

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - Vol. 1 (2019)- . - Pisa : Pisa university press, 2019-
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofia del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2019 by Pisa University Press srl
Società con socio unico Università di Pisa
Capitale Sociale € 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126 Pisa
Tel. + 39 050 2212056 - Fax + 39 050 2212945
press@unipi.it
www.pisauniversitypress.it

ISBN 978-88-3339-217-2

layout grafico: 360grafica.it
impaginazione: Ellissi

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi - Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali - Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - Tel. (+39) 02 89280804 - E-mail: info@clearedi.org - Sito web: www.clearedi.org

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuategui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerobosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Claudio Palazzolo, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Gianfrancesco Zanetti, Giuseppe Zaccaria

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado del Bo, Francesco Ferraro, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Andrea Porciello, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli.

Redazione

Paola Calonico, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi.

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto:

Fascicolo singolo € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento:

Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050-2212056

Fax 050-2212945

Mail: press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

<i>Presentazione</i>	7
----------------------------	---

Transizioni

a cura di Alberto Andronico e Tommaso Greco

<i>La “transizione”: uno strumento metastoriografico?</i> Pietro Costa	13
---	----

<i>La Conquista del Nuevo Mundo y la transición a la modernidad</i> Antonio Enrique Pérez Luño	43
---	----

<i>Vestfalia 1648. La debolezza di un modello, la necessità di un mito</i> Stefano Pietropaoli	83
---	----

<i>Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito</i> Massimo La Torre	107
---	-----

Saggi

<i>Alcuni aspetti problematici di una nozione contemporanea di storia della filosofia del diritto</i> Gianfrancesco Zanetti	147
--	-----

<i>Reali presenze</i> Salvatore Amato	159
--	-----

<i>Montesquieu e la pena di morte</i> Tommaso Gazzolo	191
--	-----

Note e discussioni

<i>Su Cicerone filosofo del diritto</i> Giorgio Ridolfi	217
--	-----

<i>Per una biografia culturale di Norberto Bobbio</i>	
Claudia Atzeni.....	237

Archivio

<i>La giustizia platonica (1933)</i> , a cura di G. Ridolfi	
Hans Kelsen.....	257

ALCUNI ASPETTI PROBLEMATICI DI UNA NOZIONE CONTEMPORANEA DI STORIA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

Gianfrancesco Zanetti

Abstract

A history of legal philosophy is never an easy task. Some key texts and authors, that are now believed to be at the very beginning of Western efforts to scrutinize and understand normative and legal phenomena, were not deliberate “philosophy of law”. Some legal-philosophical labels, like legal positivism or natural law theories, are of course extremely useful tools, but at the same time can be occasionally misleading. Finally, when normative systems are at stake, wrong interpretation of a text, or of an author, can play a very important role. Such a complexity should be carefully embraced, and harnessed.

Keywords

History; Text interpretation; Natural law; Pluralism of interpretations.

1. La testa e la coda

Un primo aspetto problematico della storia della filosofia del diritto, dal quale vorrei partire, è in primo luogo ben noto, e in secondo luogo non esclusivamente specifico della disciplina: costituisce dunque un punto

di partenza ideale, perché allude a questioni conosciute, per le quali non è irragionevole assumere un certo grado di consenso fra gli studiosi.

A questo aspetto si riferisce, con ormai celebre espressione, il padre della storia della filosofia del diritto italiana (a dire il vero non solo italiana), Guido Fassò, quando al termine della sua magistrale intrapresa, dovendo affrontare la riflessione contemporanea, denuncia un imbarazzo, una perplessità, perché dalla storia si sta passando, in effetti, alla “cronaca”, che è cosa diversa¹. Questa osservazione non è solo ancora adesso ben valida, ma – come si vedrà nel prosieguo – può essere profittevolmente radicalizzata.

Non è solo la storia della filosofia del diritto, come anticipato, ad avere problemi all'estremità caudale del suo percorso. È un problema noto e diffusissimo. Se si studia la storia del jazz² i problemi nascono da Ornette Coleman in poi: la musica *fusion* è ancora jazz, oppure si tratta di qualcos'altro? E l'*acid jazz* che guarda alla *world music*? Quella musica da aeroporto che va sotto il nome di *smooth jazz* può davvero essere accostata sensatamente a Duke Ellington? Non c'è dubbio che un bravo sassofonista che suoni con movenze e *sound* alla Byrd stia facendo musica jazz – magari non particolarmente originale ma decente – ma non è detto che questo comporti che ci sia una storia del jazz in atto. Conosco compositori contemporanei che hanno scritto sinfonie, o opere liriche: ma in genere si considera il repertorio e la stagione della musica sinfonica e dell'opera più o meno chiusi. Certo, si inserisce occasionalmente qualcosa di nuovo, come negli anni settanta il *Gran Macabro*, ma si inserisce Ligeti nella storia dell'opera più che altro per completezza, e già si

¹ G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, vol. 3, il Mulino, Bologna 1970, pp. 421-22. Della *Storia* di Fassò esiste una pregevole riedizione, aggiornata a cura di Carla Faralli, per i tipi di Laterza.

² Sulla storia del jazz cfr. T. Gioia, *The History of Jazz*, Oxford University Press 1998.

sa ch'egli dovrà la sua futura notorietà soprattutto per la colonna sonora di *2001* di Stanley Kubrik³.

Quindi c'è un problema, già identificato da Fassò, che però non riguarda esclusivamente la storia della filosofia del diritto. E questo problema ha un altro aspetto che invece *non* fu identificato da Fassò: anche il principio è complesso, è incerto. Non solo la coda, ma – come nella distillazione della grappa – anche la testa è pericolosa.

Quando comincia esattamente il jazz? Con Sonny Rollins, che se ne autoproclamava l'inventore, o con gli *spirituals* degli schiavi neri del Sud, che declinavano su temi cristiani ritmi e immagini che provenivano dalla terra di origine? Questo tema dell'origine, della "testa" di una storia nelle *Geisteswissenschaften* può generare equivoci importanti. Una storia del teatro occidentale comincia con i Greci, e finisce, magari, con Dario Fo premio Nobel e con il *living theatre*. Il teatro greco, però, non privilegiava una dimensione di *entertainment*, ma veniva concettualizzato come una rappresentazione sacra. Giorgio Colli, con quella visionaria icasticità della quale sentiamo la mancanza, affermava che per un Greco la vita reale, quella autentica, era la vita alla quale si partecipava assistendo a una rappresentazione teatrale, mentre per i nostri contemporanei il teatro è una nobile, stimolante, raffinata distrazione: piacer comodo gusto gioia divertimento e allegria⁴.

Una storia del teatro che mette in sequenza *I sette a Tebe* ed *Edipo re* con Goldoni o la commedia dell'arte compie un'operazione legittima e fuorviante, classica e contestabile, certo difendibile ma intellettualmente pigra.

³ *2001 Space Odyssey*, diretto da Stanley Kubrik, 1968; Musica composta da: Richard Strauss, György Ligeti, Johann Strauss, Aram Il'ič Chačaturjan.

⁴ G. Colli, *Nota introduttiva*, in F. Nietzsche, *La nascita della tragedia*, Adelphi, Milano 1972 e 1977 (Piccola Biblioteca), p. XV: «Quindi la sensazione moderna "questo è soltanto uno spettacolo" è l'inverso dell'emozione della tragedia greca – di quella che Nietzsche ci ha fatto penetrare – che faceva dire "questa è soltanto la realtà quotidiana».

A complicare le cose vi è un ulteriore elemento: i significati di ciò del quale si narra la storia variano a seconda del contesto culturale e normativo nel quale si collocano. A tutti è nota (ai filosofi del diritto professionali per via del magistero di Amedeo G. Conte) la paronimia di Oreste, che se uccide Clitemnestra infrange il divieto e se la risparmia infrange l'obbligo. Sarà l'amico e compagno d'arme Pilade ad aiutarlo a recidere il nodo gordiano, e al presentarsi delle guardie di palazzo, che intendono giustiziare il colpevole figlio, Pilade si fa innanzi, e, come in un *peplum* d'autore, si denuncia come Oreste. Pacuvio ne fece una tragedia, e quando l'attore che impersonava Pilade pronunciava le fatali parole *Ego sum Orestes*, ricordate da Cicerone nel *De Finibus* e nel *De amicitia*, il pubblico dei *cives* romani, che conosceva benissimo il testo, erompeva in un applauso, che significava adesione ai valori latini della *fides* e della lealtà militare fra compagni d'armi – e di quel verso pacuviano e del suo ruolo si ricordava benissimo ancora Dante Alighieri⁵. Ma se si mettesse in scena Pacuvio al Massimo o al Duse, non sarebbe la stessa cosa: il senso della tragedia, e di quel verso, sarebbe ora tutt'al più un fatto d'erudizione: nessuno applaudirebbe Pilade, e staremmo assistendo a una tragedia assai diversa, incapace di agire performativamente per rinforzare il senso di un "noi" condiviso, anche se formalmente identica sul piano testuale.

La filosofia del diritto ha problemi analoghi. L'immane capitolo iniziale su Antigone, o su Platone, in una sequenza che comprende anche Pasukanis e il femminismo giuridico, Kierkegaard e Kelsen, si basa su assunti epistemici di omogeneità relativa che possono essere definiti controversi solo grazie a un gusto spiccato per l'eufemismo. Eric Voegelin fu consapevole di questo snodo problematico, e abbandonò il suo progetto di *History of Political Ideas*, un'intrapresa che si basava anche

⁵ Cicerone, *De Finibus* V, 22; *De Amicitia* VII, 24; *Purg.* XIII, 31-33: «E prima che del tutto non si udisse / per allungarsi, un'altra 'I' sono Oreste' / passò gridando, e anco non s'affisse».

su una legittima ma ingenua assunzione di omogeneità relativa, a favore della più complessa idea soggiacente a *Order and History*, che subì poi, a sua volta, una modifica strutturale di fondo. Voegelin si rendeva conto che anche lo studio di un rituale di incoronazione asiatico antico poteva fornire informazioni decisive da un punto di vista filosofico-politico.

Quindi il cuore della storia della filosofia del diritto è chiaro, ma non sempre son chiari la testa e la coda; la testa, l'origine mitica della disciplina, è talvolta opera di una ricostruzione interessata, come dire ideologica, che seleziona materiali e li ordina in vista di una posizione teorica assunta come prioritaria, un po' come le vite di Vasari mirano, alla determinazione apoteotica della primazia michelangiolesca.

La decisione di escludere la tragedia o Platone da una storia della filosofia del diritto, tuttavia, sarebbe tanto arbitraria quanto quella di includerla, perché il processo di elaborazione di una sequenza storica è in quanto tale anch'essa non neutrale e filosofica, che agisce appunto in genere a partire da casi chiari centrali, che so, Kelsen e Hart, per poi ricostruire un passato che in essi culmini nonché un presente talvolta sfrangiato e problematico.

2. Si può essere giusnaturalisti senza saperlo?

Questo aspetto problematico di una nozione di storia della filosofia del diritto è ben noto, e ha come conseguenza un appropriato atteggiamento inclusivo con riferimento ai materiali: nel dubbio, si include.

Questo aspetto problematico, tuttavia, ne rende comprensibile un altro, meno conforme alle nostre intuizioni primarie, e specificamente rilevante per la storia della filosofia del diritto (ancorché probabilmente verificabile anche altrove). Rendersi conto che l'oggetto della storia della filosofia del diritto dipende da autointerpretazioni *situated* del diritto può infatti avere conseguenze anche drammatiche sul sistema categoriale e dottrinale classico, tradizionale, della disciplina, quello appunto elaborato da Maestri come Norberto Bobbio e Guido Fassò.

Questo aspetto problematico si scorge, tipicamente, nelle *actiones finium regundorum*, cioè dai vari, meritori tentativi di fare chiarezza sulle

grandi categorie che permettono di riordinare autori e dottrine di una storia della filosofia del diritto, la quale presuppone o genera un sistema di definizioni, di distinzioni concettuali, di opposizioni fra categorie teoriche.

Questo tipo di costruzione, intendasi queste strutture di grandi opposizioni che permettono di catalogare il materiale storico, si può presentare come neutrale, cioè puramente teorico: ma è proprio questa neutralità che va, appunto, considerata moderatamente problematica. Questa problematicità dipende naturalmente dal fatto che l'orizzonte delle nostre distinzioni e delle opposizioni risente (ed è questo che lo rende ricco, interessante e insomma *appealing*) dei nostri orientamenti e delle nostre assunzioni di sfondo, delle nostre convinzioni e preferenze.

Una magistrale, e notissima, distinzione, è per esempio quella dovuta a Norberto Bobbio, per il quale «il giusnaturalismo afferma l'esistenza di entrambi i diritti [cioè il diritto naturale e quello positivo] ma insieme la differenza di grado, il positivismo giuridico afferma del diritto positivo rispetto al diritto naturale non la superiorità ma la esclusività. Il giusnaturalismo è dualistico, il positivismo giuridico è monistico»⁶. Si tratta della giustamente celebre tesi bobbiana dell'asimmetria delle due definizioni.

Un sistema di definizioni più recente, ma altrettanto affascinante (il migliore che io conosca fra quelli in circolazione), si deve a un altro Italiano, Mauro Barberis, che in un testo per studenti (bravi) distingue quattro posizioni: giusnaturalismo, giuspositivismo, realismo giuridico, e costituzionalismo. Per Barberis, Alexy è uno dei «giusnaturalisti laici odierni, o piuttosto ne-costituzionalisti»⁷. La raffinatezza e la chiarezza dell'impianto sono esemplari. Il sistema di distinzioni, allo stesso tempo, introduce la quarta opzione, cioè il neo-costituzionalismo, su un piano di pari dignità teoretica delle tre più tradizionali posizioni: giusnaturalismo, positivismo giuridico e realismo.

⁶ N. Bobbio, *Giusnaturalismo e giuspositivismo*, Enciclopedia delle scienze sociali (1994), vol. 4.

⁷ M. Barberis, *Filosofia del diritto. Un'introduzione teorica*, Giappichelli, Torino 2005. Cfr. p. 11.

Questo tipo di elaborazioni sono senz'altro utilissime, e dotate di grande valore, ma hanno un aspetto problematico (come tutte le cose utili). Le opzioni teoriche vengono ben descritte, come in un catalogo. Si presentano come descritte da un sistema di opposizioni teoricamente neutrali. A un certo livello, ciò è vero. La “macchina” delle distinzioni, tuttavia, è orientata non dal tipo di risposte che vengono attribuite ai rappresentanti delle varie posizioni su una serie di domande chiave (l'attribuzione è peraltro del tutto corretta), ma dalla selezione delle domande (del tutto legittima e basata su criteri di rilevanza ai fini di un sistema di distinzioni).

Nulla da obiettare; per essere sintetici, tuttavia, qui la problematicità è data dal fatto che, per esempio, la comprensione della questione del diritto naturale può certamente procedere su queste basi, ma solo fino a un certo punto. È un po' come distinguere perfettamente gruppi etnici umani, su base cromosomica, quindi “neutrale”: ma non apprendiamo molto sulla poesia e sui regimi politici, sulla religione e sulle attività ricreative, sull'arte e il linguaggio, sulle paure collettive e sulle speranze condivise, di quella data popolazione: che è poi invece ciò che più ci può interessare.

È come se uno studioso di religioni mi definisse ateo, perché non credo in alcun Dio, né sulla terra né nei cieli. È un'operazione assolutamente legittima, ma “io” non mi definisco ateo. Ateo è nozione già religiosa, *a-theos*; personalmente non credo, tuttavia, neppure nell'astrologia o in Babbo Natale, e da diversi anni, ma non mi definisco a-zodiacale o a-Santa. Non è ciò che dal mio punto di vista è veramente interessante, e dotato quindi di valore definitorio: mi definisco uomo di università, praticante di karate, musicofilo, alpino in congedo, e altre cose ancora che dal mio punto di vista sono importanti: cose che “mi definiscono”. Certo, il punto di vista, assolutamente legittimo, dell'uomo di religione, è che “io sono ateo”. Ma ciò è scarsamente informativo se non si spiega ciò che ha fornito alla mia vita un progetto esistenziale, e un *surplus* di senso, cioè le modalità positive di quella mancanza di spazio e interesse per la religione in quanto tale. Le tipologie definitorie sono legittime e utilissime, ma non rendono, non illuminano ciò che veramente “bru-

cia”, ciò che rimane intellettualmente e dottrinalmente rilevante per chi volesse mai prendere sul serio il diritto naturale, o il realismo giuridico.

Questo elemento problematico diventa perspicuamente visibile proprio quando si sovrappone allo studio storico degli autori una (indispensabile) etichetta teorica. Per esempio, si ha talvolta l'impressione che il mondo antico sia presentato come deliberatamente giusnaturalistico, e che quello moderno, a un certo punto, abbandoni questo paradigma (con più o meno occasionali, ma sempre importanti “ritorni”, etc.), a favore di un paradigma diverso, naturalmente quello giuspositivistico.

Il diritto naturale sarebbe allora fiorito splendidamente nel mondo antico e medievale, e sarebbe poi entrato in crisi di fronte all'impatto della modernità, con le sue ipoteche giuspositivistiche e la progressiva desostanzializzazione della razionalità giuridica, fino alle spregiudicate e brillanti critiche dei realisti, araldi a loro volta del radicalismo critico post-moderno.

Gli antichi erano i buoni, i moderni invece sono i *bad guys*, responsabili dell'obliterazione del diritto naturale che sfocia negli esecrandi eccessi del liberalismo individualista. Oppure, appunto, dall'altro versante “ideologico”: col sorgere della forma-Stato, il giusnaturalismo antico e medievale cede infine il passo, ed è l'alba gloriosa della Modernità, a un nuovo paradigma giuspositivistico, che lo sostituisce. Si possono allora capire i due paradigmi con una comparazione teorica, per esempio comprendendo l'opposizione fondamentale, diciamo così, fra Aristotele e Hobbes.

L'elemento problematico, in questo caso, non è dato dall'idea del cambio di paradigma in se stesso, ci mancherebbe, ma è costituito dall'orizzonte puramente teorico entro il quale talvolta sembra doversi supporre che gli Antichi abbiano operato le loro scelte: come se Aristotele, avendo di fronte Platone e Kelsen, Pitagora e Hart, avesse optato, dopo una pensosa riflessione nel Peripato, per un certo ruolo da far giocare al diritto naturale (mentre da un certo punto della storia filosofico-giuridica in poi si cambia idea in proposito). Nell'orizzonte categoriale di Aristotele l'opzione giuspositivistica, come noi la concet-

tualizziamo ora, non era invece proprio affatto presente: le sue opzioni teoriche hanno un senso specifico solo sullo sfondo di *altre* possibilità (le opzioni alternative) che egli aveva effettivamente a disposizione.

Le dottrine giuridiche non crescono in un *vacuum*, e il loro senso non è indipendente da vari fattori di tipo contestuale, sia di tipo teorico e dottrinale, sia di tipo istituzionale. Naturalmente gli interpreti hanno ogni diritto di estrapolare modelli e di servirsi liberamente dei materiali testuali che controllano, e di altrettanto liberamente attingere al serbatoio categoriale che preferiscono. Non è detto, tuttavia, che una modellistica approfondisca per forza in modo decisivo la comprensione di chi la padroneggi. Dal *nostro* punto di vista, Aristotele *può* essere considerato un giusnaturalista: ovviamente però egli si guarda bene dal definirsi tale, o anche solo dall'identificare la questione come rilevante. Non erano questi i termini del suo problema. Può servire l'etichetta, ma non si va molto avanti nella comprensione della filosofia dello Stagirita se ci si ferma lì.

La narrativa del cambio di paradigma, corretta e molto utile, può insomma contenere un elemento problematico, quando se ne ipostatizzi il portato: essa non può infatti sostituire, esaustivamente e direttamente, per esempio, una riflessione *diretta* sul giusto per natura aristotelico, o sulla nozione di amicizia come “altra faccia della giustizia”, e così via.

Va insomma rilevato che la presenza di opzioni alternative può impattare il significato istituzionale di un'opzione dottrinale. Essere giusnaturalisti oggi, scegliendo tale opzione sullo sfondo di altre disponibili (per esempio quelle descritte da Barberis), può avere un significato differente rispetto alla “stessa opzione” fatta propria in un contesto radicalmente differente.

3. L'acqua sporca della filosofia del diritto

In una formula, non si tratta soltanto di una serie di autori e scuole che offrono risposte magari diversissime ad alcune domande fondamentali, alcune delle quali da tutti condivise, ma di autori e scuole che talora formu-

lano domande diversissime come domande rilevanti, e nessuna di queste domande è condivisa da tutti gli autori e scuole assunti come rilevanti.

Un ultimo aspetto non banale della complessità metodologica della disciplina è rilevante per la storia della filosofia del diritto in modo abbastanza specifico.

Vale la pena, infatti, porsi questa domanda: c'è qualcosa che differenza sul piano epistemico o metodologico la storia della filosofia del diritto da altre storie consorelle, cioè dalla storia della filosofia della scienza, dalla storia della filosofia del linguaggio, etc.?

La risposta che intendo offrire in questo contributo è affermativa: esiste una specificità della storia della filosofia del diritto (estesa, è chiaro, a quelle discipline che, magari anche solo occasionalmente, “fanno filosofia del diritto” entro l'orizzonte delle loro riflessioni).

Su alcuni autori della storia nella filosofia del diritto esistono diverse interpretazioni. Questo avviene con altre storie della filosofia, ma c'è una differenza. Nelle altre storie della filosofia l'interpretazione definitivamente più importante è, ovviamente, quella “giusta”, quella “corretta”; anche se in certi casi è inverosimile immaginare che mai potremo conoscerla con certezza, non è certo irragionevole immaginare che quella interpretazione esista. È possibile argomentare, per esempio, che una certa interpretazione di Aristotele sia filologicamente scorretta, e ripristinare dunque una lettura più vera e autentica del testo. Questo avviene in molte “storie della filosofia del ...”, che possono tuttalpiù spendere generosamente qualche parola sui fraintendimenti del passato, sulla storia dell'interpretazione, sulla fortuna di quel concetto e di quell'autore.

Nella storia della filosofia del diritto, tuttavia, abbiamo (come possibilità) interpretazioni “errate” che sono d'importanza autonoma capitale: un Aristotele *communitarian*, faccio per dire, con una nozione di amicizia tutta valori condivisi e *idem sentire*, non deve aver molto a che fare con un'interpretazione filologicamente rigorosa del testo (dove gli esempi di amicizia politica, l'altra faccia della giustizia, sono esempi di decisioni pubbliche, che quindi possono essere motivate anche da valori e punti di vista differenti e incompatibili). Ma l'Aristotele *commu-*

nitarian è fondamentale perché suscita ed è solidale con un'interpretazione dei fenomeni giuridici in chiave antindividualistica, che tende a comprimere il valore altrimenti meritevole di intensa tutela dell'autonomia dell'individuo, e a legittimare di conseguenza forme di moralismo o paternalismo giuridico.

Se sono in grado di argomentare che una data interpretazione della filosofia del linguaggio, o metafisica, di Aristotele, è sbagliata, e se la mia argomentazione è conclusiva, e viene accettata dalla comunità scientifica, le interpretazioni concorrenti scompariranno dalle rispettive storie della filosofia. Questo non avviene, e con ottime ragioni, nella storia della filosofia del diritto, se e quando quell'interpretazione filologicamente erronea di Aristotele ha contribuito a plasmare una narrativa efficace con la quale il diritto si è autointerpretato o si autointerpreta, per esempio in chiave anti-individualistica. L'Aristotele *communitarian*, a volte un po' alla Patrick Devlin, potrebbe essere considerato rilevante per la storia della filosofia del diritto *quanto* l'Aristotele "filologico", e può essere studiato e spiegato nei suoi propri termini, cioè nella motivazione – magari basata su un fraintendimento – che il testo aristotelico ha fornito per determinate posizioni teoriche e normative, per decisioni giuridiche *de lege lata* o *de lege ferenda*.

Una ricostruzione filologica di una nozione filosofico-giuridica, quando è possibile, è sempre di importanza decisiva per la disciplina. Essa tuttavia non genera alcuna ipoteca normativa sulla sua "corretta" interpretazione e applicazione. È perfettamente possibile, per esempio, sostenere che un pensatore illuminista quale Christian Thomasius fosse contrario alle convivenze *more uxorio*⁸, ma ciò non toglie che il suo pensiero, valorizzato in pagine arcifamose da Norberto Bobbio, abbia potuto a buon diritto essere considerato una pietra angolare dell'approccio

⁸ L. Palazzani, *Diritto naturale ed etica matrimoniale in Christian Thomasius. La questione del concubinato*, Giappichelli, Torino 1998.

giuspositivistico proprio in tema di diritto e morale⁹. È perfettamente possibile sostenere¹⁰ che David Hume non abbia mai voluto annunciare quella distinzione fra *is* and *ought* così cara ai giuspositivisti di scuola analitica: ma ciò non toglie che la “legge di Hume”, a torto o a ragione identificata in quel celebre luogo del *Trattato* sia stata alla base di una cospicua stagione di riflessioni filosofiche estranee, se non ostili, al giu-snaturalismo.

La storia della filosofia del diritto, così, non può aspirare alla perfetta trasparenza: nell’acqua troppo pulita i pesci non vivono.

⁹ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino 1979, capo II, 37, pp. 171-176.

¹⁰ J.M. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 1980; tr. it. di F. Di Blasi, *Legge naturale e diritti naturali*, a cura di F. Viola, Giappichelli, Torino 1996, p. 40.

Finito di stampare nel mese di maggio 2019
da Tipografia Montserrat S.n.c. - Vicopisano (PI)
per conto di Pisa University Press