

Giuliano Marini
La polemica con la scuola storica nella
Filosofia del diritto hegeliana

"Rivista di filosofia"
7-8-9 (1977)
pp. 169-204

GIULIANO MARINI

La polemica con la scuola storica
nella *Filosofia del diritto* hegeliana

1. La scuola storica di Savigny, dei suoi collaboratori e dei suoi discepoli, ebbe a Berlino, nella cultura giuridica che gravitava intorno alla nuova Università, una presenza dominante. Lo scritto piú celebre di Savigny, quello che rimarrà come il manifesto della scuola per la classicità dello stile, per la proporzione interna, per la risonanza che ebbe al di là del mondo giuridico, fu quello contrario alla codificazione, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*¹. Nell'anno 1814, esso aveva affermato l'origine del diritto dalla «comune convinzione del popolo»², costruendovi attorno un organico sistema delle fonti, in corrispondenza delle fasi attraversate dall'umanità nella sua storia. Alla successione tipicamente romantica di giovinezza, maturità, vecchiaia, corrispondeva una successione di fonti appropriate a ciascuna di quelle età: consuetudine, scienza giuridica, legislazione. La Germania si avviava a un momento di fiorente cultura giuridica, adeguato alla condizione della sua cultura negli altri campi. A quel sistema diacronico delle fonti, corrispondeva un sistema sincronico, adatto al tempo presente. Su quella fonte delle fonti che è la comune convinzione del popolo si innestano, con diverso rilievo, le tre fonti in senso tecnico: la consuetudine, come modo spontaneo della vita di relazione; la scienza giuridica, particolarmente adeguata ai tempi della cultura giuridica sviluppata; la legislazione, e sia pure, se v'era, la codificazione, come fatto storico in mezzo ad altri fatti storici, che poi la scienza giuridica avrebbe inevitabilmente compreso sotto di sé, come tutta la storia a cui

¹ P. C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, poi compreso in Thibaut e Savigny, *Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, hrsg. von J. Stern, Berlin 1914 (ristampa anastatica, Darmstadt 1959), ove è compreso anche lo scritto di A. F. J. Thibaut, *Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Heidelberg 1814.

² Thibaut-Savigny, *Ein programmatischer Rechtsstreit* cit., p. 76.

essa per sua natura si rivolge³. Forme organiche di legislazione, e la massima espressione legislativa, la codificazione, non erano da incoraggiare, per le ragioni che Savigny esponeva: non v'era la cultura giuridica superiore che occorre per un buon codice, e verso la quale invece la Germania, per chiari segni, s'andava avviando, ma soltanto avviando; e inoltre, e soprattutto, la legislazione-codificazione avrebbe fermato il corso della storia in una sua fisionomia, e per di più nella fisionomia di un momento di transizione o di crisi⁴. Non la legislazione, allora, ma la scienza giuridica, meritava il ruolo di fonte del diritto per eccellenza, essa che avrebbe portato ordine razionale nel materiale storico sempre mutevole, adeguandosi continuamente ad esso, costruendo continuamente proposizioni scientifiche che descrivessero la condizione storica vissuta spontaneamente dal popolo nelle sue consuetudini. I giuristi storici, come i grammatichi per la lingua, avrebbero descritto in forme razionali la storia, non le avrebbero imposto regole astratte; sarebbero stati rappresentanti del popolo in quell'opera di chiarificazione razionale dei suoi costumi giuridici. La scienza giuridica storica, quindi, avrebbe pensato e tradotto in forme razionali il materiale giuridico presente nella nazione.

Per sostenere e sviluppare organicamente queste tesi e questo programma nella cultura giuridica, nel 1815 sorgeva, diretta da Savigny con la collaborazione del germanista Karl Friedrich Eichhorn e del romanista Johann Friedrich Göschen, la «Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft». L'articolo introduttivo, scritto da Savigny, si intitolava *Über den Zweck dieser Zeitschrift*⁵; ed esso, per la generalità delle sue tesi, si può considerare collegato al più celebre scritto dell'anno precedente. V'era posta la distinzione tra due scuole di giuristi: una, storica, espressione nella scienza giuridica di un nuovo modo di considerare la realtà umana; una, «non-storica» (*ungeschichtliche*), a cui Savigny dà questo nome negativo, in difetto di uno che possa qualificarla positivamente: «poiché essa in sé è una soltanto nel contrasto con la prima, ma altrimenti si presenta nelle forme più contraddittorie e diverse, e si an-

nunzia ora come filosofia e diritto naturale, ora come sano intelletto umano». Tra le due scuole v'era un contrasto «di natura universalissima», riconducibile a una domanda fondamentale: «In quale rapporto sta il passato col presente, o il divenire coll'essere?»⁶. Si trattava del valore della storia per la conoscenza e la scienza, o del rapporto tra storia e scienza: se la storia fosse soltanto «una raccolta di esempi», al modo illuministico, o della storiografia pragmatica, o invece «l'unica via alla vera conoscenza della nostra propria condizione»⁷, secondo la nuova coscienza storica, che proprio in Savigny stava trovando una delle espressioni più consapevoli. Se queste proposizioni erano enunciate in implicita polemica con Thibaut, assunto come esponente di una cultura illuministica e astorica, ulteriori precisazioni venivano dalla risposta che Savigny dava a uno dei suoi più aspri oppositori nella polemica sulla codificazione, Nicolaus Thaddäus von Gönner, autore di un libro strutturato nello stesso modo del libro di Savigny, fin nei titoli dei capitoli, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, apparso nel 1815⁸. La risposta pronta di Savigny, sulla nuova rivista, ribadiva i punti di vista già espressi, e rivendicava, a una scienza giuridica storica, la capacità e il compito di scoprire nella storia «la superiore unità», «il principio della vita» (*das Lebensprincip*), che consentisse di chiarire, riportandole a un centro unificante, le singole manifestazioni storiche, non più lasciate isolate e disperse, alla maniera illuministica, non più viste come disordine, caos e arbitrio rispetto a una ragione immutabile⁹.

Con queste tesi e con questi svolgimenti, Savigny portava alla massima espressione teorica le premesse esistenti nell'opera di Gustav Hugo. Al giurista-storico di Göttingen, Savigny tributava questo riconoscimento nella sua opera del 1814 sulla codificazione, e si poneva sulla stessa linea di un rinnovamento della scienza giuridica grazie a una acquisita coscienza della storicità del diritto. Già nel 1806, egli aveva recensito il *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts* di Hugo, apparso nel 1790, e giunto in quell'anno 1806 alla sua terza edizione¹⁰. In

³ Cfr., in particolare, il capitolo *Die Entstehung des positiven Rechts*, *ibid.*, pp. 75-80.

⁴ Su questo aspetto, in particolare, sono da leggere le osservazioni di Savigny a proposito dello scritto di B. W. Pfeiffer, *Ideen zu einer neuen Civilgesetzgebung für Teutsche Staaten*, Göttingen 1815, in Thibaut-Savigny, *Ein programmatischer Rechtsstreit* cit., pp. 212-18, e in special modo p. 214.

⁵ Lo scritto fu poi incluso da Savigny, con il titolo *Über den Zweck der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, nelle sue *Vermischte Schriften*, 5 B.de, Berlin 1850 (ristampa anastatica, Aalen 1968), Bd. I., pp. 105-26.

⁶ *Ibid.*, p. 109.

⁷ *Ibid.*, p. III.

⁸ N. T. von Gönner, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen 1815. Savigny ne pubblicò sulla sua rivista un'ampia recensione, ora in *Vermischte Schriften* cit., Bd. V., pp. 115-72.

⁹ *Ibid.*, p. 140.

¹⁰ G. Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechts*, Berlin 1790. La fortuna di consensi intorno a quest'opera non si interromperà: nel 1832 essa conoscerà l'undicesima edizione; lo stesso Savigny l'aveva tenuta a base

quella recensione, Savigny affermava, accentuando le tesi di Hugo sul carattere storico del diritto: «A fondamento della presente opera si trova un'idea superiore, secondo cui l'intera scienza giuridica stessa è nient'altro che storia giuridica, cosicché una trattazione separata della storia giuridica può essere distinta da ogni altra trattazione della scienza giuridica soltanto grazie alla diversa distribuzione di luci e ombre¹¹. Si aveva qui, attribuita con qualche benevolenza storiografica a Hugo, la convinzione teorica che tutta la scienza del diritto è sistemazione in termini razionali di un continuo divenire storico, di una realtà storica caratterizzata da ininterrotto mutamento. La storia del diritto non era più una semplice «conoscenza preliminare della scienza vera e propria»¹², quale appariva alla cultura giuridica illuministica; era invece, secondo l'«idea superiore» presente nell'opera di Hugo, la scienza giuridica stessa; soltanto, con una diversa accentuazione del sistema sulla storia, dell'aspetto sincronico sull'aspetto diacronico – come oggi si direbbe. Quella nuova valutazione della storia aveva portato Hugo – nutrito dello spirito pragmatico e scettico largamente presente a Göttingen e nella cultura franco-inglese che gli era familiare – alla disinvolta accettazione e al livellamento di ogni esperienza storica: il *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, apparso nel 1798 e poi ampliato e rinnovato fino alla quarta e ultima edizione del 1819¹³, era stato la massima espressione di quel «diritto naturale» così diverso dalla tradizione, che era divenuto soltanto «filosofia», riflessione, comparazione di qualsiasi uso, regola o «diritto positivo». Ogni uso – dalla schiavitù alla poligamia – aveva le sue buone giustificazioni, se si era storicamente costituito come diritto; il giurista, il filosofo, dovevano comprenderlo in quelle ragioni storiche, e descriverlo e ridurlo a sistema storico, come avevano fatto i giuristi romani con quella loro sorta di «antropologia giuridica» che era il loro maggior merito e il loro vero metodo¹⁴. È vero che Hugo affermava una sua fedeltà a Kant, e reinterpretando e usando in modo diverso i termini kantiani poneva al di sopra del diritto storicamente esistente o «diritto provvisorio», e certamente migliore rispetto ad esso, il «diritto pe-

dei suoi corsi. La recensione di Savigny apparve sulla «Allgemeine Literaturzeitung»; è ora in *Vermischte Schriften* cit., Bd. V., pp. 1-36.

¹¹ *Ibid.*, p. 2.

¹² *Ibid.*

¹³ G. Hugo, *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts*, Berlin 1798 (1819').

¹⁴ *Ibid.*, 1799², pp. 52-53.

rentorio»¹⁵; che era il diritto alla cui formulazione la ragione, nella sua purezza, poteva e doveva giungere, respingendo gli aspetti rifiutati dalla coscienza morale, come quelli ora visti, e anche altri, come la miseria e la guerra: per giungere a un diritto ideale, perfetto, corrispondente alle esigenze della ragione, in uno stato cosmopolitico fondato sull'uguale dignità e condizione di tutti gli esseri¹⁶. Hugo, nel 1824, si sarebbe domandato se l'espressione *raisonnirer Positivismus* fosse veramente adeguata a definire, come era stato fatto, la sua concezione, e avrebbe scritto: «Certamente non si può voler dire che io difenda tutto ciò che compare nel diritto positivo, perché io ripeto che nessuno più di me muove obiezioni contro tanti aspetti del diritto positivo dal punto di vista di ciò che dovrebbe essere»¹⁷. E proprio nella recensione all'opera hegeliana che lo attaccava, egli avrebbe scritto: «Con la sua filosofia del diritto, è noto, il recensore non ha molta fortuna coi filosofi; sia che essi non ne sappiano nulla, sia che la dicano protesa stranamente verso l'ideale di un diritto perentorio o fondata su una antropologia giuridica e nascente soltanto da ciò che è positivo»¹⁸. A rigore, quindi, non si poteva dire che Hugo accettasse ogni particolarità storica come giusta e razionale; credeva che il mondo storico avesse le sue buone ragioni, i suoi pro e i suoi contro (i suoi *Gründe und Gegengründe*, come diceva); che non fosse perfetto, ma anzi mediocre, e forse assai mediocre; e che si potesse, e forse si dovesse, pensarne e attuarne uno migliore. Ma il giurista, o quel «filosofo del diritto positivo» che ai suoi occhi succedeva all'antico teorico del diritto naturale, doveva pur ragionare su quello che la storia gli offriva, perché quello era il diritto, anche se poteva non piacerli.

Diritto storico, in luogo del diritto naturale della cultura illuministica; scienza giuridica storica, in luogo della legislazione o della codificazione che muove da una perenne natura dell'uomo e la impone contro le deviazioni particolaristiche. Se si vuol vedere l'espressione conseguente del modo di pensare contro il quale polemizzavano Hugo e Savigny (il secondo più del primo), si può guardare proprio a Anton Friedrich Justus Thibaut, l'avversario di Savigny nella polemica sulla codificazione. «Ma le leggi civili – egli scriveva – nel complesso fondate soltanto sul cuore umano, sull'intelletto e sulla ragione, assai raramente sa-

¹⁵ *Ibid.*, particolarmente 1819⁴, pp. 32, 114.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 116 e 130-40.

¹⁷ G. Hugo, *Beyträge zur civilistischen Bücherkenntniss der letzten vierzig Jahre*, 3 B.de, Berlin 1823-44, Bd. II., p. 641.

¹⁸ *Ibid.*, p. 467.

ranno nella condizione di doversi piegare secondo le circostanze [...]. Si considerino soltanto le singole parti del diritto civile! Molte di esse sono per così dire solo una sorta di pura matematica giuridica, su cui nessuna località può avere alcun influsso decisivo». E le particolarità che stavano a cuore alla nuova sensibilità storica non erano «neppure conseguenza di disposizioni naturali e di rapporti geografici, bensì le conseguenze di isolamento sconsiderato e di arbitrio irriflessivo, almeno in innumerevoli casi»¹⁹. La rivalutazione del divenire storico e delle individualità significative – che è tanta parte della nuova sensibilità romantica – è qui rifiutata; su di un fondamento stabile e universale, può essere pronunciato un diritto che regoli secondo ragione i rapporti umani, ossia un codice. Hugo non poteva essere d'accordo: la storia presentava una grande varietà di regole e istituti, tutti a loro modo giustificabili; i giuristi dovevano comprenderli, descriverli, sistemarli, come avevano fatto i giuristi romani; e occorreva, come egli si esprimeva recensendo nel 1814 il libro di Savigny, «salvare la scienza contro i codici»²⁰. Savigny, non pragmatico, non scettico come Hugo, bensì cristiano; non sordo alla cultura non strettamente storico-giuridica come Hugo, bensì partecipe delle massime espressioni della cultura tedesca a lui contemporanea; era appunto quegli che voleva «salvare la scienza contro i codici». L'individualità storica doveva esser salvata, ma esser posta anche in rapporto col tutto; e questo tutto era la grande tradizione culturale del diritto romano. La scienza giuridica, così, sarebbe stata in rapporto con la vita, che è individualità e freschezza («forse soltanto ciò che è naturale e bello», aveva scritto Hegel nel silenzio della sua giovinezza²¹); ma avrebbe anche posto la vita in rapporto con la corrente grandiosa del tutto e della storia. «Finché non diveniamo consapevoli della nostra connessione individuale con la grande totalità del mondo e della sua storia, noi dobbiamo necessariamente vedere i nostri pensieri in una falsa luce di originalità. Da ciò protegge il senso storico, e volger questo contro noi stessi è proprio l'esercizio più difficile». «Nella storia di tutti i popoli significativi infatti troviamo un passaggio da una individualità limitata, ma fresca e piena di vita, a una universalità indeterminata. Su questa via procede anche il diritto civile [...].»²². Lo scetticismo rassegnato e impolitico

¹⁹ Thibaut-Savigny, *Ein programmatischer Rechtsstreit* cit., pp. 62-63.

²⁰ Hugo, *Beyträge* cit., Bd. II., p. 212.

²¹ Hegel, *Theologische Jugendschriften* (hrsg. von H. Nohl), Tübingen 1907 (ristampa anastatica, Frankfurt am Main 1966), p. 141.

²² Thibaut-Savigny, *Ein programmatischer Rechtsstreit* cit., p. 139.

di Hugo, era in Savigny sensibilità romantica (non ignara certamente di Goethe, di Humboldt, di Schleiermacher) per le individualità ineffabili della vita e della storia; e si arricchiva del rapporto con la razionalità universale della cultura europea, del diritto romano, della religione cristiana.

2. All'apparizione del *Beruf*, e nella successiva polemica, varie erano state le voci levatesi contro Savigny; ma erano rimaste obiezioni politiche o tecniche, non il frutto di una visione organica dei problemi del diritto; a quella opposizione era mancato un motivo unificatore. Questa contrapposizione organica, sistematica, filosofica, sorse in seguito, con l'opera hegeliana del 1821. Tra i due indirizzi v'era, in realtà, molto di comune: l'opposizione al giusnaturalismo; l'amore per la particolarità storica; la ricerca di un sistema storico. Eppure, Hegel coinvolse la scuola storica del diritto nella propria polemica. Questa polemica trova il suo massimo documento, i suoi principi determinanti, nella Prefazione; altri luoghi, nel corso dell'opera, sviluppano la polemica nei suoi vari aspetti, ma presuppongono la membratura di quelle pagine celebri. Già in esse, sono contenuti *in nuce* gli attacchi alla scuola storica del diritto, con riguardo, distintamente, a Savigny e a Hugo²³.

Nella struttura della Prefazione, ai primi capoversi di carattere metodologico, segue l'esposizione positiva, anche se in forma non compiutamente argomentata, delle tesi sulla razionalità del mondo etico. V'è già la polemica contro il dover essere, e l'affermazione della razionalità del reale. «Del resto, su *diritto, eticità, stato*, la verità è *altrettanto antica*, quanto *apertamente enunciata e conosciuta nelle pubbliche leggi, nella pubblica morale e nella religione*»²⁴. Lo spirito che pensa, ha soltanto biso-

²³ Nella sterminata letteratura su Hegel non esistono specifici, analitici contributi sui rapporti con la scuola storica del diritto e con Savigny. Il rilievo non è smentito dall'ampia bibliografia ragionata di N. Bobbio, *La filosofia giuridica di Hegel nell'ultimo decennio*, in «Rivista critica di storia della filosofia», xxvii (1972), pp. 293-319. Lo scritto di S. F. Ketschekjan, *Hegel und die historische Schule*, in AA.VV., *Studien zu Hegels Rechtsphilosophie in der UdSSR*, Moska 1966, pp. 56-72, non va al di là di osservazioni e contrapposizioni generiche. Scarse indicazioni offrono anche i commenti generali di M. Rossi, *Marx e la dialettica hegeliana*, I: *Hegel e lo stato*, Roma 1960 (Milano 1970), con il titolo *Da Hegel a Marx - La formazione del pensiero politico di Hegel*; E. Fleischmann, *La philosophie politique de Hegel*, Paris 1964; P. Salvucci, *Lezioni sulla hegeliana filosofia del diritto - La società civile*, Urbino 1971.

²⁴ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, ora in *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, hrsg. von K.-H. Ilting, Bd. II., Vorrede, p. 60. Le citazioni da tale opera hegeliana, salvo diversa indicazione, si intendono fatte

gno di passare dalla forma immediata del sentimento alla forma mediata della ragione, «di conquistare al contenuto già razionale in se stesso anche la forma razionale»²⁵. Nei tempi recenti, la libertà è apparsa consistere, non in questo superamento della forma immediata, soggettiva, ingenua, per raggiungere quella forma razionale che è adeguata al contenuto già razionale («in rapporto allo stato»), ma invece nell'«ostilità, contro ciò che è riconosciuto pubblicamente»²⁶. Ne è nata la convinzione di un mondo etico «abbandonato da Dio», questo «ateismo del mondo etico», per il quale «il vero si trova fuori di esso», ed «è soltanto un problema»²⁷. È già presente, in queste parole e meglio nelle pagine che le contengono, l'essenziale della polemica contro il dover essere, che poi si sviluppa negli ultimi capoversi, dopo l'elogio di Platone, vero filosofo perché nella *Repubblica* ha interpretato la razionalità-realtà del mondo greco, la *polis* con la sua libertà immediata. Là sarà detto che compito della filosofia è esporre in forma razionale la razionalità immanente al reale (allo stato), la razionalità fattasi stato storicamente reale, non «costruire uno stato, come dev'essere»²⁸; che compito della filosofia è «conoscere la ragione come la rosa nella croce del presente», e goderne; conciliarsi con la realtà²⁹; mantenere «una pace più calda con essa»³⁰. È tutta la tesi della razionalità del reale, ed è la polemica contro il dover essere, contro la filosofia dell'intelletto astratto, che vede il vero come un problema, e il compito della filosofia nel dare una «teoria»³¹ di come dev'essere il mondo etico (lo stato), e

con riferimento a questa edizione e a questo volume (d'ora in poi, semplicemente, *Rph.*). Esse rinviano al testo del paragrafo quando è indicato il solo numero; all'annotazione (*Anmerkung*) hegeliana quando al numero segue la lettera A; alla nota marginale (*Randbemerkung*), quando al numero seguono le lettere RB. A tali indicazioni seguono i numeri delle pagine e delle righe. Le lezioni di filosofia del diritto degli anni 1822-23, secondo gli appunti di H. G. Hotho, e degli anni 1824-25, secondo gli appunti di K. G. von Griesheim, ora accessibili nella citata edizione Ilting, B.de III., IV. (rispettivamente), sono citate con le indicazioni *Rph.* (Hotho), *Rph.* (Griesheim), seguite dai numeri delle pagine e delle righe. Le citazioni dall'aggiunta (*Zusatz*) di E. Gans ai singoli paragrafi sono indicate con il numero del paragrafo seguito dalla lettera Z; in questo caso, le citazioni sono tratte dai *Sämtliche Werke* (hrsg. von H. Glockner), Bd. VII. La traduzione italiana delle *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, di F. Messineo (Bari 1913, 1954)² non può essere oggi utilizzata che come testo da sottoporre a costante revisione; e in tal senso è stata qui utilizzata.

²⁵ *Rph.*, Vorrede, p. 60.14-15.

²⁶ *Ibid.*, p. 61.20-21.

²⁷ *Ibid.*, p. 62.9-13.

²⁸ *Ibid.*, p. 72.9-10.

²⁹ *Ibid.*, p. 73.5-7.

³⁰ *Ibid.*, p. 74.6.

³¹ *Ibid.*, p. 61.23.

il compito dell'umanità nell'approssimarsi infinito all'ideale della ragione. È la polemica contro l'illuminismo, contro Kant e Fichte, contro la rivoluzione francese; la polemica contro una ragione astratta, l'intelletto, in nome di una ragione storica. Nel rapporto tra questi punti nodali stanno il movimento di pensiero e il senso politico della Prefazione, che troveranno conferma e sviluppo, specificamente, nella sezione terza dell'eticità, cioè nello stato, culmine e idea reale dell'eticità.

Non è possibile, quindi, comprendere la Prefazione come polemica contro l'irrazionalismo e il soggettivismo romantico. Questi avversari tuttavia sono presenti e combattuti, veri o presunti che siano. Questa seconda polemica si trova tra il preannuncio, l'esposizione sommaria della *pars construens*, all'inizio, e la ripetizione compiutamente svolta di questa stessa *pars construens*; dal passo su Platone alla fine, con tutto il mirabile susseguirsi di immagini che lo caratterizza. Questa *pars polemica* non è, come si è visto, l'unica, perché segue e precede la polemica contro il dover essere, che segna tutto il resto della Prefazione. Ma è la parte più violentemente polemica. Ilting, nella edizione recente, l'ha intitolata *Der Irrationalismus der Friesianer*³²; ma in realtà Fries è in questione soltanto nel primo dei tre capoversi che compongono quella parte. Quello è, in realtà, l'attacco più aspro e più noto (tristemente noto), ma non assorbe gli altri. È vero, invece, che esso può essere visto, e può essere stato nella mente di Hegel, come l'anello che permette di passare dalla polemica contro il dover essere alla polemica contro il soggettivismo e l'irrazionalismo romantico. Fries non si era «vergognato [...] di esprimere, sull'argomento dello stato e della costituzione politica», l'avviso che «nel popolo in cui domina vero spirito comune, ad ogni affare dei pubblici negozi la vita verrebbe dal di sotto, dal popolo»³³. La sua «vanità, che si dà il nome di filosofia», non era stata paga della razionalità del reale, dello stato reale; ne voleva uno diverso; ma non partiva dall'intelletto astratto, bensì, con linguaggio romantico, dalla «vita», dallo «spirito comune», dal «popolo», da «associazioni viventi»³⁴. Fries partiva sí dal soggettivismo psicologico, e in quel senso aveva interpretato Kant, e partiva da una forma di religiosità soggettiva romantica. Però criticava pur sempre lo stato, non riconosceva «l'architettonica della sua razionalità»³⁵. Fries rappresentava, agli occhi di Hegel, il compi-

³² *Ibid.*, pp. 63-66.

³³ *Ibid.*, pp. 63.20 - 64.1-6.

³⁴ *Ibid.*, pp. 63.20 e 64.7-8.

³⁵ *Ibid.*, p. 64.13-14.

mento di quel cammino, descritto nelle *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, dalla soggettività vuota di l'ichte, col suo dover essere, con il suo progresso infinito, alla soggettività empirica, che riempie quel vuoto di se stessa. «Un'altra forma di soggettività è la soggettività dell'arbitrio e dell'ignoranza. Essa afferrò questo, che la più alta guisa del conoscere è un sapere immediato come *fatto della coscienza*; è comodo. L'astrazione di Fichte e il suo duro intelletto hanno qualcosa che spaventa il pensiero; la ragione neghittosa [...] rinunciò ad ogni pensare coerente, ad ogni costruzione. Quest'arbitrio si permise ogni cosa, come nei piccoli caffè [...]. Esso [...] ha ripescato la logica e la metafisica degli antichi, presentandole però come fatti della coscienza. Così Fries»³⁶. Fries rappresenta la degenerazione della soggettività vuota e dell'intelletto astratto, che si riempie di soggettività empirica, di intuizione romantica, di ineffabilità delle rappresentazioni singolari. Fries è attaccato perché ha criticato lo stato esistente e lo ha voluto diverso; non lo ha fatto muovendo dalla filosofia del dover essere; però la filosofia del dover essere, nella sua vuotezza, giunge inevitabilmente alla sedicente filosofia di Fries.

Dopo questo attacco a Fries, comprensibile nel contesto grazie agli anelli di pensiero che si sono visti, Hegel passa ad attaccare lo stesso atteggiamento quale si configura negli esponenti della religiosità romantica (pur se non fa nomi). Accade nel capoverso successivo. «Ma con la devozione e la Bibbia ha preteso di attribuirsi la più alta autorizzazione, di spregiare l'ordine etico e l'oggettività delle leggi». La verità è qui «invilupata» nel sentimento religioso. Non è una religione «di buona lega», come quella hegeliana, che trapassa in filosofia³⁷; è di cattiva lega (ci insegnano ancora le *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*), come quella di Friedrich Schlegel, in cui «la soggettività si è gettata nella *soggettività religiosa*»; e – soprattutto – come quella di Schleiermacher, in cui «l'io trova nella soggettività e nella individualità della *propria intuizione del mondo* la sua suprema vanità, *religione*»³⁸. Qui, non c'è più alcun aggancio con la filosofia del dover essere, se non per la comune degenerazione della filosofia della soggettività; siamo nel pieno del soggettivismo religioso romantico, presen-

³⁶ Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie*, Bd. III., in *Sämtliche Werke*, Bd. XIX., p. 645 (trad. it. di E. Codignola e G. Sanna, Firenze 1930-44, vol. III, tomo II, p. 374: qui riveduta).

³⁷ *Rph.*, Vorrede, p. 65.12-18.

³⁸ Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* cit., pp. 644, 642 (trad. it. cit., p. 371: qui riveduta).

tato non per l'opposizione in nome di qualcosa, e per la contrapposizione di uno ad un altro stato, ma per il dispregio – vero o presunto – dell'«ordine etico» e dell'«oggettività delle leggi»; come era detto nella prima enunciazione positiva, per «la verità [...] enunciata e conosciuta nelle pubbliche leggi, nella pubblica morale e nella religione»³⁹.

Il dispregio per le pubbliche leggi, accennato in questo passaggio rivolto alla religiosità romantica, diviene centrale nel capoverso successivo, rivolto specificamente contro Savigny e contro gli oppositori della supremazia della legge e dei codici, in favore della consuetudine e della scienza giuridica. Dall'ordine morale si passa all'ordine giuridico. Come già per Friedrich Schlegel e per Schleiermacher, così ora per Savigny, non c'è particolare rapporto culturale o speculativo con Fries; tanto meno una preminenza o influenza di questo sugli altri. Tra Fries da un lato e Schlegel e Schleiermacher dall'altro, c'è una comune forma di soggettivismo ed anche di religiosità, sebbene assai diversamente accentuata e significativa nei rispettivi mondi di pensiero. Tra Fries e Savigny, invece, non c'è rapporto culturale, né influenza; lo stesso si dica per Hugo; e se vi furono rapporti di stima e scambi di idee, non furono significativi per il punto di vista che ora interessa⁴⁰. Ugualmente si potrebbe dire per i rapporti tra Schleiermacher e Savigny⁴¹. L'attacco di Schlegel e di Schleiermacher all'ordine morale e religioso, diventa qui l'attacco di Savigny all'ordine giuridico, che si vede nell'«odio contro la legge»⁴². Il passo comincia con parole che si adattano agli avversari prima visti, Fries, o Schlegel e Schleiermacher: a Fries, con corrispondenza testuale; tuttavia, sono parole che torneranno, nel corso dell'opera, con implicito ma chiaro riferimento a Savigny. Sono parole che a Hegel appaiono appropriate a tutto il soggettivismo romantico, per il richiamo, non mediato dal pensiero, allo spirito, alla vita, al popolo. «La forma speciale della cattiva coscienza, che si manifesta nella specie di retorica, di cui si pavoneggia quella superficialità, può

³⁹ *Rph.*, Vorrede, p. 60.9-11.

⁴⁰ Per un esame di tali rapporti, mi permetto di rinviare a quanto ho scritto diffusamente altrove: G. Marini, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano 1966, *passim*, e *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, Milano 1969, *passim*. Tuttora da vedere è: E. L. T. Henke, *Jakob Friedrich Fries – Aus seinem handschriftlichen Nachlasse*, Leipzig 1867 (con lettere di Savigny a Fries, pp. 293-98).

⁴¹ Il maggior documento in proposito è dato dall'ampia biografia-epistolario di A. Stoll, *Friedrich Karl v. Savigny – Ein Bild seines Lebens mit einer Sammlung seiner Briefe*, Berlin 1927-39.

⁴² *Rph.*, Vorrede, p. 65.32.

rendersi osservabile qui, e innanzitutto nel fatto che essa, dove più è *priva di spirito*, parla maggiormente dello *spirito*; dove più mortamente e aridamente parla, ha in bocca le parole *vita* e *iniziare alla vita*; dove manifesta il più grande egotismo del vizio orgoglio, più ha in bocca la parola *popolo*⁴³. Come si vede, le parole-chiave sono: spirito, vita, popolo; parole presenti con frequenza indubbia nel linguaggio romantico, e come tali usate anche da Hegel, nella giovinezza. Nella stessa maturità, e anche nella *Philosophie des Rechts*, Hegel le ha adoperate; ma certamente — non con «superficialità [...] priva di spirito». Ora, quelle parole servono da premessa per attaccare Savigny. Lo mostrano le parole che torneranno nell'annotazione al § 211, allorché Hegel parlerà dei «diritti consuetudinari» come fonte principale del diritto, toccando quindi un articolo di fede della scuola storica. «Il fatto che essi per la loro forma, dell'essere in quanto *consuetudini*, debbano avere il privilegio, di essere passati alla *vita* (— oggigiorno del resto proprio là si parla massimamente della *vita* e del *passare alla vita*, dove si verrà nella materia più morta e nei pensieri più morti—), è un'illusione...»⁴⁴. La consuetudine come espressione della spontaneità della vita popolare, era indubbiamente pensiero di Savigny, che l'aveva esposto nel *Beruf* e negli scritti contemporanei della «*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*». E le parole che seguono nella Prefazione tentano di coinvolgere Savigny nella stessa posizione teoretica e morale dei precedenti; è da vedere con quanto fondamento e con quanto successo. «Tuttavia il marchio proprio, che reca in fronte, è l'odio contro la legge. Che diritto e eticità, e il mondo reale del diritto e dell'*ethos* comprende sé col *pensiero*, col pensiero si dà la forma della razionalità, cioè universalità e determinatezza, questo, *la legge*, è la cosa, che quel sentimento il quale riserba a sé il libito, quella coscienza che pone il diritto nella convinzione soggettiva, riguarda a ragione come la più ostile a sé»⁴⁵. Sono parole che vogliono colpire Savigny, ma non lo colpiscono; Savigny, anche il Savigny più romantico del *Beruf*, non può essere coinvolto in questa polemica. Anche Savigny aveva detto che il mondo reale del diritto si comprende col pensiero: soltanto (non è differenza di poco conto) parlava del pensiero dei giuristi, che si traduce, e si dà forma sistematica, nella scienza giu-

ridica. Egli aveva appunto negato che l'intervento del pensiero, ciò che dà razionalità, universalità, determinatezza, fosse la legge. Le parole di Hegel: «questo, *la legge*», sono una premessa non dimostrata di un sillogismo, perché per Savigny, nella condizione presente della Germania, il pensiero, la razionalità, e così via, potevano esprimersi soltanto nella scienza giuridica, e nel diritto romano che essa continuamente elaborava e aggiornava: in quel diritto romano che era stato pur esso un codice, ma un codice costruito sul lavoro secolare dei giuristi romani, e sul quale i giuristi successivi, fino ad allora, continuavano a costruire il loro sistema scientifico (e l'opera ultima di Savigny si chiamerà *System des heutigen römischen Rechts*). Ancora meno appropriate a Savigny sono le accuse di ordine morale: «il sentimento, il quale riserba a sé il libito», non fa parte certamente del mondo culturale di Savigny. E quanto segue, sulla legge «come *lettera morta, fredda* e come una *pastoia*»⁴⁶, è pensato «da Savigny, ma non per i fini che Hegel indica; i quali, se potevano valere per Friedrich Schlegel e per *Lucinde*, non valevano certo per Savigny. Non a Savigny infatti interessava che fosse concesso «al sentimento di esaltarsi della propria particolarità»⁴⁷, e se egli si era opposto alla legge era per ben altri motivi, era perché la «lettera morta, fredda» dei codici non fermasse la storia, non fosse una *pastoia* per i mutamenti spontanei della vita del popolo. Infondata quindi la polemica contro Savigny inserito nel soggettivismo e irrazionalismo romantico, si potrebbe pur sempre vedere il fondamento alle accuse hegeliane in una cultura comune ai vari bersagli della polemica, da Fries a Friedrich Schlegel a Schleiermacher a Savigny. Sarebbe ancora una forzatura: la cultura di Savigny nasce dal diritto romano e dalla tradizione giuridica europea; al di fuori del diritto, ha rapporti sí con la cultura romantica, ma ne trae un cosmo di pensiero razionale, in un naturale distacco dalle sue forme esasperate. Il paragone con Goethe è ricorrente tra gli interpreti di Savigny, e solo una accentuazione eccessiva di alcune tesi del *Beruf*, non tutte e neppure le più importanti, può permettere di coinvolgere Savigny nella polemica hegeliana ora vista. Pertinente, invece, è l'accusa conclusiva: «... *la legge* è lo scibboleth, col quale si distinguono i falsi fratelli e amici del cosiddetto popolo»⁴⁸: obiezione politica di innegabile peso, che presuppone tutta la polemica sull'opportunità politica della codificazio-

⁴³ *Ibid.*, p. 65.24-31.

⁴⁴ *Rph.*, § 211 A, pp. 655.25-28 - 656.1-3. In proposito, più ampiamente, cfr. oltre, alla parte 4 di questo testo.

⁴⁵ *Rph.*, Vorrede, pp. 65.31-34 - 66.1-4.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 66.4-6.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 66.8-9.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 66.9-12.

ne nella condizione tedesca, e altresí l'avversione hegeliana verso la cattiva positività nel diritto, costante fino alle prese di posizione conclusive contenute nello scritto sul *Reformbill*. Qui, Hegel poteva fare quell'affermazione, salvo a fondarla e documentarla nelle parti specifiche sull'amministrazione della giustizia. È peraltro singolare che non in quella sede (§§ 209-29), in cui propriamente è sviluppata la polemica contro Savigny e il romanticismo nella scienza giuridica, Hegel riprenda quelle espressioni pertinenti; bensí in una nota in calce alla lunga annotazione al § 258. Saremo là nella sezione terza, dedicata allo stato; e quelle espressioni ora viste saranno adoperate da Hegel in polemica non con Savigny ma con Haller. Con riferimento esplicito al teorico reazionario di Berna, non a Savigny, Hegel scriverà le parole: «L'odio per la legge, per il diritto determinato legalmente è lo scibboleth, col quale il fanatismo, l'imbecillità e l'ipocrisia delle buone intenzioni si manifestano e fanno conoscere infallibilmente ciò che essi sono, indossino d'altronde i vestiti che vogliono»⁴⁹. Tra Haller e Savigny – nella formazione culturale e nel pensiero propriamente politico e giuridico – non può dirsi che vi fosse affinità; e in ogni caso è sorprendente che quelle parole polemiche, che nella Prefazione stanno contro il soggettivismo romantico e i suoi rappresentanti veri o presunti nella scienza giuridica, non tornino nella *sedes materiae* bensí nella trattazione dello stato, e siano utilizzate non nella polemica con Savigny, bensí nella polemica con il lontano teorico bernese: che potrebbe esser detto semmai, con linguaggio hegeliano, il rappresentante del modo empirico di trattare la scienza dello stato (e il paragone, in questo caso, potrebbe semmai farsi col giurista empirico Hugo), di contro al rappresentante della filosofia del dover essere, o dell'intelletto astratto, Rousseau, considerato in quella stessa annotazione al § 258.

Dopo questo lungo innesto polemico contro il soggettivismo romantico – giustificabile nei modi e nella misura che si son visti, in sé e nel contesto generale della Prefazione –, il discorso di Hegel riprende il suo filo principale, che è quello contro la filosofia dell'intelletto astratto, o del dover essere, che vuol insegnare come lo stato dovrebbe essere («quasi che il mondo aspettasse quei dettami per apprendere come deve essere ma non è: che, se poi fosse come deve essere, dove se n'andrebbe la saccenteria di quel dover essere?»), scrive la *Enzyklopädie*

del 1827)⁵⁰. Le posizioni combattute sono, quindi: prima e principale la filosofia dell'intelletto astratto o del dover essere; seconda e secondaria, debolmente collegabile con la prima, la filosofia dell'immediatezza, del sentimento soggettivo. Nel campo politico, questa seconda posizione può anche voler dire – pur se Hegel non lo dice con chiarezza – immedesimazione nelle singole situazioni positive, storicamente divenute in un isolamento dal tutto, particolari. Una loro accettazione – un'accettazione della storia in tutta la particolarità delle sue situazioni – sarebbe equiparabile, *mutato objecto*, al soggettivismo, e potrebbe in questo senso giustificare l'inserimento di Savigny nell'*excursus* polemico della Prefazione. Intelletto astratto e dover essere, da un lato; sentimento soggettivo e accettazione della particolarità storica, dall'altro. Estrema rivoluzione, estrema conservazione; e Hegel nel mezzo, che si autogiustifica nel suo superamento dialettico degli estremi. Da una parte, Rousseau, Kant, Fichte; dall'altra, Hugo, Savigny, Haller. È una contrapposizione ottenuta con qualche anello forzato; ma non pare contraddittoria alla mente di Hegel; e può render ragione dell'impianto generale della Prefazione e della *Philosophie des Rechts* nel complesso. Sono questi due, in fondo, gli avversari di Hegel fino dall'articolo sul diritto naturale: le diverse maniere di trattarlo scientificamente, di cui quello parlava, erano quella speculativa, aprioristica, kant-fichtiana (il puro concetto, l'intelletto astratto); e quella empirica, a posteriori, forse di Hugo, che già nel 1798 aveva pubblicato il suo *Lehrbuch des Naturrechts* (la pura realtà, realizzazione, empiria). Di fronte alla pura ragione, e alla nuda empiria, Hegel può porsi orgogliosamente come mediatore, e scoprire la razionalità reale che è l'idea. «Ma la separazione della realtà dall'idea è specialmente cara all'intelletto, che tiene i sogni delle sue astrazioni per alcunché di verace, ed è tutto gonfio del suo dover essere, che anche nel campo politico va predicando assai volentieri», scrive ancora la *Enzyklopädie* del 1827⁵¹. All'intelletto si contrappone il gran mare della storia, e allora occorre distinguere, come dirà bene quello stesso testo. «Allorché l'intelletto, col suo dover essere, si rivolge contro cose, istituzioni, condizioni, ecc., triviali, estrinseche e passeggiere, che possono anche serbare per un certo tempo e per certe particolari classi d'uomini una grande importanza relativa; avrà anche ragione, e troverà in quel caso molte

⁵⁰ Hegel, *Enzyklopädie*, in *Sämtliche Werke*, Bd. VIII., § 6 (trad. it. di B. Croce, Bari 1907, 1963⁴).

⁵¹ *Ibid.*

⁴⁹ *Rph.*, § 258 A, p. 697.26-29.

come che non rispondono ad esigenze giuste ed universali [...]. Ma questa sapienza ha torto quando immagina di applicarsi, con i fatti oggetti e col loro dover essere, nella cerchia degli interessi della scienza filosofica. Questa ha da fare solo con l'idea, che non è tanto impotente da restringersi a dover essere solo, e non esser poi effettivamente: ha da fare perciò con una realtà, di cui quegli oggetti, istituzioni, condizioni, ecc., sono solo il lato esterno e superficiale»⁵². Queste osservazioni svolgono e chiarificano, come tutti sanno, la metafora del nucleo e della scorza, che è presente nella Prefazione per definire i termini dell'identificazione tra razionale e reale. Il nucleo è il razionale che è anche reale; la scorza è l'accidentale, non razionale e non reale; il risultato dei due insiemi è l'esistente, qui la storia. «L'enfatico nome di reale»⁵³ spetta al nucleo, non certo alla scorza. E per quel reale soltanto vale quanto Hegel dice dell'idea, che è l'unione cosciente del razionale e del reale; non certo della razionalità astratta dell'intelletto e della realtà nuda dell'empiria. La filosofia si occupa dell'idea, che equivale anche alla razionalità nella sua potenzialità a tradursi in realtà (il concetto) e all'oggettività derivante da quella espansione del concetto (la realtà): come spiega il § 213 della *Enzyklopädie*. La filosofia, o ragione autocosciente, scopre la ragione immanente al reale e incarnatasi in esso, il logos che è divenuto ethos; non si occupa della scorza accidentale. L'intelletto, invece, quando si aggira nell'accidentale svolge il suo compito, e trova da criticare, e certamente da migliorare. Può deviare in due modi da quel compito: per eccesso e per difetto. Sbaglia «per troppo di vigore», quando critica non solo l'accidentale ma anche il reale: come fa la filosofia del dover essere, che pretende di insegnare al mondo come dovrebbe essere. Sbaglia «per poco di vigore», quando accetta tutto l'esistente, tutte le consuetudini, tutte le istituzioni, e le ritiene tutte giuste e non ammette critiche alla storia. Ma ora le distinzioni hegeliane, qui esposte nella loro assolutezza, aspettano di essere applicate e verificate con riguardo al diritto e alla sua amministrazione, dove incontrano i giuristi della scuola storica.

3. Le distinzioni tra nucleo e scorza, tra reale (che è anche razionale) e accidentale, tra ragione e intelletto, trovano rispondenza nella delimitazione dei confini tra diritto naturale e di-

⁵² *Ibid.* (con aggiunte del 1830).

⁵³ *Ibid.*

ritto positivo, quale è offerta dal § 3 e dai §§ 211 e 212. La positività del diritto consegue a varie circostanze: di forma e di contenuto. Non interessa qui la forma (a), che è «l'aver validità in uno stato» (che è poi divenuta la caratteristica specifica della positività del diritto nel pensiero giuridico di Ottocento e Novecento). Interessano invece, per le distinzioni sopra dette, le circostanze attinenti al contenuto (b). «Quanto al contenuto questo diritto deriva un elemento positivo α) dal particolare carattere nazionale di un popolo, dal grado del suo svolgimento storico e dalla connessione di tutti i rapporti, che sono pertinenti alla necessità naturale; β) dalla necessità, per cui un sistema di un diritto legale deve contenere l'applicazione del concetto universale alle caratteristiche particolari (che si danno dal di fuori) degli oggetti e dei casi, — una applicazione, che non è più pensiero speculativo e svolgimento del concetto, ma sussunzione dell'intelletto; γ) dalle determinazioni ultime richieste nella realtà per la decisione»⁵⁴. C'è una sfera della ragione, del concetto, di cui si occupa la filosofia; c'è una sfera della storia o empiria o natura, di cui si occupa la scienza giuridica e storico-giuridica. «Carattere nazionale», «svolgimento storico», «necessità naturale», «caratteristiche particolari», «che si danno dal di fuori», sono la sfera dell'accidentale, esterna alla ragione che diventa realtà, scorza che riveste il nucleo razionale della storia. Sono un momento di quella natura che è una caduta dell'idea, per cui «l'idea è per tal modo la negazione di se stessa, ossia è esterna a sé», e «l'esteriorità costituisce la determinazione, nella quale essa è come natura»⁵⁵. Nella natura, in questa «decadenza dell'idea da se stessa», «il gioco delle forme è in preda a un'accidentalità sregolata e sfrenata»; essa mostra «tutta l'accidentalità delle sue esistenze»⁵⁶. Sotto ad esse vi sono leggi eterne, e quelle sono l'idea in un momento del suo viaggio. Anche qui, nella filosofia dello spirito oggettivo, l'idea incontra, per realizzarsi, il mondo dell'accidentalità; incontra «l'accidentalità spirituale, l'arbitrio»⁵⁷. Le leggi, le decisioni giudiziarie, si muovono in questo ambito mutevole, in questo «irrazionale dell'esteriorità»⁵⁸; e devono applicare il concetto universale a questa materia esterna e mutevole (il legislatore), e decidere nell'ambito di una «sfera del non-determinato dal

⁵⁴ *Rph.*, § 3, p. 88.16-33.

⁵⁵ Hegel, *Enzyklopädie* cit., in *Sämtliche Werke*, Bd. IX., § 247.

⁵⁶ *Ibid.*, § 248.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *Ibid.*

concetto, del *quantitativo*»⁵⁹ (dove il giudice trova un suo compito specifico⁶⁰).

Dunque il concetto filosofico entra nella sfera, a lui esterna, dell'accidentalità, dell'arbitrio, della naturalità, dell'infinita concatenazione delle particolarità storiche. Accade nel passaggio dal diritto naturale al diritto positivo, con quel momento della positività su cui Hegel si è travagliato fin dagli anni giovanili. È un rapporto che Hegel ora definisce, con un riferimento al *Corpus juris* e più alle due discipline fondamentali dell'insegnamento romanistico delle scuole, come «rapporto di Istituzioni a Pandette»⁶¹; cioè rapporto tra un complesso di nozioni di carattere elementare, fondamentale, essenziale, e un complesso di svolgimenti, più approfondito, analitico, critico, rivolto a mostrare l'applicazione pratica e storica di quelle nozioni; detto in altro modo, diritto romano puro, da un lato, diritto romano applicabile, dall'altro⁶². L'applicazione a una materia accidentale è il criterio distintivo fondamentale tra i due diritti. E questa applicazione del concetto, questo contatto del razionale con l'accidentale, avviene per due strade e in due modi, già visti: ad opera del legislatore; ad opera del giudice. Il § 212, in particolare, deduce il passaggio dal diritto naturale al diritto positivo per mezzo della legge, e il parallelo, sottostante incontro del concetto con l'accidentalità della natura, e con quella accidentalità dello spirito che è l'arbitrio, il capriccio. «In questa identità dell'essere in sé e dell'esser posto, è obbligatorio come diritto soltanto ciò che è legge. Poiché l'esser posto costituisce il lato dell'esistere, nel quale può intervenire anche l'accidentale del capriccio e di altra particolarità, ciò che è legge può nel suo contenuto esser anche diverso da ciò che è diritto in sé»⁶³. Il diritto, prima astratto (naturale), o *in sé*, o nel suo concetto, entra nell'esistenza, nell'oggettivazione, nella storia, diviene *per sé*. È «l'esposizione, che il concetto si dà nella forma di esistenza esterna»⁶⁴, è il passaggio nell'esser posto, nella scissione, nella realtà, nella differenza, nella positività. Il diritto razionale, astratto, naturale, è divenuto positivo. Ma il concetto, dandosi

⁵⁹ *Rph.*, § 214, p. 659.14-15.

⁶⁰ *Rph.*, § 214 A, p. 660.23-32.

⁶¹ *Rph.*, § 3 A, p. 94.3-9.

⁶² Rinvio di nuovo a quanto ho scritto più ampiamente in: *L'opera di Gustav Hugo* cit., pp. 57 e 76. Se è esatta l'interpretazione qui offerta, cade la riserva di N. Bobbio, *Hegel e il giusnaturalismo*, in «Rivista di filosofia», LVII (1966), pp. 379-407 (393), che parla di «curioso confronto, storicamente discutibile».

⁶³ *Rph.*, § 212, pp. 657.21-26 - 658.1-2.

⁶⁴ Hegel, *Enzyklopädie*, in *Sämtliche Werke*, Bd. VIII., § 213.

all'esistenza, si dà «alla sofferenza e alla morte», come diceva l'articolo sul diritto naturale⁶⁵. Nell'esistenza, nel passaggio del concetto nella realtà, il nucleo si riveste della scorza, e il concetto, nel divenire reale, deve pur incontrare l'accidentale, rivestirsi di esso. È così che la legge, il diritto positivo che Hegel deduce, ha pur sempre una frazione di accidentalità, particolarità, arbitrio, male, ingiustizia; detto al modo hegeliano, ciò che è diritto per sé può esser diverso da ciò che è diritto in sé. Con l'accidentale si incontra anche il giudice, che ha di fronte la legge e la deve applicare al caso singolo, e si muove nella sfera del quantitativo, al quale il concetto non arriva⁶⁶. Se ne occupa il § 214 con la relativa annotazione; che è, non a caso, a conclusione della sfera del «diritto come legge», e quindi, sistematicamente, annuncia determinazioni che troveranno la loro verità in una sfera successiva (qui, specificamente, nella sfera del «giudizio», oltrepassando la sfera intermedia, sistematicamente opinabile, dell'«esistere della legge»). La legge ha già in sé un margine di accidentalità, come si è visto. Ma ora questa legge, con un accidentale entro di sé, per essere applicata va incontro a un altro accidentale, che pure è ineliminabile dal processo dello spirito. «La determinatezza concettuale dà soltanto un limite generale, entro il quale trova luogo ancora un andare e venire. Questo però dev'essere interrotto allo scopo della realizzazione, per cui interviene una decisione entro quel limite accidentale e arbitraria»⁶⁷. Un'accidentalità connaturata al divenire positivo del diritto è presente in tutto il cammino, nel passaggio dal diritto in sé, naturale (concetto), al diritto per sé, positivo, legislativo (esistenza), e in quella fase ulteriore del diritto per sé, dell'esistenza, che è il divenire giudizio. Tutta la fascia dell'accidentalità, è così descritta. Il diritto razionale, naturale, è entrato nell'esistenza, è diventato legge e giudizio, e in questa sua fase positiva incontra l'accidentalità, l'arbitrio, quindi ha in sé l'ingiustizia stessa. È il caso di ricordare a questo punto che il passaggio dal diritto naturale al diritto amministrato, storico, positivo, avviene su di una linea che muove dal diritto astratto, primo momento dello spirito oggettivo, e giunge all'amministrazione della giustizia, seconda sottosezione della società civile, la quale ultima è la seconda sezione dell'eticità. Nell'eticità, momento più pieno dello spirito oggettivo, v'è pure

⁶⁵ Hegel, *Sämtliche Werke*, Bd. I., p. 500.

⁶⁶ *Rph.* (Griesheim), p. 542.11-14, con riferimento all'inevitabile latitudine della norma legislativa.

⁶⁷ *Rph.*, § 214, p. 659.17-21.

il momento della società civile, che è il momento dell'oggettivazione, della scissione, dell'accidentalità, dell'intelletto («questo rapporto riflessivo»⁶⁶); nel momento mediano di questa forma di stato («*stato esterno, - stato della necessità e dell'intelletto*»⁶⁷), v'è il momento in cui il diritto diviene positivo, entra nell'esistenza storica, viene amministrato. Momento mediatore di questo divenire per sé del diritto è il sistema dei bisogni, primo momento della società civile, il quale è anche sistema della civiltà, della *Bildung*. Lo spiega il § 209, fondamentale per descrivere questa linea che va dal diritto astratto al diritto positivo passando attraverso il sistema dei bisogni. «Il relativo della relazione reciproca dei bisogni e del lavoro per essi ha dapprima la sua riflessione in sé in generale nella personalità infinita, nel diritto (astratto). Ma è questa sfera del relativo, in quanto educazione, essa stessa, che dà al diritto l'esistere, di essere in quanto cosa universalmente riconosciuta, saputa e voluta, e di avere validità e realtà oggettiva, mediato da questo esser saputo e voluto»⁷⁰. Il diritto astratto diventa positivo grazie all'educazione, alla cultura, alla civiltà, alla *Bildung*, cioè alla fatica benefica del lavoro e dell'intelletto che ha luogo nel sistema dei bisogni. La relazione bisogni-lavoro è dapprima riflessa in sé nel diritto astratto, poi è riconosciuta, saputa e voluta nell'amministrazione della giustizia; nel mezzo, anello necessario, sta la civiltà. Ma la civiltà, momento dell'esistenza, ha in sé l'accidentalità, è regno dell'intelletto e della riflessione. La ragione, la filosofia, dev'esser tollerante in proposito, e sapere che quell'accidentalità è ineliminabile dal cammino dell'idea; e affida al suo intelletto l'occuparsi di quella sfera. La scienza giuridica, scienza dell'intelletto e non scienza della ragione (o filosofica), compie lì il suo ufficio.

Montesquieu ha avuto il merito di indicare «la vera veduta storica, il punto di vista autenticamente filosofico, col considerare la legislazione in generale e le sue particolari determinazioni non isolatamente e astrattamente, ma invece come momento dipendente di una totalità, in connessione con tutte le altre determinazioni che costituiscono il carattere di una nazione e di un'epoca; in tale connessione esse acquistano il loro vero significato, come con tal mezzo la loro giustificazione»⁷¹. Questo «punto di vista autenticamente filosofico», per il quale è qui

⁶⁶ *Rph.*, § 181, p. 628.19.

⁶⁷ *Rph.*, § 183, p. 633-18.

⁶⁸ *Rph.*, § 209, pp. 653.25-28 - 654.1-5.

⁷¹ *Rph.*, § 3 A, p. 94.10-20.

lodato Montesquieu, riconduce le singole determinazioni all'intero, alla totalità storica, e in tal modo può giustificarle; detto in modo hegeliano, le vede come un momento dello sviluppo dello spirito, e in esso le giustifica; le vede come momenti dell'ingresso dell'idea nella storia; anche se certo non nega loro — si dovrà pur intendere — i caratteri di accidentalità che la storia porta con sé. Ora, Hugo e Savigny annoverano Montesquieu tra le loro fonti, e parlano di una scienza giuridica come sistema che progredisce nel tempo. Non escludono certamente l'idea della totalità. Pure, Hegel esclude che essi adottino il punto di vista filosofico. La censura è rivolta specificamente a Hugo, nelle annotazioni ai §§ 3 e 212; ma vale anche per Savigny, che sviluppa a più alto livello scientifico le idee di Hugo. Ma Hegel prende Hugo a modello del modo di pensare non filosofico. Il suo limite parrebbe trovarsi nel «considerare la legislazione in generale e le sue particolari determinazioni [...] isolatamente e astrattamente», nella «conoscenza della loro consequenzialità intellettualistica»⁷², nel guardare ai precetti giuridici esponendo «la storicità della loro apparizione, le circostanze, i casi, i bisogni e gli avvenimenti, che ne hanno prodotto l'affermazione»⁷³. I giuristi storici, soprattutto Hugo che lo ha giustificato anche filosoficamente, considerano se un precetto giuridico possa essere «pienamente fondato e conseguente» (i *Gründe und Gegen Gründe* di Hugo), e credono con ciò esaurito il loro compito; non pensano che esso possa essere «in sé e per sé non giuridico e irrazionale»⁷⁴. Essi parlano anche di concetti (*Begriffe und Sätze* era certamente espressione ricorrente in Hugo come in Savigny); ma non ne avrebbero titolo, perché essi non discutono «per nulla di concetti, ma unicamente di determinazioni giuridiche generali, di principi intellettualistici, di massime, di leggi e simili»⁷⁵. La parola «concetti» (*Begriffe*), e il suo corrispondente «comprendere» (*Begreifen*), è usata abusivamente dai giuristi storici. «Una tale dimostrazione e un tale (pragmatico) conoscere dalle cause storiche più vicine o più lontane si chiama frequentemente: *spiegare* (*Erklären*) o anche più volentieri *comprendere* (*Begreifen*) [...]; mentre invece il veramente essenziale, il concetto (*Begriff*) della cosa, non è affatto qui venuto in discussione»⁷⁶.

Dunque, i giuristi storici non hanno a che fare con concetti,

⁷² *Ibid.*, p. 94.14-15, 25-26.

⁷³ *Ibid.*, p. 96.13-15.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 96.5-6.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 96.28-30.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 96.15-18, 21-23.

cioè con la ragione e con la filosofia; si muovono invece nella sfera dei «principi intellettualistici», e simili (anche, come Hegel scrive nell'annotazione al § 1, sia pure disapprovando, «di quelli che si sogliono chiamare *semplici concetti*»⁷¹). Essi fanno come i matematici, comparano elementi singoli e determinati, e li pongono in relazione tra loro, ricavando l'uno dall'altro; i giuristi, ricavano un precetto da un altro, o un precetto da certe circostanze storiche. Hanno le virtù del sillogizzare, dell'esser conseguenti; che sono le virtù dell'intelletto e della logica formale. «Quella consequenzialità esaltata da Leibniz è certamente una proprietà essenziale della scienza giuridica, come della matematica e di ogni altra scienza intellettualistica; ma questa consequenzialità intellettualistica non ha nulla a che fare con l'appagamento delle esigenze razionali e con la scienza filosofica»⁷². Quello di Hugo e dei matematici è uno spiegare (*Erklären*), non un comprendere (*Begreifen*); è anche un intendere, *intelligere*, *Verstehen*, che rimanda all'intelletto, *Verstand*⁷³. La sfera della positività, di cui propriamente tratta il § 3 (non si dimentichi), è anche la sfera dell'accidentalità e dell'intelletto, e della scienza intellettualistica; non della realtà, della ragione, della scienza filosofica. Si tratta qui della «giustificazione del semplicemente positivo»; e ciò avviene ricercando, nelle leggi positive, quali siano «il loro significato e la loro congruità nelle circostanze»⁷⁴. Alla sapienza dei legislatori si addice la scelta in base a tali circostanze, secondo una prudente valutazione storica, a cui certo sarà d'aiuto «un punto di vista filosofico»⁷⁵. Alla competenza dei giuristi si addice il muoversi in quell'ambito; ma essi devono sapere – come dice insistentemente l'aspra e altezzosa polemica nell'annotazione al § 3 – che si muovono nell'intelletto, nella ricerca dei fondamenti delle circostanze singole, nel mondo dell'accidentale. Essi non devono pretendere, come ha preteso Hugo nell'espone la storia del diritto romano, di giustificare di fronte alla ragione e al pensiero le determinazioni positive, per il fatto che ne hanno esposto i fondamenti storici: la storia e la filosofia si muovono in campi diversi e reciprocamente possono conservare «una posizione di indifferenza»⁷⁶. Questa vien meno quando i giuristi storici, Hugo, criticano i filosofi e li accusano di incomprendimento del diritto positivo. Il giurista che

⁷¹ *Rph.*, § 1 A, p. 80.8.

⁷² *Rph.*, § 3 A, p. 108.11-16.

⁷³ *Ibid.*, p. 104.5-12 e § 3 RB, *passim*.

⁷⁴ *Ibid.*, p. 100.14-15, 26-27.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 102.2-8.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 98.24-29.

si muove nell'intelletto e nei cosiddetti «semplici concetti», deve permettere al filosofo, che si muove nella ragione e nei concetti, di giudicare della razionalità del diritto positivo. Lo ribadisce, richiamando il § 3 sull'intendere (*Verstehen*), l'annotazione al § 212, chiaramente e polemicamente rivolta a Hugo. Stabilita dal legislatore «l'identità dell'esser in sé e dell'esser posto», con il bagaglio di accidentalità che ne consegue, il giurista si muove nell'ambito della legge, e «ha per suo principio l'autorità». Così facendo, egli saprà «ciò che è diritto, o propriamente ciò che è di diritto»: «*was Recht ist, oder eigentlich was Rechts ist*»⁷⁷; termini usati e illustrati ampiamente, del resto, dallo stesso Hugo, che ammetteva quindi un esame razionale del diritto positivo (provvisorio) dal punto di vista di un diritto della pura ragione (perentorio)⁷⁸. Le particolari operazioni del giurista sono tutte frutto dell'intelletto: «l'ordinamento esterno, la classificazione, la conseguenza, l'ulteriore applicazione e simili»; e anche «i progressi storici, come le applicazioni, e le suddivisioni»⁷⁹. Sono tutte le operazioni dei giuristi; intellettualistiche, anche quando giungono a connettere, perché il loro rimarrà sempre «ordinamento esterno», ignaro del concetto. La scienza giuridica, scienza storica, fa bene a far così, e a non invadere il terreno del concetto, o «la natura della cosa»⁸⁰, come Hegel scrive usando un termine fortunato nella cultura giuridica tardo-settecentesca. Se essa compie l'opera sua, deve far quelle operazioni, applicando, distinguendo, connettendo e ordinando (esteriormente, beninteso). Se vuole dimostrare che quegli istituti di cui si occupa sono anche razionali, invade il compito della filosofia, con le sole forze dell'intelletto, di cui essa è guarnita: e compie l'errore di Hugo. Se l'intelletto vuole occuparsi della natura della cosa, ed elaborare «teorie», occupandosi «per esempio del diritto criminale», «s'impiccia» di questioni che non lo riguardano, e «le sue teorie [...] mostrano ciò che esso produce, col suo raziocinare per argomenti»⁸¹. Le «teorie», come ha avvertito la Prefazione, sono quelle dell'intelletto, e sono sempre il frutto di un «raziocinare per argomenti», secondo la logica formale e sillogistica. Sfugge loro il rapporto con l'intero, con lo spirito, con il divenire del concetto; concesso solo alla ragione autocosciente. Come di fronte

⁷⁷ *Rph.*, § 212, p. 657.23 e § 212 A, p. 658.5-9.

⁷⁸ Per più ampi chiarimenti, rinvio di nuovo a quanto ho scritto in *L'opera di Gustav Hugo* cit., pp. 148-58 e 162-64.

⁷⁹ *Rph.*, § 212 A, p. 658.10-11, 17-19.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 658.12.

⁸¹ *Ibid.*, p. 658.12-14.

allo stato, non può l'intelletto argomentare *per medios terminos*, alla maniera sillogistica; farebbe come chi volesse dedurre in tal modo l'ereditarietà della monarchia¹¹. Lì, motverebbe difettosamente (intellettualisticamente) una proposizione razionale, a cui soltanto la ragione può arrivare con pienezza di svolgimento deduttivo. Secondo un esempio a cui può alludere l'annotazione al § 212, potrebbe fare come Beccaria, che vuol negare la pena di morte con argomentazioni dell'intelletto¹². Hugo, giurista storico, deve fare il compito suo, e dedurre all'interno delle determinazioni positive, senza pretendere di giustificarne (altri, di negarne) la razionalità; la sua scienza giuridica, storica, intellettualistica, deve star pronta però ad accettare le obiezioni dei filosofi, che vogliono indagare se le determinazioni giuridiche sono razionali, se corrispondono al concetto: «*esna dal-l'altro lato almeno non può assolutamente meravigliarsi, quando l'anche ritenga ciò per la sua occupazione come una domanda in contraddittorio (Querfrage), quando ora si chieda, se allora dopo tutte queste prove una determinazione giuridica sia razionale*»¹³. Certo, il giurista potrà avvertire, nel filosofo, come un fastidioso contraddittore, quasi un avversario in un processo; ma la ragione ha i suoi diritti, e può permettersi di dar fastidio ai giuristi.

4. Fin qui, la polemica era rivolta a Hugo; ma avrebbe potuto esservi compreso anche Savigny, che aveva portato alla massima espressione teorica la visione di una scienza giuridica come descrizione di un materiale storico. Se Hugo è attaccato esplicitamente, non così Savigny. Il personaggio, nel pieno delle forze intellettuali e al centro della vita culturale berlinese, era certamente più scomodo; non poteva essere oggetto di sarcasmo come Hugo. Aveva un significato, nel mondo dello spirito, quale certamente non aveva, nonostante i suoi meriti storici, il meticoloso professore di Göttingen. Che Hegel si riferisca alle tesi di Savigny, è chiaramente desumibile da più luoghi. E se

¹¹ *Rph.*, § 281 A, p. 748.10-15.

¹² Esplicitamente e generalmente sull'insufficienza dell'intelletto nel trattare il problema del delitto, cfr. *Rph.*, § 99 A; su Beccaria e la pena di morte, da lui negata su fondamenti contrattualistici (quindi, tipicamente intellettualistici), *Rph.*, § 100 A.

¹³ *Rph.*, § 212 A, p. 658.21-25. Come si vede dal testo, sono propenso a interpretare il termine *Querfrage* in senso tecnico-giuridico; mi sembrano suggerirlo il contesto e la sottolineatura hegeliana. T. M. Knox, *Hegel's Philosophy of Right*, Oxford 1967², p. 136, intende diversamente, poiché traduce: «the question may seem perverse...»

le parole contro Hugo riguardano l'accettazione acritica della storia (ma sono parole che investono tutta la scuola storica), le parole contro Savigny riguardano il problema della codificazione e, al di là di esso, la concezione stessa del diritto. Si sono viste le espressioni della Prefazione sulle parole – spirito, vita, popolo – di cui si valgono gli spregiatori della legge. Quei motivi si ritrovano già nei §§ 2 e 3, dove è posto il confine tra conoscenza filosofica del diritto, che deriva dal concetto, e conoscenza scientifica, intellettualistica: fuori luogo, questa, per la deduzione del concetto, appropriata invece nell'ambito della scienza giuridica; come si è visto. Ma qui torna la polemica contro il soggettivismo romantico, «cattivo equivalente» della maniera di pensare per sillogismi, che dominava nella filosofia e che è ora «più o meno scomparsa»¹⁴. Questo «cattivo equivalente» consiste nel «prendere e affermare immediatamente le idee in generale, così anche quelle del diritto e delle determinazioni ulteriori di questo come *fatti della coscienza*, ed erigere a fonte del diritto il sentimento naturale o un sentimento esaltato, il *proprio cuore* e l'*entusiasmo*»¹⁵. Secondo questa veduta, «la maniera della coscienza immediata e del sentimento costituisce come principio la soggettività, l'accidentalità e l'arbitrio del sapere»¹⁶. E l'annotazione al § 3, all'inizio, dopoché il testo del paragrafo ha definito il diritto positivo, si sbarazza subito delle vedute romantiche: «Quando al diritto positivo e alle leggi è contrapposto il sentimento del cuore, l'impulso e l'arbitrio, perlomeno non può essere la filosofia a riconoscere tali autorità»¹⁷. Questa premessa generale – la contrapposizione dell'universalità della ragione all'accidentalità soggettiva – è quella che regge la contrapposizione a Savigny a proposito del sistema giuridico appropriato ai tempi, e quindi dell'opportunità della codificazione, sviluppata nella sottosezione della società civile dedicata all'amministrazione della giustizia.

La scuola storica aveva affermato che il diritto è innanzitutto consuetudine, frutto spontaneo della vita del popolo, conforme al suo spirito. Il § 211, in contrasto con quell'affermazione, definisce subito il diritto come legge. «Ciò che *in sé* è diritto, è nel suo esistere oggettivo *posto* – cioè determinato per la coscienza mediante il pensiero e *noto*, in quanto ciò che è diritto e ha validità – la *legge*; e il diritto per mezzo di questa determi-

¹⁴ *Rph.*, § 2 A, p. 86.26-29.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 86.28-32 - 88.1-2.

¹⁶ *Ibid.*, p. 88.9-12.

¹⁷ *Rph.*, § 3 A, p. 92.1-6.

nazione è diritto *positivo* in generale». Il diritto, già astratto, o in sé, o naturale, entra nell'esistenza, nell'oggettività, diviene per sé. Tutto questo, che avviene grazie al sistema dei bisogni, dell'educazione, della civiltà, è la positività del diritto; e la positività del diritto consiste nell'esser legge, perché solo la legge significa determinazione universale e pensiero. Si vede qui la contrapposizione massima alla scuola storica, contro la quale sembra scritta questa definizione; perché per la scuola storica il diritto positivo, storicamente vigente, è innanzitutto consuetudine: che poi può essere consuetudine allo stato puro, come nei popoli giovani, o consuetudine pensata dai giuristi, come nei popoli maturi. Come si vede, un modo di pensiero completamente diverso: non appare il diritto naturale, annesso dall'orizzonte di pensiero della scuola storica; e la legislazione e codificazione è ritenuta al massimo una necessità per i periodi di decadenza, che peraltro non hanno la capacità di fare un buon codice. V'è in essa invece la distinzione romantica di natura e cultura, natura e arte, *Natur-Kunst*: spontaneità e freschezza da un lato; riflessività e ponderazione, dall'altro, che intervengono su quella vita e la pensano.

Caratteristico della legge è che il contenuto sia «espresso come la regola valida per tutti del comportarsi»; cioè v'è una forma specifica alla legge; «ma il momento essenziale interno è prima di quest'altro la conoscenza del contenuto nella sua universalità determinata». Questi due momenti paiono, quindi, caratteristici della legge: a) l'essere il contenuto accessibile alla coscienza di tutti i cittadini, grazie alla forma scritta; b) l'essere il contenuto pensato, cioè conosciuto col pensiero «nella sua universalità determinata». La legge — questo è «il momento essenziale interno» — è la conoscenza di un contenuto storico, pensato nei suoi aspetti universali. È il materiale storico (il materiale giuridico di un'epoca storica) pensato e tradotto in proposizioni razionali (anche se la legge — come precisa il successivo § 212 — in quanto incarnazione storica di un diritto in sé, si immerge nell'accidentalità). Su questa accessibilità a tutti e su questa presenza del pensiero, Hegel si distingue dalla scuola storica. Si può, in maniera triadica e con un movimento di pensiero intrinsecamente dialettico, individuare una casistica dei sistemi giuridici.

a) Primo modo della positività del diritto, della sua esisten-

⁹⁵ *Rph.*, § 211, pp. 654.24.26 - 655.1-2.

⁹⁶ *Rph.*, § 209, pp. 653.25-28 - 654.1-5.

⁹⁷ *Rph.*, § 211 A, p. 655.10-15.

za nella storia, è la *consuetudine*. Pare esser qui configurata la posizione di Savigny. La consuetudine, osserva Hegel, non è puro intuito, perché è propria di uomini, non di animali, e degli uomini è proprio il pensiero. «Gli stessi *diritti consuetudinari* [...] contengono il momento, di essere in quanto *pensiero* e di essere *saputi*. La loro differenza dalle leggi consiste soltanto in ciò, che essi sono saputi in una maniera soggettiva e accidentale, quindi per sé sono più indeterminati, e l'universalità del pensiero più offuscata, oltretutto la conoscenza del diritto da questo e da quel lato e in genere è una proprietà accidentale di pochi». La legge è pensata e saputa: questi sono i suoi caratteri. Anche la consuetudine, come propria di uomini, è pensata e saputa. La differenza sarà, quindi, nel modo di quel pensare e di quel sapere. Quanto al pensare, la sua universalità ne è «più offuscata»; quanto al sapere, esso avviene in modo soggettivo e accidentale, non oggettivo e necessario; quindi il diritto consuetudinario non giunge a una compiuta, vera determinatezza. Un pensiero meno chiaro, un sapere soggettivo e accidentale: sono caratteristiche dei popoli non giunti alla compiutezza della civiltà; essi avvertono ma in modo oscuro, uno in un modo e uno in un altro, ora in un modo e ora in un altro; non pensano né sanno in modo universale. Non si può dire, qui, che Savigny valutasse diversamente: il suo allievo Jacob Grimm, pensando sulla lingua e sul diritto, dava la preferenza ai popoli freschi e giovani; Savigny no, e la dava ai popoli colti, che pensano e sanno. La corrispondenza successiva al *Beruf* mostra da un punto d'osservazione intensissimo la distanza di Savigny dalla più genuina ispirazione romantica; e tra *Natur* e *Kunst* egli sceglie la seconda. Non pensava dialetticamente, certo, ma qui egli avrebbe convenuto con Hegel. Dove invece la differenza c'è, è nel seguito: dove Hegel scrive che «la conoscenza del diritto, da questo e da quel lato e in genere, è una proprietà accidentale di pochi». Un ordinamento consuetudinario puro è quello dei popoli giovani, in cui tutti hanno il sentimento fresco e chiaro del diritto in cui vivono. Quello che Hegel chiama ordinamento a diritto consuetudinario, è quello chiamato invece da Savigny ordinamento a diritto scientifico, dove la consuetudine passa per la

⁹⁸ *Ibid.*, p. 655.17-25.

⁹⁹ Su questo momento essenziale della sensibilità romantica, è fondamentale lo studio di T. Schuler, *Jakob Grimm und Savigny - Studien über Gemeinsamkeit und Abstand*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung», LXXX (1962), pp. 197-305 (223-32), con ampia bibliografia. Per il carteggio Savigny-Grimm, oltre alle lettere di Savigny comprese nella citata opera di Stoll, cfr. *Briefe der Brüder Grimm an Savigny*, hrsg. von W. Schoof und I. Schnack, Berlin 1953.

coscienza e per la dottrina dei giuristi, rappresentanti del popolo in questa sfera (come i grammatici lo sono per la lingua). Ora, per questo ordinamento – consuetudinario nel linguaggio di Hegel, scientifico nel linguaggio di Savigny – l'obiezione hegeliana è pertinente: che cosa sia il diritto, quale sia il diritto, «è una proprietà accidentale di pochi». Qui, davvero, si è al centro del contrasto tra Hegel e Savigny, tra chi vuole il codice conoscibile a tutti e chi vuole il diritto conosciuto ed elaborato dai suoi scienziati.

Ma altro aggiungono le considerazioni ulteriori, che implicano una presa di posizione sul problema di come debba essere la codificazione. Hegel ha parlato ora dei «diritti consuetudinari», e continua con la precisazione che ci interessa, e che già è vista in parte. «Il fatto che essi per la loro forma, dell'essere in quanto *consuetudini*, debbano avere il privilegio, di essere passati alla *vita* (oggi giorno del resto proprio là si parla massimamente della *vita* e del *passare alla vita*, dove si versa nella materia più morta e nei pensieri più morti), è un'illusione, poiché le leggi valide di una nazione, pel fatto che sono scritte e raccolte, non cessano di essere le sue consuetudini»¹⁰⁰. Si può vedere implicata, in queste frasi, la stessa casistica triadica di sistemi giuridici, che stiamo esaminando. V'è la posizione di Savigny e della scuola storica, presentata nel modo parziale che ora si è visto: fonte del diritto è la consuetudine; lì sono i costumi effettivamente seguiti dal popolo, lì è la sua vita, essa risponde al suo spirito. È la posizione dell'immediatezza, del pensiero offuscato, non giunto all'universalità. È la posizione del soggettivismo romantico, come mostrano chiaramente le espressioni polemiche di Hegel, che richiamano letteralmente quelle usate nella Prefazione¹⁰¹. Hegel omette, nell'accennare a questa posizione, che il pensiero vi è pure presente, in forma di determinazione scientifica della condizione storica. Egli scrive che si parla di vita, ma si versa «nella materia più morta e nei pensieri più morti»: con una verosimile allusione polemica all'etudizione storico-antiquaria di Savigny e della sua scuola¹⁰². A questo stesso sistema giuridico si può ascrivere, sebbene Hegel parli di consuetudine e della sua reale o presunta esaltazione romantica, anche il sistema inglese, in quanto fondato in parte su *statute-law* e in parte su *common-law*. «Il diritto nazio-

nale dell'Inghilterra o diritto comune, è notoriamente contenuto in *statuti* (leggi formali) e in una cosiddetta *legge non-scritta*; questa legge non-scritta è del resto altrettanto scritta, e la sua conoscenza può e deve acquistarsi unicamente con la lettura (dei molti volumi in quarto che riempie)»¹⁰³. Hegel accenna alla confusione che regna in tale sistema, alla conseguenza che i giudici si trasformano in legislatori. Ricorda «il saggio provvedimento, che porta il nome di *legge delle citazioni*», che fu preso «di fronte a una confusione simile, che poteva sorgere nella più tarda amministrazione della giustizia in Roma»¹⁰⁴. La polemica di Hegel si riferisce qui all'esperienza romana e a quella inglese, e le vede riportate a un'unica istanza, rappresentata di fronte a lui, in quel tempo, da Savigny.

b) Una seconda posizione, pur se non dichiarata esplicitamente da Hegel, è quella di un codice fondato su prescrizioni puramente razionali, non derivate dalla storia ma contrapposte ad essa: quale l'avevano proposta e teorizzata i rivoluzionari francesi o la cultura filosofica tedesca, da diverse premesse politiche. È una posizione che Hegel chiamerebbe del dover essere, non della ragione ma dell'intelletto. Che Hegel l'abbia presente, sia pure per escluderla subito, si ricava da un'osservazione, posta all'inizio dell'annotazione al § 3; nel quale, appunto, viene fissata la distinzione tra diritto naturale (o razionale, o filosofico) e diritto positivo. «Sarà mostrato più oltre (§§ 211-14) il luogo, nel quale il diritto deve diventare positivo. Qui sono state riferite soltanto le determinazioni che colà si daranno, per segnare il limite del diritto filosofico, e per eliminare subito l'eventuale rappresentazione o anzi la pretesa, che debba venir fuori dallo svolgimento sistematico di esso un codice positivo, tale cioè, quale ne ha bisogno lo stato reale»¹⁰⁵. Segue la precisazione già vista, che diritto naturale e diritto positivo stanno tra loro non contrapposti, bensì nello stesso rapporto di Istituzioni e Pandette.

Che Hegel abbia presente questa posizione, dell'intelletto astratto, risulta anche dal § 216 e dalla relativa annotazione. Il testo del paragrafo illustra la necessità di un codice, nonostante che sia inerente alla natura della materia finita la perennità dell'approssimazione («la natura della materia finita conduce a un seguito di determinazioni senza fine») ¹⁰⁶. L'annotazione ripete la stessa affermazione: «è essenziale capire, che la

¹⁰⁰ *Rph.*, § 211 A, pp. 655.25-28 - 656.1-5.

¹⁰¹ Vedi già retro, alla parte 2 di questo testo.

¹⁰² W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main 1938, pp. 33-36, vede in queste parole il riferimento all'etudizione storico-giuridica dei giuristi della scuola storica.

¹⁰³ *Rph.*, § 211 A, p. 656.16-21.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 657.2-6.

¹⁰⁵ *Rph.*, § 3 A, pp. 92.10-15 - 94.1-2.

¹⁰⁶ *Rph.*, § 216, p. 662.3-4.

natura della materia finita essa medesima importa, che in essa l'applicazione anche delle determinazioni in sé e per sé razionali, delle determinazioni entro di sé universali, porta al progresso all'infinito»¹⁰⁷. Una filosofia dell'intelletto e del dover essere, se si volge al problema della codificazione, è portata a «esigere in un codice la completezza, per cui esso debba essere assolutamente compiuto, suscettibile di nessun ulteriore seguito di determinazioni – una pretesa, che è precipuamente una malattia tedesca...»¹⁰⁸. Con queste parole, positivamente, Hegel può aver pensato alle tendenze illuministiche tedesche, come quelle che avevano portato al *Landrecht* prussiano, con la sua minuziosa serie di prescrizioni (mentre Hegel, all'inizio del paragrafo, chiede «semplici determinazioni universali»¹⁰⁹). Per altro verso, negativamente, Hegel pensa a Savigny, dove dice: «e per questa ragione, perché esso non possa diventare così completo, non lasciarlo giungere a qualcosa di cosiddetto imperfetto, cioè non lasciarlo giungere alla realtà»¹¹⁰. Cioè, anche Savigny, che sceglie la consuetudine ed è quindi coinvolto nel soggettivismo romantico, è pur egli inficiato da quella visione intellettualistica, quando nega che la Germania, al suo tempo, possa fare un codice. Ma volere un codice perfetto, e completo di ogni determinazione possibile; o non volere un codice, perché non si può averlo perfetto; «entrambe queste cose si fondano sul disconoscimento della natura degli oggetti finiti, com'è il diritto privato, in quanto in essi la cosiddetta perfezione è la *perennità dell'approssimazione*, e sul disconoscimento della distinzione tra l'universale razionale e l'universale intellettualistico e l'applicazione di esso alla materia che va all'infinito della finità e della singolarità. – “Le plus grand ennemi du Bien c'est le Mieux”, – è l'espressione del vero sano intelletto umano di fronte alla vanità di quello raziocinante e riflettente»¹¹¹. L'«intelletto raziocinante e riflettente», la filosofia del dover essere, va dietro a un'irraggiungibile perfezione; oppure, perché su essere la perfezione irraggiungibile, vuole lasciare le cose come stanno. Il «sano intelletto umano», come pure la filosofia, sanno invece che il meglio è nemico del bene, sanno esser tolleranti verso la storia, la materia finita, che conoscono per regno dell'accidentalità e quindi pervasa anche di arbitrio, di errore, di male; e vogliono la razionalità che è anche realtà, pur accettan-

¹⁰⁷ *Rph.*, § 216 A, p. 662.18-22.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 662.25-28.

¹⁰⁹ *Rph.*, § 216, p. 662.2-3.

¹¹⁰ *Rph.*, § 216 A, pp. 662-28 - 663.1-2.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 663.3-12.

do la scorza esterna dell'accidentale. Ma ciò si vede, specificamente, dalla soluzione che Hegel espone come propria, e che implicitamente esclude la soluzione intellettualistica.

c) «... le leggi valide di una nazione, pel fatto che sono scritte e raccolte, non cessano di essere le sue consuetudini»¹¹². È questa la soluzione hegeliana: che si pensi, si conosca, il materiale giuridico storicamente esistente in una nazione, e gli si dia la forma di un codice. Non sarà la consuetudine, avvolta nell'immediatezza soggettiva del sentimento; non sarà un codice frutto dell'intelletto astratto e della filosofia del dover essere; sarà un codice che traduca in proposizioni razionali, pensate, la condizione storica, – il razionale che coincide col reale. Il carattere di essere vita e di essere passati alla vita, non è, come si vede, privilegio della consuetudine, perché la legge e il codice non sono altro che consuetudine pensata. È la posizione di Hegel; come anche, se si tolgono le espressioni ingenuamente illuministiche e ancor giusnaturalistiche, la soluzione concretamente proposta da Thibaut nella polemica per la codificazione.

Sulla strada del superamento della dispersione consuetudinaria, giurisdizionale, dottrinarica, si pongono già le raccolte non ancora organicamente pensate, come quella che costituì il merito di Giustiniano. «Se i diritti consuetudinari giungono ad esser raccolti e composti, cosa che in un popolo sviluppato appena a una qualche civiltà deve avvenire subito, questa raccolta è allora il *codice*, che si segnerà certamente, poiché è semplice raccolta, per la sua *informità*, indeterminatezza e lacunosità»¹¹³. Questo tipo di codice, ancora rudimentale, si segnala dunque perché è: informe, indeterminato, lacunoso. Vi rimangono quindi, seppure a un grado evidentemente divenuto minore, i difetti propri dei sistemi a diritto consuetudinario. E l'annotazione al § 215, quando elogia i codificatori, fa un cenno a Giustiniano, con queste parole: «I governanti, i quali hanno dato ai loro popoli, quand'anche soltanto una raccolta informe, come Giustiniano...»¹¹⁴. Il *Corpus juris*, quindi, come «raccolta informe», rientra fra i codici rudimentali. Hegel non dice che la Germania è ancora retta da quel codice, e che la scuola storica vuole che essa sia ancora retta da quello, interpretato e sistemato continuamente dai giuristi; né fa chiara distinzione tra questa condizione tedesca, da un lato, e quella dell'Inghilterra, o della latinità prima della legge delle citazioni, dall'altro. Arbitrario

¹¹² *Rph.*, § 211 A, p. 656.3-5.

¹¹³ *Ibid.*, p. 656.5-11.

¹¹⁴ *Rph.*, § 215 A, p. 661.18-19. Cfr. anche *Rph.* (Hotho), p. 654.20-35.

è il confronto con il diritto inglese: Savigny e la tradizione scientifica cui egli si rifaceva erano ben altrimenti rigidi in tema di interpretazione (che era, per Savigny, prevalentemente interpretazione del diritto romano) e di poteri del giudice; inoltre, Hegel stesso considera il *Corpus juris* come codice rudimentale, e loda Giustiniano per questo, mentre l'Inghilterra non ha avuto il suo Giustiniano. Ma la differenza tra chi vuole la codificazione e chi non la vuole è proprio tra l'esser retti da un nuovo codice, o l'esser retti dalla *lex* di Giustiniano (codice informe, per Hegel) e dal «lavoro giuridico dei secoli» (per usare un'espressione di Bernhard Windscheid)¹¹⁵. Non era differenza di poco conto, certamente; ma non era proprio quella presentata da Hegel.

A questo stadio di un codice rudimentale e primordiale, segue lo stadio del «codice propriamente detto», il quale, «pensando comprende e esprime i principî giuridici nella loro universalità e quindi nella loro determinatezza»¹¹⁶; questo sarà «un diritto nazionale (*Landrecht*), come codice (*Gesetzbuch*) ordinato e determinato»¹¹⁷. Pensiero, universalità, ordine e determinatezza, sono questi i caratteri di un codice. Hegel, che ha nominato Giustiniano, qui non fa nomi; eppure l'opera polemica di Savigny, in una sua parte ampia, aveva svolto una vera e propria «recensione dei codici»¹¹⁸: e anzi, parlando dell'atteggiamento da tenere dove esistono codici, aveva scritto: «Si intende che qui si può pensare soltanto al *Landrecht* prussiano e al codice (*Gesetzbuch*) austriaco, non al *Code*, che dev'essere considerato come una malattia politica superata, della quale sicuramente continueremo a sentire ancora non pochi mali»¹¹⁹. Nonostante il giudizio negativo pur sui due codici tedeschi, Savigny aveva cura di precisare che non ne auspicava l'abrogazione: «Questi son piuttosto da trattare come fatti originali, nuovi, nella storia del diritto...»¹²⁰. Hegel polemizza con le tesi di Savigny, ma non entra in dettagli, non nomina il più

¹¹⁵ B. Windscheid, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig 1904, pp. 75-76.

¹¹⁶ *Rph.*, § 211 A, p. 656.11-14.

¹¹⁷ *Rph.*, § 215 A, p. 661.19-20.

¹¹⁸ Su questa parte, in sé e nell'economia generale del *Beruf*, è da vedere P. Caroni, *Savigny und die Kodifikation - Versuch einer Neudeutung des «Berufes»*, in «*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte - Germanistische Abteilung*», LXXXVI (1969), pp. 97-176 (sul punto, specificamente, pp. 128-33, 140-51). Per l'espressione «recensione dei codici» cfr. S. Gagnér, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg 1960, p. 18.

¹¹⁹ Thibaut-Savigny, *Ein programmatischer Rechtsstreit* cit., p. 150.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 151.

celebre codificatore moderno (lo nomina nelle lezioni del 1824-1825)¹²¹; elogia chi ha dato «ein *Landrechts*, als geordnetes und bestimmtes Gesetzbuch»; anche se poi, al paragrafo successivo, sembra esser critico proprio verso l'eccessiva analiticità, che era caratteristica del modello prussiano di codice.

Un codice - al di là dei modelli, su cui Hegel non si addentra - è comunque ormai definito nei suoi caratteri, e con precisa sintesi nella più univoca delle allusioni a Savigny, che conclude l'ampia, fondamentale annotazione al § 211, qui più volte considerata. «Negare ad una nazione civile o al ceto giuridico della medesima, la capacità di fare un codice, - poiché non può trattarsi di fare un sistema di leggi nuove pel loro contenuto, ma di conoscere nella sua universalità determinata, il contenuto legale esistente, cioè di comprenderlo pensando - con l'aggiunta dell'applicazione al particolare -, sarebbe uno dei più grandi affronti, che potesse esser fatto a una nazione o a quel ceto»¹²². È ripetuto che cosa sia un codice: conoscere, pensare, un contenuto storico; con l'aggiunta dell'applicazione al particolare (che è propria dell'ingresso del razionale nella storia, e comporta il rischio dell'accidentalità: come spiega il successivo § 212). Negare la capacità di fare un simile codice «sarebbe» uno dei più grandi affronti a una nazione e ai suoi giuristi. Hegel avrebbe dovuto scrivere «è», anziché «sarebbe» (*wäre*), perché quell'«affronto» lo aveva fatto Savigny, negando al suo tempo la «vocazione per la legislazione», quando nel 1814 aveva scritto l'opera con cui Hegel indubbiamente polemizza, pur se non la nomina. Soltanto, Savigny non aveva negato «la capacità [...] di conoscere nella sua universalità determinata, il contenuto legale esistente, cioè di intenderlo pensando»; bensì aveva ritenuto che quella capacità trovasse lo sbocco più adeguato nella scienza giuridica, non nei codici. E quella era per lui la via del pensiero sistematico¹²³. Del resto, in pagine giovanili rimaste inedite fino al 1951, e cioè nella *Juristische Methodenlehre* del 1802-803, Savigny aveva scrit-

¹²¹ *Rph.* (Griesheim), pp. 544.16-24 e 546.19-23. Particolarmente significative, nel primo luogo indicato, le parole: «Quante critiche non sono state fatte dai giuristi dotti al *Landrecht*, al *code Napoléon*, ma i sudditi ci si trovano bene».

¹²² *Rph.*, § 211 A, p. 657.10-20.

¹²³ L'accusa di difetto di pensiero sistematico è implicita nelle parole di Hegel. Essa torna in *Rph.* (Griesheim), pp. 534.29-31 - 535.1-15; dov'è anche ripetuta l'allusione a Savigny, e dov'è cenno della sua preferenza per il *Corpus juris* (uguagliato da Hegel al diritto inglese). L'aggiunta di Gans, ricavata da questi luoghi, è assai più esplicita e aspra, e risente delle sue polemiche personali con la scuola storica (*Rph.*, § 211 Z, *Sämtliche Werke*, Bd. VII., pp. 340-41).

to: «Ogni sistema porta alla filosofia. L'esposizione di un sistema puramente storico porta a un'unità, a un ideale, sul quale essa si fonda. E questo è filosofia»¹²⁴. Tutto quel corso di lezioni era un elogio della sistemazione razionale della storia. Hegel si riferiva al Savigny del *Beruf*, il piú romantico; non al Savigny sistematico del capolavoro giovanile, *Das Recht des Besitzes*, con cui non aveva dimestichezza; non al Savigny che aveva recensito Hugo e ne aveva lodato l'integrazione di storia e scienza; non al Savigny della *Juristische Methodenlehre*, che non poteva conoscere. Ma anche il Savigny del *Beruf* e di quegli anni – in parte si è visto – non meritava quelle accuse; e se Hegel gliel'ebbe mosse, fu per ragioni varie e serie, certamente, e legate alla sua visione del mondo, e del mondo storico e politico; ma fu anche perché coinvolse, indebitamente, Savigny e la sua scuola nell'ambito di quella che egli considerava la deviazione romantica dalla ragione.

5. Le ragioni varie e serie per contrapporsi a Savigny esistevano, ma non erano le ragioni del sistema contro la vita immediata. V'era una razionalità di Savigny, e di Hugo prima di lui, che doveva condurre anch'essa al sistema. Anche Savigny avrebbe sottoscritto l'affermazione di Hegel, che «la vera figura nella quale la verità esiste, può essere soltanto il sistema scientifico di essa»¹²⁵. Il suo sistema, avrebbe obiettato Hegel, era il sistema dell'intelletto, il frutto dell'universalità intellettualistica, non dell'universalità razionale: pura operazione scientifica, di una scienza senza ragione, come la giurisprudenza. Era un intelletto, come quello di Hugo, che si muoveva nell'ambito di determinazioni finite, positive, aventi in sé l'accidentalità; la positività in cui entrambi si muovevano era data, soprattutto, dal diritto romano ancora vigente in Germania; la loro era quindi una sistemazione intellettualistica di ciò che è positivo. Ma Savigny non poteva esser trattato diversamente da Hugo, ed esser visto come esponente del soggettivismo romantico. Oltre al loro intelletto sistematore del materiale storico, c'erano, da una parte l'intelletto che critica la storia e formula teorie su come il mondo dovrebbe essere; dall'altra il soggettivismo romantico, che si esalta nel proprio sentimento e ne fa legge: ma ad esso certamente Savigny non aveva titoli per essere ascri-

¹²⁴ F. C. von Savigny, *Juristische Methodenlehre, nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm*, hrsg. von G. Wesenberg, Stuttgart 1951, p. 48.

¹²⁵ Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, in *Sämtliche Werke*, Bd. II., p. 14 (trad. it. di E. De Negri, Firenze 1960, p. 4).

to. Le differenze reali v'erano: la richiesta di un codice adeguato ai tempi, di contro al codice di un passato lontano; la richiesta di giurie popolari, di contro a una giustizia amministrata da giuristi sacerdoti del popolo e detentori di un sapere tradizionale e di un linguaggio tecnico. La determinatezza offerta da un codice frutto della conoscenza e del pensiero, garantiva la conoscibilità del diritto a tutti i cittadini della società civile – questo «*stato esterno, – stato della necessità e dell'intelletto*»¹²⁶ – in cui convivono uomini che sono abituati al lavoro e all'intelletto, che dal pensiero traggono la loro uguale infinita libertà. Di qui l'opposizione di Hegel alla scelta di nascondere il diritto «nel prolisso apparato di libri dotti, di raccolte di decisioni di discordanti giudizi ed opinioni, di consuetudini etc. e ancora per di piú in un linguaggio estraneo, sí che la conoscenza del diritto vigente sia accessibile soltanto a coloro che si addottrivano in esso»¹²⁷; e la conseguente scelta in favore della codificazione. Conseguono anche la scelta in favore dei giudici popolari. L'autocoscienza della parte è appagata: a) per quanto riguarda l'indagine in diritto, dalla conoscibilità della legge e del codice e dalla pubblicità del processo; b) per quanto riguarda l'indagine in fatto, dalla «fiducia nella soggettività dei decidenti», dal giudizio di uguali, di laici e non di sacerdoti del diritto»¹²⁸. Disputare se sia tecnicamente migliore il giudizio di giuristi o di giurati è possibile – siamo nel regno dell'accidentalità e dell'intelletto –; ma non è questo il punto decisivo, perché di contro a possibili vantaggi di altro ordine v'è un valore di ordine superiore, di importanza infinita, che è l'autocoscienza dei soggetti»¹²⁹. La contrapposizione è chiarita nel modo migliore, conclusivo, piú intenso perché riportato ai fondamenti della società civile, dalla fine dell'annotazione al § 228; dopodiché Hegel passerà ad altro, all'esame di polizia e corporazione, e sarà impegnato in problemi che lasciano la specifica sfera concettuale dello stato di diritto tra liberi ed uguali. «Se la conoscenza del diritto mediante la natura di ciò che costituisce le leggi nel loro ambito, inoltre del procedimento delle discussioni giudiziali, e la possibilità di perseguire il diritto, è *proprietà* di un ceto che si rende esclusivo anche per mezzo della terminologia (la quale per coloro del cui diritto si tratta, è un linguaggio estraneo), i componenti della società civile, che dipendono per la sussistenza dalla loro attività, dal loro proprio sapere e volere – sono

¹²⁶ *Rph.*, § 183, p. 633.18.

¹²⁷ *Rph.*, § 215 A, p. 661.10-16.

¹²⁸ *Rph.*, § 228, p. 673.1-13.

¹²⁹ *Rph.*, § 228 A, pp. 673.14-30 - 674.1-3.

non soltanto rispetto alla cosa piú personale e propria, ma anche alla cosa qui sostanziale e razionale, considerati *ciò che è estraneo al diritto (das Recht fremde)* e posti sotto *tutela*, anzi in una specie di servitù di fronte a tale ceto»¹³⁰. Come afferma uno dei luoghi fondamentali della società civile, dove è piú forte l'ispirazione kantiana dello stato di diritto, «appartiene all'educazione, al *pensiero* in quanto coscienza del singolo nella forma dell'universalità, il fatto che *io* sia compreso come persona *universale*, in cui *tutti* sono identici»¹³¹. La sottosezione sull'amministrazione della giustizia – espressione teorica dello stato di diritto nel senso di Kant e di Humboldt – si apre e si chiude con queste affermazioni dell'uguale dignità di tutti gli esseri pensanti. Nelle conseguenze specifiche di queste affermazioni nell'ambito dell'amministrazione della giustizia sta la contrapposizione alla scuola storica del diritto e al pensiero romantico-conservatore. In quel sistema giuridico che è lo stato di diritto fondato su leggi, codici, giurie, gli uomini ottengono il loro reciproco riconoscimento. Altri, non distinguendo tra intelletto e ragione, tra arbitrio e libertà, ignari del metodo dialettico, vi giungevano ugualmente, per le vie dell'intelletto, nella stessa Germania del tempo. Così pure, per le vie della ragione dialettica, Hegel giustificava la monarchia ereditaria, e altre istituzioni storiche, che altri, nella Germania del tempo – certamente lo stesso Savigny –, giustificavano per le vie dell'intelletto. La differenza, dove differenza v'era, era di concrete scelte politiche, certamente motivate da generali premesse culturali e argomentate o argomentabili da entrambi; ma non era differenza tra la ragione e l'irrazionalismo, tra chi rispetta e chi rifiuta l'architettonica dell'*ethos*.

¹³⁰ *Rph.*, § 228 A, p. 674.5-17.

¹³¹ *Rph.*, § 209 A, p. 654.8-10.