

# GIURISTA DEL TEMPO E DELLO SPAZIO. RIFLESSIONI SU CARL VON SAVIGNY

**FILIPPO RUSCHI**

*Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Firenze*  
filippo.ruschi@unifi.it

## ABSTRACT

The famous codification controversy of 1814 between Carl von Savigny and Anton Thibaut has been a turning point in the history of European legal culture. Starting from this remarkable and very passionate debate it is my intention to examine Savigny's *Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung*, stressing the importance of space and time in his thought. Even today it is a perspective that is very inspiring, being an excellent opportunity to think about the present. Moreover this brilliant pamphlet has raised the most important question of the relationship between the State, its constitution and its territory. In the following years, the issue of how political institutions are rooted in space has been crucial and still echoes in the debate about globalization.

## KEYWORDS

Carl von Savigny, Historicism, Space, Territory/Territoriality, Constitution.

## 1. PICCOLO DI MOLE MA CHE SÌ GRANDE LEVÒ RUMORE

Nel 1814 Friedrich Carl von Savigny aveva offerto una magistrale interpretazione in chiave giuridica del Romanticismo con *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, un saggio vigorosamente polemico che sarà destinato ad una straordinaria fortuna<sup>1</sup>. In questo «libro, piccolo di mole ma che sì

Nel corso delle mie ricerche ho goduto del sostegno del Prin 2015 *Soggetto di diritto e vulnerabilità: modelli istituzionali e concetti giuridici in trasformazione* e del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, 2017, *El logos de la guerra. Normas y problemas de los conflictos armados actuales*. Sono particolarmente grato a Giuseppe Perconte Licatense e Francesco Vertova per i suggerimenti ricevuti.

<sup>1</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, trad. it., *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, in A.F.J. Thibaut, F.C. von Savigny, *La polemica sulla codificazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1982, pp. 87-197. Sulle sue diverse edizioni e sulla sua ricezione cfr. da ultimo C. Vano, "Della vocazione dei nostri luoghi. Traduzioni e adattamenti nella diffusione internazionale dell'opera di F.C. von Savigny", in *Historia et ius. Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, 10 (2016),

grande levò rumore» - così lo ricordava già Pietro Capei alla metà dell'Ottocento - Savigny aveva un obiettivo preciso<sup>2</sup>: il razionalismo illuminista. In particolare, Savigny avversava la fiducia in un diritto naturale immutabile ed universale, purissimo distillato della ragione umana.

Questa fiducia aveva due importanti implicazioni: in primo luogo la codificazione era ritenuta lo strumento privilegiato per razionalizzare il fenomeno giuridico e per affermare il primato della legge<sup>3</sup>. In secondo luogo tale priorità legittimava la compressione della funzione giurisdizionale, chiamata ad applicare meccanicisticamente il dettato legislativo. Ora, il fatto che vi fosse chi, come Anton Friedrich Justus Thibaut in *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, auspicava una codificazione concepita come traduzione sul piano positivo del diritto naturale e, come tale, proiezione di un procedimento logico-formale,

pp. 1-16. Le tesi contenute nel *Beruf* riecheggeranno nell'articolo inaugurale della *Zeitschrift*, destinato a rappresentare il manifesto della *historische Rechtsschule*, cfr. F.C. von Savigny, "Über den Zweck dieser Zeitschrift", in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 1 (1815), pp. 1-12 su cui J.-L. Halpérin, "L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire?", in *Revue d'histoire des sciences humaines*, 4 (2001), 1, pp. 9-32. Ma cfr. anche F.C. von Savigny, "Stimmen für und wider neue Gesetzbücher", in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 3 (1816), 1, pp. 1-52, successivamente incluso nella edizione del *Beruf* del 1828. Per una esaustiva biografia di Savigny cfr. I. Denneler, *Friedrich Karl von Savigny*, Berlin, Stapp, 1985. In merito al suo pensiero, un eccellente punto di partenza resta G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli, Guida, 1978. Si veda poi in chiave storico-giuridica A. Trombetta, *Savigny e il sistema. Alla ricerca dell'ordine giuridico*, Bari, Cacucci, 2008. Su Savigny e sul ruolo che ha avuto nella evoluzione dell'indirizzo storicistico, cfr. quanto meno M. Lalatta Costerbosa, *Storicismo giuridico*, in A. Ballarini et al., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 59-87 e in particolare, pp. 67-76. Per altro non sono mancati coloro che hanno voluto problematizzare l'adesione di Savigny agli ideali romantici: per tutti cfr. P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, München, Biederstein, 1947, trad. it., *L'Europa e il diritto romano*, Firenze, Sansoni, 1962, pp. 442-443.

<sup>2</sup> Cfr. P. Capei, "Federigo Carlo dei Savigny", in *Archivio Storico Italiano* (Nuova Serie), 16 (1862), 1, pp. 3-24. Pietro Capei, da traduttore di Savigny, era stato la cinghia di trasmissione tra la Scuola storica e la cultura giuridica italiana. In merito cfr. A. Labardi, *La facoltà giuridica senese e la Restaurazione, con il testo delle Istituzioni civili di Pietro Capei*, Milano, Giuffrè, 2000, in particolare pp. 1-89 e Id., "Le lettere inedite di Capei a Savigny: un giurista toscano corrisponde con un mito", in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 124 (2007), 1, pp. 350-425 ed in particolare pp. 350-376.

<sup>3</sup> Su Illuminismo e codificazione è difficile prescindere da G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, su cui per tutti G.M. Labriola, "La codificazione nell'interpretazione di Giovanni Tarello. Riflessioni a margine", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35 (2005), 1, pp. 107-128. Per altro sulla reale portata della polemica si sono registrati orientamenti differenti, si veda ad esempio P. Caroni, "Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des 'Berufes'", in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 86 (1969), pp. 97-176 e, ancora, Id., "La cifra codificatoria nell'opera di Savigny", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9 (1980), pp. 69-111 in cui l'autore ha invitato ad evitare semplificazioni frettolose.

prodotto di una «pura matematica del diritto», era per Savigny qualcosa di inaccettabile<sup>4</sup>. La questione del codice, per altro, si inscriveva in una prospettiva ben precisa che aveva come punto di fuga il destino della Germania<sup>5</sup>.

## 2. UN CODICE PER LA GERMANIA

Occorre, quanto meno sinteticamente, ripercorrere la questione, là dove, come ha rilevato Carl Schmitt «la forza ipnotica emanata dalle codificazioni napoleoniche era ancora più forte del successo militare e politico del nuovo Cesare ed era sopravvissuta al crollo militare e politico di quest'ultimo»<sup>6</sup>. In Germania il *Code Napoleon* era diffuso in numerosi Stati tedeschi e anche all'interno della *Rechtswissenschaft* non mancavano i suoi entusiasti sostenitori, etichettati da Savigny con sotteso disprezzo come *Napoleoniden*<sup>7</sup>: non era questa però la strada che Thibaut proponeva

<sup>4</sup> Cfr. A.F.J. Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, Heidelberg, 1814, trad. it., *La necessità del diritto civile generale per la Germania*, in A.F.J. Thibaut, F.C. von Savigny, *La polemica sulla codificazione*, cit., p. 79. In merito alla figura di Thibaut, sovente oscurata da quella del suo interlocutore, si veda oltre al monumentale R. Polley, *Anton Friedrich Justus Thibaut (AD 1772-1840) in seinen Selbstzeugnissen und Briefen*. voll. I-III, Frankfurt am Main, Lang, 1982 - su cui P. Becchi, "Anton Friedrich Justus Thibaut. Appunti su una biografia", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990), pp. 621-635 -, C. Hattenhauer, K.-P. Schroeder, C. Baldus (Hrsg.), *Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840). Bürger und Gelehrter*, Tübingen, Mohr, 2017, sensibile anche alla influenza esercitata da Thibaut al di fuori del mondo germanico. Cfr. infine A. Pau, *Thibaut y las raíces clásicas del romanticismo*, Madrid, Trotta, 2012, in cui si evidenzia come Thibaut, in realtà, fosse tutt'altro che impermeabile alle suggestioni del Romanticismo. Per altro Thibaut e Savigny erano accomunati da un comune denominatore a carattere religioso: ambedue infatti erano discendenti di famiglie ugonotte esuli dalla Francia, cfr. R. C. van Caenegem, *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over Two Millennia*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, pp. 91-92. Si tratta di una prospettiva che meriterebbe forse ulteriori approfondimenti proprio alla luce delle differenti posizioni espresse in merito alla codificazione.

<sup>5</sup> In quest'ottica era significativo il fatto che il testo di Thibaut, in realtà, prendeva le mosse da una recensione a *Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland* di August Wilhelm Rehberg che, per le sue critiche alla Rivoluzione Francese e per la sua appassionata difesa dello *Ständestaat*, può essere considerato uno dei padri del conservatorismo germanico: cfr. A.W. Rehberg, *Über den Code Napoleon und dessen Einführung in Deutschland*, Hannover, 1814 - nonché A.F.J. Thibaut "Recension", in *Heidelbergsche Jahrbücher der Literatur*, 7 (1814), 1, pp. 1-32 - su cui P. Becchi, *German Legal Science. The Crisis of Natural Law Theory, the Historicisms, and 'Conceptual Jurisprudence'*, in E. Pattaro, D. Canale, P. Grossi, H. Hofmann, P. Riley (eds), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence. Vol. 9. A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 185-224.

<sup>6</sup> Cfr. C. Schmitt, *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen, Internationaler Universitäts-Verlag, 1950, trad. it., *La condizione della scienza giuridica europea*, Roma, Pellicani, 1996, p. 84.

<sup>7</sup> Etichetta, per altro, contenuta proprio nella corrispondenza intercorsa con Thibaut, cfr. R. Polley, *Anton Friedrich Justus Thibaut*, cit., p. 288, citato in P. Becchi, "Anton Friedrich Justus Thibaut.

di percorrere: «Thibaut», ha puntualizzato Paolo Cappellini, «era assai lontano dall'accettare incondizionatamente il *Code Napoleon* quale modello esente da ogni critica»<sup>8</sup>.

Allievo di Kant, raffinato musicologo, si trattava di una personalità ricca e, in realtà, tutt'altro che facilmente etichettabile: in Thibaut, come ha sottolineato Guido Fassò, si prolungava e si perfezionava una tendenza già ampiamente presente nel giusnaturalismo razionalista, «quella di servirsi del sistema razionale costituito dal diritto naturale per imprimere una forma appunto sistematica al diritto»<sup>9</sup>. In quest'ottica, dunque, la codificazione cui pensava Thibaut era il frutto di un percorso a carattere logico-deduttivo, piuttosto che il prodotto di un'attività a carattere ermeneutico e comparativo. «L'unico mezzo perché i Tedeschi vengano a godere di felici relazioni civili», si legge in un passo di *Über die Notwendigkeit* che può essere considerato il suo manifesto teorico, «sia che tutti i governi tedeschi cerchino con uno sforzo congiunto di promuovere la stesura di un codice emanato per tutta la Germania, sottratto all'arbitrio dei singoli governi». Il traguardo consisteva in una codificazione nazionale «perfetta formalmente e materialmente», ovvero capace al tempo stesso di essere esauriente e di rispondere alle esigenze dei cittadini. Per questo, senza cedere alla tentazione di importare archetipi normativi estranei al mondo tedesco, occorreva lasciarsi alle spalle «i codici tedeschi antichi», ormai inadeguati, così come la «intricata massa» delle leggi dei singoli ordinamenti statali, ma anche la legislazione imperiale il cui antico nitore era ormai irrimediabilmente venuto meno<sup>10</sup>.

Agli occhi di Thibaut, però, la soluzione non poteva neppure essere quella di rivolgersi ai «codici stranieri recepiti»: il riferimento, tutt'altro che privo di spunti polemici, era all'ordinamento canonico e al diritto romano. Sul primo gravava una ipoteca pesante e, si può ragionevolmente supporre, anche un pregiudizio di matrice confessionale: il diritto canonico, «là dove non si riferisce alla costituzione ecclesiastica cattolica bensì ad altre istituzioni civili», per Thibaut si riduceva ad «un cumulo di disposizioni oscure, inutile, incomplete» frutto di veri e propri travisamenti del diritto romano. Come se questo non bastasse, lo *ius canonicum* si rivelava tanto «dispotico per quanto riguarda l'influenza del potere spirituale negli affari temporali» da essere praticamente inutilizzabile<sup>11</sup>.

Restava allora l'appello all'*usus modernus Pandectarum*, ma anche questa soluzione non soddisfaceva Thibaut. La codificazione giustiniana era «l'opera di una

Appunti su una biografia», in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 19 (1990), p. 631.

<sup>8</sup> Cfr. P. Cappellini, *Systema Iuris. I. Genesi del sistema e nascita della 'scienza' delle Pandette*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 30.

<sup>9</sup> Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III. Ottocento e Novecento*, Bologna, il Mulino, 2006, p. 46.

<sup>10</sup> Cfr. A.F.J. Thibaut, *La necessità del diritto civile generale per la Germania*, cit., p. 57.

<sup>11</sup> Ivi, p. 58.

nazione straniera da noi molto diversa, che risale al periodo della sua decadenza e di questa decadenza porta le tracce ad ogni pagina!». Facendosi interprete delle aspettative di una società borghese e mercantile, Thibaut imputava al diritto romano una scarsa maneggiabilità: si trattava di materia per gli eruditi, ma certo non di un ordinamento capace di fornire le risposte di cui gli operatori del diritto avevano bisogno. Il tentativo di cogliere nella codificazione giustiniana una *ratio scripta* valida in sé, dunque, era destinato inequivocabilmente a fallire: come osservava con una buona misura di realismo Thibaut, «noi non possediamo le idee popolari romane, che dovevano rendere ai Romani più facilmente comprensibili innumerevoli cose che per noi sono un mistero». Là dove neppure gli sforzi della dottrina più preparata erano in grado di fare chiarezza nel «guazzabuglio di frammenti miserevolmente spezzettati», finendo per smarrirsi in un «labirinto di ipotesi ardite e incerte»<sup>12</sup>.

Anche una opzione, come quella autorevolmente proposta da Leibniz, di privilegiare l'ermeneutica alla esegesi mostrava il fianco: l'appello ai classici non convinceva Thibaut<sup>13</sup>. La possibilità di costruire una *iurisprudentia rationalis* era preclusa: «la saggezza dei classici» nel corso dei secoli aveva perso la propria purezza originaria, là dove «le posteriori costituzioni imperiali hanno corrotto e deformato quasi ogni singola dottrina giuridica» creando «uno spaventoso miscuglio di disposizioni

<sup>12</sup> Ivi, p. 59.

<sup>13</sup> Su Leibniz si veda per tutti M. R. Antognazza, *Leibniz. An Intellectual Biography*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, trad. it., *Leibniz. Una biografia intellettuale*, Milano, Hoepli, 2015 e con particolare sensibilità giusfilosofica U. Pagallo, *Leibniz. Una breve biografia intellettuale*, Assago, Wolters Kluwer, 2016. Sul Leibniz giurista, anche solo limitatamente alla letteratura in lingua italiana, esiste un'ampia bibliografia: basti rammentare G. Solari, «Metafisica e diritto in Leibniz», in *Rivista di Filosofia*, 38 (1947), 1-2, pp. 35-64, ma anche B. Leoni, «Probabilità e diritto in Leibniz», ivi, pp. 65-95 e N. Bobbio, «Leibniz e Pufendorf», ivi, pp. 118-129. O ancora G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II. L'età moderna*, Bologna, il Mulino, 1968, pp. 225-240 e G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 133-144. Limitandomi a segnalare quanto il pensiero leibniziano continui a mantenere una posizione di assoluto rilievo nel dibattito filosofico-giuridico italiano, cfr. P. Becchi, *Giuristi e principi alle origini del diritto moderno*, Roma, Aracne, 2010, pp. 29-46, nonché A. Artosi, *Diritto e filosofia nel giovane Leibniz*, in G.W. Leibniz, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e dissertazione sui casi perplessi in diritto*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 5-28 e ancora B. Pieri, *Lo 'ius commune' tra ipotesi giusnaturalistiche e tentativi di razionalizzazione. La proposta consolidativa di Leibniz*, ivi, pp. 29-48, ma anche - a partire sempre dal *De casis perplexis in Jure* - cfr. P.P. Portinaro, «Leibniz, la logica e la giurisprudenza», in *Materiali per la storia della cultura giuridica*, 46 (2016), 1, pp. 239-252. Cfr. ancora G. Bombelli, *Diritto, linguaggio e 'sistema': a proposito di Hobbes e Leibniz*, in P. Perri, S. Zorzetto, (a cura di), *Diritto e linguaggio: il prestito semantico tra le lingue naturali e i diritti vigenti in una prospettiva filosofico e informatico-giuridica*, Pisa, ETS, 2015, pp. 47-70, e, infine, A. Artosi, G. Sartor, *Leibniz as Jurist*, in M.R. Antognazza (ed.), *The Oxford Handbook of Leibniz*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 641-663. Con particolare riferimento all'influenza esercitata da Leibniz nella genesi della informatica giuridica cfr. A.C. Amato Mangiameli, *Informatica giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 158-165.

sagge e folli, coerenti e incoerenti!»<sup>14</sup>. Ma anche se tutte queste possibili obiezioni fossero state superabili, concludeva Thibaut, sarebbe rimasta da superare la questione dell'assenza di un testo autentico: occorre fare i conti con il fatto che l'interprete si trovava a maneggiare una pluralità di edizioni ciascuna dotata delle proprie peculiarità e, quindi, in grado di fornire soluzioni anche molto differenti tra loro. Là dove la eventualità che la dottrina potesse giungere ad un testo definitivamente consolidato e univoco - e qui Savigny da *Professur für römisches Zivilrecht* era esplicitamente chiamato in causa - restava chimerica<sup>15</sup>.

Al di là dell'intento polemico, mi preme isolare un passaggio fondamentale nelle pagine di Thibaut. Il suo era tutt'altro che un ragionamento *détaché*, ma aveva una sua netta concretezza storica e uno specifico riferimento spaziale. L'orizzonte di senso, in altri termini, era la Germania: da giurista, a Thibaut premeva individuare quale fosse lo strumentario che al tempo stesso risultasse più adeguato alle necessità di un contesto molto vivace sul piano economico, ma ancora frammentato su quello politico, e che fosse in grado di avallarne le dinamiche centripete<sup>16</sup>. Se di matematica del diritto si vuole parlare, dunque, occorre farlo nella prospettiva di un'aritmetica applicata alla ingegneria istituzionale. Ed è proprio su questo terreno che avverrà il cozzo con Savigny.

### 3. UNO SQUILLO DI TROMBA

«Scetticismo sull'idea illuministica di progresso; ripugnanza per la costrizione della società in schemi puramente razionali, geometrici; rispetto del passato e ossequio per la tradizione; rivalutazione della storia nella sua complessità, anche e soprattutto nelle sue dimensioni irrazionali fatte di religione, di credenze, di costumanze, di pratiche inconse»: questi, ha osservato Paolo Grossi, erano i tratti di quella cultura romantica di cui anche Savigny era partecipe<sup>17</sup>. Non sorprende, dunque, che ai suoi occhi l'appello di Thibaut per la codificazione fosse assolutamente irricevibile. Anzi, occorre reagire ad una opzione avvertita tanto fallace sul piano scientifico, quanto deleteria sul piano politico. Il *Beruf*, in questo senso, voleva essere un sonoro squillo di tromba che chiamava i giuristi tedeschi alla mobilitazione.

<sup>14</sup> Cfr. A.F.J. Thibaut, *La necessità del diritto civile generale per la Germania*, cit., p. 60. Per altro proprio lo stesso Leibniz che, come ha osservato Pier Paolo Portinaro aveva nei confronti del diritto romano un atteggiamento ambivalente, ne aveva sottolineato la scarsa maneggiabilità cfr. P.P. Portinaro, "Leibniz, la logica e la giurisprudenza", cit., p. 224.

<sup>15</sup> Cfr. A.F.J. Thibaut, "La necessità del diritto civile generale per la Germania", cit., p. 61.

<sup>16</sup> In questo senso Thibaut non faceva che confermare «il legame, tipico dell'Illuminismo tedesco, con lo Stato territoriale», cfr. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Band 1. Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600-1800*, München, Beck, 1988, trad. it., *Storia del diritto pubblico in Germania, Volume 1. Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 419.

<sup>17</sup> Cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 160.

Per altro, la posta in gioco era davvero ricca. Non è infatti possibile isolare le obiezioni di Savigny dallo scenario tumultuoso che faceva da sfondo alla pubblicazione del *Beruf*. Fermiamo la pellicola: *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland* era stato pubblicato nel giugno del 1814, la replica di Savigny sarà pubblicata nel settembre successivo. Si tratta di mesi decisivi per la storia europea: il 14 aprile era stato firmato il trattato di Fontainebleau che veniva a concludere un conflitto ultraventennale relegando Napoleone all'Elba. Il 30 maggio successivo, poi, era stato siglato il Trattato di Parigi che, nel tracciare i confini della Francia della Restaurazione, all'art. 32 disponeva che «dans le délai de deux mois, toutes les Puissances qui ont été engagées de part et d'autre dans la présente guerre enverront des plénipotentiaires à Vienne» con l'obiettivo di rifondare l'assetto geopolitico del Vecchio Continente.

In questa colossale operazione di cartografia politica, la Germania non poteva che avere un ruolo pivotale. La disputa tra Thibaut e Savigny, dunque, si stagliava su di un sfondo attraversato da possenti sommovimenti, in cui si scontravano istanze opposte e la scelta di riportare l'orologio della storia ad una data precedente alla presa della Bastiglia doveva confrontarsi con le aspettative, e gli interessi, che nel frattempo si erano consolidati. In altri termini il confronto investiva piani differenziati: il tema della natura e della spazialità del diritto germanico si saldava a quello del posizionamento della Germania nel quadro complessivo che il Concerto europeo era chiamato a tracciare. Là dove, come ha puntualizzato Maria Carolina Foi «dopo la fine del Sacro Romano Impero di Nazione germanica nel 1806 e degli accorpamenti voluti da Napoleone», non era affatto chiaro quale potesse essere «in futuro l'assetto degli stati tedeschi»<sup>18</sup>.

Se questo era il contesto che faceva da inquieto sfondo alla controversia, l'attenzione in genere si è appuntata altrove. Si è infatti molto insistito sul sostrato ideologico della polemica: Thibaut e Savigny avevano una diversa estrazione sociale, un fattore importante in una società ancora fortemente legata alla dimensione cetuale, sul piano strettamente giuridico e ancor più su quello delle convenzioni sociali e dello stile di pensiero<sup>19</sup>. Come recitava un adagio in voga nei circoli aristocratici, «der Mensch erst beim Baron beginnt». Ora, se Thibaut apparteneva alla borghesia hannoveriana, Savigny era invece membro della nobiltà di curia renana<sup>20</sup>. Questo

<sup>18</sup> Cfr. M.C. Foi, *La questione tedesca nel primo Ottocento: un paradigma giusletterario*, in Id. (a cura di), *Diritto e letterature a confronto. Paradigmi, processi, transizioni*, Trieste, Edizioni Università di Trieste, 2016, pp. pp. 53-63 ed in particolare p. 54.

<sup>19</sup> In Prussia, ancora nel 1794, l'*Allgemeine Landrecht* aveva confermato la ripartizione della società in *Stände*: cfr. P. Cappellini, *Systema iuris. I*, cit., pp. 486-506.

<sup>20</sup> Come annotava Hermann Kantorowicz, Savigny poteva vantare un antenato che aveva servito Riccardo Cuor di Leone nel corso della Terza Crociata. Una volta, però, che la famiglia era stata costretta per motivi religiosi ad abbandonare i possedimenti feudali della nativa Lorena, la sua fortuna si era legata a quella dei piccoli principati dell'area renana: il padre di Savigny, in particolare, era stato al servizio prima degli Isenburg-Birsten e poi degli Orange-Nassau: cfr. H. Kantorowicz, "Savigny and

scarto, per altro attenuato dalla consuetudine che – fino almeno alla polemica del 1814 – intercorreva tra i due studiosi, sarebbe dunque stato la proiezione del conflitto tra una società aristocratica ed una invece fondata sui valori liberali, forgiatasi nel corso dei sommovimenti politici avvenuti al finire del Settecento<sup>21</sup>. Una dialettica che nella prospettiva dello storicismo marxista assumeva una intensità ancora maggiore, là dove il dibattito sulla codificazione finiva per assumere il carattere della lotta di classe, replicando su di un piano giuridico la contrapposizione tra un modello di produzione agricolo e fondiario, storicamente recessivo, ed uno a carattere mercantile e proto-capitalistico in via di affermazione<sup>22</sup>.

the Historical School of Law”, in *Law Quarterly Review*, 53 (1937), 3, pp. 326-343 ed in particolare p. 328. Ma si veda anche E. Landsberg, *Savigny, Friedrich Karl von*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 30, Leipzig, Duncker & Humblot, 1890, pp. 425-452. Senza dover scomodare la psicologia sistemica, si tratta di un retroterra familiare e culturale che contribuisce a giustificare la sensibilità romantica di Savigny e la sua convinta rivalutazione della esperienza medievale.

<sup>21</sup> Cfr. in *primis* W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt a.M, Klostermann, 1958, trad. it., *Metodologia giuridica del secolo XIX*, Milano, Giuffrè, 1974, su cui P. Comanducci, “Da Savigny a Laband (a proposito del libro di Wilhelm)”, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 31 (1977), 3, pp. 1261-74 e, in chiave più critica, P. Becchi, “Il maestro e i suoi allievi. Discutendo su Savigny e dintorni”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 27 (1997), 2, pp. 293-308, in particolare pp. 294-295.

<sup>22</sup> A questo proposito è qui appena possibile ricordare come Marx avesse conosciuto personalmente Savigny: dopo essersi immatricolato nell’ateneo di Bonn, era passato alla più prestigiosa Friedrich-Wilhelms-Universität di Berlino avendo modo durante l’inverno 1836-1837 di frequentare le lezioni di Savigny, senza per altro ricavarne una grande impressione. In merito cfr. quanto meno M. Musto, “Appunti di biografia intellettuale di Marx giovane (1818-1841)”, in *Studi filosofici. Annali dell’Istituto universitario orientale*, 31-32 (2008-2009), cfr. pp. 129-148. Sulle critiche spietate di Marx allo storicismo savignyano, cfr. K. Marx, “Das philosophische Manifest der Historischen Rechtsschule”, in *Rheinische Zeitung*, 221, 9 August 1842, poi in K. Marx, F. Engels, *Werke*, vol. I, Berlin, Dietz, 1976, pp. 78-85, trad. it., *Il manifesto filosofico della scuola storica del diritto*, in K. Marx, *Scritti politici giovanili*, Torino, Einaudi, 1950, pp. 157-168. Si tratta di critiche destinate poi a riecheggiare in una serie di articoli che Marx pubblicherà sulla *Rheinische Zeitung* nel 1842, ora raccolti in A. Zambon (a cura di), *Proprietà e beni di comunità. Karl Marx sulla legge contro i furti di legna*, Milano, Fondazione Feltrinelli, 2018. Sempre in una prospettiva critica verso lo storicismo savignyano cfr infine K. Marx, “Zur Kritik der Hegelschen Rechts-Philosophie”, in *Deutsch-Französische Jahrbücher*, 1 (1844), 1-2, pp. 71-85, in realtà la introduzione del volume dallo stesso titolo che, rimasto incompiuto, sarà pubblicato solo nel 1927: in merito alla traduzione italiana cfr. Id., *Critica della filosofia hegeliana del diritto pubblico*, Macerata, Quodlibet, 1983. In merito alla lettura marxiana si veda la sintesi contenuta in M. Lalatta Costerbosa, *Storicismo giuridico*, cit., pp. 81-83 ove bib. Al di là della conclamata ostilità, il debito di Marx nei confronti di Savigny resta una questione dibattuta: in merito si veda quanto meno G. Marini, “Il rapporto Savigny-Hegel nella storiografia recente”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 9 (1980), pp. 113-163 ma anche, in chiave marxista, N. Levine, “The German Historical School of Law and the Origins of Historical Materialism”, in *Journal of the History of Ideas*, 48, (1987), 3, pp. 431-445. Con riferimento al Savigny romanista si veda L. Raggi, “Materialismo storico e studio del diritto romano”, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, 91 (1956), pp. 557-603, poi in Id., *Scritti*, Milano, Giuffrè, 1975, pp. 1-56 su cui in una prospettiva polemica si veda il precoce – il suo autore era appena ventiquattrenne – G. Tarello, “Storiografia marxista, studi romanistici e crisi del diritto romano in una



Si tratta di letture che hanno l'indubbio merito di cogliere la latitudine della disputa, evidenziandone presupposti altrimenti destinati a restare impliciti. Semmai, rispetto a interpretazioni che finiscono per esasperare la dinamica conflittuale, è possibile richiamare quanto rilevato da Pio Caroni e da Franz Wieacker, per cui la componente ideologica della controversia, per quanto tutt'altro che inesistente, andava relativizzata. In altri termini, occorre accorciare le distanze, cogliere le aderenze: andava ridimensionato il romanticismo di Savigny, evidenziando al tempo stesso la cifra kantiana, a partire dalla enfasi posta nella distinzione tra diritto e morale e nella priorità accordata all'autonomia individuale<sup>23</sup>. E Thibaut? Prima di accordargli la palma di araldo del liberalismo, conviene ricordare quanto ammoniva Giuliano Marini: «anche Thibaut ebbe aspetti rivolti al passato, forse più di Savigny, e per la visione di problemi politici contingenti fu piuttosto incline a vedere lo stato nel senso della tradizione settecentesca del *Wohlfahrtsstaat*». Ovvero di quella forma di Stato che, fortemente avversata proprio dai liberali, «affida alla amministrazione - detta, secondo il linguaggio del tempo, *Polizei* - compiti di cura del benessere e della educazione dei cittadini»<sup>24</sup>. D'altra parte, nel valutare l'effettiva distanza tra i due, come dimenticare che tanto Thibaut quanto Savigny avevano attinto al magistero di Gustav von Hugo?<sup>25</sup>

Il rischio di smarrirsi in questa viluppo di contaminazioni reciproche è tutt'altro che eventuale: è bene tenere la barra del timone ben salda. Non c'è dubbio che la disputa facesse riferimento al «problema generale del diritto ed a quello del metodo degli studi giuridici»<sup>26</sup>. Ed è altrettanto indubbio che, come ha osservato Giovanni Tarello, «la battaglia pro e contro» la codificazione abbia travalicato i confini della scienza giuridica, finendo per essere «in larga parte una battaglia politica sull'opportunità di dare ai paesi germanici una codificazione liberal-borghese sulla traccia della

recente indagine», in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 35 (1958), 3-4, pp. 457-467 e, per una sintesi della *querelle* P. Becchi, «Il maestro e i suoi allievi», cit., pp. 301-302.

<sup>23</sup> Cfr. P. Caroni, «La cifra codificatoria nell'opera di Savigny», cit., pp. 96-102. È necessario precisare che in queste pagine, in effetti, Caroni ha valorizzato il Savigny del *System des heutigen römischen Rechts*.

<sup>24</sup> Cfr. G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, cit., p. 118. Il concetto di *Polizei* è da tempo oggetto di una importante riflessione storiografica: da R. Schulze, *Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982 - su cui P. Cappellini, «Recensione a *Policey und Gesetzgebungslehre im 18. Jahrhundert*», in *Quadern fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 15 (1986), pp. 480-486 -, ai contributi raccolti in M. Stolleis (Hrsg.), *Policey im Europa der Frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1996, a L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 102-181. Infine in una prospettiva sensibile alla dimensione giusfilosofica cfr. G. Campesi, *Genealogia della pubblica sicurezza: teoria e storia del moderno dispositivo poliziesco*, Verona, Ombre Corte, 2009.

<sup>25</sup> Cfr. P. Cappellini, *Systema Iuris*, I, cit., p. 30.

<sup>26</sup> Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, III, cit., p. 51.

codificazione napoleonica»<sup>27</sup>. Si tratta di due letture che, se solo si tiene a mente la ricchezza intellettuale di Thibaut e di Savigny, finiscono per integrarsi tra loro.

Ed è proprio con questa consapevolezza che può essere fruttuoso valorizzare un elemento centrale della disputa, altrimenti destinato a fungere da sfondo indistinto: quello spaziale. Il confronto tra questi due primattori della cultura giuridica proto-ottocentesca si collocava entro precise coordinate spazio-temporali: il tema del contendere era l'identificazione dello strumentario giuridico che meglio garantisse gli interessi del popolo tedesco, il suo sviluppo economico e sociale ma, al tempo stesso, favorisse la unificazione politica. Come ha osservato Tarello la questione della codificazione non era circoscritta a quella sezione del fenomeno giuridico che disciplina i rapporti tra i privati, ma piuttosto implicava un ambito ulteriore: quello della costituzione, ovvero quale forma dovesse assumere l'organizzazione politica di quella Germania che si era forgiata nel crogiolo delle guerre napoleoniche<sup>28</sup>. In altri termini la battaglia pro e contro la codificazione non era solo causa ed effetto delle dicotomie che abbiamo ricordato, società cetuale *versus* società liberale, latifondismo *versus* capitalismo mercantile, ma anche scontro chi sosteneva la necessità di fissare la volontà popolare in una carta costituzionale e chi, invece, rivendicava «la difesa della naturale armonia storicamente espressa dall'articolazione sociale del popolo»<sup>29</sup>. Là dove per Savigny, ha ricordato Maurizio Fioravanti, «un insieme d'individui può darsi uno Stato solo se è già un popolo, ovvero se già è in sé ordinato». E la misura dell'ordine era la costituzione in senso materiale che al tempo stesso fondava «l'autorità dello Stato e del suo diritto» e ne fissava il limite<sup>30</sup>. Ma dove il *Volk* poteva trovare il proprio principio ordinatore? La risposta non può che fare riferimento alla funzione svolta dalla storia che questo *Volk* ha vissuto e dallo spazio territoriale in cui si è radicato.

In estrema sintesi, le dicotomie legate alla polemica sulle codificazioni appaiono come onde concentriche che propagandosi sulla superficie dell'acqua assumono un diametro sempre maggiore. Là dove, però, il piano lungo cui scorrono resta il medesimo: lo spazio territoriale della *Volksgemeinschaft* germanica<sup>31</sup>. La sfida, dunque, stava nel dimostrare quale fosse l'ordinamento spaziale più adeguato a garantire il futuro del popolo tedesco: occorreva neutralizzare lo spazio territoriale adot-

<sup>27</sup> Cfr. G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 25-26.

<sup>28</sup> Ivi, pp. 26-28. In merito al dualismo codificazione/costituzione proposto da Tarello cfr. quanto meno P. Becchi, *Giuristi e principi*, cit., p. 160.

<sup>29</sup> Cfr. V. Mannino, *Questioni di diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 64-65.

<sup>30</sup> Cfr. M. Fioravanti, «Le dottrine della costituzione in senso materiale», in *Historia Constitucional*, 12 (2011), pp. 20-30 ed in particolare p. 24.

<sup>31</sup> Sulla evoluzione storica del concetto di *Volksgemeinschaft*, destinato ad avere una tragica declinazione con l'avvento del regime hitleriano, cfr. F. Ferraresi, «Figure dell'organicismo tedesco. Lineamenti di storia del concetto di comunità da Kant a Jellinek», in *Filosofia politica*, 13 (1999), 1, pp. 39-68 ove ampia bib.

tando una codificazione che fosse distillato purissimo della ragione, autentica geometria del diritto? Oppure era possibile immaginare una *Ordnung* in grado di aderire plasticamente al *Raum* e di recepirne specificità, cesure, singolarità?

#### 4. IL PENSIERO 'CONCRETO' DI SAVIGNY

Questa lunga premessa incentrata sulla polemica del 1814, mi consente di motivare la scelta di interpretare Savigny come promotore, per usare il lessico schmittiano, di una *konkrete Ordnung*, avendo così modo di enfatizzare tanto il tema del tempo quanto quello dello spazio giuridico nella economia del suo pensiero. Là dove – l'inciso è opportuno – questa scelta interpretativa non solo si giustifica per la priorità assiologica che Carl Schmitt ha attribuito alla dimensione spaziale, ma anche per il *fil rouge* che, come testimonia *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft*, lo lega a Savigny<sup>32</sup>: un legame forse non sempre evidente, ma tutt'altro che tenue, tanto che Reinhard Mehring ha parlato di un'autentica «Savigny-Identifikation»<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit. Ma si veda anche il richiamo contenuto in Id., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin, Duncker & Humblot, 1950, trad. it., *Il Nomos della terra nel diritto internazionale dello 'jus publicum europaeum'*, Milano, Adelphi, 1991, p. 15. Per apprezzare quanto sia stato intenso e duraturo, anche se non sempre esplicito, il dialogo con Savigny si veda già il giovanile C. Schmitt, *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*, Berlin, Liebmann, 1912, trad. it., *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 50 o, ancora, p. 66. Su Schmitt lettore di Savigny si vedano M. Bretonne, "L'anatra giuridica. Meditazione sul diritto romano tra Savigny e Schmitt", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 33 (2003), 1, pp. 127-150, nonché L. Garofalo, *Carl Schmitt e la 'Wissenschaft des römischen Rechts'. Saggio su un cantore della scienza giuridica europea*, in C. Cascione, C. Masi Doria (a cura di), *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, III, Napoli, 2007, pp. 2081-2118 e in una prospettiva giusfilosofica A.C. Amato Mangiameli, "L'Europa e l'appello alla scienza giuridica. Sull'attualità di Carl Schmitt", in *Teoria del Diritto e dello Stato Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 10 (2011), 1-2, pp. 51-66.

<sup>33</sup> Cfr. R. Mehring, "Carl Schmitts Schrift 'Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft'", in *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 77 (2017), pp. 853-875, ma si veda anche la monumentale biografia che Mehring ha dedicato alla figura di Schmitt, cfr. Id., *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*, München, Beck, 2009, Engl. trans. *Carl Schmitt. A Biography*, Cambridge, Polity, 2014, pp. 401-403. In una prospettiva sostanzialmente analoga cfr. E. Kennedy, *Constitutional Failure. Carl Schmitt in Weimar*, Durham, Duke University Press, 2004, p. 33. Fioravanti, in maniera più cauta, aveva parlato di una «nostalgia di Savigny», da inquadrare all'interno di «un progetto preciso di riorientamento della scienza giuridica della metà del secolo ventesimo», cfr. M. Fioravanti, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Gozzi, P. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, Bologna, il Mulino, 1987, pp. 51-103 ed in particolare p. 84.

Ma procediamo con ordine: a Thibaut ed ai sostenitori della codificazione, Savigny opponeva un diritto che «è sempre opera di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dell'arbitrio di un legislatore»<sup>34</sup>. E in che cosa sarebbe consistita questa energia generatrice? Savigny non aveva dubbi: era la coscienza comune del popolo, ovvero, per usare la evocativa espressione contenuta nel più tardo *System des heutigen römischen Rechts* – il suo *magnum opus* edito tra il 1840-1849 –, il *Volksgeist*<sup>35</sup>: un'immagine forse sfumata, ma sicuramente potente che, ha ipotizzato Kantorowicz, Savigny avrebbe tratto dalla lettura di *Natur und Kunstpoesie* di Jacob Grimm<sup>36</sup>.

Il diritto, in altri termini, era il frutto di un processo storico: nasceva, nel momento in cui la comunità acquistava consapevolezza di sé, si trasformava con essa e, infine, cessava di esistere quando il popolo aveva smarrito la propria individualità<sup>37</sup>. Il paragone con il linguaggio, richiamato dallo stesso Savigny, è particolarmente efficace per comprendere questo processo di autopoiesi: come ogni idioma è in costante tensione dovendo adattarsi al divenire della storia, così «anche per il diritto non esiste un momento di stasi assoluta». Il diritto, infatti, «è soggetto allo stesso movimento e alla stessa evoluzione di ogni altra funzione del popolo», obbedendo alla «medesima legge di necessità che governa il fenomeno antichissimo della lingua»<sup>38</sup>. Ecco allora che voler edificare l'ordinamento giuridico sulla base di una ragione astratta, equivaleva a voler inventare un linguaggio nuovo: si trattava di una operazione priva di senso logico, come dal parte sua osserverà anche Grimm in una corrispondenza con lo stesso Savigny<sup>39</sup>.

<sup>34</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 101.

<sup>35</sup> Cfr. per esempio Id., *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840, trad. it., *Sistema del diritto romano attuale*, I, Torino, UTET, 1886, p. 43. Nel *Beruf* il termine *Volksgeist* non trova alcuna occorrenza.

<sup>36</sup> Cfr. H. Kantorowicz, *Savigny and the Historical School of Law*, cit., p. 338. Invero, il termine *Volksgeist* con differenti declinazioni, ha avuto una significativa diffusione nella cultura tedesca, da Fichte, ad Hegel, fino a Puchta. Per una ipotesi alternativa a quella di Kantorowicz che individua in Puchta il referente originario, cfr. C. Faralli, *Le grandi correnti della filosofia del diritto. Dai Greci ad Hart*. Torino, Giappichelli, 2014, pp. 53-54.

<sup>37</sup> Si veda F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 99. Sulla forza suggestiva di questa analogia si veda P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma Bari, Laterza, 2006, pp. 24-29.

<sup>38</sup> Si veda F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 99. Sulla rilevanza di questa analogia nel quadro del pensiero savigniano cfr. per tutti C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 75.

<sup>39</sup> «So unsinnig es wäre, eine Sprache oder Poesie erfinden zu wollen, ebensowenig kann der Mensch mit seiner einseitigen Vernunft ein Recht erfinden», cfr. *Jacob Grimms Brief vom 29. Oktober 1814 an Savigny*, citato in C.-E. Mecke, *Friedrich Carl von Savignys Rechtsdenken und die Romantik*, in A. Antje, W. Pape (Hrsg.), *Romantik und Recht: Recht und Sprache, Rechtsfälle und Gerechtigkeit*, Berlin, De Gruyter, 2018, pp. 36-60 ed in particolare p. 48. Di lì a poco il tema riecheggerà in J. Grimm, «Von der Poesie im Recht», in *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, 2 (1815-1816), pp. 25-99. Sul duraturo rapporto tra Savigny e i fratelli Grimm – nel 1802 i due erano stati allievi di Savigny ai tempi in cui quest'ultimo insegnava all'Università di Marburgo –, vera e pro-

Il fenomeno giuridico, dunque, si fondava sulla combinazione di due elementi: in primo luogo c'era il gruppo sociale, la comunità<sup>40</sup>. Ma questo fattore di per sé non bastava: occorreva anche un ulteriore fattore di natura storica e culturale, là dove per Savigny, qui davvero interprete delle istanze romantiche, l'esperienza giuridica manifestava la consapevolezza che il *Volk* ha del proprio passato, delle proprie tradizioni. Alla prevalenza della storia non poteva che corrispondere, sul piano della gerarchia delle fonti, il primato assoluto della consuetudine: come scrive Grossi questa, infatti, è la dimensione privilegiata in cui la comunità ha modo di esprimersi e «la storicità può essere continuamente mantenuta»<sup>41</sup>.

A questo diritto vivente e concreto si saldava, richiamando Luigi Ferrajoli, «il ruolo immediatamente costruttivo e normativo della scienza giuridica» tedesca, indispensabile per affrontare le questioni poste da una società sempre più soggetta a spinte contrastanti<sup>42</sup>. Si tratta di un innesto, però, che non ha nulla di artificioso: se è vero che Savigny nelle pagine del *Beruf* in effetti distingueva tra un diritto naturale, inteso come manifestazione della coscienza comune del popolo, e un diritto scientifico di creazione giurisperitale, la interazione tra i due piani era tanto stretta da risolversi in continuità<sup>43</sup>. Non c'era alcun dubbio, infatti, che il ceto dei giuristi fosse esso stesso parte del *Volk* e, dunque, compartecipe della medesima coscienza collettiva condividendone le credenze, i sentimenti ed i valori<sup>44</sup>. Consapevole del ruolo

pria fucina del romanticismo giuridico, cfr. per tutti M.C. Foi, *La questione tedesca nel primo Ottocento*, cit., pp. 55-60 e P. Corona, “Un nodo che si stringe. Considerazioni sul progetto savigniano nella riflessione giuridica del Vormärz (a proposito di poesia e diritto nel primo Ottocento tedesco, tra modelli e paradigmi)”, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 47 (2018), 1, pp. 689-719. Pur senza volersi impegnare a fornire articolate informazioni bibliografiche sul tema non si può fare a meno di richiamare F. Wieacker, “Savigny und die Gebrüder Grimm”, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung*, 72 (1955), 1, pp. 232-244. In particolare sulla figura di Jacob Grimm, cfr. G. Marini, “Jacob Grimm alle origini dello storicismo”, in *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa. Classe di Lettere e Filosofia*, 16 (1986), 1, pp. 141-158. Più in generale sull'analogia tra linguaggio e diritto risulta difficile prescindere dalla sintesi contenuta in R. Sacco, “Lingua e diritto”, in *Ars interpretandi. Rivista di ermeneutica giuridica*, 5 (2000), pp. 117-134 che, significativamente, prende l'abbrivio da Savigny e dai Grimm.

<sup>40</sup> Sul concetto di comunità e sulle sue molteplici declinazioni in chiave giusfilosofica cfr. per tutti G. Bombelli, “Comunità: tra identità e diritto”, in B. Montanari (a cura di), *I luoghi della Filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 232-273 ove bib.

<sup>41</sup> Cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., pp. 163-164.

<sup>42</sup> Cfr. L. Ferrajoli, *Lo stato di diritto tra passato e futuro*, in P. Costa, D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, pp. 349-386, ed in particolare p. 359.

<sup>43</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 99-102. Per cogliere lo sviluppo del pensiero di Savigny, si veda anche Id., *Sistema del diritto romano attuale*, cit., pp. 79-95.

<sup>44</sup> L'impiego di una locuzione di derivazione durkheimiana non deve apparire inopportuno: Émile Durkheim aveva avuto modo di conoscere il pensiero di Savigny, tramite la mediazione di Rudolf von Jhering e di Albert-Hermann Post, cfr. E. Durkheim, “La science positive de la morale en Allemagne”, in *Revue philosophique*, 24 (1887), 1-2, pp. 33-58, 113-142 e 275-284, poi in É. Durkheim, *Textes. I. Éléments d'une théorie sociale*, Paris, Éditions de Minuit, 1975, pp. 267-343. In merito cfr. per tutti R.A. Jones, *The Development of Durkheim's Social Realism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 195-202.

dei *iuris prudentes* nella esperienza giuridica romana, Savigny non esitava ad assegnare alla scienza giuridica un compito particolarmente esigente: quello di farsi custode del diritto inteso come concreta manifestazione del *Geist*, dello spirito tedesco<sup>45</sup>. Come aveva icasticamente sintetizzato Schmitt, per Savigny «*La scienza del diritto è appunto essa stessa l'autentica fonte del diritto*»<sup>46</sup>.

Questo appello al *Juristenrecht* sarà destinato ad avere una eco prolungata nella cultura giuridica tedesca: come rilevava Alessandro Baratta, ancora all'indomani della «entrata in vigore del codice penale e di quello civile del Reich», non fu possibile lo sviluppo di «alcuna scuola dell'esegesi», che proclamasse «lo stretto vincolo del giurista e del giudice alla lettera della legge». Continuò invece a predominare «la tendenza a lasciare ampio margine all'interpretazione della legge e a favorire l'interpretazione ed il perfezionamento del diritto attraverso l'attività dei giuristi». Là dove, concludeva Baratta recuperando il binomio costituzione/codificazione su cui aveva insistito Tarello, «in questa concezione tipicamente tedesca del rapporto fra legge e diritto e dell'attività del giurista come fonte originaria di diritto, è possibile individuare una delle caratteristiche che distinguono il modello tedesco dallo Stato di diritto dallo sviluppo europeo di questo concetto»<sup>47</sup>.

Nell'orizzonte di Savigny, la legislazione aveva un ruolo al più sussidiario, limitandosi a sagomare i contorni di quei principi giuridici che altrimenti sarebbero rimasti scarsamente definiti, oppure, in maniera più significativa, provvedendo a rinnovare istituti obsolescenti<sup>48</sup>. Là dove, beninteso, l'intervento della legge non era in alcun modo qualcosa di eccentrico, avendo come esclusiva funzione quella di far risaltare nella sua forma più autentica e pura «il diritto reale, la vera volontà del popolo»<sup>49</sup>. Occorre però sgombrare il campo da ogni equivoco: il riferimento allo spirito popolare non aveva nulla che fare con la *volonté générale* di cui aveva scritto Jean-Jacques Rousseau- avversato da Savigny, così come l'intera vicenda rivoluzionaria -<sup>50</sup>, frutto della mobilitazione permanente dei *citoyens* e, al tempo stesso,

<sup>45</sup> La fortuna di questa interpretazione del ruolo della scienza giuridica è testimoniata in C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 67. In merito al recupero del paradigma romanistico cfr. M. Bretonne, «L'anatra giuridica», cit. e L. Garofalo, *Carl Schmitt e la 'Wissenschaft des römischen Rechts'*, cit.

<sup>46</sup> Cfr. C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., p. 69. Il corsivo è nel testo.

<sup>47</sup> Cfr. A. Baratta, «Le fonti del diritto e il diritto giurisprudenziale», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 20 (1990), 1, pp. 189-210, ed in particolare p. 201. Sui caratteri precipui del *Rechtsstaat* cfr. per tutti G. Gozzi, *Stato di diritto e diritti soggettivi nella storia costituzionale tedesca*, in P. Costa, D. Zolo, *Stato di diritto*, cit., pp. 260-283.

<sup>48</sup> Sulla funzione della legge in Savigny, cfr. P. Chiassoni, *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 189-193 ed in particolare p. 191.

<sup>49</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 103. In questa prospettiva, si può richiamare il fatto che Alf Ross avesse considerato Savigny una sorta di precursore del realismo giuridico cfr. A. Ross, *On Law and Justice*, London, Stevens, 1958, trad. it., *Diritto e giustizia*, Torino, Einaudi, 1990, pp. 5-7.

<sup>50</sup> Cfr. G. Marini, *Savigny*, cit., pp. 118-119.

espressione della incondizionata sovranità del popolo<sup>51</sup>. Il rifiuto per qualsiasi ipotesi contrattualista e volontarista era netto ed incondizionato: per Savigny lo Stato non era *machina machinarum* ma unità organica. La sua genesi era legata ai ritmi del tempo e alla evoluzione del *Volk* che, prima di essere soggetto politico, era manifestazione concreta di una unità spirituale<sup>52</sup>.

Date queste premesse emerge con chiarezza come la legge non avesse nulla di arbitrario, non fosse la manifestazione di un potere sovrano, ma secondo Savigny, trovava ragione di sé nel divenire storico della coscienza popolare. Là dove, come dimostra proprio la vicenda storica del diritto romano, il passaggio da una fase caratterizzata dalla consuetudine ad una contrassegnata dalla preminenza della legislazione rappresentava tutt'altro che un movimento ascendente<sup>53</sup>. Compito della scienza giuridica, appunto, era preservare inalterata questa relazione fondamentale, vivificandola ed evitando forme perniciosissime di sclerotizzazione. No, per Savigny - quanto meno per il Savigny del 1814 - non c'era spazio alcuno per la codificazione che in sé rappresenta un tentativo di arrestare la storia, di cristallizzare il diritto vivente del popolo tedesco inseguendo astratti principi razionalistici. Occorreva che la nazione germanica rifuggisse la codificazione, «come si evita un male funesto»<sup>54</sup>.

## 5. LA QUESTIONE DELLO SPAZIO TERRITORIALE

Questa rapida ricognizione del pensiero di Savigny è indispensabile per inquadrare il contesto entro cui germina la questione dello spazio territoriale<sup>55</sup>. Per l'attenzione rivolta alla dimensione diacronica, per il suo convinto storicismo, Savigny, non c'è alcun dubbio, può essere considerato il giurista 'del tempo'. L'ordinamento si fondava su di una sedimentazione di usi e di costumi, trovando la propria ragione

<sup>51</sup> Cfr. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Amsterdam, 1762, trad. it., *Il contratto sociale*, Milano, Feltrinelli, 2013. Sull'avversione di Savigny nei confronti del pensiero di Rousseau, cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 167. Né poteva essere altrimenti alla luce del contrattualismo rousseauiano: per apprezzare la distanza di Rousseau da Savigny, si veda quanto meno P. Moro, *I diritti indisponibili. Presupposti moderni e fondamento classico nella legislazione e nella giurisprudenza*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 128-143.

<sup>52</sup> Proprio a partire da queste riflessioni, si è posto il problema del rapporto tra Savigny e l'idealismo: cfr. J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, Gremer, 1984, pp. 232-294, su cui A. Dufour, "Savigny, la France et la Philosophie Allemande - Etude Critique a Propos de Deux Ouvrages Recents sur Savigny", in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 55 (1987), pp. 151-163 ed in particolare pp. 157-163.

<sup>53</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., pp. 113-114, su cui quanto meno cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. III*, cit., pp. 49-50.

<sup>54</sup> Cfr. P. Grossi, *L'Europa del diritto*, cit., p. 164. Si veda anche F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., pp. 196-197.

<sup>55</sup> Mi sia consentito rinviare a F. Ruschi, *Spazio. La questione del territorio statale*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 345-369.

di sé nella storia del popolo. Analogamente, l'individuo era un «soggetto storicamente radicato nel *Volk*» e la sua sfera soggettiva era definita dalla tradizione e dai concreti vincoli di appartenenza che lo legavano alla comunità e allo Stato<sup>56</sup>. Là dove, come si è visto, anche questo ente collettivo a sua volta non era altro che la forma visibile e organica di quella comunanza spirituale che fondava il popolo e, come tale, era del tutto immersa nel flusso della storia<sup>57</sup>.

Meno evidente, ma non per questo meno decisiva, è stata invece la sua sensibilità per la dimensione dello spazio. Il diritto, non occorre insistere oltre, per Savigny era in primo luogo un fatto collettivo e proprio in quanto tale aveva una sua propria misura, un suo specifico radicamento spaziale. Come dimenticare che, nelle pagine del *Beruf*, la polemica anticodificatoria era funzionale ad individuare «un diritto sicuro dall'ingerenza dell'arbitrio e delle idee ingiuste» per una Germania di cui si auspicava l'unificazione?<sup>58</sup> Di più: se l'ordinamento giuridico era il frutto di un divenire storico, questo processo poteva essere colto soltanto in relazione ad uno specifico contesto geografico e territoriale. Per Savigny, infatti, non aveva senso parlare di un popolo come una entità astratta: si trattava piuttosto di un organismo vitale che come tale abitava uno spazio, era radicato in un luogo. Né sarebbe stata logicamente concepibile una comunità politica priva di tale legame<sup>59</sup>. Quando nel *Beruf* Savigny identificava l'analogia tra linguaggio e diritto, a livello implicito presupponeva l'esistenza di un preciso ambito territoriale: i tedeschi parlavano la medesima lingua ed avevano il medesimo ordinamento perché condividevano il medesimo spazio.

Questa 'opzione spaziale' era legata alla enfasi della polemica con Thibaut? Era un espediente retorico per indebolire la posizione avversaria, rivelandone il carattere artificioso? La risposta non può che essere negativa: si trattava di una scelta tutt'altro che occasionale e contingente, come rivela anche solo un rapido sguardo al resto del *corpus* savignyano. Se in particolare ci rivolgiamo al *System des heutigen römischen Rechts*, la questione dello spazio territoriale era posta in termini meno accessi, ma certamente non meno espliciti. Come si è visto, Savigny aveva attribuito allo Stato una funzione fondamentale, quella di rendere concreto il *Volksgeist*<sup>60</sup>. Perché questa dinamica potesse essere attivata, però, occorreva un fattore ulteriore: il territorio. In altri termini, era imprescindibile il riferimento ad una specifica porzione di spazio fisico destinata ad assicurare l'unità della comunità che, in quanto tale, era prima di tutto unità geografica<sup>61</sup>. Come richiamato da Pierluigi Chiassoni,

<sup>56</sup> Cfr. P. Costa, *Diritti*, in M. Fioravanti (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 37-58 e in particolare p. 50

<sup>57</sup> *Supra*, § 5.

<sup>58</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 155. Cfr. M.C. Foi, *La questione tedesca nel primo Ottocento*, cit., p. 55.

<sup>59</sup> Cfr. G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, p. 167.

<sup>60</sup> *Supra*, § 5.

<sup>61</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, II, cit., p. 246.



nel lessico di Savigny il termine ‘popolo’ in prima battuta designava l’insieme dei soggetti stanziatisi in modo stabile in un preciso ambito spaziale<sup>62</sup>. Si trattava di una relazione destinata a manifestarsi in una duplice direzione: da una parte il territorio consentiva l’esercizio della sovranità, ovvero l’attivazione della funzione più autentica dello Stato. Dall’altra il fattore territoriale costituiva il nesso che garantiva l’appartenenza del soggetto allo Stato inteso come comunità-politica e la sua soggezione all’ordinamento giuridico

Questa consapevolezza, per altro, era ben lontana dal risolversi in un atteggiamento sciovinistico, come è evidente dalla difesa appassionata della ingente eredità che proveniva dalla esperienza giuridica romana<sup>63</sup>. *Versus* coloro che rivendicavano un diritto autenticamente germanico, depurato da ogni istanza proveniente dall’esterno, Savigny aveva infatti modo di opporre la superiorità del diritto romano, per altro ormai assimilato nel diritto comune<sup>64</sup>. E quali sarebbero state le ragioni in grado di giustificare questo primato? La risposta la ritroviamo in un passo assolutamente decisivo del *Beruf*: l’*atout* stava nel radicamento territoriale, nel nesso tra ordinamento e spazio che proprio nella esperienza giuridica romana risultava particolarmente solido. Nel mondo germanico, osservava Savigny, se non ci fosse stata l’influenza dello *ius civile* era quanto meno dubbio che si sarebbe potuto sviluppare un diritto ‘originario’. Mancavano quelle condizioni imprescindibili che invece avevano favorito la nascita del diritto e tra queste, in primo luogo, la fissità della sede: infatti «Roma, che originariamente coincideva con lo stato stesso, restò fino alla caduta dell’Impero d’Occidente il centro dello Stato». Al contrario «le tribù germaniche emigravano, sottomettevano e venivano sottomesse, in modo che il diritto era diffuso fra tutte ma non aveva in alcun luogo una sede stabile e tanto meno un unico centro»<sup>65</sup>.

Che cosa c’era dietro questo appello a Roma, cui corrispondeva la netta dismissione del mondo germanico? Si trattava soltanto della stoccata di un grande romanista nei confronti di coloro – com’era il caso di Carl Friedrich Eichhorn – che dall’interno dell’indirizzo storicista avevano inteso enfatizzare il valore delle tradizioni giuridiche autoctone?<sup>66</sup> È possibile. Credo però che per cogliere il significato

<sup>62</sup> Cfr. P. Chiassoni, *Da Bentham a Kelsen*, cit., p. 190

<sup>63</sup> *Infra*, § 6.

<sup>64</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 115.

<sup>65</sup> *Ivi*, p. 116. Si possono rinvenire lontani echi di questo passo di Savigny in C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., pp. 39-42.

<sup>66</sup> Per altro Eichhorn, autore di una imponente storia del diritto pubblico e delle istituzioni politiche tedesche – cfr. C.F. Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, voll. I-IV, Göttingen, 1808-1823 –, da subito sarà a fianco di Savigny nella impresa della *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Su Savigny e Eichhorn cfr. da ultimo J. Garrido Martín, “Derecho popular versus derecho de juristas. La querrela alemana entre las Escuelas romanista y germanista”, in *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18 (2020), 2, pp. 335-358. Con particolare attenzione ai risvolti politici della frizione tra Romanisti e Germanisti, cfr. P. Corona, “Un nodo che si stringe”, cit., pp. 707-716.

autentico di questo richiamo all'esperienza giuridica romana non solo occorra insistere sulla formazione culturale di Savigny, ma anche sulla sua sensibilità nei confronti della dimensione spaziale. Il riferimento alla fissità e alla funzione baricentrica di Roma, in questo senso è rivelatore. Solo che per svolgerne tutte le implicazioni occorre adottare un'ottica retrospettiva, e richiamare ancora una volta Schmitt: si tratta però di lasciare da parte *Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft* e, piuttosto, di fare riferimento alle pagine del *Nomos der Erde* dedicate all'*ordo iuris* di cui è lodata la concretezza. Nella lettura schmittiana la «*Roma aeterna*» infatti, risulta essere uno degli «esempi più grandiosi di localizzazione nello spazio», tanto da essere in grado di proiettarsi nel medioevo, una volta conclusa la vicenda politica della *res publica*, assumendo un preciso significato teologico-politico<sup>67</sup>: «la costituzione del regno germanico», in quest'ottica, non fa che riprodurre «la costituzione dell'esercito romano»<sup>68</sup>. Là dove il fattore decisivo in questa lunga persistenza stava proprio nel radicamento dell'ordinamento romano in uno spazio qualificato, definito, stabile, che come tale poteva essere scrupolosamente ripartito e amministrato. Si può attribuire a Schmitt l'aver sviluppato tesi che in Savigny erano appena abbozzate? Il fatto che tra gli interlocutori richiamati nelle pagine del *Nomos der Erde* ricorra quello di Rudolf Sohm – eminente figura di canonista, ma anche studioso profondamente imbevuto di storicismo –<sup>69</sup> rende questa ipotesi meno inopportuna. In ogni caso, certo è che le considerazioni su Roma e le tribù germaniche contenute nel *Beruf* assumono un significato ancor più preciso se rilette alla luce delle pagine che Schmitt ha dedicato alla spazialità dell'impero romano.

## 6. UNA SVOLTA 'SPAZIALE'?

La domanda, per molti versi è inevitabile: quanto c'è di *völkisch* in questa insistenza sulla dimensione storica e spaziale del diritto?<sup>70</sup> Ovvero, in maniera ancora più netta, quale relazione è intercorsa tra il *Volkgeist* di Savigny, la comunità politica intesa come sua proiezione territoriale e le tragiche vicende che nel secolo

<sup>67</sup> Cfr. C. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 42. Il corsivo è nel testo.

<sup>68</sup> Ivi, p. 43.

<sup>69</sup> «Sohm was solidly within the historical school of jurisprudence founded by Savigny, but he considered himself representative of a particular strand of that school, for which he coined the term 'conceptual jurisprudence', cfr. P. Haley, "Rudolph Sohm on Charisma", in *The Journal of Religion*, 60 (1980), 2, pp. 185-197 e in particolare p. 187. In realtà l'atteggiamento di Schmitt nei confronti di Sohm era ambivalente, cfr. M. Nicoletti, *Carl Schmitt e il diritto canonico: tra Sohm, Kelsen e Barion*, in C. Fantappiè (a cura di), *Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 123-149 e H. Falk, 'Im Kampf um Rom': *Carl Schmitt's Critique of Rudolph Sohm and the Post-Secular Turn*, in M. Arvidsson, L. Brännström, P. Minkinen (eds), *The Contemporary Relevance of Carl Schmitt. Law, Politics, Theology*, Abingdon, Routledge, 2016, pp. 181-194.

<sup>70</sup> Su tale nozione cfr. da ultimo J. L. Hare, F. Link, "The Idea of Volk and the Origins of Völkisch Research, 1800-1930s", in *Journal of the History of Ideas*, 80 (2019), 4, 2019, pp. 575-596 ove bib.

scorso hanno funestato la Germania? Si tratta di un tema molto scivoloso che, a ben vedere non riguarda soltanto il pensiero savignyano, ma che finisce per investire un intero movimento culturale: il Romanticismo tedesco. Il rischio, però, è di attribuire ad un pensiero storicamente situato esiti molto distanti e tutt'altro che previsti o prevedibili. Non è questa la sede dove poter svolgere un'attività di scandaglio minimamente approfondita. Quanto meno, però, è possibile mettere qualche punto fermo: in primo luogo, sarebbe errato voler desumere dalle opere di Savigny una precisa ideologia politica di stampo nazionalista e filoprussiana: come aveva già sottolineato Paul Koschaker, la preferenza accordata al diritto romano, piuttosto, era la cifra della «sua fedeltà agli ideali dell'impero», che lo aveva spinto a «rifuggire da ogni particolarismo»<sup>71</sup>. Le simpatie di Savigny, infatti, si orientavano «assai più verso una sorta d'impero culturale dello spirito tedesco che non verso una figura concreta di organismo imperiale politico»<sup>72</sup>.

Occorre poi insistere sul fatto che proprio la priorità assegnata all'esperienza romana è un discrimine importante, tale da rendere posticcia qualsiasi saldatura del pensiero savignyano alle vicende novecentesche. Là dove, ha rilevato tra gli altri Agostino Carrino, il nazismo fu «un avversario irriducibile del diritto romano»<sup>73</sup>. Significativamente, nel Programma del partito nazionalsocialista del 24 febbraio 1920, altrimenti noto come il *25-Punkte-Programm*, era espressamente previsto al punto 19 che un «deutsches Gemein-Recht» prendesse integralmente il posto del diritto romano asservito alla «materialistischen Weltordnung»<sup>74</sup>.

Si può poi evidenziare il fatto che il *Volksgeist* savignyano, in realtà, ha ben poco a vedere con le sue presunte declinazioni novecentesche: come si può leggere nel noto *Darker Legacies of Law in Europe*, un testo per altro vigorosamente polemico nei confronti della scienza giuridica europea e delle sue responsabilità storiche, «Fascist legal theory nullified the concept of *Volk*», teorizzato da autori come Herder e Savigny, «even while it purported to exalt it». Piuttosto, questa idea di *Volk* è stata la premessa «for a flowering of human particularity in the context of mutual respect among communities». In quest'ottica l'esito finale non è stato certo il regime nazionalsocialista. Anzi, a ben vedere, alla luce dell'obiettivo che l'Unione Europea si è

<sup>71</sup> Cfr. P. Koschaker, *L'Europa e il diritto romano*, cit., p. 445.

<sup>72</sup> Ivi, p. 446.

<sup>73</sup> Cfr. A. Carrino, *Carl Schmitt e la scienza giuridica europea*, in C. Schmitt, *La condizione della scienza giuridica europea*, cit., pp. 7-30 ed in particolare p. 18. Sul duro attacco al diritto romano da parte della dottrina giuridica nazionalsocialista, a partire da Alfred Rosenberg cfr. da ultimo J. Chapoutot, *La révolution culturelle nazie*, Paris, Gallimard, 2017, trad. it., *La rivoluzione culturale nazista*, Roma-Bari, Laterza, 2019, pp. 33-51.

<sup>74</sup> In merito si veda P. Koschaker, *L'Europa e il diritto romano*, cit., p. 529-570 e con particolare riferimento ai punti programmatici p. 529.

data di preservare e di promuovere la diversità culturale «early German theories of *Volk* may be positive and productive after it»<sup>75</sup>.

Al di là di queste possibili repliche ad una lettura, quanto meno, asincrona di Savigny, si può rilevare che questa sensibilità per la relazione tra il diritto, il tempo e lo spazio era tutt'altro che manifestazione di una occasionale contingenza: in una ottica genealogica si potrebbe provare a ricostruire la genesi dello storicismo savignyano, andando a soppesare l'influenza esercitata da quel Gustav von Hugo che nel 1798 aveva pubblicato il *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts*, positivo e che nel *Beruf* è ricordato per «aver combattuto a fondo nella maggior parte dei suoi scritti le opinioni dominanti», anticipando la polemica anticodificatoria<sup>76</sup>. E seguendo questo filo rosso si potrebbe esaminare il ruolo di Justus Möser, che, come ricorda ancora lo stesso Savigny, aveva vigorosamente promosso il metodo storico negli studi giuridici<sup>77</sup>. O ancora si potrebbe approfondire l'influsso esercitato su Savigny da parte di un filosofo vigorosamente antikantiano come Johann Gottfried von Herder, le cui ricerche sulle origini del linguaggio hanno finito per sublimarsi in filosofia della storia<sup>78</sup>. Non è un caso che il concetto di *Volksgeist* abbia trovato una prima, determinante definizione in *Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit*, uno scritto in cui Herder

<sup>75</sup> Cfr. V.G. Curran, *Formalism and Anti-formalism in French and German Judicial Methodology*, in N.S. Ghaleigh, C. Joerges (eds), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism Over Europe and Its Legal Traditions*, Oxford, Hart, 2003, pp. 229-242 ed in particolare p. 226.

<sup>76</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 102. Cfr. poi G. von Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts, als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*, Berlin, 1798. In merito alla figura di Hugo cfr. G. Marini, *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano, Giuffrè, 1969 e P. Becchi, *Giuristi e principi*, cit., in particolare pp. 118-119, 137-145 e 163-164. Sul suo ruolo pivotale nella evoluzione della scienza giuridica tedesca cfr. P. Cappellini, *Systema Iuris. I*, cit., e *Systema Iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1985.

<sup>77</sup> Cfr. F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 102. Il riferimento, in particolare era a J. Möser, *Osnabrückische Geschichte*, Osnabrück 1768. Oltre al monumentale K.H.L. Welker, *Rechtsgeschichte als Rechtspolitik. Justus Möser als Jurist und Staatsmann*, voll. I-II, Osnabrück, Verein für Geschichte und Landeskunde von Osnabrück, 1996 – su cui P. Cappellini, “Recensione a *Rechtsgeschichte als Rechtspolitik*” in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 26 (1997), pp. 468-476 –, sulla figura di Möser si vedano quanto meno J.B. Knudsen, *Justus Möser and the German Enlightenment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 ed i contributi raccolti in M. Siemsen, T. Vogtherr (Hg.), *Justus Möser im Kontext. Beiträge aus zwei Jahrzehnten*, Osnabrück, Selbstverlag des Vereins für Geschichte und Landeskunde von Osnabrück, 2015. Infine, con particolare riferimento al legame con Savigny, si veda M.C. Foi, *Heine e la vecchia Germania. La questione tedesca tra poesia e diritto*, Trieste, EUT, 2015, pp. 74-76 ove bib.

<sup>78</sup> Su Herder e, più in generale, sulla filosofia della storia promossa dal Romanticismo cfr. G. Moretti, *Heidelberg romantica. Romanticismo tedesco e nichilismo europeo*, Brescia, Morcelliana, 2013, in particolare pp. 127-154, ove bib. In particolare sul legame tra Herder e Savigny cfr. P. Cappellini, *Systema Iuris. I*, cit., pp. 349-350 e M. Lalatta Costerbosa, *Storicismo giuridico*, cit., pp. 62-63.

contrapponeva allo statico razionalismo degli Illuministi la vitalità della storia, ponendo così le fondamenta del Romanticismo<sup>79</sup>. L'obiezione, però, è perfino scontata: si resta comunque entro i confini di una tradizione di pensiero che, ideologicamente legata al *Gegenaufklärung*, è del tutto organica allo storicismo di Savigny<sup>80</sup>. Là dove sarebbe perfino inutile cercare di superare questa obiezione nel momento in cui, come si è appena visto, nelle pagine del *Beruf* il debito è ampiamente riconosciuto.

Si potrebbe allora scegliere un altro percorso che, nel valorizzare la sensibilità 'etnografica' di Savigny, consenta di far emergere contiguità assai meno scontate: il riferimento immediato è a Charles Louis de Montesquieu che, nel fare riferimento all'*esprit général d'une nation*, aveva sottolineato la costante interazione tra la specifica identità di ogni popolo e l'ordinamento politico<sup>81</sup>. Per cogliere questa connessione, Montesquieu invitava a rifuggire un atteggiamento di tipo deduttivistico. La società e lo Stato non erano costruiti puramente astratti, secondo quanto invece auspicato dal giusnaturalismo razionalista. Come ha segnalato un lettore attento di Montesquieu quale Sergio Cotta, occorre non indulgere in costruzioni ideali, quanto piuttosto partire dai fatti per risalire alle cause e alle leggi generali<sup>82</sup>. Beninteso, questo non significava negare un fondamento razionale al fenomeno giuridico, quanto piuttosto fare riferimento ad una ragione che, come ha osservato Fassò, «lungi dal precedere la storia o dal prescindere da essa, muove dalla storia ed opera sui dati di questa»<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Cfr. J.G. Herder, *Auch eine Philosophie der Geschichte zur Bildung der Menschheit*, s.l. [ma Riga], 1774, trad. it., *Ancora una filosofia della storia per l'educazione dell'umanità. Contributo a molti contributi del secolo*, Milano, Meltemi, 2020. Sulla diffusione di questo concetto *supra* § 4.

<sup>80</sup> Cfr. per tutti M. Lalatta Costerbosa, *Storicismo giuridico*, cit., pp. 62-65.

<sup>81</sup> Cfr. T. Casadei, *Montesquieu: la separazione dei poteri e lo 'spirito delle leggi'*, in T. Casadei, G. Zanetti, *Manuale di filosofia del diritto. Figure, categorie, contesti*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 158-168 ed in particolare p. 166. Su Savigny lettore di Montesquieu cfr. il significativo richiamo in F.C. von Savigny, *La vocazione del nostro tempo*, cit., p. 118. Sulla influenza esercitata su Savigny cfr. M.C. Foi, *Heine e la vecchia Germania*, cit., p. 74. Più in generale sul rapporto tra Montesquieu e lo storicismo cfr. M. Lalatta Costerbosa, *Storicismo*, cit., pp. 60-61.

<sup>82</sup> Cfr. S. Cotta, *Leggere Montesquieu, oggi: dialogo con Sergio Cotta*, in D. Felice (a cura di), *Montesquieu e i suoi interpreti*, II, Pisa, ETS, 2005, pp. 893-905 ed in particolare p. 898. Cotta, come noto, è stato in Italia uno dei protagonisti assoluti del *renouveau montesquiviano*: oltre alla traduzione dell'*Esprit des lois* è qui appena possibile richiamare Id., *Montesquieu e la scienza della società*, Torino, Ramella, 1953. È appena possibile richiamare quanto vivo resti l'interesse della filosofia del diritto contemporanea per Montesquieu: oltre a T. Casadei, *Montesquieu*, cit., senza alcuna pretesa di completezza ma solo al fine di segnalare la vivacità del dibattito cfr. M. Goldoni, *L'onore del potere giudiziario. Montesquieu e la monarchia dei poteri intermedi*, in D. Felice (a cura di), *Politica, economia e diritto nell'Esprit des lois di Montesquieu*, Bologna, Clueb, 2009, pp. 1-66, T. Gazzolo, *La scrittura della legge. Saggio su Montesquieu*, Napoli, Jovene, 2014, P. Moro, *Montesquieu*, in G. Zanon (a cura di), *Pagine di etica pubblica*, Padova, CLEUP, 2016, pp. 71-74. Con particolare alla filosofia del diritto penale montesquiviana cfr. D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, Donzelli, 2016.

<sup>83</sup> Cfr. G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto. II*, cit., p. 294.

Secondo un indirizzo di pensiero che distingueva Montesquieu dagli altri illuministi – e che, al tempo stesso, giustificava l'attenzione di Savigny –<sup>84</sup>, dunque, occorre adottare un approccio empirico che fosse consapevole della dimensione storica e sociale del fenomeno politico, della pluralità e delle diversità. L'esito finale era un relativismo – Mauro Barberis a proposito di Montesquieu ha parlato di «illuminismo relativizzante» –<sup>85</sup> che non solo riconosceva l'esistenza di un nesso diretto tra forme di governo e legislazione, ma metteva in risalto i fattori capaci di influenzare l'assetto e il contenuto delle disposizioni legislative: la religione, il sistema economico, le usanze e i costumi, perfino l'entità della popolazione. Accanto a questi fattori di ordine storico e sociale un ruolo altrettanto decisivo – si tratta di una indicazione particolarmente preziosa in una prospettiva sensibile alla dimensione spaziale – lo aveva l'ambiente fisico «col suo clima gelato, ardente o temperato; con la qualità del terreno, con la sua situazione, con la sua estensione». Da queste premesse non solo consegue che il governo migliore, ovvero «più conforme alla natura», è quello «la cui disposizione particolare si trova maggiormente in armonia colla disposizione del popolo per il quale esso è stabilito» ma, contro ogni prospettiva cosmopolitica ed universalistica, appare quanto meno dubbio che «le leggi di una nazione convengano ad un'altra»<sup>86</sup>.

O, ancora, sempre al fine di riflettere sul significato di questo *spatial turn* di cui Savigny è stato protagonista, ci si potrebbe rivolgere ad un autore senza dubbio molto distante dalla sensibilità savignyana, quale l'utilitarista Jeremy Bentham<sup>87</sup>. Convinto sostenitore della codificazione universale e unanimemente ascritto tra i padri del positivismo giuridico, Bentham, ha scritto Alessandra Facchi, «conduce ai massimi sviluppi il razionalismo giuridico illuminista», è «il grande sistematizzatore di un diritto 'giusto', in quanto derivante dall'applicazione dei principi dell'utilitarismo»<sup>88</sup>. Se è vero che per Bentham la comunità politica deve uniformarsi ad un

<sup>84</sup> Sulla lettura di Savigny, e più tardi di Hegel, cfr. P. Slongo, *La forza della consuetudine. Costumi, costituzione, governo in Montaigne e Montesquieu*, Milano, FrancoAngeli, 2020, pp. 171-203.

<sup>85</sup> Cfr. M. Barberis, «Quel che resta dell'universale. L'idea di nazione da Rousseau a Renan», in *Filosofia politica*, 7 (1993), 1, pp. 5-28 e in particolare p. 11.

<sup>86</sup> Cfr. C. de Montesquieu, *De l'esprit des lois*, I, 3, Genève 1748, trad. it., *Dello spirito delle leggi*, Torino, UTET, 1965, pp. 63-64.

<sup>87</sup> Prendo a prestito il concetto di svolta spaziale da P. Costa, *Uno 'spatial turn' per la storia del diritto? Una rassegna tematica*, in M. Meccarelli, M.J. Solla Sastre, (eds), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2016, pp. 37-61. Sulla profonda distanza che ha separato Bentham dalla cultura giuridica e filosofica tedesca si veda G. Ritschel, «Germans Don't Strive for Happiness? Bentham's Reception in German Political Thought», in *The Journal of Comparative Law*, 14 (2019), 2, pp. 54-73.

<sup>88</sup> Cfr. A. Facchi, «Presentazione a 'Sull'influenza dei tempi e dei luoghi in materia di legislazione di Jeremy Bentham'», in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 33 (2003), 1, pp. 13-22 e in particolare p. 13. Su Bentham si veda da ultimo A. Porciello, *Il positivismo giuridico inglese: Jeremy Bentham e John Austin*, in A. Ballarini et al., *Prospettive di Filosofia del diritto del nostro tempo*, cit., pp. 27-57 ed in particolare pp. 27-48.

canone fondamentale, ovvero assicurare la misura più ampia di felicità al maggior numero di persone, non va però trascurato il fatto che nella sua prospettiva le concrete modalità di attuazione di questo principio variano a seconda dei contesti socioculturali. In particolare occorre mettere a fuoco un breve scritto, significativamente intitolato *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation*, in cui riecheggiano vividi echi montesquiviani. Si tratta di uno scritto prezioso, in cui Bentham riflettendo sul ruolo del legislatore ha modo di esplicitare la sua profonda attenzione per la dimensione culturale<sup>89</sup>. Il fatto poi che sullo sfondo di questa riflessione si stagliasse l'imperialismo coloniale inglese, ormai proiettatosi su scala globale, rende il testo tutt'altro che un astratto esercizio intellettuale<sup>90</sup>.

Ora, osserva Bentham, non c'è dubbio che tutti gli individui siano mossi da un duplice stimolo: la ricerca del piacere e l'avversione al dolore fisico. Ma è altrettanto vero che se «il sentire è lo stesso dappertutto le cause che lo influenzano possono variare, e di fatto variano»<sup>91</sup>. Sensibile alla diversità dei costumi, delle abitudini e degli stili di vita, Bentham sottolinea il fatto che il medesimo evento può determinare reazioni molto differenti a seconda del contesto culturale. A fronte di questa varietà, allora, il legislatore quali variabili in concreto deve prendere in considerazione per adattare le leggi «ai luoghi e ai tempi»<sup>92</sup>? La risposta di Bentham è netta: se prima di Montesquieu si poteva pensare che la Bibbia o le Pandette, a seconda della inclinazione del legislatore, potessero esaurire ogni ulteriore indagine, oggi questo atteggiamento omologante non può più avere alcuna legittimità. Osserva Bentham: «dopo Montesquieu un legislatore necessita di più lavoro e di più documenti». Prima di legiferare, infatti, «bisogna che conosca il popolo, le usanze, i pregiudizi, la religione, il clima e molte altre cose»<sup>93</sup>. Là dove, questo catalogo aperto non può fare a meno di attribuire una posizione privilegiata al contesto geografico e territoriale.

\* \* \* \* \*

<sup>89</sup> Cfr. A. Facchi, *Presentazione*, cit., p. 14.

<sup>90</sup> Di cui per altro Bentham fu critico acceso: oltre allo sguardo di sintesi contenuto in L. Campos Boralevi, *Bentham and the Oppressed* de Gruyter, Berlin, 2012, cfr. con particolare riferimento alla originalità della posizione di Bentham J. Pitts, "Legislator Of The World? A Rereading of Bentham on Colonies", in *Political Theory*, 31 (2003), 2, pp. 200-234. Circa l'evoluzione del suo anticolonialismo cfr. poi P. Cain, "Bentham and the Development of the British Critique of Colonialism", in *Utilitas*, 23 (2011), 1, pp. 1-24.

<sup>91</sup> Cfr. J. Bentham, *De l'influence des temps et des lieux en matière de législation*, in Id., *Oeuvres*, I, Bruxelles 1829, pp. 283-301, trad. it., "Sull'influenza dei tempi e dei luoghi in materia di legislazione", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 33 (2003), 1, pp. 23-56 e in particolare p. 24. L'edizione in lingua inglese apparirà postuma: cfr. Id., *Of the Influence of Time and Place in Matters of Legislation*, in J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, I, Edinburgh, 1843, pp. 171-194.

<sup>92</sup> Cfr. J. Bentham, "Sull'influenza dei tempi e dei luoghi in materia di legislazione", cit., p. 25.

<sup>93</sup> *Ibidem*, in nota.

Per quanto promettenti possano apparire, non è qui possibile provare a seguire altri tracciati. Ci si deve pertanto accontentare di alcune provvisorie e parziali conclusioni: in primo luogo occorre riconoscere che il ruolo decisivo che Savigny ha avuto durante il *Vormärz*, e oltre, si fonda anche sulla 'concretezza' del suo pensiero, sulla concezione di un ordinamento giuridico spazialmente e temporalmente situato. Là dove sarebbe ingiusto, oltre che storiograficamente incorretto, vedere in questo indirizzo le radici del totalitarismo nazista. Allo stesso tempo, la voce di Savigny, per quanto nitida e sonora, non era isolata: quella consapevolezza del valore dello spazio e del tempo nella esperienza giuridica - così spiccata nel pensiero savignyano - era in realtà patrimonio di un'epoca. Un patrimonio, forse, che ancora attende di essere valorizzato nella sua interezza.

«Al giurista è indispensabile una duplice attitudine», ha rilevato Savigny: «egli deve possedere senso storico per cogliere acutamente ciò che è peculiare di ogni epoca e di ogni forma di diritto». Al contempo occorre poi che il giurista sia dotato «di una mente sistematica per considerare ogni concetto e ogni principio nella sua viva relazione e interazione con l'insieme, cioè nell'unico contesto reale e naturale». Accanto al grande tema del rapporto del diritto con la storia, dunque, va dato atto a Savigny di aver posto la questione della sua 'misura', ovvero del suo rapporto con lo spazio fisico. Si tratta di un problema che i giuristi successivi non potranno permettersi di accantonare.