F. C. VON SAVIGNY

LA VOCAZIONE DEL NOSTRO TEMPO
PER LA LEGISLAZIONE E LA GIURISPRUDENZA

1. *Introduzione*

In molti paesi tedeschi necessità esterne hanno ultimamente sollevato la questione di quale sia la migliore organizzazione del diritto civile, questione che, dopo essere stata lungamente trascurata dai nostri stati, è così divenuta oggetto di dibattito comune tra politici e studiosi. Ma oltre alla semplice necessità un'altra, più nobile motivazione ha pure contribuito a questo pubblico dibattito: il sentimento che lo scampato pericolo dell'oppressione della nazione tedesca implichi un pressante appello a tutte le energie vive affinché si mostrino all'altezza dei tempi. Perciò non è presunzione, bensì è cosa giusta e lodevole che chiunque abbia a cuore la sua missione e abbia idee chiare in proposito proclami queste idee pubblicamente, e in questo gli studiosi di diritto devono essere gli ultimi a tenersi indietro. Infatti proprio nel diritto civile salta agli occhi la differenza tra il presente e il passato. Certo anche in questo campo possono ancora, in singoli casi, verificarsi molte storture per difetto di intelligenza o per malafede. Ma oggi si può tornare a porsi come primo quesito: che cosa è giusto e lodevole? La cosa è tornata ad essere fine a se stessa, i principi possono di nuovo agire secondo le proprie convinzioni, e impegnare il proprio onore nel bene comune. Lo stesso non si può dire del passato. Quando il codice francese penetrò in Germania e cominciò a diffondersi come un cancro, non si parlava neanche di principî informati,

se non in vuote frasi sporadiche: tutto era subordinato a un fine esterno, del tutto estraneo al valore intrinseco del codice, fatto di per se stesso deplorabile anche prescindendo dal fatto che si trattava del più pernicioso dei fini. Per questo finora è stato vano parlarne. Coloro che parlavano in quel periodo erano o sostenitori interessati della cattiva causa, o da essa sedotti per inconcepibile arrendevolezza, o — la maggior parte — gente che collaborava alla sua esecuzione solo come tecnici, senza esprimere un giudizio: singole voci oneste si levavano a redarguire ed ammonire, altre ad alludere e far cenno, ma nessuno poteva aspettarsi un risultato. Il fatto che possano nuovamente manifestarsi divergenze di opinioni, che possano risuscitare polemiche e dubbi sulla decisione, è una delle benedizioni di cui dobbiamo ringraziare Iddio, poiché solo da un tale contrasto può risultare un'unità stabile e viva, l'unità del convincimento a cui per natura siamo forzati ad aspirare in tutte le cose dello spirito.

Ma ci sono due tipi di polemica, una ostile, l'altra amichevole. La prima la conduciamo quando riteniamo riprovevoli i fini, la seconda quando cerchiamo i mezzi per la realizzazione di lodevoli fini comuni. Una polemica del primo tipo si imporrebbe anche oggi che non si parla più del codice francese, se qualcuno volesse sostenere che ora è venuto il momento in cui tutti i singoli stati tedeschi devono dividersi nettamente, e che a tal fine va adoperato utilmente anche il diritto, e che ogni governo deve procurarsi un codice tutto suo particolare, per eliminare anche in questo campo tutti gli elementi comuni che potrebbero ricordare il carattere unitario della nazione. Questa opinione è tutt'altro che una invenzione arbitraria, anzi vari governi vi sono evidentemente propensi, ma un certo pudore oggi vieta di professarla manifestamente, e non mi risulta che sia stata fatta valere in scritti sul diritto civile. Ben diversa è la situazione per quanto riguarda le proposte finora rese

note a questo proposito: su di esse è possibile condurre, se non siamo d'accordo, una polemica amichevole, che porta, se non alla conciliazione dei contendenti, comunque a una visione più approfondita dell'intera questione.

Delle due opinioni a me note in merito all'ordinamento del diritto civile, l'una mira a ristabilire la situazione di prima¹, l'altra mira all'adozione di un codice comune per gli stati tedeschi². Per chiarire questa seconda opinione sono necessarie qui alcune osservazioni, in quanto essa va considerata in un duplice contesto storico.

In primo luogo essa si ricollega infatti a molte proposte e molti tentativi analoghi intrapresi dalla metà del diciottesimo secolo in poi. In quel tempo si era destato in tutta Europa un ardore creativo assolutamente cieco. Si era perduto il senso della grandezza e della peculiarità di altre epoche, nonché dell'evoluzione naturale dei popoli e delle costituzioni, di tutto quanto insomma deve rendere la storia salutare e proficua: vi erano subentrate aspettative illimitate verso l'epoca presente, che si credeva destinata a niente di meno che alla realizzazione della perfezione assoluta. Questo ardore operava in tutte le direzioni: i suoi effetti sulla religione e sulla costituzione dello stato sono noti, ed è indiscutibile che esso in tal campo ha lasciato il posto dappertutto, per naturale reazione, a un nuovo e più vivo fervore. Quell'ardore di innovazioni ha operato anche nel diritto civile. Si volevano nuovi codici, che con la loro completezza garantissero una sicurezza automatica all'amministrazione della giustizia, dispensando il magistrato da ogni giudizio proprio e limitando le sue funzioni all'applicazione letterale della legge: al tempo stesso essi dovevano rinunciare a

¹ REHBERG, *Über den Code Napoleon*, Hannover 1814.

² K. E. SCHMID, *Deutschlands Wiedergeburt*, Jena 1814, p. 135; THIBAUT, *Über die Notwendigkeit eines allg. bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814. Il primo auspica per il momento l'adozione del codice austriaco, il secondo vuole subito un codice nuovo.

ogni peculiarità storica, ed essere ugualmente utilizzabili in pura astrazione per tutti i popoli e in tutti i tempi. Sarebbe un grave errore attribuire quell'ardore di innovazioni e le sue conseguenze pratiche all'influenza di singoli falsi profeti: era, tranne alcune notevolissime eccezioni, l'opinione dei popoli. Non era quindi nella facoltà dei governi impedirne tutte le applicazioni, e la sola attenuazione e limitazione di quell'impeto poteva già essere considerata meritevole e apprezzata come dimostrazione di forza interna. Se si confrontano i tempi presenti con la situazione descritta, c'è di che rallegrarsi. Dappertutto si è ridestato il senso della storia, e non c'è posto al suo fianco per quella sconfinata presunzione. E anche se capita spesso che autori esordienti prendano ancora un simile avvio, questo non è più tuttavia lo spirito dominante. Questo confortante raffronto vale in parte anche per le suddette proposte di codici. Immuni da quelle pretese esagerate, queste proposte mirano a un determinato scopo pratico, e anche le motivazioni che le ispirano hanno solide basi concrete. Il fatto di essere passati per quel periodo ci offre tuttavia il grande vantaggio di poter trarre un insegnamento da quelle esperienze. Dalle opinioni di quel periodo sono derivati via via i codici di tre grandi stati: questi codici, e in parte gli effetti da essi prodotti, sono sotto i nostri occhi, e sarebbe imperdonabile disdegnare la lezione, sia incoraggiamento o ammonimento, che ci possono dare.

In secondo luogo quelle proposte sono legate a una concezione generale dell'origine di ogni diritto positivo che è sempre stata predominante presso la gran maggioranza dei giuristi tedeschi. Secondo tale concezione in condizioni normali fonte di ogni diritto sono le leggi, cioè norme esplicitamente emanate dalla potestà suprema dello stato. La scienza giuridica ha per oggetto esclusivamente il contenuto delle leggi. Pertanto la legislazione stessa, così come la scienza giuridica, ha un contenuto del tutto

accidentale e variabile, ed è possibilissimo che il diritto di domani sia del tutto dissimile da quello di oggi. Ne consegue la necessità estrema di un codice completo, mentre solo un codice lacunoso può giustificare la triste necessità di ripiegare, come incerto complemento, sul diritto consuetudinario. Questa concezione è molto più antica di quella suesposta, ambedue si sono contrapposte ostilmente su vari punti, ma ancor più spesso hanno convissuto pacificamente. Spesso ha fatto da elemento mediatore la convinzione che vi sia un diritto pratico naturale o razionale, una legislazione ideale valida per tutti i tempi e per tutti i casi, e che basti scoprirla per perfezionare definitivamente il diritto positivo.

Se questa concezione dell'origine del diritto positivo abbia una reale fondatezza lo vedremo dall'analisi che segue.

2. Origine del diritto positivo

Per prima cosa interrogheremo la storia per sapere come sia veramente avvenuta l'evoluzione del diritto presso i popoli di nobile stirpe, senza per questo anticipare il giudizio su quanto vi possa essere in ciò di positivo e forse necessario oppure di riprovevole.

Dovunque noi troviamo storia documentata il diritto civile ha già un carattere determinato, peculiare per quel popolo così come lo sono la lingua, i costumi, la costituzione. Tutte queste manifestazioni non hanno in effetti un'esistenza separata, ma sono singole energie e attività di un unico popolo, nella loro natura indissolubilmente connesse, che solo alla nostra osservazione si presentano come elementi dissociati. Ciò che le collega in un tutto unico è il comune convincimento del popolo, l'uguale sentimento di una necessità interiore che esclude ogni idea di un'origine accidentale e arbitraria.