

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

9

(1980)

Su Federico Carlo di Savigny



giuffrè editore milano

GIULIANO MARINI

Prima di tutto devo ringraziare il prof. Dufour perché ha risposto molto meglio di quanto avrei risposto io all'interrogativo conclusivo della relazione del prof. Orestano sul cristianesimo di Savigny.

Il problema del formalismo è tornato in molti interventi; diciamo meglio, il problema del kantismo di Savigny. Credo che qui si potrebbe adoperare un'immagine che è stata adoperata dal prof. Wieacker a proposito dello *Historismus*, e della posizione di Savigny nello *Historismus*. Come Savigny ha una 'camera a parte' nello *Historismus*, lo stesso credo che Savigny abbia una 'camera a parte' nel kantismo. Credo che del kantismo di Savigny si possa parlare in un senso molto debole rispetto alla fisionomia originaria di Kant; forse nel senso di formalismo, nel senso del resto in cui credo ne abbiano parlato Caroni e lo stesso Orestano nelle loro relazioni. Io parlavo di un sistema mobile che consente una infinita molteplicità di fini e di valori. Quindi, la storicità del fenomeno giuridico, nello storicismo di Savigny, è collegata a questo formalismo di derivazione kantiana. Forse un tale formalismo potrebbe essere avvicinato al neokantismo della tradizione che va da Dilthey a Max Weber. Ripenso ad una espressione di Max Weber, nel saggio del '17 sulla *Wertfreiheit*. Weber parla del formalismo kantiano come della «geniale formulazione di una infinita molteplicità di rapporti etici» (*Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, Tübingen 1922, p. 468); in senso analogo ne potremmo parlare a proposito del diritto.

Il prof Jan Schroeder: parlando stamani della critica di Hegel a Hugo, dicevo che questa critica avrebbe potuto essere estesa a Savigny, anche se Hegel non ha nominato Savigny. Hegel indubbiamente poteva polemizzare con Hugo e con Savigny. Poteva polemizzare su questa base: Hegel, per distinguere ciò che è reale,

ed ha una razionalità, dà ciò che è opinabile, pone la distinzione tra *Wirklichkeit* e *Zufälligkeit*, realtà e accidentalità. La prima è il dominio della ragione, *Vernunft*, la seconda è il dominio dell'intelletto, *Verstand*. Quello che è criticabile, opinabile, transitorio, è collocato da Hegel nel dominio, nella sfera, nella scorza dell'accidentalità. Invece Savigny e Hugo parlano di un sistema storicamente progrediente, *stets fortschreitend*. Parlando di sistema storicamente progrediente essi non presentano, agli occhi di Hegel, quella possibilità di distinguere ciò che è vivo da ciò che è morto — come noi diremmo —, ciò che è reale da ciò che è accidentale, ciò che è razionale da ciò che non lo è. Savigny, con il suo kantismo indebolito, forse soltanto formalismo, avrebbe potuto richiamarsi ad una scelta empirica sulla base di criteri extraformali. Forse Hugo, che a mio avviso è troppo maltrattato, avrebbe avuto una risposta sistematica più consistente; Hugo, che anch'egli non aveva una grande conoscenza di Kant, avrebbe potuto richiamarsi a una distinzione che egli aveva derivata da Kant, ma che aveva stravolta. Hugo parlava di un diritto provvisorio e di un diritto perentorio. Il diritto provvisorio è quello che noi conosciamo, il diritto positivo, storico, che ha molte imperfezioni. Egli, che era scettico e talvolta cinico nelle sue espressioni, diceva che sono diritto la poligamia, la schiavitù, la tortura, perchè esistono e sono sanzionate; ma non le approvava. Un diritto perfetto, o perentorio, le escluderebbe; così come un diritto perentorio, egli aggiungeva, escluderebbe la proprietà privata e la guerra.

Vengo all'intervento ultimo e verso di me più critico, quello del prof. Schiavone, alle obiezioni che egli mi ha fatto; mi pare che della mia relazione abbia distrutto tutto. Ora, non ho la competenza per addentrarmi nei vari significati della parola « forma » nella evoluzione del pensiero di Kant. Però Schiavone afferma che delle varie accezioni di « forma » nessuna è accettata da Hegel (egli ne ha enumerate quattro); ma un concetto di forma, collegato al diritto privato, c'è in Hegel e si trova là dove egli teorizza la società civile. Ricordo alcuni luoghi: il paragrafo 181 (« passaggio della famiglia alla società civile ») parla di forma; il paragrafo 184 parla di forma; il paragrafo 187 parla di forma. Il paragrafo 187, in particolare, è molto importante, perchè contiene nell'annotazione, e già, in forma stringata, nel paragrafo stesso, la esaltazione

della *Bildung*, propria della società civile, che, per Hegel, è la società che supera la barbarie e che ha in sé il valore infinito della civiltà, il valore infinito dei singoli esseri, la scoperta del cristianesimo che si conferma in tutta la civiltà occidentale e che culmina nella società civile. È questo il mondo della forma, il mondo della libertà formale, che è la libertà dell'intelletto; il mondo in cui tutti gli individui, i cittadini di questo stato, hanno un valore infinito, hanno la libertà reale dell'intelletto. È una libertà « formale », non illusoria come sarà intesa dal marxismo, ma una libertà formale in senso forte, quella che oggi chiamiamo la libertà civile. Questo è il mondo che è stato teorizzato da Kant nello stato di diritto, ma è anche il mondo a cui dovrebbe essere collegato a buon diritto anche Savigny, come esponente più alto del mondo del diritto nell'età di Hegel. È un mondo anch'esso della libertà, ed è un mondo della forma. Hegel, è vero, critica Savigny, e lo critica nei passi che stamani ha analizzato Schiavone, dove si legge di vita, popolo, della legge che ha in sé la determinatezza. In tutti questi passi, come anche nel paragrafo 211, Hegel critica Savigny, però io credo che si possa parlare tranquillamente di un fraintendimento di Savigny. Non si può dire che Savigny ha ignorato la trasformazione del diritto in determinatezza; della consuetudine in determinatezza, in pensiero. Compito dei giuristi, per Savigny, era proprio quello di trasformare la consuetudine, cioè il diritto immediato nel popolo, in un diritto pensato.

Quello che compie Hegel con Savigny è una degradazione, una riduzione di valore. Savigny e il diritto in genere — il diritto, questo mondo della forma — hanno un significato reale; ma in un momento che è destinato ad essere superato, e questo è il momento della società civile, che è anche il momento del diritto. Non si può dire che il momento della forma, il momento dell'intelletto, il momento della società civile, hanno soltanto la funzione di essere superati essendo soltanto qualcosa di negativo, il momento dell'astrattezza. In Hegel c'è anche questo, quando egli critica il diritto romano, quando critica l'arbitrio; ma Hegel è sempre dialettico e quando parla dell'arbitrio parla anche della base interna o formale che tiene avvinti gli arbitrii; e parla di libertà formale — e questa è una conquista dello spirito e del pensiero, è l'eredità del cristianesimo e poi del luteranesimo —. Quindi la società ci-

vile non si può sopprimere. Come dice Bobbio, con cui vado totalmente d'accordo su questo punto, gli unici stati che hanno soppresso la società civile sono gli stati totalitari, ma essi hanno anche soppresso la libertà formale nel senso di libertà civile o libertà dell'intelletto, e questo non è più Hegel ma è qualcos'altro. La libertà formale è qualcosa che Hegel ha voluto «superare», nel senso però della *Aufhebung* hegeliana, ovvero mantenendo, in tutti i suoi valori storici, teorici e di civiltà, anche il valore subordinato della libertà civile, della libertà formale, ovvero della società civile. L'ha «superato» nello stato ed è questo il punto più controverso della dottrina politica hegeliana. Se Hegel si fosse fermato alla società civile, sarebbe stato un pensatore liberale; siccome è passato oltre la società civile, l'ha mantenuta ma è passato allo Stato, è stato qualcosa di originale, ha dato un modello politico molto complesso e originale. Se lo Stato lo vediamo come il superamento necessario di una fase soltanto negativa che diciamo società civile o mondo della forma, allora non siamo più di fronte a Hegel ma siamo di fronte a Gentile, e, con Gentile, al teorico del fascismo. Preciso: siamo di fronte a Marx, se si supera la libertà formale grazie a quella nuova classe universale che è il proletariato, e allora siamo nel Marx del '43, nella sua *Judenfrage*, oppure nel Marx della fine del '43, nella *Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, ove egli parla del proletariato come nuova classe universale. Lì la libertà formale viene superata nella futura condizione comunista, grazie al proletariato, che ha la capacità di liberare l'umanità intera. Se si supera la società civile, la libertà formale, nello stato, allora siamo sul versante opposto dell'eredità hegeliana, non siamo più nel comunismo ma siamo nel fascismo. D'altra parte il richiamo a Gentile non è un mio arbitrio o una forzatura polemica, perchè nell'ultimo libro di Schiavone (*Storiografia e critica del diritto*, Bari 1980), leggo a p. 134: «è nel rapporto con Gentile che bisogna scavare per tirare fuori le radici di questo modo insieme nuovo ma già subito inadeguato di pensare allo Stato e alla politica, che emerge in alcune sezioni alte della storia intellettuale degli anni '30. Credo che la tradizione gentiliana vada oggi ristudiata a fondo». Si noti che non è detto in critica di Gentile, perchè anzi Schiavone sta spiegando l'itinerario di Delio Cantimori, cioè di un intellettuale che ha avuto in Italia grande importanza, prima

fascista e poi comunista e marxista. Schiavone ha concluso citando lo stato, l'importanza dello stato che supera il diritto privato e la mera formalità, ed è « strumento di forte totalizzazione »; io direi che è anche diventato totalitario. Schiavone ha parlato con molto pudore, con molta eleganza, sorvolando sui « rischi » che ha corso la storia europea. Questi rischi li abbiamo conosciuti tutti; eppure Schiavone ha detto che questo strumento avrebbe un grande valore euristico. Io questo valore euristico non lo vedo; d'altra parte, non essendo marxista, non ho il problema di cercare compatibilità fra strumenti a mio avviso così eterogenei; non solo, ma non sono nemmeno custode dell'ortodossia del marxismo di Schiavone, e quindi credo a questo punto di poter concludere e di lasciare a lui di risolvere i suoi problemi. Grazie.