da esso rappresentato. L'ideale di un diritto di ragione vero o presunto, di una sistemazione logica della materia giuridica sembrava coi codici raggiunto. Il movimento per la codificazione quale si venne attuando e svolgendo nel secolo XVIII non ha riscontro nella storia. Poichè se in altri tempi fu avvertito il bisogno di raccogliere, coordinare, sistemare il diritto positivo vigente (di che abbiamo esempi classici nella codificazione giustiniana e canonica), solo nel secolo XVIII tale bisogno fu determinato oltre che da ragioni pratiche e politiche, anche e sopratutto da ragioni teoretiche, da esigenze logiche e dottrinali. La tradizione giuridica, sopratutto romana, non fu allora nel fatto sconfessata, ma fu piegata alle nuove esigenze formali, fu modificata così da essere veramente l'espressione della nuova coscienza giuridica maturata in due secoli di speculazione. E tale coscienza se da un lato era aspirazione a un diritto certo, uniforme, unitario, emanazione dalla ragion illuminata del legislatore, dall'altro lato era tendenza a risolvere il diritto privato in un sistema di rapporti logici, astratti, interindividuali. I codici prussiano, francese, austriaco furono della nuova aspirazione dei tempi la realizzazione graduale e progressiva.

Anche in Germania un analogo movimento, una analoga tendenza in favore della codificazione intesa coi criteri del secolo XVIII era non solo penetrata, ma largamente diffusa. Astraendo dalle ragioni pratiche che la imponevano, dalle ragioni politiche che la consigliavano come mezzo per consolidare l'unità nazionale raggiunta, dall'esempio del codice prussiano e francese, vi era tutta una tradizione di pensiero dal Leibniz, al Wolff, al Kant in favore della unificazione del diritto privato in Germania (2). E il Thibaut, che di questa tradizione e di queste aspirazioni si rese interprete in un momento particolarmente favorevole

---

(1) Di ciò ebbe chiara e perfetta coscienza il Puchta nella critica allo scritto del Beseler, ove dice che la scuola storica apri una nuova via negli studi giuridici. « Sie ging auf den Begriff des *Nationellen* zurück, und erkannte in diesem den natürlichen Grund des Rechts und des Staates ».

(2) Cfr. SCHWARTZ, *Die Geschichte der privatrechtlichen Kodifikationsbestrebungen in Deutschland* (in *Archiv f. burg. Recht*, Bd. I, 1889, p. 38-57).

della vita nazionale tedesca, raccolse intorno al suo progetto di un codice unico l'universale consenso (1).

Sarebbe quindi da ritenersi inopportuna, inesplicabile l'opposizione del Savigny, se essa non fosse stata provocata da ragioni teoriche riflettenti la natura stessa del diritto. Gli argomenti del Savigny per dimostrare che le speciali condizioni degli studi giuridici in Germania non permettevano in quell'epoca di tentare con successo la codificazione del diritto privato, quando sieno isolati dalla dottrina storica espressa nella *Vocazione*, perdono del loro valore di fronte alla questione di principio implicita nella codificazione. Tali argomenti nulla provano contro quest'ultima, mentre possono essere decisivi contro la codificazione fatta in certe condizioni di tempo e di luogo.

Ancora oggi si discute se l'avversione del Savigny alla codificazione era assoluta o relativa. È opinione dominante che solo relativamente all'epoca sua il Savigny fosse avverso alla codificazione (2). Tale opinione sembra trovare conferma nel titolo stesso del saggio del Savigny, nelle espressioni che in esso ricorrono frequenti di *unser Beruf*, *unsere Zeit*, *wir*, *jetzt*, ecc., nelle concessioni fatte dal Savigny stesso nella *Vocazione* e nel *Sistema* al principio della codificazione, sopratutto nel riconoscimento esplicito della codificazione particolare (*Einzelgesetzgebung*) (3). Non può poi negarsi che gli studi storici hanno preparato le condizioni favorevoli alla codificazione del diritto privato tedesco (4).

Altri invece sostennero l'incompatibilità assoluta e non solo relativa della codificazione colla dottrina storica espressa nella *Vocazione* (5). Le concessioni fatte dal Savigny al principio della codificazione hanno carattere sussidiario e sono per lo più suggerite da ragioni estrinseche d'indole pratica e politica. L'equivoco poteva tanto più facilmente sorgere in quanto il Savigny trattò in breve scritto la questione della

---

(1) Cfr. Solari, sopra § 6; Stern (*Thibaut und Savigny*, Berlin, 1914) per la diffusione dell'idea della codificazione in Germania secondo i criteri del secolo xviii (p. 8-13).

(2) Di questa opinione sono, tra i più autorevoli, il Bergbohm (*Jurisprudenz*, ecc., i, p. 527, nota 54), il Manigk (*Savigny und der Modernismus im Recht*, Berlin, 1914, p. 44, nota 71).

(3) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., ed. 1892, p. 79 e seg.; *System*, ecc., i, p. 39 e seg.

(4) Cfr. Schwartz, op. cit., p. 85 e seg.

(5) Di tale opinione sono: lo Schwartz, op. cit., p. 69; il Gierke, *Die hist. Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin, 1903, p. 41, Ann. 19, con gli autori quivi citati; il Landsberg fin dal 1890 nell'*All. Deut. Biographie*, voce *Savigny*, e più ampiamente nella *Geschichte der deut., Rechtswiss.* iii, 2 (1910), p. 202; lo Stern, op. cit., p. 19-20.

codificazione da molteplici punti di vista, nè sempre distinse le ragioni di principio dalle considerazioni di opportunità che potevano talora consigliarla (1). Sappiamo del resto che quest'ultime più che quelle determinarono l'insuccesso temporaneo della tesi del Thibaut (2).

Lo Stern ha dimostrato largamente che il pensiero del Savigny, non chiaramente espresso nella *Vocazione*, fu inteso anche da autorevoli contemporanei, quali lo Schrader, W. Grimm, il Gonner, nel senso di una condanna incondizionata della codificazione. Negli scritti polemici che seguirono la pubblicazione della *Vocazione* il Savigny riafferma il suo pensiero assolutamente contrario alla codificazione, sopratutto nella recensione dello Schrader e nella risposta al Gonner (3).

Tra queste opinioni contrastanti noi siamo per l'unità del pensiero del Savigny e crediamo fosse coerente coi principii storici sia nel condannare la codificazione, sia nel riconoscerne in determinati casi e sotto certe condizioni l'opportunità e la necessità. Il Savigny fu indubbiamente per la condanna assoluta e non solo relativa (come sostiene il Bergbohm) della codificazione intesa come sistemazione filosofica del diritto privato, fatta coi criteri e coi metodi del razionalismo giuridico, ossia della codificazione quale solo poteva attuarsi nell'epoca in cui scriveva la *Vocazione*, e nella forma in cui era proposta dal Thibaut. Nello scritto del quale in favore del codice unico era implicita una contraddizione insanabile, che era il riflesso dei tempi e dello stato generale degli animi e delle menti in ordine ai problemi risguardanti la vita morale e politica. Nel Thibaut la coscienza del secolo XVIII con le sue aspirazioni per un diritto ideale e uniforme, per l'unità legislativa, si univa col sentimento non meno vivo della realtà storica da un lato, dell'unità politica e nazionale del popolo tedesco dall'altro lato. Il Thibaut si illuse che la codificazione potesse soddisfare queste molteplici esigenze, le quali riflettevano correnti di pensiero diverse e contrastanti. Razionalismo e nazionalismo erano termini incompatibili finchè il rapporto tra il diritto ideale e positivo era inteso, così come il Thibaut lo intendeva, in termini kantiani. La codificazione fatta coi criteri del razionalismo e dell'universalismo rivoluzionario mal si conciliava colla

---

(1) Ciò spiega le frequenti allusioni alle condizioni degli studi e della pratica giuridica dell'epoca in cui scriveva, nonchè la convenienza di codici particolari. Cfr. *Beruf*, ed. cit., p. 79-81.

(2) Lo riconosce il Savigny stesso: « Im Ernst wird Niemand behaupten, dass ohne jene Stimmen ein allgemeines Gesetzbuch wahrscheinlich zu Stande gekommen wäre », in *Stimmen für und wider neue Gesetzbucher*, in Appendice ed. cit. al *Beruf*, p. 105.

(3) Cfr. STERN, op. cit., p. 21-22.

vigorosa affermazione dell'individualità nazionale, coll'empirismo e col relativismo romantico. Certo è che malgrado l'esigenza del metodo e dell'indagine storica proclamata dal Thibaut, malgrado la difesa da lui fatta del diritto germanico e l'aspra critica del diritto romano, malgrado la sua aperta professione di fede nazionalista, il Thibaut vagheggiava la codificazione tedesca coi criteri del razionalismo giuridico che aveva fatto del diritto romano una specie di *ratio scripta* e che era intimamente ostile al nazionalismo giuridico particolarmente germanico.

Non sfuggì al Savigny la contraddizione in cui il Thibaut si dibatteva e l'impossibilità di soddisfare alle nuove esigenze della coscienza nazionale e giuridica tedesca coi principii e i metodi del razionalismo giuridico. L'unità del diritto, la sua nazionalità era meglio garantita dalle nuove correnti romantiche che non dalle astrazioni giuridiche e dal cosmopolitismo rivoluzionario. Di qui la posizione presa dal Savigny di opposizione assoluta, irreducibile alla proposta di codificazione fatta dal Thibaut. E in tale opposizione si mantenne costantemente (1).

Noi però non vediamo come da questa posizione del Savigny di fronte al movimento per la codificazione, quale si era venuta attuando e perfezionando nei tre codici dell'epoca, si possa trarre la conseguenza ch'egli fosse contrario alla codificazione sotto qualsiasi forma. Sta di fatto che la critica mossa dal Savigny nella *Vocazione* è costantemente rivolta non contro la codificazione in genere, ma contro i progetti di codificazione che inondavano la Germania in quell'epoca e che erano « in Verbindung mit einer allgemeinen Ansicht von der Entstehung alles positiven Recht », secondo cui ogni diritto deriva in via normale « aus Gesetzen, d. h. ausdrücklichen Vorschriften der höchsten Staatsgewalt » (2). Non è la codificazione pertanto come tale che il Savigny critica, ma la codificazione in quanto era l'espressione di un determinato indirizzo filosofico. Altrove nella *Vocazione* stessa troviamo le condizioni alle quali si rende possibile la codificazione e non mancano gli accenni a un nuovo sistema di codificazione (3). E se la critica ai codici esistenti e alle proposte di un codice unico costituiscono la parte precipua della *Vocazione*, ciò si comprende dato lo scopo e il carattere polemico

---

(1) Cfr. del Savigny la *Vorrede* alla 2ª edizione del *Beruf* del 1828. Lo Stern (op. cit., p. 235, nota 1ª) ricorda che nella Biblioteca del Ministero di giustizia prussiano fu trovata copia del *Beruf* (3ª ediz., 1840), nella cui prima pagina è scritto di pugno del Savigny: » ἁμές δὲ γ'εἰμές· αἰ δὲ λῇς, ἀυγάσδεο. *Plut. Instit. Lacon.*, c. 15-24, Dez. 47 ». Questo detto ricavato dalle *Instituta Laconica* di Plutarco significa tradotto: « Noi siamo ancora vigorosi: se tu vuoi, provati ».

(2) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., Einl., p. 4.

(3) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., p. 10, 12 e seg., 27, 79 e seg., 94 e seg.

del saggio. Nè ci sembra giustificata la tendenza del Puchta e dello Stahl di presentare la codificazione in generale incompatibile con la dottrina storica (1), mentre crediamo sieno stati più nel vero il Beseler e il Christ nell'intendere la codificazione alla luce della dottrina storica, svolgendo germi contenuti nella *Vocazione* (2).

Fonte precipua di equivoco, di dissenso intorno a questo punto essenziale della dottrina storica fu l'aver trascurato di fissare la posizione vera del Savigny rispetto alla legislazione e in conseguenza rispetto alla codificazione che di quella è l'espressione formale più alta e perfetta. Solo per ragion di contrasto l'atteggiamento del Savigny in ordine alla legislazione potè talora apparire negativo se non ostile. Eppure non solo nel *Sistema*, ma in molti passi della *Vocazione* l'importanza, la dignità, la necessità della legislazione furono chiaramente proclamate (3). Nè poteva essere altrimenti. Intendere la legislazione alla luce della dottrina storica fu la mira costante del Savigny. A deprezzarne il valore, l'autorità avevano in grado ben maggiore contribuito i seguaci del razionalismo giuridico identificandola con il diritto di ragione, derivandone il contenuto da schemi logici privi di significato reale. Per il Savigny la legislazione è una fase necessaria della vita del diritto; essa è lo stesso diritto popolare in forma astratta, normativa. Colmando le lacune, risolvendo dubbi, integrando e talora sostituendo la formazione spontanea del diritto, armonizzando e unificando i diversi istituti giuridici, la legislazione è fattore precipuo, essenziale del progresso giuridico.

---

(1) Cfr. PUCHTA, *Etwas zur Beruhigung für fehlgeschlagene Hoffnungen auf baldige Einfuhrung neuer deutscher Gesetzbücher*, in *Zeits. f. Civilrecht und Prozess*, 1839, Bd. XIII, p. 124 e seg.; ID., *Kritik von G. Beselers Volksrecht und Juristenrecht*, in *Jahrbuchern fur wissens. Kritik*, 1844, 1; STAHL, *Phil. d. Rechts*, Bd. 2 (3ª ediz.), Abth. I, p. 244 e seg.

(2) Cfr. BESELER, *Volksrecht und Juristenrecht*, Leipzig, 1843, p. 64 e seg., p. 230 e seg. È interessante la lettera del Savigny in data 13 ottobre 1843 al Beseler, che gli aveva fatto omaggio della sua opera. È pubblicata in *Erlebtes und Erstrebtes* del BESELER stesso (Berlino, 1884, p. 253). In essa il Savigny si difende dall'accusa di non aver dato nel *Beruf* la debita importanza alla legislazione e riafferma la sua avversione condizionata alla codificazione. — Anton CHRIST è l'autore di un saggio intitolato: *Ueber deutsche Nationalgesetzgebung. Ein Beitrag zur Erziehlung gemeinsamer für ganz Deutschland gültiger Gesetzbucher und zur Abschaffung des römischen und des franzosischen Rechts insbesondere*, Karlsruhe, 1840, 2 Ausg. 1842. Di lui il GIERKE (*Die historische*, ecc. cit., nota 38 e 80) dice che « zuerst die Kodification aus geschichtlichen und organischen Gesichtspunkten begrundet ». Cfr. del CHRIST anche: *Verwirklichung der deutschen Nationalgesetzgebung* in *Deutsche Vierteljahrsschrift*, 1850, 2, p. 36 e seg.

(3) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., § 13; *Beruf*, ecc., c. III, p. 9 e seg.: c. VIII, p. 80 e seg.

Essa fissa temporaneamente il diritto, ma non lo immobilizza: ne accompagna lo svolgimento e rende questo possibile e durevole. Non sfuggirono al Savigny tutte le manchevolezze del diritto consuetudinario, e questo è ben lungi dall'avere nel suo sistema il significato e la preponderanza che venne prendendo nel Puchta (1). La consuetudine è fase necessaria ma primitiva del diritto; mediante la legislazione essa si determina e diventa suscettibile di sviluppo. Solo in quanto la legislazione si stacca dall'anima popolare e non ne traduce gli elementi di vita perenni, essa diventa superflua o dannosa.

La legislazione così intesa non esclude, ma prepara la codificazione, come la forma più alta in cui la materia giuridica possa tradursi. Il Savigny fu contro la codificazione intesa come sistemazione filosofica della realtà giuridica, derivante il suo contenuto da un supposto diritto di ragione senza riguardo alcuno al diritto esistente. Era questo l'ideale del secolo XVIII, contradetto dalla dottrina storica del diritto, dalla nuova coscienza filosofica e che non fu mai praticamente attuato. Giustamente il Savigny osserva che la codificazione in tal senso non fu voluta neppure dagli autori dei codici, i quali si limitarono per lo più a tradurre in norme il diritto vigente, colle modificazioni e i miglioramenti imposti da ragioni politiche (2). La forza della tradizione e le esigenze della pratica trionfarono delle tendenze teoretiche. Ridotto il codice al riordinamento e alla dichiarazione del diritto vigente fatta e sanzionata dallo Stato, venivano meno colle ragioni di esso i vantaggi sperati dai suoi fautori. E fu facile al Savigny dimostrarlo (3).

Nel 1815 il Pfeiffer proponeva un sistema di codificazione condotto con criteri e con metodo che non erano quelli del razionalismo giuridico (4). Nel suo concetto il codice doveva consacrare principii generali ricavati non già deduttivamente da postulati razionali, ma induttivamente dal diritto vigente. Neppure questo sistema di codificazione, a parte le difficoltà di attuazione, incontrò il favore del Savigny, per quanto non fosse incompatibile coi metodi e i principii della scuola storica. Generalizzare il diritto esistente non era ancora unificarlo, e la codificazione secondo il Savigny in tanto ha valore e ragion d'essere

---

(1) Nel *Beruf*, ecc. non si parla del diritto consuetudinario, di cui diede la teoria il Puchta nel 1828 svolgendo ed esagerando gli accenni generici contenuti nel *Beruf*.

(2) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc., p. 17.

(3) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc., p. 12 e seg.

(4) L'opera del PFEIFFER si intitola: *Ideen zu einer neuen Civilgesetzgebung für Deutsche Staaten*, Gottingen, 1815. Ne dà la relazione e ne fa la critica il Savigny in *Stimmen*, ecc. (in appendice al *Beruf*, ed. cit., ecc., p. 108 e seg.).

in quanto è un prodotto organico e unitario (1). Essa deve intendersi in stretto rapporto con la natura e lo svolgimento del diritto. Nel pensiero del Savigny il diritto sorge e si svolge organicamente, obbedendo a una ragione oggettiva, inavvertita dapprima, ma che nel tempo si dispiega e si consolida. L'unità, l'uniformità, la certezza che altri attende dalla codificazione sono implicite nel diritto stesso, nel suo divenire storico. La codificazione è rivelazione dell'intima profonda unità e oggettività del diritto, è la stessa vita storica del diritto espressa in termini logici, in forma astratta e generale, è l'unità formale che si svolge dall'unità reale del diritto, è la sintesi relativa e provvisoria di una lunga serie di processi di generalizzazione e di astrazione, non già un dogma, una forma ipostatica in cui si costringe la realtà giuridica.

Che questo ideale di codificazione fosse sempre presente al Savigny nella sua opposizione e nella sua critica ai sistemi di codificazione allora attuati o proposti può provarsi con argomenti positivi oltrechè negativi. I principii che il codice consacra non devono, secondo il Savigny, trarre il loro valore, la loro forza dall'autorità legislativa, ma dalla esperienza storica (*Beruf*, p. 14). Nè può il codice considerarsi completo finchè tali principii non sieno storicamente fissati (*ivi*), e fissarli ossia codificarli è solo possibile nelle epoche di pieno sviluppo giuridico (p. 16). D'altro lato l'uniformità per cui si raccomanda il codice non vuol essere eliminazione del diritto particolare, ma organica comprensione di questo nel tutto (p. 25). Nè tale unità organica è espressa sempre e necessariamente nella codificazione, mentre il fatto e la coscienza di essa noi troviamo nelle opere dei giureconsulti romani dell'età classica (p. 21, 96).

La codificazione se non vuol essere deduzione *a priori* da principii di ragione, se non vuol essere l'opera arbitraria del legislatore o ridursi a una semplice enumerazione di casi o di norme più o meno generali richiede alla sua attuazione e alle sue finalità il concorso di speciali condizioni. Chi fa del Savigny un avversario della codificazione in generale mostra dimenticare che la parte precipua ed essenziale del

---

(1) Nel *Beruf*, ecc., p. 96, il Savigny così si esprime a riguardo del codice in generale: « es nach seiner Natur weder eine einzelne Bestimmung, noch ein Aggregat solcher einzelnen Bestimmungen ist, sondern ein organisches Ganze »; e più sotto afferma che il codice non deve essere solo « ein System des bestehenden Rechts », ma « eine viel grössere Arbeit », in guisa che da esso sia raggiunto « ein hoherer Grad organischer Einheit » e non sia « durch blos mechanische Zusammensetzung unlebendig und darum völlig verwerflich ».

Beruf si aggira intorno alla questione delle condizioni e dei mezzi ai quali è possibile la codificazione perfetta, tale cioè da rispondere alle esigenze della dottrina storica. Con una distinzione che non è nel testo, ma che è implicita, delle condizioni poste, alcune sono oggettive, altre soggettive. Le prime sono inerenti alla natura del diritto e al grado di sviluppo raggiunto. Non tutte le epoche sono adatte all'opera della codificazione: non le epoche primitive per la imperfezione del linguaggio e il difetto di riflessione; non le età di decadenza nelle quali la vita del diritto si oscura e si arresta. Solo nelle età in cui la vita di un popolo è interamente spiegata anche il diritto si rivela come organismo perfetto e può essere fissato ne' suoi caratteri essenziali e costanti (1).

A queste condizioni esteriori devono accompagnarsi speciali condizioni di capacità in coloro che preparano la codificazione; sopratutto il Savigny insiste sulla necessità e importanza della scienza del diritto privato. Egli potè a molti sembrare un avversario irreducibile della codificazione per le sue esplicite insistenti invocazioni di una scienza del diritto, dalla cui costituzione egli si aspettava vantaggi ben altrimenti notevoli di quelli sperati dalla codificazione. Coi sostenitori della quale il Savigny dichiara di concordare nella constatazione dei mali, negli scopi da raggiungere, ma riafferma la sua profonda divergenza nell'indagine delle cause, nella proposta dei mezzi (2). Causa della decadenza degli studi giuridici non sono le fonti del diritto, ma il difetto di educazione scientifica, che rendeva particolarmente inadatti i giuristi dell'epoca sua alla grande opera della codificazione. Questa pertanto non costituisce per il Savigny nè un rimedio, nè un mezzo per cui si possa attuare la certezza, l'uniformità, l'unità del diritto e soddisfare le esigenze nuove della coscienza nazionale risorta. A tali scopi, a tali esigenze meglio e più sicuramente provvede: « eine organisch fortschreitende Rechtswissenschaft, die der ganzen Nation gemein sein kann ». Alla scienza pertanto bisogna rivolgere gli sforzi, come a quella da cui dipendono le condizioni formali e materiali di esistenza della codificazione. Fondandola il Savigny salvava veramente le sorti future della codificazione.

24. — Non è senza un profondo significato il richiamarsi del Savigny all'autorità di Bacone per giustificare il suo particolare punto di vista in ordine alla codificazione e alla trattazione scientifica del diritto

(1) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., p. 16.
(2) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., Conclusione.

privato. Bacone non fu solo il legislatore del metodo sperimentale, ma personificò la tendenza e l'esigenza scientifica dello spirito moderno in tutti i campi del sapere, non escluse le discipline storiche e morali. Nella riforma del metodo di studi inaugurata da Bacone era implicita una nuova posizione dei problemi filosofici. Tutte le scienze, e non solo le naturali, si rinnovarono e progredirono, in una prima fase del loro sviluppo, a misura che divennero induttive. E il Savigny, che primo con piena coscienza richiamava le scienze giuridiche allo studio della realtà empirica e da questa muoveva per penetrare la natura del diritto, doveva sentire tutto il valore e il significato dell'insegnamento di Bacone.

Questi infatti nel piano generale di rinnovamento delle scienze non aveva dimenticato le giuridiche e alle fonti del diritto in particolare aveva consacrato certi suoi aforismi, nei quali sono espresse in ordine alla codificazione idee che coincidono sostanzialmente con quelle del Savigny (1). Questo accordo sulla questione speciale della codificazione era la conseguenza di un altro più generale accordo relativo alla natura del diritto, che entrambi concepirono da un punto di vista empirico e positivo, senza il presupposto di un diritto ideale. Certo la positività intesero diversamente, risultando essa per il Savigny da un processo storico e psicologico della coscienza nazionale non rilevato da Bacone; rimane ad ogni modo l'accordo sopra la questione essenzialmente tecnica della codificazione, oltre che sull'indirizzo generale scientifico da darsi agli studi giuridici.

Bacone si era formato della codificazione (*novum digestum legum*) un concetto elevatissimo; di essa parla come di una specie di *legum regeneratio*, *instauratio;* ma non si nasconde le difficoltà di un'opera che non esita a chiamare eroica (*opus heroicum*) e consiglia di intraprenderla in caso di estrema necessità e solo in tempi di maturità intellettuale e di conoscenza piena e profonda del materiale storico. Bacone intese la codificazione ben più come lavoro di conservazione del materiale giuridico trasmesso dall'antichità, di purificazione (*legum expurgatio*), di coordinamento organico (*corpus juris*), che non di rinnovamento e di sistemazione formale (*opus scholasticum quiddam*) del medesimo. Si comprende con l'ammirazione il consenso del Savigny in queste idee (2).

---

(1) Cfr. Bacone, *De fontibus juris*, aphor. 59-64 (*De augmentis scientiarum*, l. viii, c. 3).

(2) Nel *Beruf* il Savigny cita quattro volte Bacone: due volte in ordine alla codificazione (p. 27, 12); due volte riferendosi alla comprensione scientifica del materiale storico (p. 69, 76).

Lo spirito baconiano si rivela ancora negli sforzi del Savigny per fondare la scienza del diritto privato in opposizione all'indirizzo di studi allora dominante. Come Bacone il Savigny doveva reagire contro lo scolasticismo giuridico che riduceva lo studio del diritto privato a un artificio logico e ragionava su forme vuote, su entità astratte, anzichè sulla realtà concreta e multiforme. La codificazione non era che l'espressione raffinata e artificiosa di questo scolasticismo che condannava all'immobilità e alla sterilità il diritto privato. A questa tendenza contrappose il Savigny una nuova tendenza fondata sui fatti, sulla ricerca delle cause che li generano, delle leggi che li governano, dei fini a cui servono, aprendosi per tal modo la via a una sistemazione organica e unitaria del diritto privato. Gli elementi di questa riforma il Savigny trovò prima di lui nell'indirizzo storico, penetrato con l'Hugo e altri molti negli studi giuridici, e nella concezione romantica. Ma nel Savigny i due elementi, lo storico e il romantico, si congiungono in forma e significato nuovo, così da originare una vera e propria teoria scientifica del diritto, tale da costituire una fonte nuova di interpretazione degli istituti di diritto privato.

In che veramente consista la trattazione scientifica del diritto privato secondo il Savigny possiamo rilevare oltre che dal raffronto coll'indirizzo opposto, dai dati positivi contenuti nella *Vocazione*. La questione della codificazione fornì l'occasione di porre l'uno contro l'altro due metodi di studio, due concezioni diverse del diritto privato. A distinguerle sono per lo più adoperate le espressioni di scuola storica e non storica, filosofica e non filosofica; ma impropriamente perchè il ricorso alla storia è comune a entrambe, e entrambe riflettono una particolare comprensione filosofica della realtà. Dal metodo seguìto, dai presupposti gnoseologici accolti meglio possono denominarsi, l'una la concezione dogmatica o razionalistica del diritto privato, l'altra la concezione empirica o scientifica in una delle sue più caratteristiche e feconde direzioni, nella direzione storica. Avuto invece riguardo al significato e alle finalità delle due concezioni diremo che l'una esprimeva l'esigenza individuale nel diritto privato, l'altra l'esigenza sociale nella forma specifica della nazionalità. E mentre da un lato la ragione serviva ai fini dell'individualismo, dall'altro lato la storia costituiva il più valido appoggio della concezione nazionale del diritto. La polemica corsa tra il Savigny e il Thibaut deve a questo originario fondamentale contrasto teoretico e pratico la sua importanza storica. In occasione di essa il fondamento, la sistemazione del diritto privato, i metodi di studio e di interpretazione vennero in discussione.

Lo spirito filosofico del secolo XVIII penetrando nel diritto privato

aveva influito su di esso così dal lato della forma come dal lato del contenuto. Dal punto di vista formale esso vi aveva ingenerato l'amore per le definizioni, per le distinzioni, per le astrazioni e generalizzazioni logiche, la tendenza a comprendere la realtà giuridica in categorie astratte, a giustificare razionalmente gli istituti, a considerare l'attività del legislatore come la più atta a intendere e a esprimere nella forma della legge la natura razionale del diritto con esclusione di ogni altra fonte. La logica di siffatti principii portava praticamente alla applicazione del metodo dogmatico, poichè se veramente il diritto privato è atto libero e riflesso del legislatore, l'opera dell'interprete deve mirare a determinarne la volontà, a chiarirla, a svolgerla, a completarla con processo logico e analogico, comprendendo i fatti nelle forme e nei principii da quello stabiliti.

Nè solo a questi caratteri formali, a questo apparato logico, a questa sistemazione razionale si riconosceva lo spirito filosofico dell'epoca, ma si rivelava nel contenuto del diritto privato, nell'idea individuale che esso esprimeva. È errore comune lamentare il formalismo logico, il razionalismo dogmatico, antistorico dei codici della rivoluzione, come se vivo e vibrante non si rivelasse in essi, sotto l'apparente aridità della forma, l'ideale di quell'età tutta rivolta alla emancipazione dell'individuo, alla creazione di una sfera di rapporti privati sottratti all'azione dello Stato, alle limitazioni che lunghi secoli di ignoranza e di privilegio avevano generato. Il secolo XVIII riuscì ad armonizzare la materia colla forma nell'ambito del diritto privato come nessun'altra epoca nè prima nè poi: il dissidio tra la realtà concreta e i principii regolatori della medesima appartiene a una età posteriore, quando i fatti furono contemplati e valutati con una coscienza nuova e diversa. Nè può sostenersi che gli autori dei codici abbiano tenuto in nessun conto la tradizione giuridica: piuttosto devesi dire che tale tradizione essi accolsero nei limiti in cui essa si conciliava con l'ideale individualista, elevato a criterio di verità della storia e delle istituzioni. Per una illusione mentale facilmente spiegabile e comune a ogni tempo, le menti del secolo XVIII furono portate dagli avvenimenti più ancora che dalle dottrine a considerare come vero e giusto, come avente valore di razionalità e di universalità ciò che si conformava al postulato individualista e il passato intesero e giudicarono con questo esclusivo criterio formale. Nè può loro rimproverarsi di avere frainteso la storia, ma piuttosto di averla giudicata con criterio che solo in apparenza era assoluto, mentre era di fatto a sua volta relativo, come tale suscettibile di modificazioni e di integrazioni dottrinali e storiche. D'altra parte l'applicazione del metodo dogmatico era pienamente giustificato

in un'epoca in cui il diritto privato, rientrando in un sistema filosofico completamente sviluppato, doveva da questo attingere i principii coi quali intendere e regolare i rapporti privati.

L'opposizione del Savigny a questa concezione del diritto privato si comprende e si giustifica. La sua critica attraverso i codici colpiva in pieno l'edificio teoretico-pratico del secolo XVIII. Egli stesso forse non ebbe di ciò piena coscienza. Nei codici egli era naturalmente portato a scorgere la quintessenza dello spirito rivoluzionario. Formatosi alla filosofia romantica di reazione che aveva riabilitato l'inconscio, l'irrazionale, che inspirava il rispetto alla continuità storica, che affermava col culto delle tradizioni l'origine spontanea, la natura organica delle istituzioni, il Savigny doveva reagire nell'orbita del diritto privato alla tendenza a isolare l'individuo, a contrapporre l'ordine privato al pubblico, a intendere i rapporti privati come un sistema di rapporti meccanici, prodotti dalla volontà riflessa, non coordinati a organismi etici superiori, sottratti all'azione della collettività e della storia. La polemica col Thibaut offrì modo al Savigny di tracciare le prime linee di una nuova concezione del diritto privato in pieno contrasto coll'antica e in armonia colle nuove tendenze ed esigenze dei tempi.

I presupposti teoretici della nuova concezione tendevano a trasformare il diritto privato da sistema logico in organismo storico, da ordine di ragione in prodotto spontaneo naturale. Perciò se il principio finale spiegava la parte principale nell'antica concezione come quello che dava direzione e contenuto alla speculazione, nella nuova il principio causale costituiva la guida e la ragione dell' indagine. All'attività libera e cosciente dell'individuo orientato verso un fine stabilito, succede l'attività inconscia, determinante della storia che si svolge secondo leggi causali in vista di fini che sfuggono alla coscienza dell'individuo per confondersi nei fini generali dell'umanità. Per il Savigny il rapporto giuridico privato è dominato da due ordini di principii e di fini: da un principio soggettivo di libertà che opera ai fini della esplicazione della personalità individuale, e da un principio di necessità storica che opera ai fini dell'organismo collettivo. L'attività dell'individuo non è limitata solo dalla eguale libertà altrui, ma anche dalla considerazione delle esigenze e delle finalità di un ordine oggettivo superiore.

Quest'ordine oggettivo superindividuale si rivela, secondo il Savigny e i suoi seguaci, nel principio di nazionalità. In questa forma il principio sociale faceva la sua prima comparsa nell'ordine giuridico. La nazionalità assorgeva a carattere costitutivo, differenziale del diritto. Vi fu chi sostenne che il principio di nazionalità è l'estensione logica

e storica della dottrina dei diritti dell'uomo (1). Ciò non può ammettersi perchè la ideologia che portò alla proclamazione dei diritti dell'uomo solo all'individuo riconosceva la qualità di soggetto di diritto, e nella sua tendenza fondamentale era per l'umanitarismo astratto, per l'individuo sciolto da ogni vincolo storico, membro di una organizzazione politica non fondata in natura, ma creata dalla ragione (2). L'equivoco potè sorgere nel secolo XIX colla vigorosa affermazione delle individualità nazionali che portò a concepire i rapporti giuridici tra le nazioni politicamente organizzate alla stregua dei rapporti individuali, senza assorgere ad un principio più alto e comprensivo, da cui così gli individui come le nazioni traggono norma e finalità.

La dottrina della nazionalità del diritto quale troviamo nel Savigny e nello Stahl deve intendersi alla luce della filosofia romantica, cioè alla luce del movimento ideologico di reazione all'individualismo rivoluzionario. È noto che per i romantici l'individuo come tale non esiste, non ha valore di fine; per essi la realtà esiste solo come universalità organica, cioè come sistema di parti coordinate e subordinate ad un principio informatore. D'altra parte essi concepirono come inseparabili l'individuale e l'universale, e si rappresentarono costantemente quest'ultimo nelle forme individuali concrete.

La nazionalità del diritto nella mente di chi la proclamava, non significava già che giusto è ciò che è conforme a quello che il popolo sente e giudica tale in un dato momento della sua esistenza storica, ma ciò che è conforme a un ordine oggettivo di ragione e di giustizia che a noi si rivela nelle forme empiriche della nazionalità.

Nell'affermazione della nazionalità del diritto era pertanto implicita l'affermazione della sua razionalità e giustizia intrinseca, l'esigenza di un principio da cui il diritto trae origine, giustificazione, finalità, la possibilità di un dualismo tra il diritto *vigente* e il diritto *giusto* e, ciò che a noi più interessa, la condanna del diritto privato della rivoluzione tutto fondato sul presupposto dell'individuo, de' suoi fini, de' suoi rapporti con altri individui a lui uguali (3). Nel tempo stesso erano poste le condizioni di una scienza nuova del diritto privato.

---

(1) Cfr. tra gli altri recentemente il MICHELS, *Die hist. Entwicklung des Vaterlandsgedankens*, in *Schriften der deuts. Gesellschaft f. Soziologie*, I Serie, Bd. II (Tübingen, 1913), p. 161.

(2) Cfr. BARTH, *Die Nationalität in ihrer soziologischen Bedeutung*, in *Schriften*, ecc. cit., p. 38 e seg.; cfr. SOLARI, sopra, §§ 16, 17.

(3) Cfr. STAHL, *Die Phil. d. Rechts*, Bd. II (2ª ed., 1854), 1 Ab., p. 261; STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1911, p. 389.

Prima del Savigny del diritto privato era stata possibile una conoscenza filosofica, non una vera e propria conoscenza scientifica, fondata sull'applicazione rigorosa del principio di causalità. Per il razionalismo giuridico il diritto è un principio di ragione, i rapporti giuridici sono rapporti concettuali, il diritto privato è un sistema di norme ai fini dell'individualità, connesse e unificate da un processo logico di deduzione e di sussunzione. In un sistema siffatto le cause si risolvono nelle ragioni logiche delle norme sancite. Ma se il diritto, come il Savigny afferma, è un fatto, se esso vive e si svolge nella storia, se è un aspetto necessario della vita collettiva, allora la ricerca causale si impone come una esigenza teoretica e pratica, e lo studio del diritto privato diventa induttivo e scientifico. E veramente il Savigny vagheggiò per il diritto privato un rinnovamento analogo a quello operatosi nell'ordine delle scienze naturali per l'applicazione della riforma metodologica di Bacone. L'ammirazione del Savigny per Bacone è sintomatica. Ciò che impedì al Savigny di raccogliere i risultati che resero memorabile l'opera di Bacone fu il presupposto romantico dell'anima popolare, col quale più ancora che con la riforma nel metodo di studio egli intese rinnovare il diritto privato. La ricerca causale induttiva era disturbata da premesse metafisiche non poste dall'esperienza, strettamente legate con l'idealismo panteistico post-kantiano. D'altra parte non si può disconoscere il gran merito del Savigny nell'aver intuito che le scienze morali non si rinnovano in virtù di una semplice riforma metodica, ma solo in conseguenza di una nuova generale concezione della vita e della realtà. E devesi ancora riconoscere che l'aver intuito e affermato nella forma oscura e indeterminata del *Volksgeist* la causalità psichica, l'averla concepita collettivamente e non individualmente, l'averla posta a fondamento degli studi giuridici, portò a risultati ben altrimenti fecondi di quelli che avrebbe conseguito con l'applicazione pura e semplice dell'induzione baconiana. Perciò egli aprì la sola via possibile alla costituzione di una scienza del diritto privato non certo nel senso in cui materialisti e positivisti posteriormente la intesero. Il diritto privato assorge a dignità di scienza in quanto applica l'induzione storica e accoglie i postulati della psicologia collettiva. In tal senso la dottrina del Savigny fu il primo esempio di trattazione scientifica del diritto privato, e malgrado le insufficienze e gli errori costituisce il tentativo più fortunato, come quello che meglio penetrò e rispettò la natura dei fatti studiati. Di questa scienza del diritto privato l'indagine storica, lo studio del diritto romano, l'attività dei giuristi costituiscono le condizioni essenziali.

25. — La conoscenza storica del diritto è la condizione prima e fondamentale di una scienza del diritto privato, secondo il Savigny. L'idea non era nuova; l'amore per l'erudizione storica aveva costituito la caratteristica della giurisprudenza *culta* del secolo XVIII. L'Hugo aveva contrapposto il metodo storico al metodo razionale nello studio del diritto. Il Thibaut stesso aveva non solo raccomandato lo studio storico del diritto, ma egli stesso aveva in notevoli scritti mostrato i vantaggi che se ne potevano ricavare per la conoscenza del diritto (1). Il Savigny proclamando la necessità del metodo storico e degli studi storici non faceva che ravvalorare con la sua autorità una tradizione costante.

Se non che lo studio della storia prendeva in Savigny un significato affatto speciale in armonia con le premesse teoretiche della sua dottrina. Prima di lui la storia del diritto, quando non era coltivata a scopo di vana erudizione, era considerata come scienza sussidiaria, non costitutiva della conoscenza del diritto. Per lo più si ammetteva l'utilità e la necessità di ricorrere alla storia per conoscere i motivi della legge, per risalire attraverso l'ambiente e le circostanze di fatto, alla intenzione del legislatore (2). Ma era in tutti profondamente radicata l'idea che lo studio storico del diritto non serve a cogliere l'essenza dell'istituto, a dare il vero, il giusto diritto, che questo più alto fine solo mediante la ragione può raggiungersi. Sempre, implicito o esplicito, ritornava il dualismo tra la vita storica contingente e la natura razionale del diritto. Perciò il passato non ha rapporto necessario col presente, ma solo accidentale e transitorio, nè può invocarsi come criterio per conoscere, valutare, riformare il presente, il quale una volta prodotto vive di vita propria e rompe ogni rapporto con quello.

Questo modo di considerare la storia troviamo, all'epoca della nota polemica, nel criminalista Feuerbach. La storia, secondo quest'ultimo, se può illuminare sul modo di formazione del diritto, nulla può dire sulla sua natura intrinseca. « Ciò che appartiene alla storia è già morto alla vita » (3). Nell'Hugo stesso, in cui più vivo era il senso della storia, lo storicismo è sempre un metodo di studio, non un sistema di idee.

Il Savigny fu sotto questo riguardo un novatore. Nessun rimprovero

---

(1) Cfr. SOLARI, sopra, § 2, 3.

(2) Cfr. STAHL, *Ph. d. Rechts*. Bd. I (2te Aufl., 1847), p. 568.

(3) Cfr. A. v. FEUERBACH (1775-1833), *Vorrede* zu *Borst* « Ueber die Beweislast im Civilprozess », Leipzig, 1816. Questa prefazione fu anche pubblicata a parte col titolo: *Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung*, Leipzig, 1816. La riproduce lo STERN, op. cit., p. 198.

più ingiusto potè a lui moversi di quello di avere con la sua dottrina contribuito a diffondere l'amore per la micrologia storica, il culto cieco per l'antichità classica e medioevale, trascurando gli ulteriori e più moderni svolgimenti del pensiero giuridico. Quand'anche ciò risultasse nel fatto vero nessuna colpa può farsi alla dottrina storica, per la quale lo studio della storia non è fine a sè stesso, non ha scopo di erudizione, ma è mezzo per cogliere nel divenire continuo della storia ciò che ha ragione eterna di verità e di giustizia. Perciò il Savigny insiste sulla necessità del senso storico (*geschichtliche Sinn*), intendendo con ciò riferirsi al senso della nostra relatività nei riguardi del tutto, alla capacità di superare noi stessi, la nostra soggettività per confonderci nel processo storico, sentirne le influenze presenti e passate, trarne norma per il futuro. Così inteso il senso storico diventa criterio di oggettività e di universalità contro la facile illusione in cui cadono individui e popoli in ogni tempo di attribuire a ciò che è frutto del pensiero e sentimento proprio, valore universale (1).

Certamente il Savigny afferma che solo dalla conoscenza esatta dei particolari deriva alla storia il suo valore e si evitano vuote e generiche affermazioni (2). Ma devesi anche aggiungere che il fatto non ha per il Savigny valore in sè, ma ha valore per il processo storico che rappresenta, per cui la conoscenza dei fatti si risolve nella conoscenza dello spirito popolare che in essi si rivela (3). Di qui il nuovo significato del metodo storico. Esso non può consistere solo nella raccolta e nella elaborazione del materiale di studio, ma nel cogliere attraverso i fatti il principio che li produce e li unifica, nel ridurre a unità il molteplice della storia, nel vivificare la massa inerte del passato (4). Chi è schiavo dei fatti, chi non sa dominarli e valersene trovasi nella condizione del *sermocinari tanquam e vinculis*, secondo l'espressione di Bacone ricordata ripetutamente dal Savigny (5). E dominare i fatti significa nel suo pensiero spiritualizzarli, cioè studiarli geneticamente, nei loro principii e nei loro svolgimenti (6).

A questo riguardo il Savigny distingue tra il metodo sistematico e

---

(1) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., ediz. 1892, p. 69-70; Id., *Recension von Gönner, über Gesetzgebung und Rechtswiss. in unserer Zeit* (1815), in *Vermischte Schriften* (Berlin, 1850), v, p. 172.

(2) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., ed. cit., p. 76; *Stimmen f. u. wider neue Gesetzbücher* (1816), in appendice al *Beruf*, ed. cit., p. 102.

(3) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., p. 73.

(4) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., p. 71, 76, 85.

(5) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., p. 69, 76; *Sistema*, tr. id., I, p. 74.

(6) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., p. 68-69, 72-73.

il metodo storico propriamente detto. Quello opera sui fatti nella loro coesistenza spaziale e li riordina non secondo categorie astratte, ma secondo il loro principio informatore; questo studia i fatti nella loro successione temporale come modi di esistenza dello spirito popolare (1). In ogni caso il metodo storico tende alla conoscenza dei fatti e delle loro cause immediate per elevarsi al processo ideale di formazione del diritto ne' suoi caratteri e nelle sue leggi costanti, e la storia del diritto si identifica colla scienza stessa del diritto e diventa la storia della coscienza giuridica di un popolo determinato.

La storia e la scienza del diritto non possono essere per il Savigny che storia e scienza del diritto di un popolo particolare, non già perchè manchi al diritto un fondamento più generale rispondente alle uniformi e costanti tendenze dell'umanità, ma perchè tale carattere generale è indissolubilmente congiunto con elementi proprii di ciascun popolo. L'individualità o, ciò che è lo stesso, la nazionalità del diritto non è condizione fortuita, ma essenziale e necessaria del diritto (2). La speculazione filosofica se può e deve determinare le finalità ultime e le condizioni più generali di esistenza del diritto, non può di quest'ultimo cogliere la natura come i razionalisti sostenevano. La natura del diritto è data dalla storia, nella quale solo opera e si svolge lo spirito popolare; e nella storia lo spirito popolare non agisce in forma generica e trascendente, ma in forma immanente e determinata, cioè sotto l'azione della particolare natura e degli speciali bisogni dei singoli popoli, tanto che si può affermare che l'eccellenza del diritto e il grado di conoscibilità è in ragione diretta della sua individualità o nazionalità.

Era naturale l'avversione del Savigny e della scuola storica per l'idea di un diritto universale e in particolare di una *Universalrechtsgeschichte* sostenuta dal Thibaut e dal Feuerbach (3). Che questi ultimi, seguaci del Kant, si facessero a sostenere contro il Savigny la necessità di studiare la storia del diritto di tutti i popoli senza distinzione e senza preferenze non deve far meraviglia. Lo studio del Kant aveva loro insegnato che la storia è il contenuto empirico di una forma intelligibile, che essa è studio di fatti, non di concetti, è rivelazione di nessi

---

(1) Cfr. Savigny, *Recension v. Gonner*, ecc., in *Verm. Schrift.*, cit., v, p. 141.

(2) Cfr. Savigny, *Recension v. Gonner*, ecc., in *Verm. Schrift.*, v, p. 142; *Sistema*, trad. id., i, p. 48, 76.

(3) Cfr. Thibaut, *Civil. Abhand.* (1814), p. 433, cit. dal Savigny (in *Stimmen*, ecc., p. 102) assieme alla prefazione del Feuerbach alle *Jurist. Abhandl.* dell'*Unterholzner* (1810). Il Del Vecchio (in: *Sull'idea di una scienza del diritto universale comparato*, 2ª ediz., Torino, 1909, p. 24) ricorda del Feuerbach lo scritto postumo intitolato: *Idee und Nothwendigkeit einer Universaljurisprudenz.*

causali, non di uno spirito universale che opera nel tempo e nello spazio, è formulazione di leggi empiriche che rappresentano ciò che è relativamente costante nel variare indefinito dei fatti umani. Essi tennero distinto il problema storico del diritto dal problema filosofico, e la storia intesero come scienza di fatti più che di valori e di fini. Nessun presupposto metafisico impediva loro l'estensione dell'indagine storica, mentre ragioni teoretiche e pratiche ciò consigliavano.

Di un diritto universale in senso metafisico non potevasi, secondo il Savigny, parlare, mancando esso del carattere essenziale della positività e della individualità. Se l'individuale è condizione dell'essere e questo si rivela nella storia, la particolarità e la storicità del diritto seguono necessariamente. Ma se il Savigny negò l'esistenza di un diritto universale, riconobbe la presenza di un elemento generale nel diritto, alla cui determinazione in sè e nei suoi rapporti col fine ultimo dell'uomo e dell'umanità intende la speculazione filosofica (1). A questa pertanto il Savigny assegnava nel suo sistema un còmpito preciso e, senza averne la pretesa e neppure la chiara coscienza, egli lasciava intravvedere una soluzione del problema filosofico fondata sulla dialettica dei contrari. La razionalità è un elemento del diritto, ma non ne esaurisce la nozione: questa risulta da una sintesi reale e non formale, cioè di elementi individuali e universali. E ciò era in armonia colla nuova concezione della realtà universale, da cui il diritto, come parte rispetto al tutto, trae la sua ragion d'essere e la sua finalità (2).

Di un diritto universale non può, secondo il Savigny, parlarsi neppure nel senso empirico di un diritto comune ricavato per generalizzazione e comparazione dallo studio delle istituzioni vigenti presso i diversi popoli. Era questa la tesi del Thibaut e del Feuerbach e nel sostenerla essi gettavano le basi di una storia non solo, ma anche di una scienza del diritto comparato (3). Così il metodo comparativo come il concetto di un diritto comune che ne risultava erano incompatibili colla dottrina storica. Le istituzioni di popoli e di tempi diversi, rispondenti a individualità collettive distinte, non potevano, secondo il Savigny, formare oggetto di raffronto, il quale implica l'eliminazione di ciò che vi è di essenzialmente proprio in esse per fermare l'attenzione sugli

---

(1) Cfr. Savigny, *Recension v. Gonner*, ecc., in *Vermis. Schrift.*, v, p. 142; *Sistema*, i, p. 74-75. A torto quindi rimproverano al Savigny la trascuranza dell'elemento universale nello sviluppo del diritto il *Kantorowicz*, l'*Enneccerus* ed altri citati dal Manigk, *Savigny u. der Modernismus im Recht* (Berlin, 1914), p. 113.

(2) Cfr. Manigk, *Savigny*, ecc., p. 114.

(3) Cfr. su ciò il Del Vecchio, op. cit., p. 10, 24.

elementi comuni e generali e perchè tali insignificanti. Di un diritto comune non può sostenersi l'esistenza nella realtà storica; esso è una astrazione artificiosa, da cui nessuna luce può venire per la conoscenza del diritto positivo. Per i seguaci dell'indirizzo opposto l'idea di una scienza del diritto comparato aveva per presupposto il diritto di ragione; l'astrazione dalla realtà empirica contingente, imperfetta, era per essi mezzo di approssimazione al diritto di ragione, che era il vero, il giusto diritto. Ma a chi, come il Savigny, concepiva il diritto nella forma della individualità e da questa misurava il grado di sua perfettibilità, doveva riuscire vana la pretesa di una scienza avente per oggetto un diritto comune a tutti i tempi e a tutti i popoli.

Non per questo crediamo coi più che il Savigny abbia introdotto nella scienza giuridica il dogma della particolarità e della incomunicabilità del diritto (1). In un senso particolare, che chiameremo storico per distinguerlo dal significato logico, il Savigny ammise l'esistenza di un diritto comparato. Anch'egli parla di un diritto generale o delle genti, avente i caratteri della storicità e della positività, risultato non di una operazione logica, ma della stessa evoluzione della coscienza giuridica. A legge di quest'ultima egli eleva la perdita progressiva del sentimento della *Volkseigenthumlichkeit*, il passaggio « von beschränkter, aber frischer und lebensvoller, Individualität zu unbestimmter Allgemeinheit ». E tale passaggio ha luogo in virtù di contatti sempre più intimi con altri popoli, per l'assimilazione sempre più larga di elementi estranei, per un processo necessario, inevitabile anche se a danno della originalità e fecondità del diritto. La credenza in un diritto naturale non è che un aspetto di questa tendenza alla generalità e alla uniformità (2). Con questa legge il Savigny spiega la distinzione romana tra *jus civile*, *gentium*, *naturale*. Nel distinguere, i romani non intesero contrapporre l'una all'altra queste diverse specie di diritto, ma solo di segnare le fasi dello stesso processo storico e psicologico. Nell'interpretazione data dal Savigny il *jus gentium* è lo stesso *jus civile* che per influenze estranee ha perduto della sua individualità nazionale e si è trasformato in un diritto positivo comune a tutti i popoli conosciuti. In progresso di tempo il diritto può acquistare tal grado di generalità da far sorgere l'illusione di un *jus naturale*, cioè di un

---

(1) Cfr. in tal senso il Del Vecchio, *Sulla dottrina della comunicabilità del diritto*, in appendice alla 2ª ediz. della *Idea*, ecc., cit., p. 29. In senso contrario il Bonnet, *La phil. d. droit chez Savigny*, in *Rev. inter. de Sociologie*, 1913, p. 308.

(2) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., ed. cit., p. 71; *Sistema*, I, p. 48, 126 e seg.

jus quod naturalis ratio apud omnes homines constituit (1). Le trasformazioni della coscienza giuridica lasciano inalterate le basi della dottrina storica; sempre l'anima nazionale è il principio produttore del diritto e la storia del diritto è sempre la storia della coscienza giuridica di un popolo determinato (2).

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc., p. 71, *Sistema*, ecc., I, p. 126 e seg.

(2) Per il pensiero del Vico in ordine alla questione della originarietà e comunicabilità del diritto, cfr. DEL VECCHIO, op. cit. (appendice) e la polemica tra esso e il FOLCHIERI in *La Critica*, vol. VIII (1910), p. 295 e seg.; vol. IX (1911), p. 58 e seg.; p. 158 e seg. Nel corso della polemica, che costituisce un notevole contributo alla conoscenza del pensiero giuridico del Vico, la diversità dei pareri si è di molto attenuata, così da lasciar scorgere la possibilità di un accordo fondamentale. Il Folchieri finisce per riconoscere che il Vico parla del diritto naturale come di un diritto storico di popoli determinati. D'altra parte il Del Vecchio riconosce che la dottrina della comunicabilità storica del diritto non è per sè inconciliabile coi principii della filosofia vichiana. Giustamente osservò il Croce che la causa dei dubbi e dei dissensi sta nel Vico stesso, nella oscurità del suo pensiero, nella novità delle sue espressioni. Di una vera e propria comunicabilità e trasmissibilità del diritto non può, secondo i principii da cui il Vico move, e in via normale, parlarsi. Le istituzioni giuridiche si generano dall'interno e non dall'esterno e sono simili senza che sieno copiate le une dalle altre « senza prendere esempio l'una nazione dall'altra » (cfr. CROCE, *La filosofia di G. B. Vico*, Bari, 1911, p. 83). Ma l'individualità e l'incomunicabilità del diritto non escludono per il Vico in modo assoluto la trasmissione di civiltà, l'assimilazione di elementi estranei, la comunione giuridica fondata sull'unità dell'umana natura, sull'uniformità del processo psicologico di formazione del diritto presso tutti i popoli. — Ciò che a noi qui preme rilevare è la posizione del Vico sia rispetto al Savigny, sia rispetto al Thibaut e al Feuerbach. Per noi non è dubbia la superiorità del Vico rispetto a entrambi. La storicità del diritto è ammessa così dal Savigny come dal Vico; ma mentre per il Savigny il diritto è rivelazione nel tempo dello spirito popolare individuato, per il Vico esso è lo svolgimento di quei *sensi eterni del giusto* che sono sepolti nella coscienza del genere umano. In conseguenza di ciò il Savigny pone come originario il diritto civile e fa del diritto comune un prodotto storico attenuato, di qualità inferiore, laddove il Vico pone come originario e fondamentale il diritto naturale delle genti, da cui si svolge per processo di determinazione il diritto civile. — D'altra parte il Vico colla sua dottrina del diritto naturale delle genti preparava le condizioni di una scienza della legislazione universale più efficacemente e scientificamente di quanto non facessero il Thibaut e il Feuerbach. Per questi, infatti, il criterio di unificazione e di comparazione del diritto è essenzialmente logico e formale, è cioè il concetto razionale del diritto; per il Vico invece è psicologico e storico, fondato cioè sulla essenziale unità della natura umana. Per il Vico la storia non è semplice interpretazione causale di fatti, ma sopratutto esplicazione della « umanità delle nazioni ». Perciò meglio che al Feuerbach (come il Del Vecchio sostiene in *Idea*, ecc., p. 25) spetta al Vico il titolo di precursore di una scienza del diritto universale per la vigorosa sua affermazione dell'unità dello spirito umano, di cui il diritto è una necessaria estrinsecazione storica.

26. — Il Savigny pertanto se non escluse la comparazione, la intese restrittivamente limitandola al diritto romano e germanico. Contro il Thibaut e il Feuerbach che la volevano estesa senza limiti di tempo e di luogo e consideravano alla stessa stregua il diritto di tutti i popoli, il Savigny sostiene che la comparazione può tornar utile per la conoscenza scientifica e non solo erudita del diritto, nel caso di popoli uniti da vincoli di parentela o tra i quali corsero storicamente stretti rapporti (1). Anche su questo punto il pensiero del Savigny è generalmente frainteso e si ripetono senza novità, nè spirito critico le accuse che già gli furono rivolte dal Thibaut e dal Feuerbach di incoerenza, di ingiustificata eccessiva predilezione verso un diritto straniero, quale era il diritto romano, a tutto danno del diritto nazionale (2). È evidente l'errore di giudicare dai risultati il valore dai principii. Questi non giustificavano nè l'idolatria del diritto romano, nè la trascuranza del diritto germanico. Ciò, anche se nel fatto avvenne, non era certo nella logica della dottrina storica e neppure nelle intenzioni del Savigny, di cui è incontestabile il merito di avere, in armonia del resto coi principii professati, dato notevole impulso agli studi di diritto germanico (3). E invero l'anima nazionale è un principio attivo che può esplicarsi sulla materia giuridica più diversa, assimilandola e foggiandola secondo le sue proprie tendenze e preferenze. Nè può parlarsi di diritto straniero quando questo diventa parte integrante della coscienza giuridica nazionale. E tale carattere rivestiva indubbiamente in Germania il diritto romano in conseguenza della recezione (4).

Una ragione anche più profonda giustificava presso i seguaci dell'indirizzo storico lo studio del diritto romano. Questo assorgeva ai loro occhi a una specie di diritto « tipo » nella cui storia per un complesso di circostanze favorevoli, meglio che nella storia del diritto

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Stimmen*, ecc., appendice al *Beruf*, ed. cit., p. 102.

(2) Tanto il Feuerbach quanto il Thibaut furono critici severi del diritto romano, da essi considerato come un diritto straniero. Cfr. FEUERBACH, *Vorrede* al *Borst* cit.; THIBAUT, *Ueber die Notwendigkeit*, ecc., ed. 1840, p. 8 e seg. Cfr. anche del THIBAUT le recensioni pubblicate nei *Heidelb. Jahrb.* 1814-16 e ancora l'ultimo suo scritto: *Ueber die sogennante hist. und nicht-hist. Rechtsschule* in *Arch. f. d. Civil. Praxis*, vol. 21, 1838, p. 395-396.

(3) Cfr. sopratutto l'art.-programma della *Zeits. f. gesch Rechtswiss.* I, 1815; *Beruf*, ecc., p. 71 e la prefazione al *Sistema*.

(4) Questo concetto della nazionalità del diritto romano rispetto alla Germania risulta oltre che dalla teoria del Savigny relativa alla recezione, da esplicite dichiarazioni contenute nel *Beruf* (p. 22 e seg.; p. 72), nella recensione dell'opera del *Gonner* (*Verm. Schrif.* v. p. 119-120), nella prefazione al *Sistema*.

di qualsiasi altro popolo, l'intima natura del diritto luminosamente si rivelava. Ancora una volta nell'età moderna il diritto romano ritorna coi caratteri di un diritto ideale (1). Esso compie nella dottrina storica quella funzione di diritto perfetto che compieva il diritto di natura nell'età anteriore. Questa corrispondenza puramente estrinseca fece credere a influenze giusnaturalistiche sul Savigny, senza por mente al significato profondamente diverso che il diritto romano prendeva presso i giusnaturalisti e nel Savigny (2).

Nel secolo XVIII era generale la tendenza a concepire il diritto romano *sub specie aeternitatis*, come un diritto di ragione, una *ratio scripta*, come dicevasi, sulla cui scorta formare un vero codice del diritto naturale (3). Il còmpito del giurista-filosofo consisteva essenzialmente nell'astrarre dalle fonti, per lo più giustinianee, gli elementi di verità e di giustizia eterni che in esse si contenevano. Non mancarono le critiche e ricordiamo per tutte quelle del Leibniz, ma esse erano rivolte alle forme storiche imperfette in cui si tramandava il diritto romano dalle quali doveva essere liberato. Nè altra origine e fondamento avevano le critiche del Feuerbach e del Thibaut allo studio del diritto romano. Essi non disdegnarono, come i giusnaturalisti, il lavoro di ricerca storica e di elaborazione critica delle fonti antiche, ma lo apprezzarono solo agli effetti di un sapere empirico, non agli scopi di una conoscenza razionale del giusto. L'influenza del Kant aveva fatto cadere definitivamente l'illusione dei giusnaturalisti di trovare nel diritto romano il diritto di ragione. Questo prendeva nel Kant un nuovo significato, il quale sfuggì a molti suoi seguaci e tra questi al Thibaut, nei quali fece sorgere una nuova e ben più pericolosa illusione di poter costruire il concetto del diritto anche nel suo contenuto mediante la pura attività razionale.

Per il Savigny il diritto romano deve il suo valore e il suo significato a quegli elementi empirici, nazionali, che i giusnaturalisti e i razionalisti più dispregiavano. Con lui la concezione romantica del diritto romano si affermava così di fronte alla concezione dei giusnaturalisti, come di fronte all'indirizzo storico-erudito del Putter, dell'Hugo, del Niebuhr. Poichè non trattavasi per il Savigny di ricercare

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, c. IV; *Sistema*, Prefazione.

(2) Cfr. per tutti il BERGBOHM, *Jurisp. u. Rechtsph.*, I (Leipzig, 1892), p. 480 e seg. e gli autori da lui citati. Anche il DEL VECCHIO, fra noi, inclina verso questa opinione. Cfr. suo scritto: *Sull'idea*, ecc. p. 10. In senso contrario cfr. MANIGK, op. cit., p. 134-135.

(3) Cfr. SOLARI, *Idea*, ecc. I, § 9.

nel diritto romano quegli eterni principii di ragione che costituivano per i giusnaturalisti il suo maggior pregio e che ognuno poteva da sè ritrovare e neppure di studiare il diritto romano con metodo nuovo e positivo, ma piuttosto di coglierne l'intimo processo di formazione, di studiarlo alla luce della dottrina storica, come un prodotto della coscienza giuridica del popolo romano. Qualche cosa di analogo aveva tentato il Vico ma senza il metodo, la preparazione, i risultati del Savigny (1). Il quale credette trovare nella storia del diritto romano la conferma delle sue idee circa l'origine e la natura del diritto e la conferma parve a molti una identificazione e generò la falsa opinione che dallo studio del diritto romano derivasse il Savigny per induzione e generalizzazione la sua dottrina (2). Nel fatto trattavasi dell'estensione allo studio del diritto romano dei metodi e dei concetti propri dei romantici, nè può seriamente sostenersi che le affermazioni sui caratteri e sul processo di formazione del diritto romano fossero il risultato di un rigoroso metodo storico. Più che l'induzione storica fu di guida al Savigny la psicologia romantica e il processo spirituale di sviluppo del *Volksgeist*. È facile del resto rilevare l'influenza romantica nella tendenza ad attenuare il valore dell'attività legislativa, nella parte fatta alla tradizione, alle energie spontanee della coscienza popolare. Romantica è l'analogia coll'organismo, e nel significato famigliare ai romantici devonsi intendere nella loro genericità le espressioni di popolo, di senso storico, di senso giuridico che ritornano frequenti nella *Vocazione* applicate al diritto romano e ai giureconsulti classici.

Anche più manifesta e immediata si rivela l'influenza romantica nella predilezione per il diritto romano dell'età classica, nonchè nella dottrina della fungibilità dei giureconsulti. Per i romantici l'eccellenza dei prodotti del *Volksgeist* è misurata dal grado di spontaneità e di individualità nazionale che in essi si rivela. Tali caratteri credette il Savigny riscontrare nella fase più antica del diritto romano. La storia del diritto romano, egli scrive. fino all'epoca classica presenta un « uberall allmähliche, völlig organische Entwicklung » (3). Nè la personalità dei giureconsulti disturbò questo progressivo organico svolgimento, distinguendosi essi per l'impersonalità dell'opera loro e, come il Savigny si esprime, per la loro *fungibilità*, in forza di cui ognuno in grado diverso sentiva di lavorare intorno « an einem und demselben grossen Werke » e di essere interprete della coscienza giuridica col-

---

(1) Cfr. Baviera, *G. B. Vico e la Storia del diritto romano*, Palermo, 1912.
(2) Cfr. tra gli altri il Carle e il Bekker. V. sopra, p. 159 nota.
(3) Cfr. Savigny, *Beruf*, ed. cit., p. 19-20; p. 73.

lettiva (1). Questa capacità di intendere il continuo, l'inconscio, di risolvere sè nel tutto per meglio intenderne la vita profonda era la caratteristica propria dello spirito romantico (2).

Analogamente intesero lo studio del diritto romano il Puchta e lo Stahl. Più che a scriverne la storia essi mirarono a penetrare attraverso quello la natura intima del diritto, le leggi generali e costanti del suo sviluppo e se ne valsero contro il duplice dogma della immutabilità delle istituzioni giuridiche e dell'onnipotenza del legislatore. Per lo Stahl in particolare il pregio del diritto romano consiste nell'essere una *raison écrit*, non nel senso di un *Kodex des Naturrechts*, ma nel senso di un *Kodex der Natur der Sache* (3).

Nè è senza un profondo significato il fatto che la scuola storica non ha dato una storia del diritto romano nè generale, nè parziale. Di ciò fu rimproverata (4), mentre tale còmpito non era nelle sue finalità essenzialmente teoretiche, rispetto alle quali la storia in generale, quella del diritto romano in particolare aveva valore di mezzo non di scopo.

Nella polemica contro il Gönner il Savigny rivela il duplice valore teoretico e pratico dello studio del diritto romano. Agli effetti pratici, come parte integrante del diritto tedesco attuale, il diritto romano devesi studiare con rigoroso metodo storico al pari del diritto germanico e delle modificazioni che l'uno e l'altro incontrarono nel tempo in conseguenza dell'uso e della dottrina. Ma quando il Savigny osserva che « die Vortrefflichkeit des Römischen Rechts ist dem Grundsatz der historischen Methode eigentlich ganz fremd », egli intende affermare il primato del diritto romano come principio teoretico in quanto è l'espressione più perfetta dell'idea del diritto, o, come dice lo Stahl, della natura delle cose romanticamente concepita (5). Il diritto romano diventava, sotto questo aspetto, elemento costitutivo della scienza del diritto privato e fondamento dell'attività scientifica del giurista.

---

(1) L'espressione « fungible Personen » applicata ai giureconsulti romani trovasi nel *Beruf*, p. 96. Lo stesso concetto aveva con altre parole espresso nel *Beruf*, a p. 18, ove afferma che negli scritti dei giureconsulti romani si riscontra « weit weniger Individualität als in irgend einer andern Literatur ».

(2) In questa interpretazione romantica del diritto romano da parte del Savigny concordano sostanzialmente il LANDSBERG (*Gesch. d. Rechtsw*, cit., III Abt., 2ter Halb., p. 209-211), l'JHERING, il MANIGK (*Savigny*, ecc., p. 16). In senso contrario recentemente l'EHRLICH, *Grundlegung*, ecc., cit. p. 258.

(3) Cfr. STAHL, *Phil. d. Rechts* 2. Bd. (3a ediz. Heidelberg, 1854) 1e Abth. Anhang, p. 517.

(4) Cfr. STINTZING, *Preuss. Jahrb.* 9, p. 161.

(5) Cfr. SAVIGNY, *Recension von Gonner*, ecc. in *Verm. Schrift.* Bd. 5, p. 120.

Nè va da ultimo dimenticato il significato nuovo sociale del diritto romano presso i seguaci dell'indirizzo storico. Quello stesso diritto che era apparso ai giusnaturalisti, ai seguaci del razionalismo giuridico l'espressione più pura dell'idea individuale nell'ordine giuridico, lungi dall'essere ripudiato nell'età successiva di reazione fu invocato a solenne conferma della natura sociale del diritto. Il diritto romano parve veramente al Savigny il prodotto della coscienza collettiva del popolo romano, mentre lo Stahl traeva dallo studio del diritto romano argomento per l'affermazione di un ordine etico oggettivo, al quale la volontà dell'individuo nella creazione dei rapporti giuridici doveva subordinarsi. Nè può dirsi che l'interpretazione sociale del diritto romano avesse per sè la prova dei fatti più di quella contraria. Così nei seguaci dell'indirizzo storico come in quelli dell'indirizzo razionale il diritto romano era inteso attraverso i principii professati, il cui valore era affatto indipendente dalle vicende storiche di un particolare diritto. E se la scuola storica meglio riuscì a penetrare l'indole e il significato del diritto romano ciò dipese dall'aver essa meglio compresa la natura del diritto in generale. Ai fini poi particolari che la scuola storica si proponeva di gettar le basi di una scienza del diritto privato, lo studio del diritto romano presentavasi particolarmente utile più che per la bontà dei principii accolti per il metodo seguìto nel rintracciarli e nell'applicarli (1). Il significato e il valore metodologico del diritto romano erano strettamente legati alle idee del Savigny in ordine alla natura della scienza e alla funzione dei giuristi nella formazione del diritto privato.

§ 27. — L'opera del Savigny finì coll'esaltazione della scienza e dell'attività dei giuristi, così da far credere che a questo egli sopratutto mirasse nel formulare la sua dottrina. La parte fatta dal Savigny nel suo sistema alla scienza e ai giuristi trova solo riscontro nell'onore reso da Platone nella sua repubblica alla filosofia e ai filosofi. Se e come una siffatta glorificazione sia in armonia con la concezione storica del diritto, se e come il diritto scientifico possa soddisfare le esigenze essenzialmente pratiche della giurisprudenza fu vivamente discusso tra seguaci e avversari dell'indirizzo storico, nè può dirsi, a nostro parere, in modo esauriente. E risolvere il dubbio non è ozioso

(1) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., ed. cit., p. 23, ove si accenna al diritto romano « als Muster juristischer Methode ». E a p. 72 il Savigny osserva che il diritto romano ha il pregio di poter servire « durch seine hohe Bildung als Vorbild und Muster unsrer wissenschaftlichen Arbeiten ».

se si pensa alla sorte toccata alla dottrina storica, di aver fatto opera di conservazione assai più che di innovazione negli studi giuridici, in aperto contrasto con gli elementi di vita e di riforma che in sè conteneva e che ne avevano determinato il successo

Nessuno meglio del Savigny sentì l'esigenza di una trattazione scientifica del diritto privato, nessuno meglio di lui seppe indicarne le condizioni e i limiti. Tale scienza egli volle fondata non tanto sulla storia del diritto, quanto sulla conoscenza del diritto nella sua esistenza storica, non tanto sull'applicazione del metodo storico, quanto sulla conoscenza del principio attivo, spirituale da cui i fattori e le istituzioni si generano in armonia coi bisogni e le finalità della vita collettiva. Il carattere scientifico del diritto è inerente alla sua struttura, alla sua funzione sociale; prima ancora di essere una esigenza dell'intelletto esso costituisce una esigenza oggettiva della realtà nella quale si rivela nella forma spontanea, immediata della consuetudine.

Il progresso del diritto implica superamento di questa fase primitiva, il passaggio alla fase riflessa o scientifica propriamente detta, la quale non significa arbitrarietà nella formazione del diritto, ma coscienza chiara e distinta nel giurista della vita storica e della struttura intima del diritto, delle sue leggi di sviluppo e delle sue finalità, de'suoi rapporti con gli altri molteplici aspetti della vita collettiva, della sua subordinazione a fini più alti e generali. Immutata rimane la natura del diritto; ma questo si rivela oramai attraverso la coscienza riflessa del giurista, che sostituisce l'organo naturale e spontaneo della coscienza popolare. La scienza pertanto del diritto non è la produzione solitaria di spiccate personalità, ma è il risultato dell'opera lenta e progressiva di molte generazioni di giuristi, che seguono lo stesso metodo, lavorano con lo stesso spirito, con la stessa coscienza di cooperare, malgrado divergenze individuali, inevitabili, ad una grande opera comune (1).

Attraverso la coscienza riflessa del giurista così la materia come la forma del diritto prendono nuovo atteggiamento e divengono capaci di più fecondi risultati. Il giurista deve porsi in grado di dominare la materia giuridica, cioè di apprezzare i fatti nella misura in cui esprimono bisogni reali, tendenze costanti della coscienza popolare. E dai fatti esso deve sapersi sciogliere per scoprirne i nessi casuali, per cogliere il principio che li regola e li illumina, per ridurli a unità organica.

---

(1) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., ed. cit., p. 77; 81.

Al dominio della materia si accompagna nella fase scientifica il progresso della forma che implica la sistemazione e unificazione del materiale giuridico, la chiarezza e precisione nella espressione verbale. Anche il Savigny riconosce l'utilità e la necessità della tecnica giuridica che si risolve sostanzialmente nel tradurre in forma logica e schematica la vita storica del diritto, senza cadere nel formalismo dei giuristi del secolo XVIII, che tale operazione logica intendevano astrattamente o applicavano a concetti vuoti di contenuto reale (1).

Nel pensiero pertanto del Savigny le due fasi della vita del diritto, la fase naturale e la fase scientifica, non costituiscono due fasi contrapposte e successive, ma la fase scientifica riassume in sè, perfezionandola e svolgendola, la primitiva fase di spontanea formazione del diritto. Per usare la terminologia alquanto arbitraria del Savigny il diritto ha una duplice vita, una vita *politica* in quanto esprime esigenze fondamentali della vita sociale, ed è con questa in intima sostanziale dipendenza, e una vita *tecnica* nella ulteriore elaborazione scientifica dei *giuristi* (2). Per opera dei quali la realtà giuridica immanente alla vita storica del popolo e rivelantesi nella forma spontanea della consuetudine acquista coscienza e si traduce nella forma logica della legge. Conserva il diritto il carattere e il significato di una attività della vita collettiva, ma l'organo per il quale questa attività si rivela muta forma, si individualizza e si concreta nel giurista; alla produzione spontanea del diritto mediante la coscienza impersonale del popolo succede l'opera del giurista, particolarmente educato a intendere e a esprimere la realtà giuridica nel suo processo di formazione storica. Il progresso giuridico sarebbe pertanto in ragione del grado in cui la coscienza giuridica popolare è riassunta e determinata dalla individualità del giurista.

Non è il giurista nella dottrina del Savigny un organo cosciente ma passivo della coscienza giuridica collettiva, ma è un elemento attivo come il popolo a cui si sostituisce e che in sè personifica. Esso può considerarsi un vero creatore del diritto non nel senso che l'opera sua si svolge arbitraria, o nel senso che crei la materia giuridica, ma nel senso che esso si pone nel centro della realtà giuridica, la intende e intendendola la produce. L'opera del giurista trova il suo limite naturale nella legge di relatività storica e prende norma dalla coscienza del processo storico di formazione del diritto; perciò essa non può essere ostacolata dall'azione legislativa, la quale deve moversi nei limiti e secondo le direttive poste dalla scienza giuridica.

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc., p. 7-8; 29; 69.
(2) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc., p. 8.

Il dogma della superiorità del giurista e della scienza sull'opera del legislatore e della legge veniva con ciò proclamato in pieno contrasto colla concezione giuridica del secolo anteriore. Era la logica della dottrina storica che trionfava sulla concezione razionale e dogmatica del diritto. Finchè questo è concepito come un ordine oggettivo che esiste interamente spiegato fuori e indipendentemente dallo spirito che lo contempla, l'onnipotenza della legge e del legislatore seguiva necessariamente, riducendosi il problema giuridico a fissare nella legge il diritto eterno di ragione. Ma se il diritto è un prodotto della coscienza collettiva, inseparabile dallo spirito che lo produce, non può giustificarsi l'azione del legislatore tendente a fissarlo in una norma universale e costante. Il giurista ripensando e riproducendo il processo di formazione del diritto, è il solo veramente in grado di intenderne la natura in armonia colle esigenze sempre nuove della vita sociale.

La sostituzione del giurista al popolo non è pertanto nel sistema del Savigny un fatto arbitrario, ma oltre ad essere il risultato di una necessaria differenziazione storica e psicologica è condizione del progresso giuridico. Il passaggio dall'inconscio indeterminato alla coscienza riflessa differenziata non è solo condizione di sviluppo della coscienza individuale, ma ancora della collettiva, la quale risolvendosi in forme e direzioni particolari genera gli organi corrispondenti. I quali sono per la coscienza giuridica riflessa e per la scienza del diritto che su di essa si fonda i giuristi, la cui attività diretta con unità di metodo e di fine a intendere la vita profonda del diritto e il suo principio organico, prende naturalmente carattere, sia pure empirico, di oggettività e di universalità (di *fungibilità* direbbe il Savigny), che rende possibile la comunione degli sforzi e l'organizzazione collettiva del lavoro scientifico.

In un senso nuovo e affatto speciale il diritto scientifico frutto della elaborazione collettiva dei giuristi assorge nel Savigny a dignità di fonte del diritto. Per la scuola avversaria l'attività dei giuristi quando non si svolgeva in un campo astratto, filosofico si esauriva nella risoluzione dei casi controversi e nella pratica applicazione del diritto (*usus fori*). Fonte unica e necessaria era la legge a cui spettava determinare ciò che il diritto era e ciò che doveva valere come diritto. L'esigenza teoretica e pratica sembravano concorrere nella legge, la quale esprimeva un principio razionale in forma imperativa. Se non che il presupposto che la norma derivasse il suo contenuto dalla semplice attività razionale era illusorio e pericoloso, in aperto contrasto col pensiero e la riforma giuridica kantiana, secondo cui l'esigenza razionale riguarda solo l'aspetto formale del diritto. Per il Savigny il

problema delle fonti del diritto era profondamente mutato. Se il diritto si fa da sè in virtù di un intimo, invisibile (*unsichtbar*) processo della coscienza collettiva, processo che si traduce esteriormente nella forma inconscia della consuetudine, nella forma riflessa della scienza (ed entro certi limiti della legislazione in quanto si inspira alla scienza), ne viene che fonte unica e vera nel senso materiale è la stessa coscienza popolare, nel senso formale la scienza, la quale essendo all'apice dell'evoluzione giuridica riassume in sè tutte le altre forme di estrinsecazione della vita giuridica. Non può esistere per il Savigny una differenza sostanziale tra il diritto consuetudinario e il diritto scientifico, avendo entrambi comune la fonte ed essendo il diritto scientifico lo stesso diritto consuetudinario elaborato dalla coscienza del giurista. L'unità del diritto nelle sue diverse fasi di sviluppo corrisponde all'unità dello spirito nelle sue diverse manifestazioni. E per la concezione romantica dello spirito accolta dal Savigny ciò che l'uomo apprende per intuizione e per sentimento non può essere sostanzialmente diverso da ciò che intende coll'intelletto. L'irrazionalità romantica non è che razionalità oggettiva inconscia.

D'altro canto la distinzione tra fonte materiale e formale non ha per il Savigny alcun valore assoluto, tanto meno ha il valore di una contrapposizione. La scienza non genera il diritto, ma è la forma necessaria in cui esso si rivela, e se non è la sola, ne è però la forma più alta e perfetta. I risultati quindi del lavoro scientifico non hanno solo valore teoretico ma pratico e il diritto scientifico finisce per identificarsi collo stesso diritto positivo. Infondato pertanto ci sembra il rimprovero che il Kantorowicz move al Savigny di aver confuso tra la scienza come fonte materiale del diritto, come mezzo cioè di conoscenza del diritto positivo e la scienza come fonte formale, cioè come mezzo per conoscere, interpretare, applicare il diritto vigente (1). Più che di confusione si tratta di identificazione logica e necessaria, poichè se la scienza è per Savigny da un lato fonte formale, dall'altro la conoscenza storica o scientifica del diritto, è nel tempo stesso conoscenza del diritto positivo, e quest'ultimo non può essere diverso dal diritto dichiarato dalla scienza. Se la positività è carattere essenziale del diritto essa implica in ogni caso storicità, la cui determinazione è oggetto dell'indagine scientifica. E nell'intimo necessario processo per cui il diritto si attua storicamente consiste oltre che la positività, l'obbligatorietà del diritto. La scienza come non crea così non impone il diritto, ma nel dichia-

(1) Cfr. KANTOROWICZ, *Was ist*, ecc., p. 76, e le osservazioni del MANIGK, *Savigny*, ecc., p. 97-98.

rarlo storicamente essa mette in rilievo la ragion vera e sola della sua forza obbligatoria.

Sul carattere e sulla finalità essenzialmente pratica del diritto scientifico insiste l'Ehrlich, secondo il quale la scuola storica avrebbe non solo distinto ma contrapposto il diritto consuetudinario come norma generale di condotta al diritto scientifico come complesso di norme che si sarebbero formate nella pratica del foro per opera dei giuristi (Entscheidungsnormen) (1). Se non che qui non trattasi di vedere se effettivamente i seguaci della scuola storica, non esclusi i capi, abbiano inteso il rapporto tra il diritto consuetudinario e scientifico nel modo indicato dall'Ehrlich, ma se la contrapposizione di cui si tratta era in armonia coi presupposti teoretici della scuola, i quali meglio che alle separazioni e alle antitesi portavano all'identità sostanziale delle diverse manifestazioni della coscienza giuridica collettiva in tutte le sue fasi di sviluppo. Ciò appare evidente nel Puchta e nello Stahl, presso i quali i principii da cui traeva origine e significato la concezione storica del diritto ci si rivelano in forma anche più esplicita.

Anche per il Puchta il diritto scientifico ha valore di norma positiva e non solo di fonte formale del diritto. La sua superiorità deriva da ciò che in esso convergono la massima individualità e la massima universalità, cioè i due principii che stanno a fondamento della realtà in generale. Attraverso la coscienza e il convincimento del giurista si afferma in tutta la sua forza e purezza il principio della nazionalità, che è l'elemento universale e costante a cui si rivela la verità e l'eccellenza del diritto (2). La coscienza giuridica collettiva passando dal popolo, al legislatore, al giurista nelle forme rispettive della consuetudine, della legge, della scienza si svolge e si perfeziona così nella forma come nella materia. Nell'*opinio doctorum* pertanto e nell'*usus fori* il diritto vive la sua vita più alta e perfetta (3).

A sua volta lo Stahl, dopo di aver rilevato che l'attività scientifica

---

(1) Cfr. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Leipzig, 1913, p. 359 e seg. L'Ehrlich quivi pubblica (p. 360) uno scritto inedito del Savigny, casualmente trovato in un *Kollegienheft* del 1819, in cui il rapporto tra le tre fonti, consuetudine, legge, scienza è chiaramente definito e da cui si trae nuova conferma che il Savigny fu il vero autore della dottrina formulata poi dal Puchta sul diritto consuetudinario.

(2) Cfr. Puchta, *Gewohnheitsrecht*, ecc., I, p. 165 e seg. La scuola storica « ging auf den Begriff des Nationellen zurück, und erkannte in diesem den natürlichen Grund des Rechts und des Staates ».

(3) Il Puchta (l. c., p. 167) chiama, dalla sua esterna manifestazione, *das Juristenrecht* anche *das Recht der Praxis*.

del giurista non può avere carattere originario e autonomo, presupponendo essa un dato costante a cui riferirsi, insiste sulla necessità di distinguere tra l'ordine giuridico inteso come aspetto dell'ordine universale e l'opinione soggettiva che il popolo si fa di tale ordine. All'ordine giuridico oggettivo devono inspirarsi i giuristi, i quali possono bene col Savigny e col Puchta dirsi i rappresentanti del popolo, ma nel senso che essi, in sostituzione del popolo, interpretano e applicano il diritto nel suo valore oggettivo, non nelle forme incerte e imperfette della coscienza giuridica popolare. Per lo Stahl la nazionalità del diritto è un principio di necessità oggettiva che si rivela empirico e imperfetto attraverso la coscienza del popolo e del legislatore, mentre nell'opera del giurista si afferma in tutta la sua oggettività e universalità. Nè lo Stahl crede che la semplice dichiarazione del giurista di ciò che è diritto sia condizione sufficiente per la sua validità positiva, occorrendo a tale scopo che sia dichiarato e applicato dai Tribunali. Questi costituiscono l'organo proprio del diritto scientifico; essi stanno alla scienza come la consuetudine alla coscienza popolare, la legge alla volontà sovrana (1).

Nello Stahl la funzione logica della scienza giuridica e dei giuristi è posta in particolare rilievo (2). L'attività del giurista è una attività essenzialmente riflessa e razionale. Ciò i giuristi della scuola storica non hanno mai disconosciuto anche quando accentuarono, come il Savigny, l'origine e lo svolgimento inconscio dell'oggetto, a cui l'attività del giurista si applica. La *ratio juris* poteva destare diffidenza nella scuola razionalista quando era applicata ad una pretesa realtà di ragione, assoluta, immutabile, non nella scuola storica secondo cui il diritto si fa da sè, in virtù di un suo proprio principio di formazione, che ne costituisce la legge e la ragione, e la logica non fa che illuminarlo, svolgerlo armonicamente, riviverlo nella indefinita varietà dei casi particolari. La logica giuridica è l'estensione riflessa della logica inconscia inerente alla natura delle cose, è il ripensamento giuridico della realtà. E può dirsi produttiva e inventiva l'attività del giurista e non solo esplicativa ed estensiva, ponendo essa in rilievo i nessi che costituiscono la trama della vita giuridica, i rapporti sempre nuovi e vari in cui questa viene a trovarsi cogli altri aspetti della realtà, il principio da cui essa da ultimo procede. Il Savigny stesso ci dice che dalla materia giuridica penetrata ed elaborata dalla mente del giurista nella

---

(1) Cfr. STAHL, *Philosophie d. R.*, ecc., Bd. II, II Buch, III Kap., § 22.

(2) Cfr. STAHL, *Philosophie*, ecc., l. c.; PUCHTA, *Gewohnheitsrecht*, ecc., II, p. 19-20.

sua unità profonda scaturisce una vita nuova organica, che reagisce sulla materia, rendendola capace di nuovi più ampi svolgimenti e produzioni (1).

Il carattere creativo dell'attività scientifica del giurista si rivela sopratutto in ordine al problema delle lacune, problema che non ebbe all'età del Savigny l'importanza che doveva in seguito, col prevalere del formalismo giuridico, prendere, anche perchè implicitamente risolto dai principii della scuola. Per il razionalismo giuridico le lacune non sono nè teoricamente nè logicamente possibili; la loro esistenza dipende da difetti delle leggi positive, da incapacità di chi le applica. Se l'ordinamento giuridico positivo non è che l'ordine razionale codificato, ogni norma positiva deve potersi ricondurre alla norma universale che la comprende e la giustifica logicamente. Di ciò ebbe piena coscienza il Feuerbach, il noto giurista della scuola kantiana, tra i più acuti ed equilibrati avversari dell'indirizzo storico, quando osservava che come la natura rivela le sue leggi attraverso i singoli fenomeni, così nell'ordinamento giuridico nei casi particolari si rivela l'universale, nelle conseguenze il principio, per cui còmpito del giurista è di ricavare dai casi e norme singole il principio universale che ne costituisce il fondamento (2). Perciò il razionalismo giuridico doveva postulare il principio dell'espansione logica dell'ordinamento giuridico positivo e il suo necessario completamento mediante il processo analogico. Il quale fu storicamente il mezzo indispensabile per piegare ai tempi e condizioni nuove il diritto immobilizzato nei codici. L'analogia nella sua duplice forma di analogia *legis* e *juris* permetteva di estendere la norma o un complesso di norme particolari stabilite per uno o più casi a casi analoghi, in quelle logicamente non compresi, ma con quelle capaci di rientrare in una norma più generale. Perciò l'analogia non solo si presenta come un processo logico legittimo, ma risponde a una esigenza di giustizia in quanto implica il trattamento uguale di casi diversi, nei quali però ricorre una uguale ragione di decidere. Se non che l'analogia come processo di generalizzazione induttivo ha un limite normativo e se è mezzo valido per risalire ai principii generali del diritto non ci fa conoscere le norme universali di giustizia, da cui dipende l'eliminazione delle lacune e il completamento dell'ordinamento giuridico positivo.

---

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc. (trad. it.), vol. I, p. 69.

(2) Cfr. Anselmo Feuerbach (1775-1833), *Ueber Philosophie und Empirie, in ihrem Verhaltnisse zur positiven Rechtswissenschaft*, Landshut, 1804, p. 73. L'importanza del F. mise giustamente in rilievo il Del Vecchio, *Sull'idea di una scienza*, ecc., cit., p. 24-25.

Solo elevando a fonte suprema il diritto naturale, risultante da principii determinati *a priori* dalla ragione (come fece espressamente il codice austriaco) il problema delle lacune, date le premesse del razionalismo giuridico, poteva considerarsi veramente escluso (1).

Anche per il Savigny le lacune sono inseparabili da qualsiasi ordinamento giuridico codificato. L'opera legislativa sostituita alla formazione naturale e organica del diritto si svolge tra contraddizioni e lacune. Se non che il diritto positivo non ha per il Savigny come diritto sussidiario e complementare il diritto di ragione, per cui deve cercare in sè, nel suo processo storico di formazione il mezzo per integrarsi, per ristabilire l'unità e l'uniformità delle sue norme. Questa integrazione ha luogo mediante l'analogia, la quale viene ad assumere nella dottrina del Savigny un significato e una importanza che non aveva nell'indirizzo opposto. L'analogia è per il Savigny il solo vero e necessario processo integrativo e interpretativo del diritto esistente: essa permette di ricostruire la vita organica del diritto, per cui è chiarito il senso della legge e sono eliminate le contraddizioni e le lacune. Cessa quindi l'analogia di essere un processo logico di generalizzazione per trasformarsi in un processo reale di ricostruzione storica delle leggi e delle istituzioni. Se essa ha per punto di partenza il diritto positivo dato, o un nuovo rapporto giuridico per lo avanti sconosciuto, suo fine è di interpretare quello, di risolvere questo al lume della storia, sulla base di affinità non logiche ma reali, sul presupposto di una connessione intrinseca e non solo formale, dell'unità organica del diritto (2).

Mentre per la scuola tradizionale il dualismo tra il diritto di ragione e il diritto positivo era causa precipua di lacune e queste si eliminavano con i mezzi della logica formale e colla riduzione del particolare noto all'universale ignoto mediante l'analogia, per il Savigny le lacune si originano piuttosto da imperfezioni della tecnica scientifica, dal disconoscimento delle forme storiche del diritto, da un mancato accordo del diritto vigente col diritto che si svolge dalla coscienza giuridica collettiva. Anche il Savigny invoca l'analogia ma come processo scientifico tendente a ristabilire l'accordo tra l'essere e il divenire incessante del diritto. Perciò se da un lato egli respinge l'idea di un diritto di ragione come sussidiario e complementare del diritto positivo, dall'altro era tratto a negare la completezza del diritto positivo inteso come emanazione della volontà legislativa.

---

(1) Cfr. per la soluzione data dal Codice Napoleone e dal Codice civile austriaco al problema delle lacune il SAVIGNY, *Beruf*, ecc., ed. cit., p. 44 e seg.; p. 65

(2) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., I, § 46.

La dottrina storica deve considerarsi in aperto contrasto con quelle tra le moderne dottrine relative al problema delle lacune, tendenti ad affermare la necessaria completezza dell'ordinamento giuridico positivo identificato colla legge. Con argomenti essenzialmente logici il Donati sostiene da noi tale tesi fino alle ultime conseguenze (1). Per lui la nozione del diritto positivo coincide con quella di legge e questa se da un lato limita l'operare, dall'altro è riconoscimento di libertà incondizionata. A parte l'arbitraria riduzione dell'ordine giuridico positivo alle statuizioni legislative, anche il Donati finisce per porre nell'ordinamento positivo un principio generale e sovrastante che lo completa: tale principio è la libertà, a cui si riconosce il valore di un principio giuridico e non solo negativo, ma positivo (2). Essa viene pertanto ad avere nel suo sistema lo stesso valore che hanno il diritto di ragione e il diritto storico nel razionalismo e nello storicismo, il valore cioè di un principio che fa dell'ordinamento giuridico positivo un sistema chiuso e completo in sè stesso. La differenza sta piuttosto in una minor estensione e in una minor importanza attribuita all'analogia, poichè il principio di libertà essendo implicito e sempre presente nell'ordinamento giuridico positivo non ha bisogno di uno speciale procedimento per essere determinato. D'altra parte data la forza logica di esclusione delle norme giuridiche, l'estensione analogica, oltre i casi da esse preveduti, dev'essere esplicitamente consentita dal legislatore (3). Al quale in ultima analisi si finiva per attribuire il còmpito di colmare le lacune e la questione dell'esistenza o meno delle lacune si trasformava nell'altra se il colmarle spetta in ogni caso al legislatore come il Donati sostiene, oppure anche al giudice come la dottrina tradizionale e sopra tutto la storica ammettevano.

Quando si move ai codici l'accusa di aver immobilizzato il diritto, di aver fatto dell'ordine giuridico un ordine chiuso e completo in sè, di aver ridotto la funzione del giudice ad una funzione puramente passiva non si afferma cosa interamente esatta, poichè vi era nel razionalismo giuridico anche nei limiti in cui fu codificato (nella forma cioè dell'*equità naturale* del codice francese, o del *diritto naturale* del codice austriaco), tanto da render possibile e giustificare qualsiasi più larga e radicale riforma. Non solo il giudice trovava nei processi di generalizzazione o di estensione analogica il modo di sfuggire alle angustie

---

(1) Cfr. D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, 1910.

(2) Cfr. Donati, op. cit., capo II.

(3) Cfr. Donati, op. cit., p. 131-133.

del diritto scritto, ma trovava nel concetto esplicito o implicito del diritto naturale il mezzo di integrare le lacune e le insufficienze del diritto positivo, semprechè l'opera sua si svolgesse secondo lo spirito e le esigenze del razionalismo e dell'individualismo giuridico. I limiti che il giudice incontrava nell'opera sua erano quelli stessi che il legislatore si era imposto, ed erano i limiti derivanti dalla generale concezione individualista del diritto e dello Stato, la quale costituiva il presupposto teoretico della codificazione.

Lo storicismo in ragione delle sue stesse tendenze dirette a riabilitare le forze invisibili e inconscie operanti nella formazione del diritto era portato da un lato ad attenuare l'importanza e il valore dell'attività legislativa, dall'altro a dar rilievo all'opera dei giuristi e dei giudici, considerati come gli interpreti veri e sicuri della coscienza giuridica popolare, alla quale è mestieri rifarsi attraverso le lacune e le insufficienze del diritto scritto. Anche qui il limite teoretico è nella nuova concezione del diritto inaugurata dal Savigny, secondo cui il diritto non è l'espressione della personalità e del volere individuale, ma di una coscienza e volontà collettiva avente una realtà e unità storica e psicologica.

Analogamente il Savigny doveva combattere l'interpretazione fondata sulla comprensione ed estensione puramente logica della legge. Tale interpretazione era legittima finchè si riconosceva alla legge un valore oggettivo per sè stante, ma diveniva insostenibile, se, come per il Savigny, essa era il risultato di un processo psicologico, nel quale avevano parte essenziale ed integrante elementi irrazionali. Perciò all'interpretazione legale fondata sul presupposto della razionalità delle norme, doveva sostituirsi col nuovo indirizzo del Savigny l'interpretazione reale fondata sulla storicità organica del diritto. Nè con ciò il Savigny apriva la via all'arbitrio del giudice, a criteri di giustizia soggettiva e sentimentale, poichè la storia ha per lui una logica tanto certa e immutabile quanto la sillogistica e il giurista se deve in sè rivivere il processo storico non può contrastarlo nè modificarlo. L'oggettività storica concreta affermava per tal modo la sua superiorità sulla mera oggettività logica e formale (1). Perciò il Savigny potè giustamente passare per un precursore della dottrina del *diritto libero* in quello che tale dottrina presentava di più vero e accettabile (2). Non la legge in sè e nella

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., I, e. IV.

(2) Cfr. per i rapporti tra il Savigny e le odierne dottrine del *diritto libero* l'opera del MANIGK, *Savigny und der Modernismus im Recht* (Berlin, 1914), c. III-IV. In senso contrario il KANTOROWICZ, *Was ist uns Savigny*, cit. Evidentemente il K. equivoca e ha presente nelle sue critiche le degenerazioni della scuola storica.

sua estensione logica vincola il giudice, ma il diritto nelle sue limitazioni e determinazioni di tempo e di luogo.

Lo storicismo metteva in nuova luce i problemi delle fonti del diritto, delle lacune, dell'interpretazione delle leggi e le nuove soluzioni parvero il risultato dell'indirizzo scientifico seguìto dai giuristi in contrapposizione all'indirizzo filosofico dei legislatori. Alla scienza si attribuiva il còmpito di determinare i veri principii giuridici, di svolgerli, di applicarli e tali principii acquistavano nell'opera dei giuristi un valore e una forza obbligatoria che non erano subordinati al loro riconoscimento da parte del legislatore. Epperò il contrasto tra la scuola tradizionale e quella storica finiva per risolversi nel contrasto tra scienza e filosofia, di cui quella si svolgeva dalla conoscenza storica del diritto, questa dalla sua determinazione razionale.

In realtà la nuova dottrina storica del diritto e la pretesa attività scientifica erano esse stesse forme di una dottrina e di una attività filosofica. Lo storicismo postulava una nuova concezione della realtà quindi una nuova soluzione del problema filosofico del diritto. Al dualismo tradizionale esso sostituiva l'unità del principio originario, e questo concepiva come spirito universale, di cui era forma particolare e subordinata lo spirito giuridico. Solo l'empirismo da cui non seppero interamente sciogliersi i seguaci della scuola storica e più di ogni altro il Savigny, l'esagerazione del punto di vista giuridico, l'avversione alla metafisica razionalista poteva far credere che l'indirizzo scientifico da essi rappresentato fosse qualcosa di essenzialmente diverso da ciò che persegue l'indagine filosofica. Ma nell'Hegel la nuova coscienza filosofica che in forma imperfetta e oscura si rivela nel romanticismo giuridico doveva affermarsi e svolgersi fino alle ultime conseguenze.

28. — Fu da molti rilevato il valore essenzialmente teoretico dell'indirizzo storico e la scarsa efficacia da esso esercitata sul progresso della pratica giuridica (1). L'accusa move non solo da quelli che tendono a contenere il movimento storico nei limiti di una riforma metodologica, ma anche da coloro che senza disconoscerne il significato filosofico, giudicano l'indirizzo storico infecondo nelle sue applicazioni alla vita giuridica.

Gli avversari del Savigny avevano buon gioco nel rilevare la sterilità delle indagini storiche e filologiche ai fini della legislazione e della giurisprudenza. D'altra parte nessuno più del Savigny protestò contro tale interpretazione del suo pensiero, nessuno più di lui intese il valore

(1) Cfr. Stahl, *Geschichte*, ecc. (ed. 2ª, 1847), p. 572.

limitato e strumentale della erudizione storica e filologica, la necessità di destare le energie creatrici del diritto contro i seguaci della giurisprudenza *culta*, contro lo stesso Hugo, ai cui criteri metodologici ancora obbediva nella sua prima opera sul *Possesso* (1). Ben presto comprese il Savigny che la questione del metodo di studio non ha valore in sè, ma in quanto si coordina a una nuova concezione del diritto, che la ricostruzione storica degli istituti giuridici, la conoscenza critica delle fonti può ben conciliarsi con le più diverse direzioni di pensiero. Il Thibaut infatti poteva e giustamente vantarsi di seguire nello studio delle fonti metodi non meno rigorosi di indagine di quelli seguiti dal Savigny e di tener in gran pregio lo studio storico del diritto.

Non dunque la questione del metodo poteva dividere le menti, ma piuttosto la questione del principio stesso del diritto, il quale principio era per il Thibaut l'espressione di una esigenza razionale, per il Savigny di una esigenza della coscienza collettiva. Ora se per gli uni l'indagine storica era condizione utile, ma non necessaria per la determinazione di ciò che il diritto è, per gli altri il diritto non si conosce se non attraverso le forme storiche in cui si rivela la coscienza popolare. Donde l'inscindibilità del metodo e della dottrina storica del diritto.

L'accusa pertanto mossa alla scuola storica di non risolvere il dissidio tra la teoria e la pratica deve intendersi in relazione non al metodo storico da essa seguìto, ma alla nuova concezione del diritto da essa contrapposta alla concezione razionalista. Da questo più elevato punto di vista criticò il Feuerbach l'indirizzo storico (2). Nessuna luce può secondo lui venire dalla storia alla conoscenza del diritto positivo, la cui esistenza è in rapporto diretto e necessario colla volontà del legislatore. Conoscere come il diritto si è andato formando, non significa ancora conoscerne la natura, il fondamento, il fine. D'altra parte la conoscenza della vita storica del diritto non serve all'applicazione se non nei limiti nei quali è stata accolta e riconosciuta dal legislatore. Perciò ciò che conta agli effetti dell'applicazione non è la storia della norma, ma l'intenzione del legislatore, il quale può in vista dei suoi fini contraddire la tradizione o modificarla. Il dissidio tra diritto storico e diritto positivo rilevato dal Feuerbach si risolveva nel dissidio tra teoria e pratica giuridica.

La critica del Feuerbach aveva sempre per presupposto la concezione tradizionale del diritto; come tale si svolgeva all'infuori della nuova coscienza filosofica che, sia pure in forma empirica e confusa, si delineava

---

(1) Cfr. sopra, p. 230 e seg.

(2) Cfr. la cit. pref. del Feuerbach all'opera del Borst, *Die Beweislast*, ecc.

attraverso l'opera del Savigny. Ora sulla base di questa nuova coscienza filosofica l'accusa era ingiusta e fu facile al Savigny dimostrare che l'opera sua rinnovatrice era stata sopratutto determinata e giustificata dalle esigenze della pratica giuridica e solo in quanto a questo fine mirava acquistava valore e significato. E veramente la questione del rapporto tra teoria e pratica ponevasi colla dottrina storica in nuova luce e sopra nuove basi.

Per i razionalisti del diritto il dualismo tra teoria e pratica non appariva attraverso l'identificazione da essi fatta di ciò che è positivo con ciò che è sancito dal legislatore, cioè dall'organo della ragion giuridica. Ma se con tale finzione l'unità formale era raggiunta, il dissidio reale tra il fatto e il diritto era ben lungi dall'esser composto. Ciò che il razionalismo chiamava pratica giuridica non era l'invenzione della norma per il caso concreto sottoposto all'analisi, ma la riduzione logica del caso singolo sotto la norma generale. Questo processo logico di riduzione era il sistematico sacrificio delle esigenze pratiche ai principii astratti personificati nella volontà del legislatore. Al principio di individuazione che solo garantiva le esigenze della pratica si sostituiva il processo dell'astratta generalizzazione che garantiva solo la corrispondenza formale tra il principio sancito dal legislatore e la norma regolatrice del caso singolo.

La scuola storica era tratta da' suoi stessi principii a negare ogni dualismo tra teoria e pratica, ad affermarne la identità non solo formale, ma reale e sostanziale. Se il diritto è tutto nella vita storica, in quanto questa è l'espressione della coscienza giuridica popolare, se la positività e quindi l'obbligatorietà del diritto è in ragione della sua storicità, se la giuridicità è un aspetto essenziale e necessario della realtà per cui la norma non si impone astrattamente dal di fuori per comando del superiore ad un dato rapporto di fatto, ma sorge col fatto stesso (*ex facto oritur jus*), non solo vien meno ogni ragione di contrasto tra teoria e pratica, ma teoria e pratica si compenetrano, diventano inscindibili, riducendosi la funzione del giurista, comunque esplichi la sua attività nella scienza o nella pratica legislativa o giudiziaria, a rivivere il diritto nella sua realtà storica, per sistemarlo, dichiararlo, applicarlo. Perciò più non si tratta di andare in traccia di una norma generale che solo per equivoco può dirsi positiva, e di ridurre ad essa con processo logico, spesso arbitrario, il caso singolo. Questo può e deve essere individuato, ma non può nè deve essere isolato o astratto dal substrato storico da cui solo trae la sua ragion di vita.

E veramente notevole l'insistenza con cui il Savigny dalla *Vocazione* al *Sistema* ritorna sul valore pratico della scienza del diritto, sulla

stretta alleanza della teoria e della pratica, mettendo nel tempo stesso in rilievo le finalità essenzialmente teoretiche dell'indirizzo opposto, quali si rivelano dai codici (1). Il diritto, scrive il Savigny nella *Vocazione*, è realtà viva e concreta; non esiste astratto dalla vita storica; è la vita stessa del popolo riguardata sotto un certo aspetto. Il diritto così inteso deve formare l'oggetto della scienza del diritto, laddove i fautori dei codici in vista di una perfezione esclusivamente tecnica e formale perdono l'intuizione del rapporto giuridico reale, fanno opera unilaterale non rispondente ai bisogni della vita e dell'applicazione. La teoria deve aver per fine la pratica, e questa deve svolgersi sotto la guida della scienza. Dalla misura nella quale tale formola è attuata dipende, secondo il Savigny, il progresso degli studi giuridici.

Di questa formola il Savigny dimostra di intendere la ragion filosofica quando osserva che si deve « das klare, lebendige Bewusstsein des Ganzen stets gegenwartig haben, um von dem individuellen Fall wirklich lernen zu konnen » (2). L'attività teoretica si rivela cioè nella comprensione del tutto, ossia della sostanza psicologica e storica, da cui scaturisce il diritto; mentre l'attività pratica è la visione del caso particolare nell'unità del tutto, ne' suoi rapporti coi molteplici aspetti della vita collettiva. Teoria e pratica stanno tra loro come il tutto e la parte, l'unità e la molteplicità, l'identico e il diverso: e se il Savigny non ebbe, come poi l'Hegel, chiara coscienza del principio unificatore dei termini opposti, intuì però nell'opposizione dei contrari l'identità fondamentale.

In questa intuizione consisteva la grande novità della dottrina storica. Non solo essa significava una nuova concezione filosofica del diritto, ma giustificava una nuova logica giuridica, un nuovo metodo di studio. Se il diritto non è un dato, ma un prodotto, la logica formale fondata sul presupposto di un diritto immutabile, oggettivo, estraneo al pensiero che lo riflette doveva far luogo ad una logica reale fondata sul concetto di un diritto universale e concreto, che si forma continuamente per l'attività incessante dello spirito collettivo. D'altra parte la realtà giuridica non potendosi concepire se non nella forma dell'individuazione, da questa bisognava movere per intendere l'universalità e la necessità immanente dell'idea del diritto.

Si comprende dopo ciò l'importanza che il Savigny annetteva all'edu-

---

(1) La questione del rapporto tra' teoria e pratica è trattata dal Savigny nel *Beruf*, ecc. (ed. 1892, p. 18, 77), nella prima Appendice al *Beruf* (id., p. 106), nella recensione del Gonner, e di nuovo ampiamente nella Prefazione al *Sistema*.

(2) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc., cit., p. 78.

cazione del giurista e allo studio del diritto romano. Prima di lui e fino a lui l'educazione del giurista aveva carattere essenzialmente logico e formale fondata com'era sul presupposto che il diritto è idea non fatto, che l'attività del giurista è applicazione, sistemazione, svolgimento dei concetti, più che creazione, produzione della materia giuridica. In grande onore era tenuta l'erudizione storica e filologica: ma essa era ornamento esteriore senza efficacia formativa del senso giuridico. Una nuova scolastica risorgeva come conseguenza del razionalismo giuridico con gli stessi metodi di studio, con lo stesso amore per le sottigliezze logiche, per l'universalità astratta, per la verità formale. Il giurista si formava a questa ginnastica mentale, acquistava famigliarità coll'analisi logica e grammaticale, si impadroniva del significato dei termini e delle forme giuridiche, scambiando la tecnica colla scienza, la logica colla vita del diritto. Di qui il severo giudizio che il Savigny diede dei giuristi del secolo XVIII (1), la sua opposizione al sistema educativo dominante, la proclamata necessità di coltivare e svolgere il senso giuridico (2). Colla quale espressione egli intendeva la capacità di cogliere l'uniforme e il costante nella realtà varia e complessa, di sceverare il diritto dagli altri elementi della vita collettiva con i quali va confuso, di vibrare all'unisono colla coscienza giuridica popolare. Solo colla esperienza e collo studio può il giurista trasformarsi da strumento passivo meccanico di applicazione del diritto, in cooperatore attivo e cosciente delle forze vive operanti nella storia.

Il culto del Savigny per il diritto romano era giustificato dal valore educativo e formale che egli ad esso attribuiva (3), dal processo seguìto dai giuristi romani nel conciliare le esigenze della scienza con quelle della pratica giuridica. Tale finalità educativa non era nelle intenzioni dei suoi avversari, dei quali gli uni continuavano a considerare il diritto romano come una specie di *ratio scripta*, gli altri ne facevano oggetto esclusivo di erudizione (4). Era generalmente ammesso prima del Savigny e sopratutto dai legislatori e dagli autori dei codici che l'eccellenza del diritto romano consisteva nella sua stessa sostanza, cioè nella

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Beruf*, ecc., ed. cit., p. 29, e la cit. recensione del Gonner, p. 137 e seg.

(2) Sull'educazione del giurista cfr. particolarmente la cit. rec. del Gonner e lo scritto: *Stimmen fur und wider neue Gesetzbücher*, in app. al *Beruf* (ed. 1892), p. 122.

(3) Con ciò non escludeva che il diritto comune tedesco potesse anche efficacemente contribuire alla educazione del giurista. Cfr. app. I al *Beruf*, ecc. (ed. cit.), p. 116-117.

(4) Cfr. sopra, p. 236 e seg.

intrinseca universale bontà dei principii di equità, di giustizia, di buona fede applicati a regolare i casi più diversi; perciò lo studio dogmatico del diritto romano era consigliato come lo studio di un diritto eternamente e universalmente vivente, destinato a supplire le lacune e le insufficienze del diritto scritto. « C'est, scrive Bigot-Préameneu (1), un flambeau dont on suit spontanément la lumière. Elles seraient bien mal entendues, les dispositions du code civil relatives aux contrats, si on les envisageait autrement que comme des règles élementaires d'équité, dont toutes les ramifications se trouvent dans les lois romaines. C'est là que sont les développements de la science du juste et de l'injuste; c'est là que doivent puiser ceux qui voudront y faire quelques progrès, et en général tous ceux qui seront chargés de la défense ou de l'exécution des lois consignées dans le code français » (2). Toccava al Savigny reagire contro tale tendenza, mostrando l'utilità essenzialmente formale del diritto romano, di cui condannava lo studio dogmatico per il tempo presente, quando cioè tale studio non poteva più offrire un interesse pratico immediato. La conoscenza dei supremi e più generali principii di giustizia attraverso il diritto romano non forma, secondo il Savigny, il giurista ed è ai fini della pratica pressochè inutile. Il principio dissociato dalla materia giuridica non ha valore; d'altra parte la materia muta nel tempo e nello spazio, determina e limita il principio, dando ad esso una significazione relativa. Il valore pertanto del diritto romano non sta nelle norme di ragion naturale che possono da esso derivarsi, ma nel modo con cui tali norme furono piegate ai bisogni della vita, alla grande varietà dei casi particolari, così da dare l'impressione che il principio non è imposto dal di fuori alla realtà, ma scaturisce dalla realtà stessa, nasce con essa, è ad essa indissolubilmente legato.

Ragioni dunque non solo teoretiche ma di pratica utilità inducevano il Savigny, come già il Vico, a consigliare lo studio del diritto romano, come quello in cui il processo di formazione non solo logico ma reale del diritto presentavasi in forma tipica, e in cui la dottrina storica sembrava trovare conferma. Nel diritto romano la coscienza giuridica popolare non turbata dall'azione legislativa, da preconcetti di scuola, da spirito sistematico si era venuta naturalmente svolgendo e obbiet-

---

(1) Cfr. l'*Exposé des motifs* (Paris, 1804) del tit. III, lib. IV del Codice civ. fr. relativo ai contratti od obbligazioni convenzionali in generale.

(2) Un altro autore del Codice fr., Maleville, cita quindici anni dopo, approvandole, queste parole di Bigot nella sua *Analyse raisonnée de la discussion du C. C.* (ed. 3ª, Paris, 1819), t. III, p. 2.

tivando in norme e istituti perfettamente concordanti e rispondenti allo scopo.

Di qui l'ammirazione del Savigny per il metodo seguìto dai giureconsulti romani nella soluzione delle controversie sottoposte al loro esame. Delimitato e individuato il caso particolare essi lo analizzano nei suoi elementi, lo raffrontano con altri casi, lo studiano da ultimo in rapporto con l'intero organismo giuridico da cui traeva luce e norma. Ogni singolo caso costituiva il nucleo da cui tutta la scienza poteva teoricamente derivarsi. Ogni opposizione o separazione tra dottrina e pratica doveva riuscire inconcepibile ai giureconsulti romani, per i quali il principio esiste obbiettivato nel caso singolo e ogni caso è l'obbiettivazione di un principio, ciò che in altri termini significava la coesistenza e l'integrazione reciproca del particolare e dell'universale (1).

La venerazione pertanto del Savigny per il diritto romano non significava la pretesa di far rivivere nell'età moderna gli istituti del diritto romano, ciò che era in contrasto tra l'altro colla sua dottrina della particolarità e nazionalità del diritto: essa rispondeva piuttosto da un lato all'esigenza teoretica di far conoscere il processo di formazione del diritto in una forma storica concreta e per molti aspetti tipica, dall'altro lato all'esigenza pratica di restaurare sull'esempio romano l'unità della teoria e della pratica nella scienza del diritto, unità che l'indirizzo kantiano opponendo il diritto razionale *a priori* al diritto positivo empirico aveva scosso e negato.

La sintesi della scienza e della pratica, della forma e della materia giuridica trovava nel diritto romano la sua dimostrazione e applicazione concreta. In questa sintesi era la ragione e l'importanza della riforma iniziata dal Savigny: in essa rivelavasi una coscienza filosofica nuova fondata sulla tendenza a intendere l'universale giuridico non astrattamente, ma nella sua concretezza e relatività storica e psicologica. Nel modo con cui il Savigny intende e risolve in seno alle scienze giuridiche il rapporto tra teoria e pratica, è in germe la tendenza hegeliana di risolvere i contrari in una sintesi mediante la legge della compenetrazione del reale e dell'ideale nella dialettica e unità dello spirito.

29. — Nel giudicare dello storicismo ne' suoi rapporti col diritto privato per lo più si confonde la dottrina storica, accolta e professata dal Savigny, dallo Stahl, dal Puchta colle trattazioni sistematiche che

---

(1) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc. (ed. cit.), p. 16 e seg., 73 e seg. Cfr. anche del Savigny sul valore educativo del diritto romano la *Prefazione* al *Sistema* e la citata recensione del Gonner.

essi ci diedero del diritto privato. Le quali si inspirano nei loro fondamenti e svolgimenti 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. Che nella dottrina storica fosse implicito un nuovo orientamento del diritto privato, che tale orientamento dovesse affermarsi in contrasto col sistema tradizionale non vi è dubbio. La questione della codificazione era ben più che una semplice questione formale, determinata da ragioni contingenti.

Il sistema di diritto privato, quale attraverso la speculazione dei giusnaturalisti e dei razionalisti della scuola kantiana si era consolidato nei codici, fu già da noi definito lo svolgimento logico dell'idea individuale nei rapporti privati. L'individuo concepito come persona libera e cosciente, come realtà assoluta avente ragione di fine costituisce il centro del sistema. Esso comincia dall'affermare sè stesso come soggetto dotato di diritti rispondenti alle esigenze della personalità. Uscendo di sè per entrare in rapporto con altri soggetti uguali, fa sorgere la necessità di una misura uniforme e costante che garantisca la reciproca esplicazione della personalità. Per tal modo la nozione del diritto oggettivo, inteso come norma di coesistenza, postula quella del diritto soggettivo, ossia di soggetti che vengono tra loro in rapporto con uguali poteri e con uguale necessità di affermarsi.

La famiglia costituisce il primo naturale complemento della personalità, la condizione per cui questa esiste, si svolge, si perpetua; ma essa è concepita come un'associazione consensuale, nella quale le personalità dei coniugi e dei figli non si fondono in una unità superiore, ma si mantengono distinte sulla base del mutuo rispetto e della reciproca assistenza. Nè a ciò contrasta l'autorità maritale, paterna, tutoria, le quali presuppongono il non pieno sviluppo della personalità.

Nell'ordine logico del sistema privatistico tradizionale ai diritti di famiglia seguono i diritti reali procedenti dal presupposto della personalità che improntando di sè le cose esterne le fa sue e ne dispone liberamente e universalmente. In ordine a tali diritti il diritto oggettivo garantisce la coesistenza pacifica dei soggetti nella esplicazione dei poteri, più o meno estesi, che essi esercitano sulle cose.

Nei diritti di obbligazione la persona, col suo fatto volontario e anche involontario, impone a sè stessa dei vincoli e delle limitazioni in favore di altre persone. Qui più che in altro campo del diritto l'ordine giuridico oggettivo è chiamato a disciplinare la dichiarazione della volontà, a tutelare l'integrità e l'inviolabilità della persona.

Viene ultimo nel sistema dei rapporti privati consacrati nei codici il diritto successorio, in stretto rapporto col diritto patrimoniale, come

modo di acquisto della proprietà per disposizione dichiarata o presunta, con effetti che si esplicano nel tempo in cui la persona ha cessato di vivere. Il rapporto tra la personalità e il suo patrimonio non vien meno colla morte ma passa e si perpetua negli eredi e la legge provvede a che la volontà dichiarata o presunta abbia intera la sua attuazione.

Nessuno negherà a questo ordinamento del diritto privato il pregio dell'unità, la correlazione tra le varie parti, lo svolgimento logico da un'unica idea, l'idea della personalità che affermandosi e ponendosi in rapporto con altri esseri e con le cose, genera tutti i rapporti giuridici, e trova nella legge le condizioni di un più libero e sicuro sviluppo.

Tra questo sistema di diritto privato e quello accolto dal Savigny, dal Puchta, dallo Stahl le differenze per quanto notevoli più che da una nuova dottrina del diritto sono determinate dalle tradizioni germaniche, sopratutto dai progressi della civilistica tedesca, i quali sono anteriori alla dottrina storica e da essa indipendenti. Quest'ultima osservazione vale sopratutto per la nuova sistemazione dei rapporti giuridici privati seguìta dal Savigny. Nel suo sistema troviamo tali rapporti distribuiti nelle due grandi categorie dei diritti patrimoniali (nei quali si comprendono e si distinguono i diritti reali e i diritti di obbligazione) e dei diritti di famiglia che costituiscono il presupposto logico del diritto successorio.

Questo ordinamento innovava su quello legale di Gaio, riprodotto da Giustiniano nelle Pandette e costantemente seguìto dalla tradizione fino al Glück e al Codice Napoleone. Ma già l'Hugo fin dal 1789 aveva rilevato le insufficienze di questa classificazione e aveva proposto la nuova, che attraverso i perfezionamenti dell'Heise e le difese del Savigny finì per trionfare nella scienza e nella pratica giuridica e fu accolta nel Codice civile germanico (1).

La bontà del sistema dell'Hugo-Heise deriva da ciò ch'esso si fonda, secondo il Savigny, sulla natura stessa delle istituzioni giuridiche, cioè sul loro nesso organico con l'essenza dell'uomo astrattamente e individualmente concepito (2). Mette conto rilevare che il nuovo sistema è difeso dal Savigny con argomenti essenzialmente razionali e deduttivi,

---

(1) Cfr. Hugo, *Institutionen d. heut. röm. Rechts*, Berlin, 1789 (7ª e ult. ed. 1826); Heise, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandektenvorlesungen*, Heidelberg, 1803 (3ª ed. 1819); Savigny, *Sistema*, ecc., tr. it., t. I, § 59, 401, nota *s*. Quivi il S. dice che ha adottato il sistema dell'Hugo. Dell'importanza dell'Heise per la sistemazione del diritto privato, v. sopra § 5, p. 40-48.

(2) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, § 52-59.

ossia antistorici (1). Anzichè movere, com'era da aspettarsi, dall'osservazione dei fatti giuridici raccogliendoli in classi fondate sulla natura oggettiva dei rapporti e sulla loro differenziazione storica, il Savigny aderisce al punto di vista pragmatistico e razionalistico e trae tali rapporti dalle relazioni e finalità individualistiche della personalità.

D'altra parte sappiamo che l'Hugo nel formulare il suo sistema non fu mosso da considerazioni filosofiche, ma dalla ferma convinzione ch'esso meglio di quello di Gaio rispondesse all'ordine del Digesto. « Esiste, scrive il Leist, tra il nostro sistema e quello dei Digesti un rapporto storico: l'Hugo credeva seguire nel suo sistema l'ordine dei Digesti » (2).

Se, come il Savigny si esprime (3), l'essenza del metodo sistematico consiste nel procurarci la conoscenza del rapporto interiore o della parentela per la quale le nozioni giuridiche e le regole del diritto formano una grande unità, non si comprende la sua adesione al sistema dell'Hugo che sacrificava a un ordine puramente esterno e formale, l'ordine interiore e reale dei rapporti giuridici, ed era inadatto a comprendere nel suo incessante divenire la materia giuridica. Sistema per la dottrina storica equivale a ordine interiore, cioè a un ordine che nasce dalle cose e non si impone ad esse dal di fuori. Col sistema così inteso l'ordinamento dell'Hugo era in pieno contrasto. Basti pensare a quella *parte generale* che dall'Heise in poi nelle trattazioni del diritto privato si impose come una necessità e quasi un luogo comune per collocare tutte quelle nozioni e istituzioni che, come la dottrina del diritto soggettivo e oggettivo, delle persone e delle cose, del rapporto giuridico, della prescrizione, ecc., non trovavano posto altrove, e che per la loro generalità meglio convenivano a una teoria generale del diritto e non solo del diritto privato (4). Ma senza qui affrontare la critica del sistema Hugo-Heise, strettamente legata alle vicende del dogmatismo negli studi di diritto civile, vogliamo solo rilevare come l'adesione a tal sistema del Savigny era in contrasto con la dottrina storica da lui proclamata.

Vi erano certamente nell'ordinamento proposto dall'Hugo aspetti ed elementi che lo dovevano far preferire ai seguaci della scuola storica

---

(1) Di questa opinione è anche il MEUMANN, *Observations sur le système du droit privé*, Genève, 1909, p. 7.

(2) Cfr. LEIST B. W., *Versuch einer Geschichte der romis. Rechtssysteme*, 1850, p. 78.

(3) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., I, Prefazione, p. 21.

(4) Di questo parere è il MEUMANN, op. cit., § 5, e sopratutto il REGELSBERGER, *Pandekten*, Leipzig, 1893, Bd. I, § 9.

sull'ordine tradizionale. Tali elementi consistevano sopratutto nella netta separazione tra il diritto di famiglia e quello patrimoniale, nella dipendenza del diritto successorio da quello famigliare. Nella civilistica tradizionale tutti i rapporti di diritto privato si risolvevano in rapporti di natura economica; non solo, come era facile a comprendersi, i diritti reali e quelli di obbligazione, nei quali l'attività personale di altri soggetti entra nel rapporto in quanto rappresenta un valore economico, ma i diritti di successione, considerati come modi di acquisto e di trasmissione dei diritti patrimoniali, e lo stesso diritto di famiglia per gli interessi economici ch'esso era chiamato a tutelare. La personalità era in tal sistema considerata nel suo aspetto e nelle sue manifestazioni economiche, con grande vantaggio della coerenza e semplicità del sistema, oltrechè della pratica applicazione. A questa unitaria concezione del diritto privato il sistema Hugo-Heise opponeva una concezione dualistica. Al diritto patrimoniale che alla tutela e allo sviluppo degli interessi economici della personalità sopratutto intendeva, sembrava contrapporre il diritto della famiglia concepita come un organismo unitario con finalità naturali e morali rispetto alle quali gli interessi economici spiegano una parte secondaria e strumentale. Nel porre ed accentuare tale distinzione l'Hugo e l'Heise obbedivano indubbiamente al senso di solidarietà famigliare che era nelle tradizioni del popolo e del diritto germanico e di cui abbiamo traccia evidente nel codice prussiano.

Ma quali che sieno le cause che portarono alla distinzione, certo è ch'essa rompeva l'unità del diritto privato, introducendovi fini e norme divergenti; al criterio individualistico fondato sul principio dell'uguaglianza dei soggetti che entrano tra loro in rapporto, principio che dominava l'intero campo del diritto privato secondo la prevalente dottrina, si aggiungeva il criterio distributivo inspirato alla conservazione e alla tutela di un organismo collettivo. Le conseguenze nella valutazione, interpretazione, estensione delle norme sono facili a prevedere.

La considerazione dell'interesse degli organismi collettivi e non solo della famiglia doveva trovar favore e svolgimento coll'affermarsi della dottrina storica, che proclamava l'origine e la natura collettiva del diritto e tendeva a far rientrare il diritto privato ossia i fini e gli interessi dell'individuo e della famiglia in un ordine più alto di rapporti, da cui quelli traevano norma e misura. Al sistema pertanto dualistico dell'Heise doveva succedere col Savigny un sistema unitario di diritto privato, inspirato non già alle finalità dell'individuo, ma a quelle degli organismi collettivi di cui l'individuo era parte. In quella vece non solo il Savigny riprodusse il sistema dell'Hugo-Heise, e lo difese con

argomenti derivati dall'indirizzo opposto, ma cercò restaurare l'unità del diritto privato in base al postulato individualistico in pieno contrasto colle esigenze teoretiche e pratiche della sua dottrina storica.

Al Kant infatti si direbbe che il Savigny si inspira quando riconduce tutti i rapporti di diritto privato a rapporti tra persone, la cui libertà, per le esigenze della coesistenza, da un lato è limitata, dall'altro è garantita e regolata dalla norma di diritto. La quale non ha certo nel Savigny il valore di una norma-limite, negativa: essa è l'espressione di un ordine obbiettivo di rapporti che ha la sua origine nella coscienza giuridica popolare; da essa l'individuo deriva tutti i suoi diritti e come tale è il presupposto logico e reale del diritto soggettivo. Ma nel suo significato intrinseco essa è affermazione e determinazione di una sfera di dominio indipendente della volontà individuale (1). Perciò per le sue finalità individualistiche la concezione generale del diritto privato del Savigny non si distingue da quella sostenuta dai razionalisti.

A seconda che oggetto del potere volitivo sono le cose o atti singoli si hanno i diritti di proprietà e i diritti di obbligazione. Sarà sempre merito grande del Savigny di aver affermato l'unità fondamentale dei diritti reali e di obbligazione, di aver ricondotto la totalità dei rapporti da essi nascenti alla categoria del patrimonio spettante ad una determinata persona. Rivela egli l'esistenza di un graduale passaggio tra gli uni e gli altri, il formarsi d'una zona intermedia, nella quale la differenza o meglio il contrasto tra la proprietà intesa come assoluto potere sulla totalità della cosa e l'obbligazione come dominio non meno assoluto per quanto parziale sugli atti altrui, si attenua così da rendere i confini tra le due classi di rapporti oscuri ed incerti. E invero se da un lato la proprietà per gli oneri su di essa gravanti e per le limitazioni a cui può andar sottoposta è suscettibile di diventare una proprietà nominale, dall'altro lato la maggior parte delle obbligazioni e le più importanti di esse tendono al conseguimento per mezzo di altre persone, di diritti reali o dell'esercizio e del godimento di essi. La libertà del proprietario di disporre della cosa, come quella del debitore di disporre della propria attività è piena e assoluta: le servitù da un lato, le obbligazioni dall'altra possono limitarla, ma purchè sieno salve in ogni caso le ragioni supreme della personalità e le limitazioni sieno giustificate da esigenze economiche. D'altra parte il patrimonio individuale può astrattamente concepirsi come una quantità omogenea, riducendosi tutti i diritti che lo costituiscono, sieno essi reali o di obbligazione, al comune concetto del valore, ossia del denaro che lo

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., tr. it., I, p. 335-337.

rappresenta (1). L'unità fondamentale del diritto patrimoniale sul fondamento della personalità e sulla identità sostanziale ossia economica dei rapporti che lo costituiscono, era validamente dimostrata.

Al diritto patrimoniale di natura economico-giuridica contrappone il Savigny il diritto di famiglia con carattere etico-giuridico. Non sfuggì a lui la profonda, sostanziale differenza tra i rapporti che si svolgono sulla base dell'uguaglianza tra soggetti autonomi, la cui attività non ha altra norma e altro fine all'infuori dell'utile individuale, e i rapporti di famiglia, nei quali gli individui entrano come membri di un organismo essenzialmente etico, alle cui finalità devono subordinare la loro condotta (2). Perciò la famiglia è integrazione e superamento dell'individuo, che vi prende valore dalla sua posizione (*status*) in rapporto con altre persone: perciò i rapporti di famiglia devono considerarsi come appartenenti principalmente al *jus publicum* e rientrano in quella classe di diritti assoluti che sono sottratti all'arbitrio individuale e generano forme di vita basate « sopra una grande armonia di natura » (3).

In questa parte il Savigny si direbbe coerente colle premesse filosofiche del suo sistema storico e non casualmente invoca l'autorità dell'Hegel. Doveva però anch'egli nell'ulteriore svolgimento del suo pensiero cedere all'esigenza unitaria del diritto privato, la quale costituiva il pregio del codice francese e il secreto del suo successo. Vi erano nella dottrina storica condizioni per soddisfare una tale esigenza: bastava all'uopo svolgere l'idea dell'origine e della natura sociale del diritto e sul fondamento di essa addivenire a un nuovo ordinamento degli istituti privati che potesse reggere il confronto col sistema seguìto dal codice francese, che l'idea individuale aveva applicato con logica rigorosa fino alle ultime conseguenze. Ma il Savigny non seguì la via tracciata dalla dottrina storica: inclinò invece verso la concezione individualistica dei rapporti privati, anche in ordine ai rapporti di famiglia che più sembravano contrastare con siffatta concezione. Tale tendenza si rivela evidente nella distinzione da lui posta tra diritto di famiglia *puro*, e diritto di famiglia *applicato*, per la quale separando gli elementi etici e giuridici, contrappone la famiglia come organismo etico alla famiglia in senso giuridico, come fonte e condizione di rapporti patrimoniali (4). In ordine ai quali vengono meno le considerazioni derivanti dal carat-

---

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc. (tr. ital.), I, p. 341; § 56, p. 367 e seg.; Id., *Le obbligazioni* (tr. Pacchioni), Torino, 1912, vol. I, c. I, § 2.

(2) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, p. 343 e seg.

(3) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, p. 350 e nota *e*.

(4) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, p. 378.

tere organico ed etico della famiglia e i rapporti domestici si risolvono in rapporti tra i diversi membri componenti la famiglia, rapporti che devono regolarsi come quelli patrimoniali sulla base dell'uguaglianza e del rispetto della reciproca libertà e personalità.

Ora se non può negarsi che l'istituto famigliare non può svolgersi senza un substrato economico e senza dar origine a rapporti patrimoniali, deve anche ammettersi che sopratutto per gli assertori del carattere organico della famiglia, tali rapporti hanno valore di mezzo, debbono intendersi in armonia colle finalità naturali e morali della famiglia e riferirsi a soggetti che prendono valore e significato dal posto che in esso occupano. Ciò sembra dimenticare il Savigny quando considera i rapporti patrimoniali che sorgono in seno alla famiglia alla stessa stregua dei rapporti che hanno per soggetto individui astrattamente uguali e indipendenti e sopratutto quando considera il diritto di famiglia come intermedio tra il diritto di famiglia vero e proprio e il diritto patrimoniale strettamente inteso. Con ciò l'unità dei rapporti famigliari e patrimoniali era raggiunta, ma col disconoscimento del carattere etico e sociale della famiglia, attraverso la quale rimaneva infirmata la stessa dottrina storica in uno dei suoi postulati fondamentali.

Dopo ciò siamo meglio in grado di intendere la parte fatta dal Savigny al diritto successorio. Anche in ordine ad esso egli abbandona qualsiasi considerazione inspirata alle premesse teoretiche e alle esigenze pratiche dello storicismo e si limita a prender posizione di fronte alle diverse dottrine che in seno alla scuola del diritto naturale si erano sulla natura e sul fondamento del diritto successorio manifestate. Mentre aderisce per la successione testamentaria alla prevalente dottrina che ne cercava il fondamento nella volontà espressa del defunto, per la successione legittima invoca accanto alla volontà tacita del defunto il principio della continuazione della individualità basata sui vincoli del sangue (1). In ogni caso egli vede nel diritto successorio una estensione del diritto patrimoniale, una sopravvivenza non della famiglia ma dell'individuo, della sua volontà espressa, o presunta in base ai rapporti naturali di parentela. Con ciò il Savigny si poneva in contrasto colla stessa tradizione del diritto germanico, dalla quale a mezzo il secolo XVIII Samuele Cocceio derivava la dottrina che fondava la successione *ab intestato* sull'idea di una comunione famigliare dei beni, dottrina che era la sola compatibile con la dottrina storica e di cui troviamo traccie nello stesso codice prussiano.

---

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., I, p. 379.

Del resto lo stesso Puchta fu il primo a rilevare le manchevolezze del sistema dell'Hugo-Heise in sè e nella forma corretta in cui si presenta nel Savigny (1). Se, come egli osserva, il pregio di qualsiasi sistema consiste nel raggiungere il duplice scopo di distribuire tutta la materia in base ad un criterio di divisione uniforme e costante, e di concepire le parti divise organicamente, cioè non come semplici parti, ma come membri d'un organismo reale, il sistema Hugo-Heise non può accogliersi. Anche astraendo dal fatto ch'esso risente più di quanto non si creda dell'influenza della tradizione romanistica, sopra tutto nella parte che si riferisce alle obbligazioni e ai contratti, non si può non rilevare l'incoerenza di un sistema che dopo di aver fatto dei rapporti di famiglia una categoria a parte, fa rientrare molti di tali rapporti, come la parentela, nella parte generale, di cui non si vede nè la necessità teorica, nè l'utilità pratica. Queste deficienze unite a quelle derivanti dalla mancanza di unità e di organicità tra le varie parti, indussero il Savigny a introdurre nel sistema dell'Hugo-Heise notevoli modificazioni (2). Ma neppure queste sembrano al Puchta rispondere alle esigenze di un vero e proprio sistema scientifico di diritto privato.

Secondo l'interpretazione che il Puchta ci dà del pensiero del Savigny in un'epoca (1829) in cui esso non aveva preso forma definitiva nel *Sistema* (3), il Savigny prende le mosse non dal concetto della personalità e dai diritti ad essa inerenti, in altre parole dal diritto soggettivo strettamente inteso, ma piuttosto dal diritto in senso oggettivo, sul fondamento del quale solo l'uomo può dirsi soggetto di diritti. Sotto questo aspetto il Savigny era nelle direttive della scuola storica, per la quale non esistono diritti innati della persona, ma solo diritti acquisiti in virtù di un ordine giuridico oggettivo (sia pure in senso empirico) che si forma non per arbitrio legislativo, ma per un necessario processo storico (4). Epperò il diritto della persona (Personenrecht) va inteso,

---

(1) Cfr. PUCHTA, *Betrachtungen ueber alte und neue Rechtssysteme* (1829), riprodotte nei *Kleine civilistische Schriften*, pubblicati per cura del Rudorff, Leipzig, 1851, p. 232 e seg.

(2) Cfr. PUCHTA, *Betrachtungen*, ecc., cit. in *Kleinere*, ecc., p. 236-237.

(3) Il 1° vol. del *Sistema* comparve solo nel 1840. Il Puchta (ivi p. 236) rinvia per le notizie relative al sistema di diritto privato del Savigny alle *Institutionen d. rom. Rechts* del Pernice (2 Auf. 1824) e ad altre comunicazioni. Ciò significa che fin dal 1829 tale sistema era già in parte formato nella mente del Savigny.

(4) In tal senso il Savigny distingue nel *Sistema* (I, p. 338) i diritti innati e acquisiti.

secondo il Savigny, oggettivamente come l'insieme delle norme o dei principii che riguardano l'uomo come soggetto capace di diritto, nonchè le limitazioni e le modificazioni a cui può andar incontro la capacità giuridica. L'assoggettamento alla volontà delle cose esterne o delle attività altrui genera il diritto patrimoniale, di cui sono parti distinte e connesse i diritti reali e di obbligazione. La ricostituzione unitaria del patrimonio in causa di morte e del suo trapasso agli eredi genera il diritto successorio.

Il Puchta rimprovera al Savigny di aver contrapposto il diritto di famiglia a quello patrimoniale. Mentre il patrimonio nella sua totalità rientra nell'ordine giuridico, la famiglia secondo il Savigny esiste prima e fuori di esso come organismo naturale e morale e solo in qualche sua parte può diventare oggetto del diritto. Con ciò era implicitamente negato, osserva il Puchta, un diritto di famiglia come categoria a parte di diritti capace di gareggiare d'importanza col diritto patrimoniale nello stesso sistema, nel quale figura di fatto come una semplice appendice. A sua volta il diritto successorio è un'appendice del diritto di famiglia sul quale, secondo il Savigny, si appoggia e diventa nuova causa di perturbazione dell'intero sistema.

Senza dichiararlo esplicitamente il Puchta avvertiva l'errore logico di far coesistere nello stesso sistema a parità di grado e di dignità due ordini di norme tra loro incompatibili, come quelle che inspirandosi a principii diversi mancavano di un comune fondamento di divisione. E non può escludersi che le critiche del Puchta esercitassero una qualche influenza sul Savigny, poichè nella elaborazione ulteriore del suo sistema vediamo lo sforzo per ravvicinare il diritto famigliare al diritto patrimoniale, mediante il concetto del diritto di famiglia applicato, il quale non è che il diritto patrimoniale che nasce dai rapporti domestici e che ha colla famiglia una relazione solo indiretta.

Più coerente il Puchta nel suo sistema di diritto privato negò senz'altro l'esistenza di un diritto privato famigliare (1). Finchè infatti il diritto privato è concepito come estrinsecazione della libertà e del potere individuale, esso non può comprendere sotto di sè l'istituto della famiglia, che al dominio della volontà individuale interamente si sottrae e obbedisce ai fini che non sono quelli della personalità. Il diritto privato non può sorgere che tra individui sulla base dell'uguaglianza ai fini della personalità a cui prepara le condizioni esteriori e materiali di conservazione e di sviluppo.

---

(1) Cfr. Puchta, *Corso delle istituzioni*, ecc., tr. it. Poli sulla 5ª ediz. tedesca, Milano, 1858, vol. I, Introduzione.

Nella famiglia l'uomo non agisce come singolo ma come membro di un tutto e quindi in relazione cogli altri membri e in subordinazione al fine comune famigliare. In un senso affatto particolare il Puchta ammette un diritto di famiglia, in quanto non possono escludersi dal diritto privato quei rapporti reali o di obbligazione che il singolo crea oltre che per sè, per la famiglia. Tali rapporti, come ad esempio i rapporti patrimoniali tra i coniugi, il diritto successorio, sono per la loro natura e per il loro contenuto essenzialmente patrimoniali, ancorchè abbiano per causa o per presupposto l'organismo famigliare. In essi infatti gli individui entrano *uti singuli* non come membri della famiglia, la quale non può essere neppure per il Puchta soggetto di diritto e non trova come tale posto nel sistema del diritto privato. Il quale è per il Puchta in tutta la sua estensione diritto patrimoniale potendosi tutti i rapporti che lo costituiscono risolvere in rapporti interindividuali aventi per oggetto beni o attività riducibili a valori economici e come tali suscettibili di essere valutati e scambiati sulla base di un'assoluta uguaglianza. Il criterio aristotelico della giustizia commutativa nell'intero campo del diritto privato trova la sua vera e piena applicazione.

Rimaneva al Puchta giustificare la concezione del diritto privato come energica affermazione ed esplicazione del principio individuale con le premesse teoretiche dello storicismo da lui accettate e implicanti la subordinazione del principio individuale a un ordine superiore di rapporti da cui esso traeva norma e misura. Nella sua concezione generale del diritto e non solo del diritto privato il Pucta intese veramente l'individuo oltre che in sè indissolubilmente legato all'associazione domestica, politica, religiosa e affermò l'intima connessione del diritto privato col diritto pubblico, e di entrambi con l'ordine etico e religioso. Ancora egli affermò l'esistenza di una volontà generale come fonte suprema del diritto, e quindi di norme che si impongono al volere nella esplicazione della sua attività. Ma tale volontà generale si esplica nel campo del diritto privato non come espressione di un ordine superiore di rapporti ai quali la volontà del singolo debba subordinarsi, ma come affermazione del principio dell'uguale libertà nel conseguimento dei beni economici. Con ciò il Puchta, come già il Savigny, riabilitava nella sfera dei rapporti privati la formola kantiana, che era l'espressione più vigorosa dell'individualismo giuridico. Nè poteva essere altrimenti dato il presupposto che nel diritto privato gli uomini figurano come personalità astratte, indipendenti, uguali e non come membri di un organismo collettivo. Ma per ciò stesso il dualismo tra il diritto privato e il diritto pubblico in cui la qualità sociale dell'uomo era riconosciuta, veniva ad

essere viemaggiormente accentuata e la solidità e unità logica di tutto il sistema compromessa.

È giusto riconoscere che lo Stahl ebbe più vivo il senso dell'unità morale del diritto e ciò non solo per l'influenza della tradizione germanica, che la stessa dottrina storica doveva cooperare a rimettere in onore, ma sopratutto per l'influenza del pensiero cristiano che accentuando il contenuto etico del diritto, era naturalmente portato a intendere i rapporti di diritto privato nella loro coordinazione e subordinazione a finalità collettive. E il pensiero cristiano lo Stahl rivisse con piena coscienza nell'opera sua filosofica e fondandosi su di esso rilevò come difetto precipuo del sistema giuridico romano l'assenza assoluta dell'elemento etico.

Nell'aver concepito il diritto come espressione del puro volere e potere individuale non limitato o condizionato da considerazioni etiche o politiche sta, secondo l'interpretazione che ne dà lo Stahl, la caratteristica e nel tempo stesso il difetto del diritto romano (1). Tale fondamentale tendenza si mantenne in esso sostanzialmente invariata attraverso i temperamenti e le modificazioni che il progresso dei costumi doveva determinare. Nella sua forma più rigorosa e logica il principio dell'individualità e soggettività del diritto si rivela nel diritto privato romano. Qui il proprietario nell'esplicazione del suo potere sulla cosa non è vincolato da doveri, non è tenuto a subordinarlo ad un ordine più elevato e normativo di rapporti. La cosa stessa non poteva in origine andar soggetta a pesi che ne limitassero o condizionassero la disponibilità, nè poteva costituire garanzia di eventuali obbligazioni del proprietario. Le quali traggono la loro forza obbligatoria dalla dichiarazione di volontà di chi assume l'obbligazione, volontà non condizionata da reciprocità o da controprestazione. Perfino nella famiglia lo Stahl rileva non un sistema di rapporti etici e organici, ma un sistema di poteri quasi sovrani del capo. Sempre in ogni parte del diritto privato romano si afferma il potere dell'individuo in forma esclusiva, unilaterale e la norma oggettiva che ne regola l'esplicazione va intesa come riconoscimento dell'autonomia e della libertà dell'individuo, come difesa contro eventuali lesioni e sopraffazioni da parte di altri.

A questo sistema di diritto privato che dalla nozione del diritto soggettivo logicamente si svolgeva, lo Stahl oppone il diritto germanico che fin dalle sue origini afferma l'esigenza etica e organica e quindi

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, cit., Bd. II; Anhang, *Ueber den Werth des romischen Privatrechts*, p. 509 e seg.

la dipendenza del potere individuale da un ordine normativo che ne costituisce la misura.

Si comprende la sua avversione per i giusnaturalisti e i razionalisti del diritto che esaltavano il diritto romano come il diritto perfetto e al tempo stesso ne disconoscevano le ragioni profonde di vita e di sviluppo, le quali non tanto consistevano nell'affermazione vigorosa della personalità e della autonomia del soggetto, quanto nell'avere inteso il potere giuridico dell'individuo legato e condizionato se non a un ordine etico, all'ordine reale e alle esigenze imposte dalle cose a cui si applicava. Il diritto era tutto nel potere dell'individuo, ma questo era a sua volta conformato sui rapporti reali, di cui subiva le leggi. In tal senso dicevasi che *ex facto oritur jus;* non già che il diritto nascesse dalle cose, ma da esse traeva forma e significato. L'errore dei giusnaturalisti e dei razionalisti del diritto fu di aver concepito il diritto come una qualità della persona, astraendolo dai rapporti reali a cui necessariamente va congiunto. E se non fu ad essi (in ciò superiori ai romani) del tutto estranea la nozione di un ordine sociale, di cui il diritto è garanzia, essi concepirono tale ordine astrattamente e negativamente, come coesistenza di soggetti uguali.

Il loro sistema di diritto privato risponde a questa generale tendenza formalistica, come quello che risulta di un complesso di diritti che sono tutti in germe nell'uomo e si distinguono sul fondamento delle diverse relazioni della persona, non dei rapporti reali a cui si riferiscono. Non può quindi a rigor di termini parlarsi di un sistema di diritti, il quale presuppone la moltiplicità e la diversità nell'uno e nell'identico. E invero le diverse categorie di diritti nelle quali è diviso il sistema di diritto privato proposto dai razionalisti (e valga per tutti il sistema del Thibaut), se astrattamente considerate si identificano nell'unità indistinta e inscindibile della persona, nel loro contenuto reale, nell'oggetto a cui si riferiscono, non hanno tra di loro nulla di comune. D'altra parte sotto la stessa categoria (ad es. esercizio di diritti) possono ben trovarsi diritti (come la proprietà e il possesso) esprimenti la stessa posizione della personalità, ma che considerati nel loro contenuto reale non possono coesistere. La contraddizione era inevitabile finchè le forme giuridiche erano concepite separate dai rapporti di fatto a cui sono inerenti in modo indissolubile (1).

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, Bd. I; *Geschichte*, ecc., p. 575. Quivi lo Stahl contrappone il sistema di diritto privato del Savigny (a lui come al Puchta noto per la esposizione fattane dal Pernice) a quello del Thibaut per affermare la superiorità del primo, più rispondente alla natura dei rapporti privati.

Perciò lo Stahl doveva inclinare per il sistema di diritto privato dell'Hugo-Heise, il quale proponevasi, sull'esempio dei giureconsulti romani, di trar norma per la distinzione dei rapporti privati dall'ordine naturale delle cose: d'altra parte lo Stahl, a differenza del Savigny e del Puchta, rilevò di quel sistema il difetto fondamentale di aver trascurato di coordinare il diritto privato a un ordine non solo reale, ma morale e sociale. E contro il Puchta particolarmente si rivolge, la cui concezione del diritto privato, contenuta nella introduzione filosofica al *Corso delle Istituzioni* (1ª ediz. 1841), doveva apparirgli in aperto contrasto con quello che era lo spirito vero e profondo dello storicismo e in accordo sostanziale con l'indirizzo opposto (1). L'idea infatti che sta a fondamento del diritto, secondo il Puchta, è la libertà. « Der Grundbegriff des Rechts ist die Freiheit ». Donde la conseguenza logica che il diritto privato più che un sistema era un complesso di diritti fondati sulla libertà, e il diritto nel suo significato oggettivo riducevasi al riconoscimento della personalità e delle sue manifestazioni volitive. E se il Puchta nello sviluppo del suo pensiero accentua l'esigenza di un ordine divino nel mondo e considera l'individuo come membro di associazioni più o meno ampie, ai cui fini deve subordinare la sua libertà, rimane sempre vero che, almeno per ciò che riguarda il diritto privato, la libertà, la sua esplicazione, il suo riconoscimento ne costituiscono la ragione e il fine: con che non si distingueva dai seguaci dell'indirizzo antistorico e si precludeva la via ad un vero e proprio sistema di diritto privato.

Il quale, secondo la profonda intuizione dello Stahl, non è possibile se non movendo da un ordine oggettivo che dei poteri soggettivi dell'individuo è regola e misura. L'idea di ordine non quella di libertà è l'elemento costitutivo del diritto e il diritto oggettivo è il presupposto logico del diritto soggettivo. È questa la verità implicita nello storicismo che lo Stahl proclamava con piena coscienza e che a lui era suggerita da preoccupazioni religiose e morali: da essa ad ogni modo dipendeva la possibilità di un sistema del diritto nel senso voluto dallo storicismo. Dire che il diritto si identifica con l'ordine significa far dipendere i diritti dell'individuo da un ordine superiore di rapporti e di fini, significa negare l'esistenza di diritti originari, di sfere d'azione sottratte all'impero del diritto, significa affermare l'esistenza di un organismo collettivo, di cui il diritto è garanzia e dal quale la libertà dell'individuo trae norma e giustificazione. Ciò bene avvertì lo Stahl,

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts.* Bd. II, p. 298 e nota a p. 299.

ma gli nocque l'aver concepito l'ordine oggettivo superindividuale come un ordine etico ben più che giuridico: nella sua preoccupazione di esaltare e di salvaguardare gli interessi e i fini della personalità si sente l'influenza della tradizione cristiana: ma per ciò stesso doveva uscirne diminuito di valore e di importanza l'ordine giuridico, che ai fini e agli interessi della collettività sopratutto intende.

L'ordine giuridico oggettivo è per lo Stahl un ordine naturale in forma e con destinazione morale. Il diritto è una forza etica che applicandosi ai rapporti naturali della vita li trasforma in rapporti giuridici. L'elemento morale è l'elemento formale comune a tutti i rapporti giuridici, mentre la loro diversità si fonda sulla diversa realtà naturale a cui quello si applica. Ciò che quindi dà forma, significato, scopo al rapporto giuridico è l'elemento etico, il quale è a sua volta l'espressione della destinazione religiosa dell'umanità. Non può pertanto intendersi nel suo principio l'ordine giuridico se non è ricondotto alla concezione religioso-morale della vita e del mondo, la quale è per lo Stahl tutt'uno colla concezione cristiana.

È noto che il romanticismo e lo storicismo erano stati favorevoli ad un risveglio dello spirito cristiano, non già nel senso scolastico intellettualistico, ma nel suo più vero e genuino significato che era mistico e volontaristico (1). In Germania tale risveglio, anche per le influenze della tradizione protestante, incontrò più facili condizioni di sviluppo. La filosofia dello Schleiermacher e dello Stahl ne è tutta penetrata ed acquista dal confronto collo spirito romantico e storico particolare rilievo. Poichè lo storicismo e il romanticismo se per certe loro generali tendenze dovevano incontrarsi col rinnovato sentimento cristiano, per altro verso si posero con esso in irreconciliabile contrasto. L'accordo era sopratutto nella tendenza a restaurare col principio di autorità e col culto delle tradizioni i valori morali, a rinsaldare i vincoli domestici, sociali, politici infranti dalla rivoluzione, a porre un ordine superiore da cui l'individuo traesse norma per l'operare. Nè fu estranea al romanticismo la tendenza mistica e immanentistica che trovava riscontro nella esaltazione dello spirito collettivo da parte dello storicismo giuridico. Ciò che è vivo e reale non è l'individuo ma la realtà divina in noi, lo spirito universale. Lo svolgimento di questo concetto in sè e nelle sue applicazioni al diritto e allo Stato doveva costituire la ragion logica e storica dell'hegelismo. Ma nè lo Schleiermacher nè

---

(1) Su questa duplice direzione del pensiero cristiano cfr. il nostro scritto: *Il problema filosofico del diritto nell'opera di Igino Petrone*, in volume: *Per Igino Petrone*, Campobasso, 1917, p. 113 e seg.

lo Stahl, come già il pensiero cristiano nel Medio Evo per opera della Scolastica, trassero il misticismo romantico e lo storicismo giuridico alle ultime conseguenze e preferirono salvare con la trascendenza le ragioni dell'individualità.

Il Cristianesimo ravvivando il senso dello spirito era stato indotto a concepire quest'ultimo nelle forme dell'individualità. L'individualità spirituale dell'uomo non era che l'immagine della individualità divina. Questa affermazione dell'individuo come realtà e autonomia, significava nel dominio delle scienze pratiche la sua elevazione a dignità di fine di fronte alla società e allo Stato. Ma il Cristianesimo doveva incontrare una difficoltà insuperabile a conciliare il principio individuale col principio universale: poichè se da un lato affermava l'individualità dello spirito, dall'altra poneva l'universalità come suprema esigenza dell'essere; di qui un dualismo per il quale si resero possibili in seno ad esso le posizioni teoretiche e pratiche più contrastanti, le energiche affermazioni dell'individualismo religioso e politico da un lato, le esaltazioni del misticismo e dell'assolutismo dall'altro. E veramente la conciliazione tra i due principii il pensiero cristiano, come già Aristotele, non diede, nè poteva dare perchè esso per opera degli Scolastici intese l'individualità nella sua estrinsecazione e moltiplicazione in natura, non nell'unità dello spirito che si afferma come diverso e molteplice (1).

Il contrasto che era proprio del pensiero cristiano ritroviamo nello Stahl come conseguenza della sua esplicita adesione ai presupposti teoretici e pratici dello spiritualismo cristiano. Come quest'ultimo lo Stahl fa del diritto un attributo della personalità individuale, ma ne cerca il fondamento ultimo nella destinazione divina delle cose: lo concepì come una forza morale che applicandosi alla realtà esteriore la piega ai fini dell'esistenza. Nel diritto privato l'uomo singolo è il centro e il fine del sistema: tutto in esso è subordinato ai fini dell'esistenza individuale. in piena armonia col pensiero cristiano, secondo cui l'uomo, solo tra gli esseri dell'universo, ha valore e dignità di fine, ed è dotato di libertà per far servire nel modo più vario le cose ai bisogni materiali dell'esistenza.

Al criterio soggettivo che distingue i rapporti di diritto privato secondo gli aspetti o direzioni della personalità, lo Stahl preferisce il criterio oggettivo dell'ordine reale e naturale dei rapporti che tendono a conservare e a svolgere la personalità individuale. In base a questo criterio, tutti i rapporti privati lo Stahl riconduce a rapporti personali, patrimoniali, famigliari e ai diritti corrispondenti (2).

---

(1) Cfr. Gentile G., *I problemi della Scolastica*, Bari, 1913, p. 176.
(2) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., Bd. II, III Buch, *Das Privatrecht.*

Come presupposto dei diritti personali sta il concetto dell'uomo-persona nel significato e secondo il valore che la personalità prendeva nella concezione cristiana della vita. Se l'uomo è creato ad immagine di Dio, se esiste per la conservazione del suo essere fisico e per il suo perfezionamento morale e religioso, se le cose sono preordinate a tale fine, l'uomo non può essere ostacolato nell'esplicazione della sua attività, esso ha cioè il diritto alla libertà e alla integrità della persona. E questi diritti sono per esplicita dichiarazione dello Stahl originari e assoluti, e tutti gli uomini in vista della loro destinazione morale e religiosa sono liberi e uguali. La coincidenza qui del pensiero dello Stahl con quello del Rousseau e del Kant che del valore assoluto dell'individualità e dell'uguaglianza assoluta degli uomini furono eloquenti e autorevoli assertori, non potrebbe essere maggiore. E col Kant concorda ancora lo Stahl in questa parte del diritto privato nell'elevare a criterio e a misura della libertà la massima della coesistenza (1).

Se non che lo stesso Stahl ha cura di rilevare la differenza sostanziale tra il suo modo di intendere la libertà e l'uguaglianza e quello del Rousseau e del Kant, che è poi la differenza tra l'individualismo astratto e razionale del secolo XVIII e quello reale e morale cristiano. I funesti effetti della rivoluzione lo Stahl non esita far risalire al falso concetto che della libertà e dell'uguaglianza avevano dato Rousseau e Kant. Dai quali la libertà è intesa come possibilità astratta e negativa di operare, senza contenuto, senza scopo da cui potesse trarre direzione e norma. La libertà come la persona è per lo Stahl un concetto concreto e positivo: essa è concessa all'uomo perchè raggiunga con piena coscienza e autonomia il suo scopo: non è una astrazione, ma un'attività che se non può essere costretta al fine, deve però intendersi in rapporto necessario con esso. Perciò se la libertà come la persona ha valore assoluto, non si svolge senza regola, senza i limiti imposti, oltre che dalle esigenze della coesistenza, dall'ordine morale ch'essa deve attuare. L'ordine giuridico è certo rivelazione di libertà, non già perchè sia il prodotto della libertà, ma perchè l'uomo lo attua e lo riproduce liberamente. In altre parole la libertà nel concetto dello Stahl, che è il concetto cristiano, va determinata, regolata e diretta al fine, il quale nella sfera del diritto privato si identifica coi fini e le esigenze naturali e morali della personalità individuale.

D'altra parte il concetto dell'uguaglianza lo Stahl deriva dalla comune origine e dalla uguale destinazione dell'uomo, non da un immaginario stato di natura o da una esigenza puramente astratta e razionale.

---

(1) Cfr. STAHL, *Phil. d. Rechts*, ecc., Bd. II, III Buch, Kap. 2.

Se infatti il fine è uguale per tutti, e tutti devono essere posti nelle medesime condizioni per raggiungerlo, i mezzi e le forme concrete nelle quali i singoli individui lo attuano variano indefinitivamente secondo le loro particolari condizioni e attitudini. L'uguaglianza in altre parole consiste nell'identità di natura, non nelle sue accidentali manifestazioni.

Se così è lo Stahl non superava il punto di vista astratto che egli rimproverava ai seguaci dell'indirizzo opposto, poichè agli effetti del diritto privato e in particolare dei diritti della personalità ciò che per lui conta non sono le disuguaglianze accidentali, ma l'uguaglianza essenziale. Perciò egli fu indotto a ricercare la diversità dei rapporti giuridici privati non nei soggetti, concepiti come uguali, ma nell'oggetto e contenuto del rapporto.

Il dualismo tra ciò che è accidentale e ciò che è sostanziale rimaneva per tal modo insoluto e non solo nello Stahl, che riproduceva anche in questa parte il pensiero cristiano per il quale solo ciò che è sostanziale è reale, ma anche nel Puchta e nel Savigny. I quali nello sforzo di riabilitare ciò che è concreto, positivo, storico non intesero che era implicita la riabilitazione dell'accidentale, in quanto è un aspetto inseparabile della realtà, e necessariamente legato a ciò che noi indichiamo col nome di sostanza.

L'aver fatto della disuguaglianza una condizione accidentale dell'individuo, e come tale trascurabile, impedì allo Stahl di elevare sopra basi veramente concrete ossia storiche l'edificio del diritto privato. Nel quale i soggetti figurano per le loro qualità essenziali, non per la diversità della funzione che dovrebbero esplicare come membri di un organismo morale, e l'eguaglianza vi si afferma come diritto originario della persona, in un significato analogo a quello dei razionalisti. Perciò lo Stahl sentì di approvare nell'errore della rivoluzione la verità dell'uguaglianza davanti alla legge; approvazione non scevra di equivoco se si pensa che l'uguaglianza giuridica proclamata dalla rivoluzione era puramente formale, lasciava sussistere le disuguaglianze di fatto, era ad ogni modo in aperto contrasto con l'uguaglianza morale che lo Stahl vagheggiava (1).

Era nella logica dello spiritualismo filosofico la confusione dell'ordine etico e dell'ordine giuridico, della libertà e uguaglianza morale e della libertà e uguaglianza giuridica, non meno che l'impotenza a superare il punto di vista individualista. E se lo Stahl invoca nel dominio del diritto privato il principio di umanità, ossia il concetto che l'individuo, qualunque sia il suo grado e la sua condizione giuridica, deve sempre

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., Bd. II, III Buch, p. 334.

sentirsi parte di un organismo morale, a cui subordinare la sua individualità, ciò non gli impedisce di intendere il diritto della persona astraendo da tale presupposto, come un diritto che si radica nella personalità individuale, come se l'individuo potesse concepirsi separato dall'universale di cui è parte (1).

La stessa astrazione da un qualsiasi organismo collettivo fa lo Stahl nella seconda parte del suo sistema di diritto privato che comprende il diritto patrimoniale (2). Qui la personalità è considerata non assolutamente, ma relativamente, in rapporto cioè ad *altro* (cosa o prestazione): estrinsecandosi essa riduce in suo potere l'oggetto in vista di un utile o di un bisogno suo proprio. Quindi il rapporto patrimoniale consta secondo lo Stahl di un triplice elemento: di un elemento soggettivo formale, costituito dall'attività del soggetto che tende a esplicarsi su ciò che è a lui esterno; di un elemento oggettivo materiale, che è il termine dell'attività; infine di un vincolo unitario che riassume i due termini del rapporto ed è rappresentato dallo scopo per cui l'attività personale si esplica sull'oggetto, che è mezzo al soddisfacimento del bisogno. Questi diversi elementi si riscontrano in tutti i rapporti patrimoniali, per cui un'unità profonda e sostanziale riunisce i due rami del diritto patrimoniale, dipendendo la distinzione tra rapporti reali e personali, dall'oggetto diverso su cui l'attività individuale diretta dallo scopo si svolge.

Perciò la proprietà è per lo Stahl un diritto originario non acquisito: non può quindi considerarsi nè una creazione dello Stato, nè il frutto di convenzioni umane. D'altra parte non può concepirsi col Kant come un semplice potere formale del soggetto sulla cosa, astraendo da qualsiasi considerazione di bisogno e di scopo; nè cogli empiristi come un mezzo atto a soddisfare i bisogni senza tener conto della personalità che nella proprietà si afferma nella forma di un effettivo potere sulla cosa. La dottrina dello Stahl risulta dall'unione del punto di vista razionale ed empirico: la proprietà è un potere inerente alla persona, ma è un potere reale che si esplica nelle forme e nei limiti imposti dallo scopo e dalla natura della cosa a cui si applica.

Ma empirico o razionale che sia il concetto di proprietà, si riafferma con lo Stahl la concezione rigidamente individualista della proprietà. La proprietà è individuale come la personalità che ne è la sorgente, come il bisogno che tende a soddisfare; lo stesso oggetto su cui si esplica prende col lavoro impronta e significato individuale. Egli stesso

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 345.
(2) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 350 e seg.

ha cura di rilevare che la proprietà deve intendersi come un *Beruf* e non come un *Amt*; essa è cioè determinata da tendenze e motivi personali con esclusione di qualsiasi concetto di funzione e di qualsiasi considerazione di finalità collettiva (1). E se invoca a presupposto della proprietà « una comune coscienza giuridica », questa va intesa come una generale condizione per la realizzazione degli istituti giuridici, e non solo della proprietà che è per natura sua propria essenzialmente individuale (2).

Nè dalla proprietà differisce sostanzialmente l'obbligazione in cui non la cosa, ma singole azioni esterne di altri possono diventare oggetto del volere per l'utile o il bisogno che servono a far conseguire o a soddisfare. Ad impedire che il potere che cade sull'attività altrui sia tale da ledere l'inviolabilità della persona nel suo valore di fine non solo l'attività oggetto dell'obbligazione dev'essere parziale ed esteriore, ma liberamente consentita (3).

Mentre il Kant aveva raccolto tutti i rapporti giuridici patrimoniali intorno ai concetti di proprietà e di patto, più rettamente lo Stahl considera l'obbligazione come un concetto più esteso e comprensivo di quello del patto, il quale, se è la fonte ordinaria e preminente delle obbligazioni non è la sola e può generare vincoli giuridici di natura diversa dall'obbligazione, rispetto ai quali esso è mezzo e causa transitoria, non fonte e causa permanente e sostanziale (4). Il fatto di una volontà che è vincolata ad altri è comune così ai patti come alle obbligazioni, ma ciò non basta ancora ad affermare l'identità, non potendosi, se non per astrazione, la volontà intendere separata dall'oggetto e solo in base a questo è possibile la piena identificazione del patto con l'obbligazione (5).

Per ciò che riguarda il fondamento obbligatorio del patto lo Stahl non è del parere dei razionalisti del diritto, che riponevano il fondamento esclusivamente nella libertà, la quale implica possibilità di qualsiasi causalità. La libertà infatti se può giustificare l'impegno attuale, non giustifica nè garantisce l'osservanza del patto in futuro. Alla libertà deve secondo lo Stahl (e il Kant lo aveva rilevato prima di lui) andar congiunta la « fides », ossia la coscienza che il patto è immutabile e

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 352 (e nota).
(2) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 361.
(3) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 406 e seg.
(4) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., p. 412. Ad es. il matrimonio, la tradizione, il *pactum hypothecae*, il patto costituzionale.
(5) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, ivi.

deve essere accettato e fedelmente osservato in tutte le sue naturali conseguenze future. Che se con lo Stahl la libertà giuridica deve intendersi non come potere astratto, ma come potere che non può prescindere da condizioni e finalità etiche, allora la « fides » è implicita nella libertà, ed entrambe nella personalità, la quale viene a costituire in ultima analisi il vero fondamento dell'osservanza dei patti (1).

La « fides » costituisce del rapporto contrattuale il saldo fondamento etico. Si comprende come i seguaci del diritto di ragione, preoccupati dopo Kant d'eliminare dall'ordine giuridico qualsiasi elemento di natura etica, fossero indotti a eliminare la « fides » dalle condizioni costitutive del patto e tenessero esclusivo conto del fattore volitivo. Ma l'aver spogliato il diritto da qualsiasi considerazione etica doveva apparire allo Stahl il grande deplorevole errore del razionalismo giuridico.

La concezione strettamente individualistica dei rapporti privati trovava un limite e un temperamento nell'ordine etico e nell'ordine naturale, alle cui leggi tali rapporti dovevano sottostare. Le limitazioni della libertà individuale determinate dalla natura dell'oggetto erano state riconosciute in ogni tempo e particolarmente dai giureconsulti romani, i quali non concepirono mai l'attività giuridica astratta e indipendente dai rapporti naturali a cui si applica. La separazione fecero i razionalisti e fu la conseguenza in essi della distinzione kantiana degli elementi formali e materiali del diritto, dell'aver in quelli e in quelli soli riposto il concetto del diritto. A riparare tale errore, a restaurare l'unità della forma e della materia, a intendere quella nei limiti di questa, mirarono il Savigny, il Puchta, lo Stahl. Senonchè nello Stahl con più chiara coscienza che nel Savigny e nel Puchta l'ordine naturale è costituito non solo di fattori e di condizioni naturali, ma di stati d'animo, di tendenze ed esigenze psicologiche. Egli eleva il principio del bisogno a principio generatore dei rapporti giuridici patrimoniali, i quali vengono per tal modo ad avere comuni il fondamento e le leggi coi rapporti economici.

L'armonia dell'ordine etico e giuridico era un'altra esigenza dello storicismo che reagì contro la tendenza del razionalismo del Kant e del Fichte a distinguere la morale dal diritto. Ma nel sistema dei rapporti patrimoniali dello Stahl l'ordine etico è concepito fuori e sovrastante ad essi, nè si vede come possa efficacemente, ossia giuridicamente, temperare le conseguenze antisociali che da tali rapporti dominati dal duplice principio della libertà e del bisogno possono derivare.

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 414 (e nota).

I rapporti famigliari costituiscono la terza ed ultima parte dell'ordinamento di diritto privato proposto dallo Stahl (1). La famiglia preesiste al diritto come un organismo naturale e morale. Sotto la duplice influenza germanica e cristiana, che lo storicismo aveva richiamato in onore, lo Stahl sentì profondamente l'unità della vita famigliare, l'importanza degli scopi, la necessità di restaurarne la dignità di fronte alle aberrazioni del razionalismo giuridico. Poichè in nessun altro campo del diritto come in questo del diritto famigliare, il punto di vista soggettivo e razionale aveva dato più infecondi ed erronei risultati. Per quanto la famiglia dimostri evidente il suo carattere organico e morale, i razionalisti trovarono modo di trattarne astraendo da esso e pretesero ricondurla alle premesse dell'individualismo giuridico. Purchè la logica dell'individualismo fosse salva non si dubitò di sacrificare le ragioni teoretiche e pratiche dell'istituto famigliare. Nessuna meraviglia che il problema giuridico della famiglia rimanesse insoluto, anche nei maggiori rappresentanti del razionalismo, nel Kant che fa del matrimonio un patto « per il reciproco possesso, durante la vita, delle qualità sessuali », nel Fichte che lo concepisce come libera unione dei sessi permessa dal diritto, nel Gros che non crede incompatibile col diritto di ragione la poligamia, il matrimonio a tempo e tra i più stretti parenti.

Di tutti gli istituti del diritto privato la famiglia menò si prestava ad una interpretazione individualista, poichè se per un verso essa traeva origine e giustificazione dalle leggi generali della vita organica, dall'altro per i rapporti che generava, per i fini che si proponeva, per gli interessi sociali a cui serviva, mal poteva comprendersi nelle categorie formali del razionalismo individualista. Ed era una illusione e un errore invocare in questo campo il tipo classico della famiglia romana, poichè se fecero difetto al diritto romano le ragioni morali e sociali della famiglia, esso però la concepì come una istituzione politica fortemente unificata nel capo, le cui funzioni eccedevano la sfera del diritto privato famigliare. La famiglia in Roma serviva agli interessi dello Stato assai più che a quelli dell'individuo. Ma se il dispotismo domestico traeva in Roma dai fini politici della famiglia una qualche giustificazione, era assolutamente incompatibile coi principii di libertà e di eguaglianza posti a fondamento dell'ordine giuridico. Perciò ai razionalisti non rimase altra via che astrarre i rapporti di famiglia da qualsiasi contenuto morale, politico, sociale, e risolverli in rapporti formali analoghi a quelli contrattuali regolati dalla legge dell'eguaglianza, della libertà, della coesistenza.

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., p. 421 e seg.

Collo storicismo il carattere organico, il significato morale, le finalità sociali della famiglia ebbero pieno riconoscimento. Ma rimaneva per esso la difficoltà di intendere la famiglia agli effetti particolari del diritto. Respinta infatti la categoria del contratto come non rispondente alla natura dei rapporti famigliari, bisognava trovare ad essi un'altra categoria giuridica nei quali farli rientrare, sopratutto bisognava giustificare l'aspetto giuridico dell'ordine famigliare.

Ciò non fece lo storicismo il quale non riuscì a dare della famiglia una dottrina giuridica rispondente a quella che era poi la sua intima e profonda esigenza. Bastava all'uopo abbandonare il punto di vista soggettivo e individualista, intendere la famiglia come una personalità collettiva in base alla sua natura organica, alla sua struttura gerarchica, ai suoi fini morali e sociali e giustificare l'intervento dello Stato nei limiti imposti dalla necessità di garantirne le condizioni esteriori di esistenza, di conservazione, di sviluppo. Invece i rappresentanti dello storicismo dal Savigny allo Stahl considerarono la famiglia agli effetti particolari del diritto come una continuazione e una integrazione della personalità individuale e quindi conservarono al diritto di famiglia i caratteri di un diritto che ai fini dell'individuo sopratutto intende. Un contrasto insanabile doveva pertanto rilevarsi tra il concetto etico-organico della famiglia e quello giuridico, e lo storicismo che si era affermato come un movimento inteso a superarlo falliva in una delle sue più caratteristiche esigenze.

Sintomatica al riguardo è la posizione incerta e contraddittoria del Savigny, il quale dopo di aver rilevato la profonda differenza che distingue i diritti di famiglia dagli altri rapporti del diritto privato e di averli perfino ascritti al diritto pubblico, ne fa una categoria del diritto privato, nel quale entrano solo parzialmente non come diritti spettanti ad un ente collettivo, ma per la relazione che si stabilisce tra due individui di sesso diverso, cioè tra due esseri incompleti, che nella famiglia trovano il loro naturale complemento (1). Evidentemente il Savigny si lasciò fuorviare dalle influenze romane e razionalistiche. Non si vede come lo stesso istituto possa cadere per una parte sotto il dominio dell'etica, per l'altra sotto quello del diritto, come morale e diritto possano diversamente, ossia movendo da opposti principii, concepirlo e regolarlo. La famiglia è una unità inscindibile nella quale l'ordine etico e giuridico potranno coesistere, ma non giustaporsi e contraddirsi.

Più coerente e sicuro si rivela nel suo sistema lo Stahl. Il quale annovera la famiglia tra gli istituti del diritto privato, non perchè

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I (tr. it.), p. 343, 346, 350.

disconosca il carattere etico, religioso, politico di molte norme che costituiscono il diritto di famiglia, ma perchè comprende nel diritto pubblico solo le istituzioni aventi valore e scopo universale, come lo Stato e la Chiesa, elevando a criterio distintivo del diritto pubblico e privato non il significato delle norme, ma quello degli istituti (1).

A differenza del Savigny, lo Stahl giustamente sostiene che l'ordine giuridico abbraccia l'organismo famigliare in tutte le sue parti, ma con compito strettamente negativo in quanto non si sostituisce alla morale nel regolarne la vita interiore, ma tende solo a garantirne le condizioni esterne di conservazione e di sviluppo (2). In altre parole i rapporti giuridici famigliari sono gli stessi rapporti naturali e morali riconosciuti e difesi dal diritto.

Dopo ciò meglio si comprende il carattere individualistico che lo Stahl riconosce a tali rapporti. Rispondeva esso alle esigenze logiche e morali del pensiero cristiano che in ogni tempo nella famiglia volle affermati e difesi non tanto gli interessi dell'organismo considerato come un tutto, quanto la personalità morale e spirituale dei membri che entrano a costituirla. Ciò che esiste ed ha valore di fine era per il cristianesimo la personalità individuale, al cui perfezionamento ed alla cui elevazione doveva intendersi e subordinarsi la vita della famiglia. Era questo in fondo anche il pensiero del Savigny e del Puchta, ma solo nello Stahl esso si rivela con chiara coscienza.

Sempre per questo stesso senso più vivo del contenuto etico dei rapporti di famiglia lo Stahl combattè la dottrina che faceva del matrimonio un contratto, dottrina tanto diffusa e radicata che lo stesso Savigny non dubitò di accoglierla e di difenderla apertamente. La preoccupazione sistematica e unitaria indusse il Savigny a fare del contratto la suprema categoria dell'ordine giuridico privato e ne estese talmente il concetto da comprendere in esso qualsiasi dichiarazione di volontà che si manifestasse nella forma concreta di un concorso di voleri diretto a mettere in atto un rapporto giuridico di qualsiasi specie. Quindi tale concetto non solo si applicava alle obbligazioni (contratti obbligatori), ma ai diritti reali, ad es. alla tradizione, e ai rapporti di famiglia, tra essi al matrimonio (3). E veramente se si astrae dal contenuto del contratto, il concorso delle volontà in una volontà unica e indivisa è elemento comune a tutti questi rapporti.

Era però una illusione quella del Savigny di contrapporre la sua

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., ii, p. 304.
(2) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., ii, p. 424.
(3) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc. (tr. it.), iii, § 140 e § 141.

dottrina del contratto e implicitamente del matrimonio a quella del Kant, il quale avendo fatto consistere il contratto nella concorde volontà di due persone a scopo di alienare la proprietà (o meglio per prepararne l'alienazione, la quale si attua solo colla tradizione) e avendo concepito il matrimonio come un contratto, fu indotto ad ammettere una specie di proprietà di ciascun coniuge sulla persona dell'altro (1).

L'aberrazione del Kant era la conseguenza di quello stesso punto di vista formale che il Savigny aveva seguìto nel definire il contratto. L'estensione maggiore da lui data al concetto del contratto non giovava a meglio comprendere la natura reale del matrimonio. Nè vale, come fa il Savigny, contrapporre ai contratti obbligatori il matrimonio come contratto non obbligatorio, cioè come contratto in cui la dichiarazione di volontà non implica la promessa di un determinato atto, ma solo l'adesione concorde e cosciente dei coniugi a vivere la vita matrimoniale secondo i dettami del Cristianesimo (2). Questa interpretazione della volontà dei coniugi è del tutto arbitraria e ad ogni modo non appartiene all'essenza giuridica del rapporto, la quale è tutta e solo nella dichiarazione di volontà, cioè nell'elemento formale astratto che è elemento comune a tutti i contratti. Come poi il Savigny concilî la concezione storica e naturale del diritto di famiglia con queste astrazioni giuridiche non occorre rilevare: certo è che il criterio storico e realistico nella determinazione del rapporto matrimoniale esula completamente.

Su questo punto la superiorità dello Stahl è indiscutibile non solo per aver negato recisamente il carattere contrattuale del matrimonio, nell'averne affermato la natura etica, ma sopratutto per aver reagito contro la tendenza implicita nella dottrina del Savigny a far dipendere la natura dei rapporti giuridici da elementi formali anzichè dalle loro condizioni reali in pieno contrasto coll'indirizzo storico. Era infatti un'esigenza di quest'ultimo l'unità indissolubile della materia e della forma, la quale unità vietava la riduzione allo stesso principio formale di istituti il cui contenuto era sostanzialmente diverso. E irreducibili sotto la stessa categoria del contratto erano per lo Stahl le obbligazioni aventi un contenuto economico, e il matrimonio il cui contenuto era essenzialmente etico. Anche lo Stahl riconosce che l'accordo di due volontà è essenziale al sorgere del matrimonio: ma a questo si limita l'azione del patto, perchè i diritti e doveri dei coniugi, la loro esigibilità non sorgono dal consenso dato al matrimonio, ma dal matrimonio

(1) Cfr. Kant, *Rechtslehre*, Konigsberg, 1797, p. 98 e p. 110 e 111.
(2) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., III, p. 417.

stesso che è un vincolo morale (1). Il patto ha nel matrimonio un valore puramente estrinseco e transeunte, che si esaurisce nel momento stesso in cui è conchiuso.

D'altra parte neppure lo Stahl riuscì a giustificare il matrimonio agli effetti particolari del diritto, a determinarne la giuridicità. E se in conformità alla dottrina liberale allora generalmente accolta egli considera il matrimonio come un rapporto civile e non religioso, da regolarsi esclusivamente dallo Stato e non dalla Chiesa, continuò però a intenderlo come un rapporto di natura etica e non giuridica, tendente a integrare e ad elevare la personalità mediante la comunione della vita (2). L'azione pertanto dello Stato e quindi del diritto in ordine al matrimonio era una azione di riconoscimento, di garanzia, ossia estrinseca, negativa, subordinata alla morale, in base alla quale dovevansi determinare la natura del vincolo, i doveri e i diritti dei coniugi. Anch'egli, come il Savigny e il Puchta, perdette di mira le ragioni storiche del diritto matrimoniale, nè dallo storicismo trasse norma per intenderne il valore non solo formale ma reale e intrinseco.

Nel sistema del diritto privato dello Stahl il diritto successorio non fa parte a sè, ma si connette per un verso al diritto di famiglia, per l'altro al diritto patrimoniale (3). Esso presentasi come un diritto complesso che ha fuori di sè il suo fondamento e la sua giustificazione. Vedemmo come lo stesso Savigny accettasse sostanzialmente la dottrina del razionalismo individualista in ordine alla natura e al fondamento del diritto successorio. Nel suo sistema ritorna la finzione della volontà espressa o tacita del defunto che prolunga il suo potere oltre i termini della vita (4). E a tale finzione doveva pure ricorrere dato il presupposto della personalità individuale come causa unica e necessaria dei rapporti privati. Lo storicismo gli dava modo di intendere l'individualità come una astrazione e la personalità collettiva dello Stato e della nazione come la sola realtà, per cui più che di successione dovevasi parlare di risoluzione della personalità e del suo patrimonio nella personalità collettiva. Ma le esigenze collettive dello storicismo il Savigny intese assai più sotto il punto di vista etico che giuridico.

La preoccupazione di far rientrare il diritto successorio nel diritto

---

(1) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 413 e 431.

(2) Cfr. Stahl, *Phil d. Rechts*, ecc., II, p. 432-447. Quivi lo Stahl (§ 68-69) tratta storicamente del vincolo matrimoniale secondo la dottrina cattolica e protestante, dei rapporti dello Stato e della Chiesa al riguardo, dei diversi sistemi prevalsi nei tre codici dell'epoca.

(3) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 295.

(4) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., p. 378 e seg.; VIII, p. 300.

privato e quindi di intenderlo in tutte le sue parti in rapporto alla personalità individuale, indusse il Savigny se non a intendere il diritto di successione come titolo di acquisto della proprietà (ad esclusione delle obbligazioni) (1), ad accogliere l'altro principio fondamentale della concezione individualista del diritto successorio, il principio relativo alla trasmissione ereditaria considerata come un modo di acquisto della proprietà del patrimonio concepito come un'unità indivisibile. Ciò implicava un atto esplicito di volontà da parte dell'erede, al quale atto era subordinato il concetto della continuità della personalità del defunto in quella dell'erede e della confusione dei patrimoni.

È giusto però riconoscere che questa adesione alla dottrina dominante non fu nel Savigny senza restrizioni e influenze inspirate ad un diverso concetto della successione. Sotto due forme tali influenze si manifestano. La prima, comune anche ai giusnaturalisti, si afferma nel valore riconosciuto al vincolo parentale, e alla giustificazione in base ad esso della successione intestata. Tale principio postulava la continuità della persona e del suo patrimonio fondata su una legge di natura e su ragioni morali, ed eliminava la finzione della volontà espressa e sopratutto tacita del defunto da un lato, l'esigenza dell'acquisizione ereditaria dall'altro. Sotto l'influenza di questa dottrina si era creato, per ciò che riguardava il loro fondamento, un dualismo tra la successione testata e intestata. Il Savigny preferì, a scapito della logica, ma con vantaggio dell'unità formale del sistema, di far concorrere i due principii a giustificare la successione *ab intestato*, poichè di questa sopratutto trattavasi (2).

La seconda influenza, in armonia colle esigenze della dottrina storica, si rivela nella tendenza del Savigny a negare qualsiasi sostanziale efficacia alla volontà del defunto, a fare del patrimonio ereditario una *res nullius*, una *universitas* avente una personalità giuridica sua propria, con destinazione e finalità d'indole sociale, una specie di patrimonio di cui il titolare sarebbe la collettività, gli eredi sarebbero possessori in veste di amministratori transitori e mutevoli (3). Lo sviluppo di questo concetto manca nel Savigny, ma in base ad esso fu indotto a fare del diritto successorio un diritto coordinato al diritto patrimoniale, da cui sostanzialmente non si distingue. Il diritto patrimoniale nella geniale intuizione del Savigny sarebbe lo stesso diritto patrimoniale considerato non staticamente nella sua attualità, ma nella sua successione, cioè dina-

---

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc. (tr. it.), I, p. 382 (nota *c*).
(2) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., VIII, p. 300 (nota *a*).
(3) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, p. 382.

micamente (1). Era la svalutazione della personalità individuale e della sua esistenza limitata e passeggiera, e l'affermazione del valore sociale e perenne dei prodotti della sua attività.

Secondo lo Stahl il diritto successorio ha il suo fondamento naturale e morale nel vincolo di parentela e quindi nella famiglia che ne è il presupposto. Rapporto di successione e rapporto di parentela sono per lo Stahl inscindibili e la trasmissione del patrimonio non è che un aspetto del continuarsi della personalità del defunto nell'erede. L'intero patrimonio del defunto costituisce anche per lo Stahl una unità indivisibile, che ha una destinazione sua propria, non subordinata all'arbitrio dell'individuo; il suo conservarsi e perpetuarsi attraverso le generazioni risponde a una legge eterna di ordine e di continuità, da cui dipende la conservazione e lo sviluppo non tanto degli individui quanto delle collettività umane (2).

Non per questo devesi credere che lo Stahl abbandonasse il punto di vista individualista nella concezione del diritto successorio, o che dal principio dell'unità organica della famiglia derivasse la conseguenza che la personalità dei genitori si confonde con quella dei figli, o ancora che si formasse una specie di comproprietà famigliare. A salvare il principio dell'autonomia della persona e il suo valore di causa libera lo Stahl fu indotto a riconoscere una certa discontinuità nella trasmissione ereditaria, per cui questa si presenta come una vera e propria successione, ossia ha luogo non solo come necessaria conseguenza del vincolo di parentela, ma anche per l'intervento di un duplice atto volitivo, per il fatto cioè dei genitori che hanno la proprietà e la disponibilità del patrimonio e per l'atto di accettazione da parte dei figli.

Il diritto testamentario ha appunto le sue radici e la sua giustificazione nel fatto che i genitori sono i veri autori e titolari del patrimonio. E se il loro potere non va oltre la vita, essi possono però determinare in anticipazione il contenuto del rapporto successorio conformemente all'ordine naturale e morale della parentela. Perciò il testamento più che una libera disposizione della proprietà deve considerarsi una libera imitazione del vincolo naturale di famiglia analogo all'adozione (3). Riducendosi il testamento al riconoscimento volontario del principio che sta a base del diritto successorio, non ne scuote l'unità fondamentale, mentre costituisce un utile talora necessario complemento della successione intestata.

---

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, p. 383.
(2) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 500.
(3) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 503.

Le preoccupazioni etiche fecero perdere di mira allo Stahl le ragioni giuridiche del diritto successorio, il quale se ripete l'origine e il fondamento dalla famiglia e dai vincoli naturali e morali che per essa sorgono, nel suo contenuto non si distingue essenzialmente dal diritto patrimoniale. Questo aspetto del diritto successorio, che aveva particolarmente destato il senso giuridico del Savigny, fu pressochè trascurato dallo Stahl, forse perchè non vedeva motivo di distinguere per questo lato il rapporto successorio da quello patrimoniale. La considerazione della famiglia e dei vincoli del sangue se poteva avere influenza sulla designazione dell'erede, non ne aveva alcuna sulla destinazione del patrimonio, il quale cadeva nella libera disposizione dell'erede senza riguardo alla sua origine e alle finalità della famiglia. Anche per ciò lo Stahl non superava il punto di vista individualista, che era del resto perfettamente compatibile con la concezione etico-cristiana della personalità, in ordine alla quale la famiglia non è fine, ma mezzo.

I sistemi di diritto privato del Savigny, del Puchta, dello Stahl, ebbero un'importanza sull'ulteriore svolgimento della civilistica che non è affatto in rapporto collo storicismo: di questo essi non svolsero la logica interna, mentre riprodussero il carattere formale, e la tendenza individualista dell'indirizzo opposto. L'insuccesso dello storicismo quando volle tradurre in atto i suoi principii e gettare nuove basi del diritto privato costituisce uno dei fatti più fecondi di ammaestramento nella storia delle scienze morali.

30. — Quali, possiamo oramai chiederci, furono le cause che generarono un così profondo contrasto tra le esigenze teoretiche della scuola storica, solennemente e concordemente proclamate dal Savigny, dal Puchta, dallo Stahl, e le sue applicazioni al diritto privato? Che nella dottrina storica fosse implicito un nuovo ordinamento e una nuova concezione del diritto privato non vi può esser dubbio. Basti pensare che lo storicismo era un aspetto del romanticismo, di quel generale movimento di sentimenti e di idee che accompagnò e giustificò la reazione teoretica e pratica al soggettivismo e al razionalismo della Rivoluzione e che in forma diversa, ma con identità di tendenze e di scopi, aveva informato di sè tutto il vasto campo delle scienze dello spirito. L'influenza di questo movimento era stata per la scienza del diritto ben più che una semplice influenza generica, poichè il Savigny la tradusse in un programma specifico teorico e pratico. E al diritto privato doveva particolarmente intendere ed effettivamente intese con l'opera sua il Savigny, poichè in esso l'ideologia del secolo della Rivoluzione si riassumeva nelle sue più caratteristiche direzioni e finalità.

L'opposizione ai codici era l'opposizione alla filosofia soggettiva e individualista che li informava, e doveva affermarsi come una inversione di valori e di fini.

La riforma del diritto privato era la vera, la suprema esigenza dello storicismo giuridico; di essa il Savigny diede nella *Vocazione* le linee generali e i principii fondamentali. Sulla scorta dei quali e in armonia alle generali tendenze dell'epoca non era difficile ricostruire il nuovo sistema di diritto privato. Esso doveva contrapporsi in tutte le sue parti a quello consacrato nei codici: e come questo era o poteva astrattamente rappresentarsi come lo svolgimento logico dell'idea individuale, così quello doveva intendersi in unione indissolubile con quello spirito collettivo, che il Savigny aveva elevato a supremo principio reale e causale dell'ordine giuridico. Non dunque il nuovo sistema doveva movere dal presupposto dell'individuo e dei suoi diritti soggettivi e risolvere tutti i rapporti privati, non esclusi quelli di famiglia, in rapporti interindividuali regolati sulla base della libertà, dell'uguaglianza e della coesistenza, ma doveva movere dal presupposto di un ordine oggettivo esprimente una esigenza di natura essenzialmente sociale.

La socialità doveva essere la nuova categoria dell'ordine giuridico privato e i rapporti giuridici privati dovevano intendersi come rapporti che pur movendo dall'individuo traevano la loro giustificazione ultima dalle esigenze della vita in comune, a cui dovevano intendersi indissolubilmente legati e subordinati. Sulla scorta di questo criterio dovevasi procedere alla loro sistemazione e determinazione. La contrapposizione tra diritto pubblico e privato che presupponeva l'individuo dotato di diritti suoi propri, autore e arbitro dello Stato, non aveva ragion d'essere in un sistema che postulava la realtà della nazione politicamente organizzata, e la coordinazione ad essa dell'individuo coi suoi interessi e coi suoi fini. La denominazione di pubblico e privato poteva conservarsi, come lo Stahl aveva avvertito, per distinguere i rapporti che avevano per fine immediato la conservazione e lo sviluppo dello Stato, dai rapporti che solo indirettamente mediante l'azione della famiglia e dell'individuo miravano a tale scopo. Con questo criterio tutto il contenuto del diritto privato poteva raccogliersi intorno alle categorie della famiglia e del patrimonio, il diritto successorio partecipando della natura di entrambi.

La riduzione dei rapporti di famiglia a rapporti individuali tra i membri che la costituiscono era stato il grande errore dell'individualismo giuridico: la ricostituzione della famiglia nella sua unità organica indivisibile doveva essere e fu in fatto uno dei precipui scopi dello storicismo. La famiglia doveva ad esso apparire non solo come un organismo

morale ma anche come una unità giuridica, in cui si riflette e da cui è condizionata la vita della nazione. Se essa sorge sotto l'impulso di prepotenti istinti sessuali e per l'atto libero di consenso di due esseri che tendono a integrarsi, a sopravvivere a sè stessi, a raddoppiare mercè l'unione le loro energie, agli effetti particolari del diritto, gli individui che costituiscono la famiglia si fanno strumento di una legge naturale e morale, il cui fine eccede i limiti dell'esistenza individuale per tendere alla conservazione e allo sviluppo della vita collettiva. Perciò la famiglia doveva intendersi come persona morale, fonte di diritti e di doveri, con una vita propria, distinta così dallo Stato come dai membri che la compongono. I quali in tutte le loro manifestazioni debbono sentirsi solidali e gerarchicamente coordinati nel comune interesse famigliare. Gli stessi rapporti patrimoniali che sorgono in seno alla famiglia per la cooperazione di tutti i suoi membri devono tendere a creare alla famiglia una solida base economica, a preparare le condizioni esteriori per la costituzione di nuove famiglie. Così e non altrimenti doveva la vita della famiglia rappresentarsi ai seguaci dello storicismo.

Il patrimonio è l'altro termine del diritto privato concepito secondo la logica dello storicismo. Esso sta alla famiglia come un organismo economico sta ad un organismo morale. Nella formazione del patrimonio l'attività e l'iniziativa dell'individuo spiegano una parte essenziale e decisiva. Ciò non poteva essere disconosciuto dai rappresentanti dello storicismo, i quali potevano continuare a intendere i rapporti patrimoniali come rapporti interindividuali. L'errore del razionalismo giuridico, contro cui doveva reagire lo storicismo, fu, per ciò che riguarda la proprietà, di averla intesa come un potere soggettivo sulla cosa, universalmente riconosciuto, limitato solo dalle esigenze della coesistenza, astraendo da qualsiasi ordine oggettivo sovrastante, da cui la proprietà trae origine, giustificazione, norma. Lo stesso errore nel dominio delle obbligazioni era aggravato dall'intendere gli individui, termini del rapporto, astrattamente sulla base dell'assoluta uguaglianza. Per lo storicismo anche l'attività economica individuale comunque si esplichi, sulla cosa o sull'attività altrui, non è fine a sè, ma è condizionata alle finalità e alle esigenze della collettività. Perciò la proprietà più che un potere è una funzione, da cui si originano per l'individuo dei veri e propri doveri giuridici. D'altra parte lo storicismo era portato a intendere i rapporti giuridici nella loro realtà concreta, ossia a tener conto delle condizioni di fatto, delle disuguaglianze reali. La legge della libertà e dell'uguaglianza trovava allora, sopratutto in ordine ai rapporti contrattuali, il suo limite naturale nella legge della disuguaglianza e della necessità.

Il patrimonio che durante la vita dell'individuo si risolve in molteplici rapporti reali e personali, doveva alla sua morte ricostituirsi come una unità indivisibile, come il complesso dei diritti spettanti a una persona, per ridistribuirsi tra le persone a lui legate da vincoli di parentela oppure per passare allo Stato. Non dunque l'arbitrio dell'individuo doveva regolare l'ordine delle successioni, ma la considerazione di interessi collettivi. Nella famiglia e nello Stato dovevano perpetuarsi e consolidarsi i prodotti dell'attività economica individuale.

Vi erano dunque effettivamente nello storicismo le condizioni per una concezione sociale del diritto privato. L'espressione va rettamente intesa: essa non significa affatto che fosse nelle finalità o anche solo nelle tendenze dello storicismo l'eliminazione dell'individuo dall'ordine giuridico, il disconoscimento dei suoi particolari interessi, la sostituzione al diritto individuale dei codici, di un diritto esprimente in un qualunque modo la concezione socialistica del diritto privato. Se questa infatti, come in un ulteriore svolgimento della speculazione privatistica apparve veramente, implica come suo presupposto teoretico la negazione dell'individuo come realtà e come risultato pratico l'assorbimento del diritto privato nel diritto pubblico, lo storicismo rappresentò una direzione di pensiero assolutamente diversa: esso reagì contro l'individualismo dei codici, ma non per negarne il principio animatore, ma per ricomprendere l'individuo in un ordine più largo e più alto di rapporti da cui era stato a forza divelto.

Le esplicite dichiarazioni del Savigny, del Puchta e dello Stahl al riguardo non lasciano dubbi di sorta. Per tutti l'affermazione dell'individualità, la sua autonomia, il riconoscimento della sua ragion di fine costituivano non solo un'esigenza morale, ma il risultato di tutto un movimento storico che non poteva negarsi senza negare una delle conquiste più gloriose e definitive della coscienza umana e non solo filosofica e giuridica. Si comprende quindi la loro avversione a tutte le istituzioni giuridiche che costituissero un ostacolo al libero sviluppo della personalità, mentre essi dovevano favorire la restaurazione di tradizioni e di istituti che, a loro parere, tendevano a integrare e ad aumentare la potenzialità degli individui.

Il Savigny non esprime il menomo dubbio sulla bontà e sulla necessità dell'attuale predominante sistema di proprietà privata e di godimento privato dei beni, dipendente dalle libere contrattazioni o da eventi naturali, che ha per effetto la possibilità della ricchezza e della povertà, entrambe senza limiti (1). A lui bastava e doveva bastare la giustifi-

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, p. 368.

cazione storica. Egli invocò la razionalità del reale pur intendendola in una forma empirica. Non meno legittimo a lui apparve il sistema di conservare al patrimonio, divenuto per morte senza padrone, il carattere di patrimonio privato, figurando, per una specie di finzione, che il defunto continui ad esercitare il suo potere ancora dopo la morte (1). Purchè il principio della individualità del patrimonio fosse salvo malgrado il fatto della morte, anche la finzione acquistava valore probativo.

Dal canto suo lo Stahl sottoponeva a lunga critica le dottrine socialistiche e comunistiche in quanto negavano il diritto di proprietà non solo dei prodotti naturali (socialismo), ma anche dei prodotti del lavoro (comunismo) (2). La proprietà, secondo lo Stahl, è la materia in cui la personalità si rivela nella sua più intima e caratteristica natura: essa fornisce le condizioni esterne al compimento dei doveri morali. Perciò la comunione dei beni, mentre è mezzo meno efficace al soddisfacimento del bisogno, non risponde alla destinazione etica del patrimonio, a cui viene a mancare l'impronta della personalità (3).

Non può pertanto parlarsi di una qualsiasi adesione o propensione dei rappresentanti dello storicismo a direzioni di pensiero che solo più tardi dovevano affermarsi come conseguenza di una nuova concezione dei rapporti economici. Non il valore dell'individuo, dei suoi fini era in quistione; ma, dopo Kant, dopo la rivoluzione, la questione riguardava l'esistenza e la natura di quell'universale giuridico che i razionalisti negavano come principio autonomo e del quale romanticismo e storicismo affermavano concordemente la realtà. E l'affermavano non per abbassare l'individualità ma per esaltarla, per porre le condizioni di un suo più completo sviluppo. Abbiamo un passo della *Vocazione* in cui questo concetto è posto in particolare rilievo. Come in ogni essere organico, dice il Savigny, così anche nello Stato, la sanità dipende dall'equilibrio del tutto e delle parti, dal dare a entrambi ciò che a ciascuno spetta; come il tutto vive e prospera per l'attiva cooperazione delle parti e solo « wer seinem Hause tuchtig vorsteht, wird ein trefflicher Burger sein », così sarebbe un errore credere che « das Allgemeine werde an Leben gewinnen durch die Vernichtung aller individuellen Verhaltnisse » (4). Di qui il favore del Savigny per la conservazione dei diritti particolari e l'avversione al sistema dei codici che

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, p. 379.
(2) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 367-376.
(3) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 351.
(4) Cfr. Savigny, *Beruf*, ecc. (ed. cit.), p. 25.

tendevano ad eguagliare la condizione giuridica di tutti i popoli col sacrificio delle differenze e delle disuguaglianze naturali e storiche. Sull'esempio del Savigny il Puchta e sopratutto lo Stahl affermarono a loro volta l'integrazione dell'individualità mediante la famiglia e la nazione.

Se un rimprovero può muoversi ai rappresentanti dello storicismo non fu certo di avere svalutato l'individuo di fronte al tutto, ma di aver meno apprezzato l'efficacia giuridica dello spirito collettivo dopo di averne con tanta solennità affermata l'esistenza e l'esigenza. Certo è che nell'ordine dei rapporti privati, che fu oggetto precipuo e quasi esclusivo di studio da parte dei seguaci dello storicismo, lo spirito collettivo si rivela, come la natura dei giusnaturalisti e la ragione di Kant, a servizio dell'individuo.

Non mancano nei sistemi di diritto privato del Savigny, del Puchta, dello Stahl le manifestazioni dello spirito collettivo nel senso di affermare l'esigenza sociale nei confronti dell'individualità. Ad un'esigenza di tal natura si inspirano la contrapposizione del diritto di famiglia al diritto patrimoniale, la necessaria coordinazione della vita individuale alla vita della famiglia e della nazione, la tendenza a intendere nella loro unità fondamentale il diritto privato e pubblico. Più esplicitamente il Puchta afferma che la famiglia è un'associazione naturale che non può fondarsi sulla volontà ed è quindi incompatibile con un ordinamento giuridico che move dal presupposto dell'uomo-individuo, soggetto del diritto (1). Perciò accanto alle relazioni giuridiche che sorgono tra gli individui considerati come soggetti e fini a sè, il Puchta pone i rapporti giuridici nei quali gli individui figurano come membri di un tutto (famiglia, nazione, chiesa) alle cui finalità servono (2).

Più di ogni altro lo Stahl insiste sul concetto di una proprietà famigliare, sulle limitazioni alla proprietà privata nell'interesse pubblico, sulla convenienza di fissare un limite all'accumularsi della ricchezza, sul dovere dell'assistenza dei poveri; e malgrado abbia cura di rilevare che queste e altre analoghe istituzioni non contraddicono al concetto della proprietà individuale, non è dubbio che nel proporle egli obbediva a uno spirito nuovo che non era quello dei codici (3).

In rapporto colla concezione sociale del diritto deve intendersi l'affermazione del Savigny che ogni diritto e quindi anche la proprietà si realizza e si perfeziona solo nello Stato. La più efficace soddisfazione

(1) Cfr. Puchta, *Corso*, ecc. *Introd.* § 24.
(2) Cfr. Puchta, *Corso*, ecc. *Introd.* § 22.
(3) Cfr. Stahl, *Phil. d. Rechts*, ecc., II, p. 358-359.

dei bisogni per la quale gli individui sono portati a dominare sulla natura esterna, si ottiene, dice il Savigny, mediante la comunione nello Stato. Se pertanto allo Stato spetta (e il diritto positivo deve riconoscerlo) un dominio su tutta la natura non libera compresa entro i suoi confini, i singoli individui appaiono come compartecipanti a questo potere collettivo. La compartecipazione può aver luogo secondo diversi sistemi, dei quali il sistema della proprietà privata è prevalente, ma esso non solo non esclude i sistemi della proprietà e godimento comuni, della proprietà comune e del godimento privato, ma può con questi coesistere (1). Nè solo, secondo il Savigny, le cose esterne cadono in proprietà dello Stato, ma anche il patrimonio alla morte del suo autore; solo per una finzione esso conserva il carattere di patrimonio privato e non ha luogo la successione dello Stato colla compartecipazione dei singoli (2).

Non può disconoscersi il significato di questa concezione dello Stato proprietario di tutte le cose e di tutti i patrimoni; essa era nella logica del diritto concepito come forza sociale, ed era in aperto contrasto con tutto il sistema di diritto privato dell'età anteriore, che sul concetto del diritto come attributo della persona si fondava.

Nè il Savigny, nè i suoi seguaci immediati trassero il principio posto alle ultime conseguenze; a queste sfuggirono con prudenti finzioni, quando non credettero invocare il processo storico contro la logica dei loro principii: il risultato fu che l'individualismo giuridico per essi rivisse in forme nuove ma sostanzialmente identico a quello accolto dagli autori dei codici.

Si comprende allora meglio come le accuse di far opera rivoluzionaria e di reazione potessero ad un tempo contro il Savigny e la sua scuola essere rivolte con ugual fondamento di verità (3). Da un lato troviamo nel Savigny esaltato il popolo come la sola realtà storica e psicologica contro lo Stato (4), troviamo le forze intrinseche sociali di formazione e di giustificazione del diritto opposte all'azione riflessa dei corpi legislativi e politici coi loro sistemi di coazione estrinseca: d'altro lato i rappresentanti dello storicismo fecero opera di conservazione giuridica

(1) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, p. 367.

(2) Cfr. Savigny, *Sistema*, ecc., I, p. 379.

(3) Contro l'accusa mossagli dagli avversari di sovvertire colla sua dottrina il fondamento dell'autorità e dello Stato si difende il Savigny nella citata recensione del Gonner.

(4) La distinzione tra popolo e Stato è messa dal Savigny in rilievo nella recensione dell'opera dell'Almendingen (in: *Beruf*, ecc., App. I, p. 115, e di nuovo ivi, p. 123).

e politica interpretando il processo storico nel senso favorevole alle tradizioni, al diritto costituito agli interessi delle classi dominanti.

Più che a rilevare queste incoerenze della scuola storica meglio è rifarsi alle cause profonde che le generarono e che le spiegano. L'intima contraddizione che abbiamo rilevato nello storicismo era la contraddizione stessa insita nel movimento romantico, di cui dimostrammo essere stato lo storicismo il riflesso nell'ordine giuridico e politico. Il romanticismo considerato nel suo significato intimo, non fu un movimento di regresso, ma di progresso rispetto alla rivoluzione: di questa non rinnegò nessuna conquista sostanziale, mentre intese a integrarne e a superarne l'opera iniziata. L'esaltazione dell'individualità (e non solo del singolo) fu tra le sue più caratteristiche tendenze ed esigenze: ma esso intese anche a riassumere l'individualità in una più alta e concreta realtà. La rivoluzione preoccupata dell'individuo, della sua libertà, dei suoi fini aveva perduto il senso dell'universale, o se questo aveva affermato, l'aveva affermato in un senso astratto, privo di vita. di contenuto, di valore pratico. Il romanticismo ebbe invece vivissimo il senso e il culto dell'universale, e questo concepì nelle sue determinazioni storiche e psicologiche, ossia nelle forme concrete dell'individualità. E questa generale tendenza a valutare le forme individuali della vita in ragione del principio universale che in esse si rivela, il romanticismo esprimeva nelle sue molteplici manifestazioni, sopratutto nel dominio dell'arte, della religione, della morale.

La stessa tendenza per opera del Savigny penetrava nell'ordine giuridico ma senza suscitarvi un largo e profondo movimento di riforma, proporzionato alla novità e importanza dei principii proclamati. Il primo insuperabile ostacolo alla loro applicazione derivava dalla struttura stessa economica della vita sociale, che la rivoluzione aveva consolidato definitivamente e che costituiva il contenuto e la ragione stessa delle istituzioni del diritto privato consacrato nei codici. Quando si rimprovera ai codici l'abuso dell'astrazione e del formalismo non bisogna dimenticare il substrato economico da cui traggono vita e significato. La giustizia privata era il riflesso delle leggi economiche quali erano apparse alla mente dei fisiocrati, cioè esprimenti un ordine eterno di natura. L'individualismo economico aveva preparato l'individualismo giuridico, entrambi celebravano nei codici la loro salda, indissolubile alleanza, e nei principii dell'economia politica, oramai dopo Smith costituita su solide basi, era il miglior commento delle istituzioni del diritto privato. Le quali se parvero alla critica superficiale l'opera riflessa e arbitraria di filosofi e di legislatori, in realtà riassumevano le idealità, le aspirazioni di molte generazioni che per il loro trionfo avevano lottato,

ed erano riuscite a imporle nella teoria e nei fatti come condizione di ogni ulteriore progresso.

Se ciò è vero l'influenza dello storicismo doveva essere necessariamente scarsa e limitata. Esso proclamava principii per la cui realizzazione mancavano l'elaborazione teorica e le condizioni storiche. L'attività dell'individuo nella lotta economica non poteva trovare nelle istituzioni giuridiche e politiche un ostacolo: le invettive di Rousseau contro l'ordine sociale come fonte di infelicità umana erano sempre vive nella memoria. La logica dei diritti dell'uomo aspettava ancora di essere completamente attuata per pensare ad arrestarla in omaggio a proclamate esigenze collettive.

La portata della dottrina storica doveva restringersi anche più nelle sue applicazioni al diritto privato, nel quale il programma della rivoluzione si era consolidato in ciò che presentava di più vero e di più solidamente acquisito alla coscienza giuridica universale. La critica del Savigny ai codici sotto questo punto di vista era assolutamente ingiusta e sproporzionata all'importanza e al significato storico della codificazione. La sua critica quando non si perde nel rilevare lacune, imperfezioni, incoerenze inevitabili in qualsiasi opera legislativa di larga base, non va oltre la forma in cui la coscienza giuridica dell'epoca era stata compresa. La critica infatti del Savigny riguarda più il sistema della codificazione che il contenuto dei codici, il quale ritorna sostanzialmente immutato, anche se diversamente e più perfettamente distribuito, nel *Sistema*. La stessa forma della codificazione sfuggiva in gran parte alla sua critica quando si pensi ch'era essa stessa una esigenza dei tempi, e seguiva due secoli di speculazione e di lotte quando più vivo doveva sentirsi il bisogno di concludere un periodo storico e di fissarlo in una forma definitiva nei suoi principii fondamentali. Allo stesso bisogno doveva obbedire la Germania quando molti anni dopo addivenne alla sua codificazione, la quale chiuse il periodo di consolidazione politica della nazione germanica e riassunse l'opera di elaborazione teorica dei Pandettisti. All'età del Savigny la codificazione in Germania era prematura o inopportuna e fu saggio consiglio l'averla impedita.

Ma comunque sia della forma, con o senza codici, il diritto privato nelle sue linee generali, nei suoi principii fondamentali, in Germania e fuori, si rivela con lo stesso spirito, colle stesse finalità, in perfetta corrispondenza colle esigenze della borghesia capitalista, di cui preparò e assicurò le prodigiose conquiste. Ben dunque può affermarsi che la realtà storica era quella che avevano in vista gli autori dei codici: il loro razionalismo non era che la coscienza chiara e riflessa delle forme giuridiche che meglio rispondevano ai tempi. Le linee generali

dell'edificio erano quelle da essi date e che dovevano a lungo conservarsi immutate. Nè il Savigny osò toccarle, anzi le riprodusse e quel che più conta le perfezionò e fu maestro non tanto di coloro che intravvidero nuove forme di vita economica e giuridica non incompatibili coi principii dello storicismo, quanto piuttosto di coloro che nella dottrina e nella pratica attesero a sviluppare i principii dei codici, a piegarli con tecnica sempre più perfetta alla logica dell'individualismo economico e giuridico. Il lavoro di astrazione e di semplificazione del diritto privato iniziato dai giuristi della rivoluzione fu dal Savigny continuato e perfezionato e l'opera sua rese possibile, e lo vedremo, il progresso della civilistica non solo tedesca, ma europea del secolo XIX.

Per ciò e per ciò solo fu il Savigny grande e fu grande come giurista, come autore del *Sistema*, mentre parve a molti ch'egli abbandonasse i principii che con tanto ardore aveva difeso nella *Vocazione*, nei quali era implicita con una nuova coscienza filosofica una nuova concezione del diritto privato. In realtà non li abbandonò perchè non pensò mai seriamente a fondare su di essi un sistema di diritto privato. Ed è appunto questa la caratteristica dei grandi giuristi di intendere e applicare il diritto nei limiti della realtà storica attuale, di trovare i concetti e le forme più atte a comprenderla; e se non è ad essi vietato spingere oltre lo sguardo e porre le linee generali di future riforme, essi non devono lasciarsene distrarre al punto da perdere di vista quello che è la loro funzione specifica, di porre il diritto ai fini dell'applicazione, e da dimenticare quello che è lo scopo supremo del diritto, di essere una norma pratica che esprime un'esigenza solo nei limiti di tempo e di luogo nei quali può essere realizzata.

Rimane allora a mettere in rilievo il valore filosofico della scuola storica in quanto essa esprimeva una direzione di pensiero in cui era implicita la possibilità di un radicale rinnovamento del diritto privato. Sotto questo punto di vista si può affermare che lo storicismo, come del resto il romanticismo di cui fu un aspetto, se da un lato segnò un regresso verso nuove forme di spiritualismo giuridico, dall'altro lato preparò la via al sistema hegeliano di diritto privato.

Lo spiritualismo dello Stahl trae origine ed alimento da tendenze insite nel romanticismo e prende particolare significato da ciò ch'esso interpretò e svolse in un sistema completo quella che era coscienza filosofica oscura e incerta nel Savigny e nel Puchta.

L'esigenza che si era andata affermando sempre più viva e prepotente nel pensiero e nella vita e che del romanticismo era stata la ragione profonda, fu la restaurazione del principio dell'oggettività in confronto del principio soggettivo-razionale dell'età anteriore. La libertà e il

diritto dell'uomo dovevano comprendersi in un ordine superiore ed oggettivo. Questa idea divenne il presupposto dello storicismo e di ogni ulteriore speculazione intorno al problema giuridico. Il Savigny credette soddisfare tale esigenza facendo ricorso al *Volksgeist* comprendente nella sua realtà e unità storica e psicologica gli individui e ponentesi come autore del diritto. Ma nè il Savigny, nè il Puchta, diedero al nuovo principio valore assoluto e universale; neppure intesero tale principio come aspetto di uno spirito universale immanente alla realtà universa. Fondamento ultimo del diritto è sempre per essi un ordine etico oggettivo di cui l'autore è fuori del mondo e della storia, è Dio, creatore e legislatore. Dichiarazioni esplicite del Savigny e del Puchta non lasciano dubbio alcuno circa la loro adesione alla dottrina spiritualista della trascendenza divina: epperò da essa dovevano derivare la giustificazione filosofica del diritto e dello Stato (1).

Quella che nel Savigny e nel Puchta è adesione dogmatica allo spiritualismo tradizionale diventa coscienza riflessa nello Stahl, che del nuovo spiritualismo scaturito dal romanticismo fu la mente filosofica. Nè deve meravigliare lo scindersi della coscienza filosofica romantica nelle due opposte direzioni dello spiritualismo e dell'hegelismo, poichè i germi della separazione erano nello Schelling stesso, il filosofo del romanticismo, il quale aprì la via all'idealismo assoluto per finire nell'ultima fase della sua speculazione nello spiritualismo (2).

Contro le funeste conseguenze del razionalismo, sopratutto nel campo della filosofia pratica, lo Stahl non sa trovare miglior rimedio che rinnovare il concetto di un Dio personale, la cui infinita essenza consiste nell'arbitrio. Sulla libera personalità di Dio come creatore e conservatore dell'universo egli fonda la libertà e la personalità dell'uomo, e stabilisce come principio oggettivo e regola del diritto l'ordine reale e concreto della vita (la struttura economica del convitto umano) istituito da una potenza superiore agli uomini con la legge etica immanente in ciascuna delle loro relazioni (3).

---

(1) Questa coscienza spiritualista del Savigny può già rilevarsi negli scritti polemici che seguirono la pubblicazione del *Beruf*. Cfr. *Stimmen*, ecc., in *Beruf*, ecc., ed. cit., Appendice, I, p. 110 112. Esplicitamente nel *Sistema* riferisce il fine ultimo del diritto alla destinazione etica della natura umana quale ci è esposta nella morale cristiana (p. 75, ed. it.). — Quanto al Puchta cfr. *Corso*, ecc., cit., *Introd.*, capo I *A*).

(2) Sullo spiritualismo dello Schelling cfr. B. Spaventa, *La vita di G. Bruno scritta da D. Berti*, riprodotto in: *Da Socrate a Hegel*, per cura di G. Gentile, Bari, 1905, p. 92-93.

(3) Questo concetto è una deduzione dalla filosofia speculativa dell'autore come ebbe a dimostrare lo Spaventa, *La filosofia neo cristiana e il razionalismo in Allemagna* (1854), riprodotto dal Gentile in: *Da Socrate*, ecc. cit., p. 222 e seg.

Non sfugge lo Stahl al difetto proprio di qualsiasi soluzione teologica del problema giuridico, di considerare cioè il diritto come una realtà che si pone indipendentemente dall'uomo e che a lui si impone come forza *ab extra* sul presupposto incerto e pericoloso di una fede religiosa. E il pericolo era tanto maggiore in quanto il diritto tende per sua natura a realizzarsi ed ha bisogno di organi per affermarsi e farsi valere; organi e sanzioni abbandonati all'arbitrio di chi si arrogava di interpretare la volontà di Dio e di tradurla in norme positive. Nessuna garanzia poteva concepirsi che il diritto positivo fosse il riflesso della volontà divina: la corrispondenza era anzi *a priori* esclusa dagli stessi scolastici i quali affermavano che le leggi umane sono forme imperfette e quasi deroghe alla legge naturale eterna. La volontà di Dio nei riguardi del diritto positivo o riducevasi a una condizione puramente formale priva di qualsiasi valore pratico, oppure era invocata per fini non giuridici o addirittura antigiuridici. L'ordine giuridico doveva trovare in sè la sua giustificazione, non derivarla da un principio ad esso estraneo. La speculazione giuridica moderna in tutte le sue direzioni fu a questo intesa, di trovare al diritto un fondamento suo proprio che valesse « etsi daremus Deum non esse » come ebbe ad affermare Grozio. Lo Stahl quindi rievocando il principio divino come autore del diritto veniva per ciò solo a porsi fuori e contro la coscienza storica e filosofica moderna.

Bisogna però riconoscere che lo spiritualismo giuridico dello Stahl, che era quello del Savigny e del Puchta, prendeva dai progressi della speculazione filosofica, dall'ambiente romantico da cui si svolse, carattere particolare e rappresenta rispetto a quello scolastico un notevole perfezionamento.

È noto, per la dimostrazione datane tra gli altri dallo Spaventa, che il carattere della dottrina tomistica del diritto è la mancanza assoluta di oggettività, di autonomia, di distinzione del diritto dalla morale (1). Gli scolastici si rappresentarono il diritto come una specie o forma determinata dell'universale etico, ma sappiamo che le determinazioni scolastiche erano qualche cosa di esterno e di indifferente all'universale. Non avendo quindi il diritto nè un contenuto nè una ragion propria, la sua determinazione e differenziazione non poteva farsi che in base a elementi formali, esteriori, accidentali, e tali erano di fatto i criteri di distinzione invocati, quali la forma esterna dell'azione, la conformità con la legge, la legalità.

---

(1) Cfr. Spaventa, *Concetto e metodo della dottrina tomistica del diritto* (1856), in: *Da Socrate*, ecc., p. 55.

Tale rimprovero non può moversi allo Stahl per il quale moralità e diritto sono idee costituenti l'essenza di Dio; come tali non sono idee subordinate l'una all'altra, ma sono distinte e unificate nel loro autore. Nè la volontà di Dio si pone nel diritto come norma astratta, ma come legge immanente nelle relazioni della vita umana, e si rivela e si attua nelle forme concrete della tradizione e della storia. Qui la relazione in cui consiste il diritto non è considerata come una pura esteriorità, ma come un ordine razionale, necessario, oggettivo, divino; non come un rapporto tra l'individuo e una norma che gli è estranea, ma come legge in atto, immanente nella vita storica.

Dopo ciò si comprende come lo spiritualismo così inteso non fosse incompatibile coi postulati della dottrina storica: ad esso infatti inclinarono il Savigny e il Puchta. Lo spirito collettivo da cui il diritto emana non è per essi che una forma storica determinata dello spirito divino, al quale bisognava risalire per trovare il fondamento ultimo e il fine generale del diritto e della società umana.

L'ordine giuridico oggettivo che si attua storicamente nella coscienza giuridica popolare ha un contenuto e significato suo proprio: esso risulta, secondo lo Stahl, di due elementi che ne costituiscono la materia e la forma. La materia del diritto è data dai rapporti naturali ed economici, nonchè dai bisogni e dalle tendenze della natura sensibile dell'uomo: rapporti e bisogni che nel loro insieme riguardano le manifestazioni fisiche esteriori della vita individuale e collettiva. Se non che i rapporti ed i bisogni della natura e della vita esterna non sono fine a sè, ma sono mezzi al raggiungimento di fini religiosi e morali: perciò traggono il loro principio normativo, l'elemento formale dalla destinazione morale e religiosa dell'uomo e dell'umanità. Con ciò lo Stahl credeva di aver superato il formalismo e il soggettivismo kantiano, poichè la libertà esterna, in cui il Kant faceva consistere il diritto, egli intendeva non come attività formale, ma come attività inscindibile dai rapporti naturali e diretta a un fine etico.

Ma se lo Stahl affermò l'esigenza di un diritto oggettivo fu ben lungi dal soddisfarvi. E invero gli elementi da cui tale nozione avrebbe dovuto scaturire non avevano alcun significato e valore giuridico: non l'elemento psico-fisico, il quale è regolato da leggi e si informa a fini che esulano dal campo etico e giuridico per entrare nel dominio delle scienze fisiche, biologiche, economiche: non l'elemento etico che ha natura e finalità non giuridica. Mancando agli elementi costitutivi qualsiasi significato giuridico non può questo scaturire dalla loro sintesi. Perciò la distinzione che lo Stahl pone tra l'ordine giuridico e l'ordine etico non ha valore sostanziale: essa non riguarda il principio che è

comune ed è etico, ma la natura spirituale o naturale del rapporto a cui quel principio si applica. L'ordine giuridico si afferma per tal modo come una determinazione concreta, oggettiva, necessaria dell'universale etico, da cui solo prende norma e valore. Rimaneva ancor sempre a dimostrare in che l'ordine giuridico consistesse veramente. Poichè la stessa sua necessaria coordinazione coll'ordine etico, la sua risoluzione nel concetto di Dio presupponevano che prima fosse determinato come ordine necessario autonomo, nei suoi fini e caratteri differenziali.

Le conseguenze di questa interpretazione etica dell'ordine giuridico oggettivo si possono rilevare nelle sue applicazioni al diritto privato. Il sistema di diritto privato del Savigny si svolge assolutamente all'infuori da qualsiasi preoccupazione etica. Gli accenni ad una concezione etico-religiosa della vita e dell'umanità non hanno col diritto privato che un rapporto indiretto e rispondono alla coscienza filosofica dell'autore. Il quale non disconosce l'azione moderatrice dell'etica cristiana nel dominio del diritto privato contro le intemperanze dell'egoismo, ma non pensò mai a fondarlo su postulati morali. Fu anzi il Savigny esempio raro dell'arte sapiente con cui il rapporto giuridico deve sceverarsi da ogni altro elemento con cui può andar congiunto. La sua superiorità sui seguaci del razionalismo giuridico consiste non tanto nell'aver dato una nuova nozione del diritto e dei rapporti privati, quanto di averli fissati nella loro concretezza storica e reale, di averli intesi distinti e al tempo stesso connessi cogli altri aspetti della vita sociale. Invano quindi si cercherebbe nel Savigny un ordine etico oggettivo sovrastante ai rapporti privati, da cui questi traggono norma: il rapporto giuridico si origina dai rapporti reali della vita e la norma che lo regola è l'espressione di un ordine naturale che si rivela nella coscienza collettiva. Perciò non è escluso che il diritto privato tenga conto di elementi etici ma non come tali, ma in quanto l'elemento etico entra nella natura del rapporto che il diritto a suoi fini, che non sono quelli della morale, regola. Il senso giuridico trionfò nel Savigny sulla tendenza dello storicismo spiritualista, al quale pure inclinava, a subordinare il diritto privato a un ordine etico oggettivo: egli preferì lasciare insoluto il dualismo tra la sua coscienza giuridica e la sua coscienza filosofica e morale.

L'armonia più completa troviamo invece nello Stahl tra le premesse filosofiche e le conseguenze giuridiche: egli diede l'esempio di un sistema di diritto privato che dal presupposto di un ordine etico oggettivo logicamente si svolge e si giustifica. Non disconosce egli anzi mette costantemente in rilievo il contenuto realistico degli istituti del diritto privato, ma per affermare meglio la necessità di un principio superiore che li

elevi a significato morale. Nessuno può contestare la legittimità di una valutazione e giustificazione etica dei rapporti privati e va data lode allo Stahl di avere posto in evidenza l'errore del razionalismo nell'opporre la morale al diritto. Ma d'altra parte comunque sorga nella dialettica dello spirito la distinzione tra volontà morale e giuridica (1), ciò che interessa è di rilevarla in concreto, attuata negli istituti giuridici. Ora avendo lo Stahl inteso l'ordine giuridico oggettivo come un ordine essenzialmente etico si precludeva la via a una qualsiasi valutazione giuridica dei rapporti privati. Prova ne sia la sua dottrina della proprietà, la quale fondata in natura e nelle esigenze sensibili dell'uomo trae per lui valore e significato dai fini etici della personalità a cui serve. In questo concetto della proprietà non si vede ancora la ragione dell'intervento della legge e del legislatore a regolare coattivamente i rapporti di proprietà. Nè poteva vedersi perchè bisognava a tale scopo collocarsi da un punto di vista che non era quello della destinazione morale e religiosa dell'uomo, bisognava intendere il diritto non tanto come una forza etica quanto come una forza sociale. L'esigenza pertanto dello storicismo indubbiamente legittima di ristabilire i rapporti tra l'ordine etico e giuridico si risolveva nello Stahl a perdere di mira le ragioni storiche e filosofiche della loro distinzione.

Non solo lo storicismo spiritualista nella forma logica ch'esso prese nello Stahl falliva nello scopo di costruire un ordine giuridico oggettivo, ma finì per compromettere la stessa nozione di diritto soggettivo, la cui elaborazione era stata il titolo di maggior gloria del razionalismo giuridico. Questo infatti nella sua più alta e caratteristica espressione che è quella kantiana, aveva derivato tutto il sistema dei diritti dal principio della libertà esterna e dall'accordo delle volontà libere secondo una legge universale. Lo Stahl non nega nè l'individuo, nè la libertà, nè i liberi accordi come condizioni formali del diritto soggettivo, ma nel lodevole intento di integrarne e determinarne la nozione, intende la libertà ai fini etici della personalità e trasforma il sistema dei diritti soggettivi e dei rapporti giuridici in un sistema di doveri e di relazioni morali.

Nè il Savigny nè il Puchta pervennero a queste conseguenze e fu fortuna che in essi lo spiritualismo si rivelasse coi caratteri di una fede e fosse il prodotto di una coscienza filosofica immatura e incerta. La loro dottrina giuridica non vincolata alla logica di un sistema filosofico, potè svolgersi liberamente, sia pure in forma empirica, sotto le

(1) Cfr. al riguardo il GENTILE. *I fondamenti della filosofia del diritto*, Pisa, 1916, c. VI.

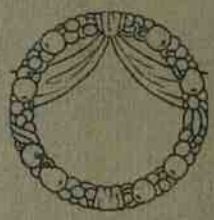
influenze dirette del romanticismo e dello storicismo. Nè può negarsi ch'essi intuirono le nuove esigenze della dottrina e gettarono i germi di una più vera e completa soluzione del problema giuridico.

Se infatti il razionalismo giuridico aveva elaborato la nozione del diritto soggettivo, esso non riuscì a dare una soluzione soddisfacente del diritto in senso oggettivo, nè lo poteva perchè dalla negazione di qualsiasi realtà sociale distinta dall'individuo fu indotto a ricorrere alla finzione del contratto per mascherare l'arbitrio degli individui nella creazione della legge, della società, dello Stato. L'esistenza di una realtà sociale distinta dagli individui, fondamento del diritto e dello Stato, fu tra le prime affermazioni della dottrina storica: con ciò era posto il principio di distinzione e di unificazione del diritto oggettivo e soggettivo. Se, dice il Savigny, nel considerare il rapporto giuridico, facciamo astrazione dal suo speciale contenuto, rimarrà soltanto, come generale essenza di esso, la vita comune di più uomini regolata in un modo determinato (1). E mentre il Savigny parla ancora della formazione del diritto come d'un risultato della vita in comune (*eine gemeinschaftliche That*), il Puchta personifica la nozione dello spirito popolare e considera lo sviluppo del diritto come naturale e indipendente (*Naturwuschsigkeit*). Perciò anche il diritto individuale non poteva intendersi che in rapporto a quella unità spirituale che è il popolo; nel farlo valere come suo particolare potere l'individuo riflette la volontà sociale, da cui il suo diritto trae origine e norma (2).

Se non che l'affermazione di una realtà sociale nei termini espliciti ma indeterminati in cui la riscontriamo nel Savigny e nel Puchta era meglio fatta per destare il desiderio di una più larga e precisa trattazione che non per servire agli scopi dell'applicazione. Abbiamo infatti rilevato la scarsa efficacia ch'essa ebbe sul loro pensiero giuridico, sopratutto sul loro diritto privato che si presenta come la continuazione o il perfezionamento della tradizione civilistica tedesca del secolo XVIII assai più che l'applicazione dei nuovi principii proclamati. I quali se contribuirono a impedire la riforma formale del diritto privato, ossia

(1) Cfr. SAVIGNY, *Sistema*, ecc., p. 46; ID., *Beruf*, ecc., p. 18.

(2) Questo concetto del diritto come « potenza sociale » affermato dal Savigny mettono in rilievo il BONNET, *La philosophie du droit chez Savigny*, in *Rev. int. de Sociologie*, 1913, p. 317, e sopratutto l'OERTMANN, *Staatliche und gesellschaftliche Rechtsbildung*, in *Archiv. f. burg. Recht*, Bd. XL, 1914, p. 71. — Tra i moderni sociologi, che, pur movendo da premesse generali assai diverse, riconoscono il Savigny come loro precursore, ricordiamo sull'autorità dell'Oertmann e del Somlò (in *Archiv. f. Rechtsph.*, Bd. VI, fasc. VI, fine) l'Ehrlich, il Kornfeld, e sopratutto lo Spiegel.

la codificazione, non ebbero in ordine al suo contenuto essenziale che il valore di una riforma metodica esteriore.

Alle ragioni già accennate della sterilità teoretica e pratica del nuovo principio storico devesi aggiungere la forma empirica imperfetta in cui esso fu inteso o proclamato dal Savigny e dal Puchta. Astraendo dalle condizioni storiche immature ad accoglierlo, il nuovo principio doveva subire una lunga elaborazione scientifica e filosofica perchè potesse servire a scopi di riforma positiva. Non solo ai tempi del Savigny mancava al nuovo principio il sussidio della psicologia collettiva e della sociologia, ma sopratutto ad esso mancava la condizione di una chiara ed elevata coscienza filosofica che tale principio contemplasse in armonia con una nuova concezione della vita e della realtà. Qualsiasi riforma giuridica non è possibile, e se possibile non è durevole, se non è preceduta e accompagnata da una nuova coscienza filosofica che riassuma i risultati di lunghe speculazioni e sia divenuta, nei suoi concetti fondamentali, coscienza filosofica generale. Tale visione, tale coscienza filosofica mancò ai fondatori della scuola storica: essi non si resero conto delle difficoltà inerenti alle loro affermazioni, il cui valore dipendeva dalla soluzione del problema relativo all'universale nei suoi rapporti coll'individuo, problema che da Aristotele in poi aveva travagliato le menti e che si era acuito nell'età moderna quando l'individuo si affermò come la sola realtà, e all'universale fu col Kant attribuito un valore puramente formale. La stessa vigorosa affermazione della realtà dell'universale fatta dal romanticismo e dallo storicismo aveva resa più viva l'esigenza di risolvere l'opposizione dell'individuo e dell'universale in una sintesi superiore. A ciò doveva tendere particolarmente l'Hegel, l'Aristotele della nuova epoca, la cui concezione del diritto privato rappresenta l'antitesi perfetta con quella di Kant. Lo storicismo ne fu solo la preparazione e quasi il presentimento; esso intuì che dalla risoluzione del dualismo teoretico dipendeva la soluzione del problema giuridico quale si poneva alla generazione che seguiva la grande rivoluzione: e fu merito particolare del Savigny avere primamente rilevato il valore del conflitto e la necessità di risolverlo in seno al diritto privato, dove il principio dell'obbiettività dell'individuo aveva nell'età dei codici celebrato i suoi maggiori trionfi, dove l'opposizione teoretica dei principii doveva prendere necessariamente la forma concreta di un conflitto di natura non politico ma sociale.