

Una grande tradizione di studi – la storia della filosofia del diritto – nella quale una parte consistente della filosofia giuridica italiana ha dato il meglio di sé, appare oggi indebolita e sfibrata. Si è come affermata l'idea che la posizione originaria dalla quale deve muovere il cammino di chi intenda dedicarsi alla filosofia del diritto sia da cercare stendendo un velo di ignoranza su qualche migliaio di anni di riflessioni sul diritto.

Diacronìa nasce dalla convinzione che la filosofia del diritto, e la cultura giuridica, non possano affrontare criticamente i temi e i problemi all'ordine del giorno senza considerarne storicamente la genesi, le interpretazioni e le stesse soluzioni che si è ritenuto di poterne offrire in precedenza.

La Rivista vuole costituire un luogo aperto, accanto ad altri, di approfondimento e di confronto per tutti coloro che hanno interesse per la storia della riflessione sul diritto – e per le questioni metodologiche ad essa connesse –, nelle varie forme e nei diversi modi nei quali essa è stata (o potrà, di volta in volta) essere concepita.

1
2019

DIACRONIA

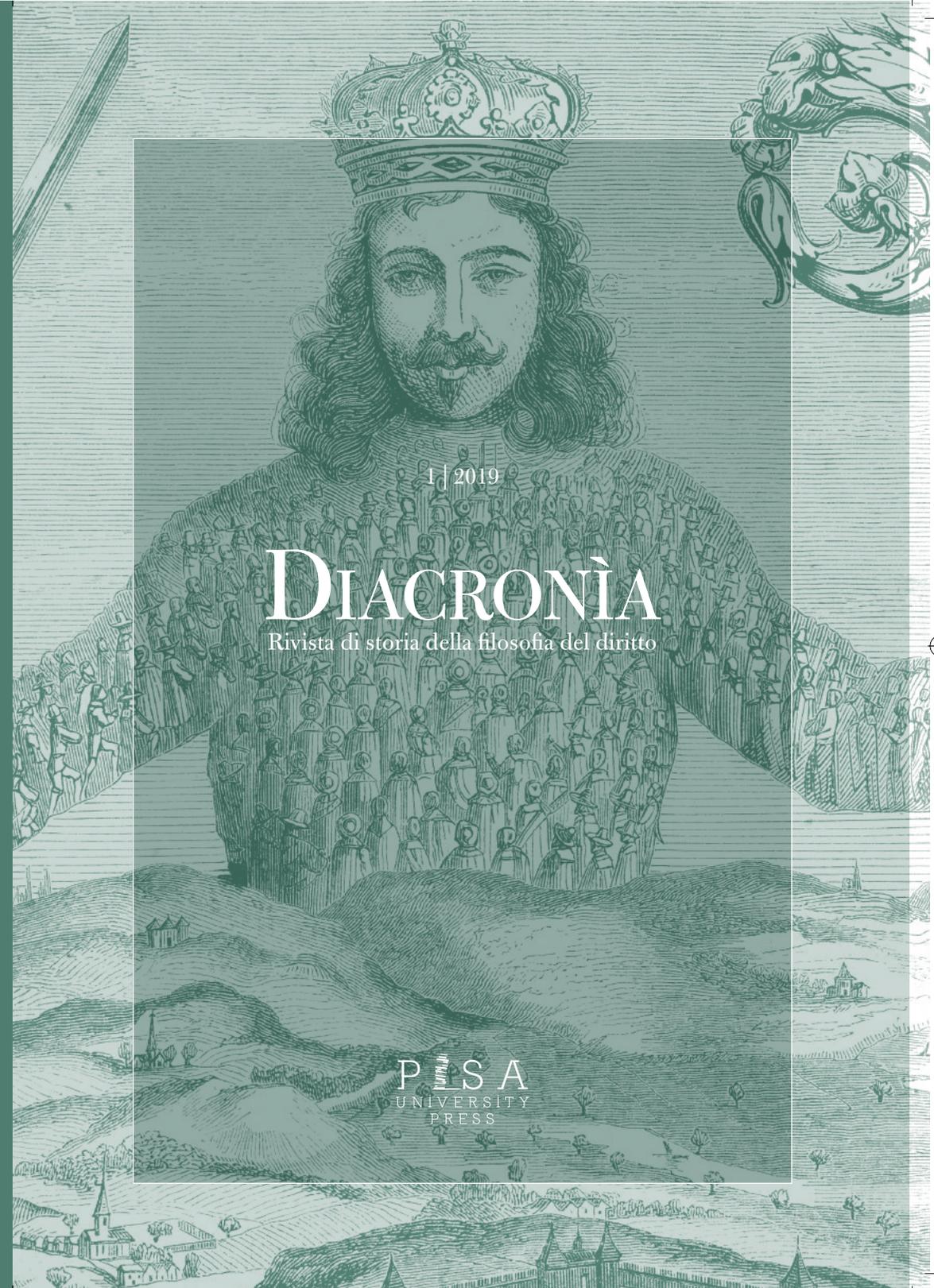
ISBN 978-88-3339-217-2



9 788833 392172

€ 25,00

PISA
UNIVERSITY
PRESS



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

Presentazione 7

Transizioni

a cura di Alberto Andronico e Tommaso Greco

La “transizione”: uno strumento metastorografico?
Pietro Costa 13

La Conquista del Nuevo mundo y la transición a la modernidad
Antonio Enrique Pérez Luño 43

Vestfalia 1648. La debolezza di un modello, la necessità di un mito
Stefano Pietropaoli 83

Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito
Massimo La Torre 107

Saggi

*Alcuni aspetti problematici di una nozione contemporanea
di storia della filosofia del diritto*
Gianfrancesco Zanetti 147

Reali presenze
Salvatore Amato 159

Montesquieu e la pena di morte
Tommaso Gazzolo 191

Note e discussioni

Su Cicerone filosofo del diritto
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

PRESENTAZIONE

Una rivista di storia della filosofia del diritto non dovrebbe aver bisogno di particolari giustificazioni in un paese nel quale i maggiori storici della filosofia del diritto sono stati anche tra i maggiori filosofi del diritto dell'ultimo secolo. Un nome per tutti: Norberto Bobbio. E tuttavia, della nostra decisione di dar vita a una nuova rivista di storia della filosofia del diritto che vada ad aggiungersi a quelle già esistenti (e a quelle – per la verità non molte, anche se molto autorevoli – di storia del pensiero giuridico e della cultura giuridica) pare ugualmente doveroso indicare le ragioni.

Abbiamo l'impressione che una grande tradizione di studi nella quale una parte consistente della filosofia giuridica italiana ha dato il meglio di sé appaia oggi indebolita e come sfibrata. Basti pensare che se in passato i giovani studiosi cominciavano generalmente il proprio percorso di formazione e di ricerca con un lavoro di carattere storico, oggi una scelta del genere è ritenuta da più d'uno non solo troppo impegnativa, ma anche scarsamente interessante o addirittura controproducente. Se si aggiunge il fatto che in non poche università la storia della filosofia del diritto è praticamente scomparsa dai programmi di studio, si rischia di avallare l'idea che la posizione originaria dalla quale deve muovere il cammino di chi intenda dedicarsi alla filosofia del diritto sia da cercare stendendo un velo di ignoranza su qualche migliaio di anni di riflessioni sul diritto.

Diacronia nasce piuttosto dalla convinzione che la filosofia del diritto, e la cultura giuridica tout court, non possano affrontare criticamente i temi e i problemi all'ordine del giorno senza considerarne storicamente la genesi, le interpretazioni e le stesse soluzioni che si è ritenuto di poterne offrire in precedenza. Essa nasce perciò dalla condivisione di un'esigenza che molti di noi avvertivano individualmente ma che negli

anni recenti, anche grazie a una serie di seminari tenutisi a Pisa, si è fatta “progetto”. Non un progetto incentrato su un’opzione metodologica predefinita, è bene sottolinearlo, e nemmeno un progetto che poggia su comuni obiettivi di ricerca. Fine esplicito di quanti, in buona parte coetanei, da qualche anno hanno preso a incontrarsi in numero sempre crescente per parlare di storia della filosofia del diritto, è quello di promuovere un dibattito che riguardi i fondamenti stessi dell’approccio storico-filosofico, a cominciare dalle questioni metodologiche, che anziché essere date per risolte una volta per tutte non possono non essere messe continuamente in discussione, come del resto avviene in discipline affini quali la filosofia politica o la storia delle dottrine politiche.

La rivista ambisce appunto a costituire un luogo aperto, accanto ad altri, di approfondimento e di confronto per tutti coloro che hanno interesse per la storia della riflessione sul diritto, nelle varie forme e nei diversi modi nei quali essa è stata o potrà di volta in volta essere concepita.

La speranza che questa nostra “impresa” possa essere considerata non del tutto priva di interesse dalla comunità dei giuristi si aggiunge perciò all’auspicio che essa possa se non altro contribuire a dare nuova linfa agli studi di storia della filosofia del diritto in quanto luoghi di riflessione e di dialogo tra le diverse ‘tradizioni’ che concorrono a formare quella che a ragione è stata definita l’identità plurale della filosofia del diritto.

TRANSIZIONI

a cura di Alberto Andronico e Tommaso Greco

«Se la nostra storia è così largamente passata, lo deve al fatto di svolgersi “prima” di un certo termine, di una crisi che frastagliò a fondo la vita e la coscienza...». La storia è quella di Hans Castorp e la crisi è quella della grande guerra. La penna, la si sarà già riconosciuta, è quella di Thomas Mann. Ora, di ragioni che possono giustificare, oggi, il progetto di dare vita a una rivista di storia della filosofia del diritto se ne possono trovare tante. Tra le tante, una è certamente la seguente: l’architettura concettuale che ha fatto la storia del pensiero giuridico moderno sembra fare sempre più fatica a far presa sulla realtà. Che ci piaccia o no, insomma, ci troviamo a vivere in un momento di passaggio. Ed è proprio questo, per quanto paradossale possa sembrare, a rendere necessaria (e urgente) una riflessione sulla genesi delle nostre categorie e sulle condizioni storiche della loro costituzione. Da qui l’idea di volgere lo sguardo all’indietro, dedicando la parte monografica del primo numero di *Diacronia* proprio ad alcune “transizioni” che nel passato hanno scandito con maggiore evidenza la nostra storia in un “prima” e in un “poi”.

Nel dettaglio, piuttosto che partire da un concetto e rileggerlo storicamente, in questo primo numero si è pensato che potesse essere interessante provare a compiere in qualche modo il gesto inverso: partire dalla storia e cercare di “apprendere la nel pensiero (giuridico)”, pur senza vincolarci a una specifica ipotesi hegeliana. Abbiamo così isolato, ovviamente senza alcuna pretesa di completezza, alcune “transizioni” che ci sono sembrate particolarmente significative: la conquista del Nuovo Mondo, di cui scrive Antonio Enrique Perez Luño; la guerra dei Trent’anni e l’affermazione del ‘modello Vestfalia’ su cui si sofferma Stefano Pietropaoli; la stagione della Repubblica di Weimar con la

centralità del pensiero schmittiano, analizzata da Massimo La Torre. Il saggio di apertura – un’ampia riflessione sul concetto stesso di “transizione” – è opera di Pietro Costa. L’intenzione, per dirla ancora con Thomas Mann, è stata quella di analizzare questi passaggi «ampiamente, con esattezza e a fondo», nella convinzione che questo potesse aiutarci (anche) a comprendere meglio il nostro stesso presente. Del resto, è sempre Thomas Mann a dirlo meglio di come potremmo dirlo noi: «Senza temere il discredito in cui versa la meticolosità siamo anzi propensi a credere che soltanto ciò che va in profondità riesce a divertire». E dunque: *buon divertimento*.

LA “TRANSIZIONE”: UNO STRUMENTO METASTORIOGRAFICO?

Pietro Costa

Abstract

The essay deals with the problem of ‘transition’ as a meta-historiographical instrument. Can we employ it in order to focus on the change process that historiography assumes as its own object? The essay addresses this problem by referring to the usage of ‘transition’ in several disciplinary fields: as regards political science it is considered with particular reference to Transitional Studies; Thomas Kuhn’s idea of scientific revolutions and paradigm changes explains the idea of transition in the context of history of science; and Marx’s theory of social-economic development expounds it from a sociological point of view. Finally, the relationship between ‘transition’ and ‘crisis’ is taken into consideration.

Keywords

Transition; Crisis; History of Science; Economic history; Legal history.

1. Cenni introduttivi

“Transizione” è una parola suggestiva: allude a mutamenti, a passaggi, ed evoca situazioni provvisorie e irrisolte. Presentare la propria (o un’altra) epoca come un’età di transizione permette di accentuarne il carattere dinamico e processuale, dispensandoci dal chiuderla in una gabbia di definizioni rigide e conclusive. Certo, il fascino della parola “transizione” rischia di essere inversamente proporzionale alla sua univocità semantica:

in particolare, quando il suo uso si diffonde in quel sapere specialistico (o meglio in quella costellazione di saperi specialistici) che chiamiamo “storiografia”, può sorgere il dubbio che essa si presenti come una chiave che, proprio perché promette di essere buona per tutte le porte, in realtà non è in grado di aprirne nessuna. Se gli storici infatti sono chiamati a comprendere e a narrare il continuo trasformarsi delle esperienze nell’orizzonte della temporalità, è della “transizione” che essi sempre e comunque parlano; e non è immediatamente chiaro in che senso un momento di questa ininterrotta transizione sia più “transitorio” di un altro. È comprensibile quindi lo scetticismo di Claudio Pavone, che nel successo del termine vedeva «il rischio di trasformare l’intera storia in una lunghissima transizione, dall’alfa dell’inizio all’omega della pienezza dei tempi»¹.

“Transizione” può essere in effetti, per la storiografia, un ridondante termine-*passepartout*, ma può essere anche l’indizio di un’esigenza fondata: l’esigenza di individuare una sintassi del cambiamento, o quanto meno di sollecitare l’attenzione sugli elementi che ne permettano la tematizzazione e la narrazione. È possibile attribuire a “transizione” una specifica valenza metastoriografica, impiegandola per mettere a fuoco momenti o fenomeni peculiari dei processi di mutamento che la storiografia assume come proprio oggetto?

In realtà, la risposta più probante a questa domanda potrebbe provenire non tanto da una inchiesta di carattere metodologico, quanto dalla ricognizione di precise e mirate ricerche “sul campo”. Per impostare la domanda o almeno per coglierne il senso, però, può essere utile ricordare alcuni impieghi, recenti e meno recenti, del termine “transizione” in ambiti di sapere distinti dalla storiografia, ma con essa potenzialmente (se non sempre esplicitamente) interagenti e tentare di capire se essi abbiano contribuito o possano contribuire a fare di “transizione” un termine storiograficamente pregnante.

¹ C. Pavone, *Prima lezione di storia contemporanea*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 153.

2. La “transizione” nei *Transitional studies* e nella *Transitional justice*

A partire dall'ultimo decennio del Novecento è la politologia a fare un uso sistematico del termine “transizione”. Di fronte alle decisive trasformazioni politico-istituzionali provocate dall'esaurimento della guerra fredda e dal collasso del “blocco socialista” sembra opportuno disporre di una categoria unitaria che possa individuare, al di là delle diversità di superficie, una comune direzione: la “transizione”, appunto, ovvero il passaggio da una forma di regime definita come “autoritaria” a un nuovo regime che viene fatto coincidere con la “democrazia”. È questa la formula con la quale O'Donnell, Schmitter e Whitehead intendono indicare la direzione di un processo che trova nel 1989 una sorta di data-simbolo. L'obiettivo dei politologi è mettere a punto uno schema concettuale capace di indicare le tappe obbligate di processi di trasformazione diversi, ma strutturalmente analoghi. Intorno a questo assunto si sviluppa una ricca e nutrita serie di studi, tanto fortunata da ottenere un nome e uno spazio precisi nell'ambito del sapere politologico: i *Transitional studies*².

In questa prospettiva, la transizione è concepita come un processo che conosce una fase, inaugurale, di entrata in crisi del regime autoritario esistente e di aperture verso una cauta liberalizzazione del sistema politico, cui fanno seguito il collasso del regime, l'introduzione di alcuni elementi (assunti come) caratterizzanti della democrazia e infine la consolidazione del nuovo regime e quindi la conclusione della transizione stessa.

² G. O'Donnell, Ph. C. Schmitter, L. Whitehead (eds.), *Transition from Authoritarian Rule. Tentative Conclusions about Uncertain Democracies*, John Hopkins University Press, Baltimore 1986; S. Huntington, *The Third Wave. Democratizations in the Late Twentieth Century*, University of Oklahoma Press, Norman-London 1991. Un'importante anticipazione in D. Rustow, *Transitions to Democracy: Toward a Comparative Model*, in «Comparative Politics», 2, 1970, pp. 337-363. Cfr. M. Cilento, *The “Fourth Wave” of Democratization and the Difficult Balance between “Transitology” and Area Studies*, in «Mediterranean Journal of Social Sciences», 5, 16, 2014, pp. 657-669.

Nella sua apparente astrattezza, questo schema è fortemente legato al contesto storico e geo-politico di fine millennio: presuppone (e a sua volta rafforza) un'impegnativa diagnosi epocale, secondo la quale l'esaurimento della "guerra fredda" prelude a un riassetto globale lungo il filo conduttore del trionfo planetario della democrazia. È un clima che trova la sua più scoperta (e fragile) espressione nella famigerata "fine della storia" proclamata da Fukuyama³ (per non parlare dei programmi strategico-politici della esportazione della democrazia). Peraltro, che la democrazia venisse considerata un bene "esportabile" appare meno bizzarro se si pensa che anche nello schema, politologicamente raffinato, della transizione, la democrazia (la cui introduzione coincideva con il terzo, cruciale snodo della transizione stessa) tendeva a coincidere con il dato della competizione elettorale (un dato, per così dire "tecnico" e apparentemente ripetibile nelle più diverse realtà socio-economiche).

Applicabile, data la sua struttura formale, a contesti storici molto diversi, lo schema della transizione presuppone un previo giudizio storico-politico sulla direzione di senso del processo. Assunta la democrazia rappresentativa come l'espressione dello *Zeitgeist* e il fine obbligato del cambiamento, la "transizione" è lo schema impiegato per individuare le tappe e gli snodi funzionali al conseguimento del fine e al contempo si presta a valere come una conferma empirica della diagnosi epocale.

Certo, nel corso del tempo il *transition paradigm* (come è stato chiamato) avrebbe mostrato, agli occhi degli stessi politologi, numerose fragilità, tanto da autorizzare la proclamazione della sua sopravvenuta fine⁴. In primo luogo, la tesi di un'evoluzione uniforme dei più diversi regimi autoritari verso la democrazia appare smentita dalla fenomenologia storica. In secondo luogo, far coincidere la democrazia con l'adozione

³ F. Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, The Free Press, New York 1992.

⁴ T. Carothers, *The End of the Transition Paradigm*, in «Journal of Democracy», 13, 1, 2002, pp. 5-21.

di un qualsivoglia meccanismo elettorale presuppone una definizione troppo riduttiva della democrazia stessa e si traduce in una caratterizzazione generica e indifferenziata dei nuovi regimi. Un terzo elemento di fragilità sembra risiedere infine nella scelta (caratteristica dei *Transition studies*) di assumere lo Stato e le élites politiche come il motore (e il principio esplicativo) della transizione, perdendo di vista l'analisi del contesto socio-economico e socio-culturale. Una siffatta scelta, se era coerente con la recente riscoperta, da parte della politologia, del ruolo, troppo a lungo trascurato, dello Stato e delle istituzioni politiche⁵, contribuisce a distrarre l'analisi dalla messa a fuoco delle specificità dei diversi contesti aggravando le tendenze astoriche e generalizzanti implicite nel *transition paradigm*.

Già denunciate dalla riflessione politologica, le insufficienze di un siffatto concetto di transizione non possono non apparire gravi a un sapere – la storiografia – programmaticamente impegnato a cogliere la specificità dei singoli contesti. Oltre a ciò, due ulteriori aspetti del concetto politologico di transizione contribuiscono a rendere problematica una sua semplice e immediata adozione da parte della storiografia.

In primo luogo, l'implicita convinzione previa che la transizione proceda verso un esito storicamente obbligato (la democrazia) introduce in essa un elemento pesantemente teleologico⁶. È vero che anche la storiografia si è mostrata spesso affetta dalla medesima sindrome facendo del passato una necessaria (e spesso provvidenziale) premessa del presente.

⁵ Cfr. P.B. Evans, D. Rueschemeyer, T. Skocpol (eds.), *Bringing the State back in*, Cambridge University Press, Cambridge 1985.

⁶ Cfr. gli acuti, e convergenti, rilievi critici di L. Baldissara, G. Ruocco, *Dell'utilità e del danno del concetto di 'transizione'*, in «Novecento. Per una storia del tempo presente», 14-15, 2006 (*La democrazia: retoriche della crisi e modelli di transizione*), pp. 7-19; L. Baldissara, *Sulla categoria di 'transizione'*, in «Italia contemporanea», 254, 2009, pp. 1-14; L. Cedroni, *Il linguaggio politico della transizione. Tra populismo e anticultura*, Armando, Roma 2010; G. Ruocco, *Appunti sulla transizione democratica dell'89*, in «Politics. Rivista di Studi Politici», 4, 2, 2015, pp. 83-97.

Oggi, però, la storiografia è sensibile al rischio di instaurare un circolo vizioso fra passato e presente, prima assumendo un qualche obiettivo etico-politico (ad esempio l'instaurazione della democrazia) come (implicitamente o esplicitamente) auspicabile e poi rintracciando nel passato i semi destinati a trasformarsi nell'agognato albero.

In secondo luogo, a complicare il passaggio del concetto di transizione dalla politologia alla storiografia intervengono le diverse prospettive euristiche proprie delle due discipline: se per la storiografia il presente compare (se compare) soltanto come la fase conclusiva di un processo di cui si vuole ricostruire la complessiva dinamica, per la politologia l'interesse centrale è la comprensione del presente. Certo, il presente non è un istante e anche la politologia ha bisogno di ricostruire il processo che conduce a esso. La ricostruzione del passato non è però nel suo caso un obiettivo autonomo, ma è uno strumento strettamente funzionale all'analisi del momento finale del processo.

Dobbiamo dunque concludere che lo schema della transizione impiegato dai *Transitional studies* non abbia alcun suggerimento da offrire alla ricognizione storiografica dei processi di cambiamento? Sarebbe, credo, una conclusione affrettata. Certo, è diffusa nella storiografia la diffidenza nei confronti degli schemi concettuali elaborati e impiegati dalle scienze sociali. È una diffidenza in parte giustificata dal timore di costringere la fluidità e la specificità dei processi di mutamento nel letto di Procuste delle categorie generali e astratte. Al contempo tuttavia lo storico non può dimenticare che egli stesso ha bisogno di un metalinguaggio funzionale alla rappresentazione del suo oggetto, ha bisogno di nozioni metastoriografiche che gli permettano di tematizzare, rendere comprensibile e comunicabile un processo. L'insegnamento implicito nei *Transitional studies* è la necessità di “dare un nome” a un processo storico, di individuarne i passaggi nodali, di rendere possibile la comparazione fra esperienze (relativamente) affini.

Non è forse casuale che si siano venute moltiplicando ricerche genuinamente storiografiche dedicate a emblematiche situazioni “di passaggio”: mi riferisco in particolare all'Europa del secondo dopoguerra e alla transizione dai regimi “totalitari” sconfitti (il nazionalsocialismo,

il fascismo) alle nuove democrazie costituzionali. Si dirà: l'analisi del passaggio dal totalitarismo alla democrazia è semplicemente un caso di specie del problema centrale e onnipresente di ogni ricognizione storiografica; il problema di costruire un racconto capace di dar conto unitariamente dei cambiamenti e delle permanenze, delle fratture e delle continuità, di offrire una rappresentazione dell'interazione che si viene creando fra ciò che cambia e ciò che resta. Se dunque questo problema è consustanziale a qualsiasi indagine storiografica, perché ipotizzare l'opportunità di ricorrere a uno schema metastoriografico *ad hoc* (in ipotesi, la “transizione”), quando è in gioco il passaggio fra due forme di Stato e di governo?

La domanda è legittima, ma la risposta negativa non è scontata, se è vero che nel passaggio fra assetti socio-politici diversi od opposti il confronto fra ciò che resta e ciò che muta si fa particolarmente serrato e drammatico e il ritmo e le scansioni del mutamento assumono intensità e caratteristiche peculiari.

Non è certo il caso di instaurare forzate e artificiose connessioni fra i *Transitional studies* e una storiografia che in tempi recenti ha sviluppato un notevole interesse allo studio del passaggio fra i totalitarismi e la democrazia (ma si è guardata dal cadere nella trappola del teleologismo, pur non rinunciando, come è inevitabile in qualsiasi operazione ermeneutica, a un implicito giudizio etico-politico sulla vicenda narrata). I due approcci restano distinti e lontani. Non credo però che sia infondata l'ipotesi che l'attenzione politologica alla “transizione” abbia esercitato un effetto benefico sulla storiografia aiutandola a mettere a fuoco il problema o comunque acuendo la sua sensibilità nei confronti delle trasformazioni legate al crollo di un regime politico e alla nascita di un regime alternativo.

È invece singolare che i *Transitional studies*, pure impegnati a delineare un modello di portata generale, non siano stati stimolati ad allargare il campo di indagine estendendolo a processi di passaggio di segno opposto (da regimi democratici a regimi autoritari). Che essi si siano concentrati sul transito da regimi autoritari a regimi (in qualche misura) democratici è peraltro comprensibile, tenendo conto del teleologi-

simo implicito nel loro programma euristico e della loro concentrazione sull'analisi del presente. Certo è però che l'elaborazione di un modello di "transizione" di carattere più generale, pur con tutte le presumibili difficoltà cui l'impresa andrebbe incontro, rivestirebbe un notevole interesse e potrebbe incrementare il dialogo con la storiografia. Da un lato, infatti, la storiografia da tempo si è cimentata con il problema del mutamento dei regimi politici (basti pensare – per restar fermi ai contesti prima ricordati – alla letteratura dedicata al passaggio dall'Italia giolittiana al fascismo e dalla repubblica di Weimar al regime nazional-socialista) e da essa sarebbe possibile ricavare una ricca messe di informazioni preziose per la costruzione del modello; mentre, dall'altro lato, un modello politologico di transizione tratto da (e riferito a) una più ampia gamma di esperienze eviterebbe più facilmente di cadere nella trappola del teleologismo.

In ogni caso, se la cospicua storiografia dedicata alla ricostruzione del mutamento dei regimi socio-politici non sembra avere influenzato i *Transitional studies*, non sembra inverosimile l'ipotesi inversa: che cioè la forte tematizzazione del concetto di transizione dovuta alla riflessione politologica abbia sollecitato la storiografia non tanto a scoprire realtà ignote, quanto a soffermarsi con rinnovata attenzione sulle dinamiche socio-politiche provocate dal passaggio dall'autoritarismo alla democrazia.

Non sono stati peraltro solo gli studi politologici a fare della transizione un termine importante dell'attuale discorso pubblico. Basti pensare al recente diffondersi di una composita letteratura multidisciplinare, coinvolta anch'essa (secondo angoli visuali volta a volta penalistici, filosofico-giuridici e internazionalistici) nel problema della "transizione": la *transitional justice*⁷. In questo caso, pur nella varietà delle pro-

⁷ Cfr. R.G. Teitel, *Transitional Justice*, Oxford University Press, Oxford-New York 2000; P.P. Portinaro, *Transitional Justice. I conti con il passato*, in «Teoria politica», 25, 1, 2009, pp. 5-26; P.P. Portinaro, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, Milano 2011; R. Bartoli, *La 'giustizia di transizione'*, in F. Palaz-

spettive disciplinari, il punto focale è capire che cosa significhi e come si possa procedere a “fare i conti con il passato”: in una drammatica fase di passaggio, è urgente dare «a juridical answer to the wrongs of past repressive regimes»⁸, punire i colpevoli, riparare i torti e al contempo porre le basi di una “giustizia” capace di tenere insieme la società, superare le fratture e promuovere il decollo di una nuova (e più “umana”) convivenza.

I saggi riconducibili al settore della *Transitional justice* hanno caratteristiche e finalità completamente diverse da quelle proprie dei *Transitional studies*, ma contribuiscono egualmente a fare del passaggio dall’autoritarismo alla democrazia un tema importante dell’attuale discorso pubblico; ed è per questo tramite (per aver contribuito a determinare l’agenda del presente dibattito politico-giuridico) che la riflessione sulla *Transitional justice* può (indirettamente) sollecitare la storiografia a interrogarsi sul concetto di transizione.

Potremmo dire: se la *Transitional justice* ha, come proprio tema, l’esigenza di “fare i conti con il passato”; se l’asse lungo il quale essa dispone la sua riflessione è il rapporto fra il passato e il presente (e la pesante incidenza del primo sul secondo); se un obiettivo primario della giustizia di transizione è elaborare una rappresentazione, una narrazione, del passato che sia, nei limiti del possibile, condivisa, la dimensione storiografica non è esterna ad essa, ma ne è una parte costitutiva, dal momento che proprio del passato la storiografia vuol offrire un’affidabile ricostruzione.

zo, R. Bartoli (a cura di), *La mediazione penale nel diritto italiano e internazionale*, Firenze University Press, Firenze 2011, pp. 57-96; G. Fornasari, *Giustizia di transizione e diritto penale*, Giappichelli, Torino 2013; C. Corradetti, N. Eisikovitz, J. Rotondi (eds.), *Theorizing Transitional Justice*, Ashgate Publishing, Aldershot 2015; Ch. Bell (ed.), *Transitional justice*, Routledge, London-New York 2017.

⁸ R. Teitel, *Transitional Justice Genealogy*, in «Harvard Human Rights Journal», 16, 2003, p. 69.

In realtà, le cose non stanno in questi termini, per vari motivi. In primo luogo, sono dominanti nella *Transitional justice* un'impostazione prescrittiva e progettuale e un orientamento alla prassi: l'obiettivo primario è individuare i principi più idonei a garantire il rispetto dei diritti umani e ad assicurare la migliore realizzazione della giustizia (distributiva o riparativa che sia) nel passaggio dall'autoritarismo alla democrazia. È vero che è indispensabile a questo scopo la ricognizione del passato: questa ricognizione però deve sfociare in una narrazione, da un lato, inevitabilmente selettiva, dall'altro lato, funzionale all'obiettivo della riconciliazione. Serve insomma una vera e propria "politica della memoria": l'elaborazione di una memoria collettiva che certo potrà avvalersi dei contributi della storiografia, ma non coincide con essa, dal momento che la storiografia persegue l'obiettivo di una conoscenza globale e "disinteressata" del passato, non rigidamente predeterminata dalle urgenze pratiche del presente.

Caratterizzata da interessi e obiettivi che non possono dirsi propriamente "storiografici", la letteratura dedicata alla *Transitional justice* può tuttavia aver stimolato dall'esterno la storiografia, inducendola a riflettere sulle peculiarità di uno specifico cambiamento: quel cambiamento che coincide con l'abbandono (rapido e traumatico) di una forma di Stato (e, con essa, di un'intera cultura politica e di una corrispondente prassi di governo) e il passaggio a una diversa forma di Stato. Tanto i *Transitional studies* quanto la letteratura dedicata alla *Transitional justice*, a dispetto delle loro diversità, contribuiscono a sottolineare che questo passaggio non è un passaggio qualsiasi – una *tranche* temporale eguale a ogni altra nel continuo fluire dell'esperienza – ma richiede un *surplus* di attenzione: richiede una più accurata diagnosi del punto di partenza e del punto di arrivo, non meno che una tematizzazione degli snodi e degli elementi di contraddizione di cui la "transizione" si compone.

3. La transizione come schema metastoriografico

La transizione come un termine impiegabile non per indicare un mutamento generico, bensì per riferirsi a un cambiamento caratterizzato da alcuni elementi peculiari: è questo il suggerimento che la storiografia può desumere dalla recente riflessione (politologica, filosofico-giuridica, penalistica) sulla transizione. Certo, da questa composita letteratura non emerge, già pronta all'uso, una nozione metastoriografica di transizione. Emergono però le condizioni di impiego di quel concetto, sufficienti per intendere la direzione che una ri-definizione di “transizione” potrebbe seguire.

La transizione è un tempo intermedio fra due estremi, percorso da tensioni, conflitti e contraddizioni prodotti dalla compresenza del vecchio e del nuovo. Se però il conflitto fra ciò che nasce e ciò che muore ricorre in ogni processo di cambiamento, a impedire che “transizione” sia un semplice sinonimo di cambiamento dovranno intervenire alcune caratteristiche peculiari del punto di arrivo e del punto di partenza. E in effetti, nei *Transitional studies* come nella *Transitional justice*, tanto ciò che apre quanto ciò che chiude la sezione storico-temporale considerata hanno una precisa fisionomia: non sono azioni o episodi puntuali, ma sono regimi politici. Non sono événements, ma sono strutture: assetti organizzati, sistemi politico-sociali⁹. La transizione si presenta come il passaggio dall'uno all'altro sistema: include lo sfaldamento del sistema “*a quo*” e il processo di stabilizzazione del sistema “*ad quem*”. La transizione è, al contempo, il deformarsi e il riformarsi del sistema e l'insieme delle azioni e delle reazioni che ne conseguono. La transizione implica la simultanea considerazione della stabilità e del movimento. È una nozione metastoriografica che vincola la narrazione storiografica

⁹ Nel linguaggio comune la transizione sembra definibile, in termini generali, come un «tempo intermedio tra un avvenimento e l'altro, o tra uno e un altro stato di cose» (N. Tommaseo, *Dizionario della lingua italiana*, L'Unione Tipografico-Editrice, Torino 1861-1879, IV, p. 1547).

alla determinazione di due estremi “statici” e organizzati e alla ricognizione della dinamica originata, nel tempo intermedio, dalla loro destrutturazione e ristrutturazione.

Se questa proposta di “traduzione” metastoriografica di alcuni recenti impieghi di “transizione” ha una qualche plausibilità, è facile accorgersi che, se non la parola, lo schema concettuale da essa veicolato non è un dono recente delle scienze sociali alla storiografia, ma è uno strumento che ha già trovato (in un passato prossimo e remoto) numerose utilizzazioni, sollecitate dal tentativo di rendere comprensibile il mutamento.

Un esempio interessante è offerto, negli anni settanta del Novecento, dalla domanda che Thomas Kuhn solleva guardando primariamente alla storia delle scienze fisico-naturali: perché e come le teorie cambiano? È per rispondere a questa domanda che lo storico americano mette a punto un preciso schema (metalinguistico, metastoriografico) attraverso il quale rileggere la storia dei saperi.

Per cogliere un cambiamento occorre ovviamente riferirsi a un “prima” e a un “dopo”. Il punto di partenza è l’individuazione di un momento in cui un determinato sapere si presenta come un insieme di costrutti largamente condivisi. È il periodo della «scienza normale». La scienza, in questa fase, si presenta come un solido sistema di principi e di metodi nei quali l’intera comunità scientifica si riconosce. La scienza normale è costruita intorno a un «paradigma» unitario: «un paradigma – scrive Kuhn – è ciò che i membri di una comunità scientifica, e loro soltanto, condividono. Viceversa, è il possesso di un paradigma comune che forma, di un gruppo di uomini altrimenti disparati, una comunità scientifica»¹⁰. È il paradigma condiviso che fa di un sapere una totalità coerente. Proprio per questo Kuhn suggerisce, come un più efficace si-

¹⁰ T. S. Kuhn, *Second Thoughts on Paradigms*, in F. Suppe (ed.), *The Structure of Scientific Theories*, University of Illinois Press, Urbana 1971, pp. 459-458. Cfr. anche A.E. Musgrave, *Kuhn’s Second Thought*, in «The British Journal for the Philosophy of Science», 22, 1971, 3, pp. 287-297.

nonimo di paradigma, il termine «matrice disciplinare»; un termine che allude al patrimonio concettuale posseduto in comune da «coloro che sono impegnati nella ricerca all'interno di una disciplina particolare»¹¹.

Perché, allora, intervengono cambiamenti anche radicali, vere e proprie «rivoluzioni», se un determinato sapere è riuscito a organizzarsi intorno a un paradigma condiviso? Il cambiamento si rende necessario nel momento in cui il sapere consolidato si mostra incapace di risolvere nuovi problemi. Inizia allora un processo – che può essere anche molto lungo – nel quale il vecchio paradigma perde di credibilità e nuovi schemi esplicativi vengono proposti. L'assetto solido e il sistema stabile della “scienza normale” cedono il posto a una fase di conflitti e turbolenze. Inizia ciò che Kuhn chiama la «scienza straordinaria»: è venuto meno un paradigma condiviso e inizia il conflitto fra paradigmi incompatibili. Comincia, con la crisi della scienza “normale”, un periodo di transizione che si conclude non appena un paradigma alternativo si afferma e diviene la matrice di un nuovo assetto di sapere. Finisce allora il periodo intermedio – la fase della «scienza straordinaria» – e prende campo una nuova «scienza normale», una nuova configurazione disciplinare, altrettanto stabile e strutturata della precedente.

Potremmo dire: Kuhn impiega, sì, il termine “transizione”, ma il lemma principale è per lui “rivoluzione”: non a caso è alle rivoluzioni scientifiche che esplicitamente il suo libro più celebre è dedicato. “Rivoluzione” e “transizione” non entrano però in contraddizione perché non si muovono sullo stesso piano. Il cambiamento di cui Kuhn intende dar conto è una “rivoluzione” perché, nella sua prospettiva, i paradigmi sono reciprocamente incommensurabili e, nel passaggio dall'una all'altra scienza “normale”, non si danno lasciti e scambi, ma si aprono soltanto incolmabili fratture. Ciò non toglie però che Kuhn, nel narrare il mutamento delle scienze fisico-naturali, impiega in sostanza ciò che abbiamo convenuto poter essere un concetto metastorografico di

¹¹ Kuhn, *Second Thoughts*, cit.

“transizione”: egli infatti assume come punto di partenza un assetto strutturato e “statico”, prosegue ipotizzando la sua destrutturazione e il conseguente svolgimento di una dinamica conflittuale e indica, come punto di arrivo, un altro assetto, diverso dal precedente, ma altrettanto strutturato. Per il “discontinuista” Kuhn, la “rivoluzione” è, semplicemente, la modalità obbligata di svolgimento di una “transizione”.

Per Kuhn, dunque, è l'intera storia delle scienze fisico-naturali a poter essere ricostruita applicando lo schema metastoriografico della “transizione”: uno schema che suggerisce di narrare il mutamento come il progressivo sfaldamento di un assetto o sistema organizzato e strutturato (assunto come *terminus a quo*), fino al ricomporsi di un sistema diversamente (ma altrettanto saldamente) ordinato (assunto come *terminus ad quem*). Uno schema siffatto, applicato da Kuhn al mutamento dei paradigmi scientifici, può però – dato il suo carattere astratto e formale – essere riferito alle più diverse esperienze. Non sembra, alla radice, troppo diversa la chiave di lettura suggerita da Marx per intendere la linea di svolgimento dello sviluppo storico complessivo.

Il «filo conduttore nei miei studi – scrive Marx in alcune pagine celebri – può essere brevemente formulato così: nella produzione sociale della loro esistenza, gli uomini entrano in rapporti determinati, necessari, indipendenti dalla loro volontà, in rapporti di produzione che corrispondono a un determinato grado di sviluppo delle loro forze produttive materiali. L'insieme di questi rapporti di produzione costituisce la struttura economica della società, ossia la base reale sulla quale si eleva una sovrastruttura giuridica e politica e alla quale corrispondono forme determinate della coscienza sociale»¹².

L'assunto decisivo è la convinzione di avere individuato un punto di Archimede su cui far leva per intendere una società, in una fase del suo sviluppo, cogliendo l'insieme delle sue relazioni costitutive. La storia è

¹² K. Marx, *Zur kritik der politischen ökonomie, Erstausgabe*, Berlin 1959; tr. it. di F. Codino, *Per la critica dell'economia politica*, Editori Riuniti, Roma 1969³, pp. 4-6.

il susseguirsi (coerente ed esplicabile) di fasi che evolvono l'una dall'altra in ragione della struttura che caratterizza ognuna di esse e della dinamica che a partire da quella struttura volta a volta si innesca. La società, in una sua determinata fase, è una totalità unitaria¹³, articolata intorno al nesso fra forze produttive e rapporti di produzione. È dall'interno della struttura che si sprigiona la necessità del cambiamento: «a un dato punto del loro sviluppo, le forze produttive materiali della società entrano in contraddizione con i rapporti di produzione esistenti, cioè con i rapporti di proprietà (che ne sono soltanto l'espressione giuridica) dentro i quali tali forze per l'innanzi s'erano mosse. Questi rapporti, da forme di sviluppo delle forze produttive, si convertono in loro catene. E allora subentra un'epoca di rivoluzione sociale»¹⁴.

Un assetto economico-sociale (e quindi, al contempo, politico-giuridico e culturale), coeso e unitario, non resta eternamente eguale a se stesso: il sistema socio-economico è il punto di partenza di un processo che trova il suo innesco in una «contraddizione» (fra forze e rapporti di produzione) immanente al sistema stesso. Il sistema entra in crisi e inizia un processo di trasformazione (che può durare secoli), il cui esito è il transito a un nuovo sistema sociale. Dal mondo antico alla società feudale, dalla società feudale alla società borghese e da questa a una futura società senza classi, il mutamento è descrivibile come un processo che muove da un sistema esistente e attraverso la sua destrutturazione conflittuale perviene alla formazione di un sistema diverso.

Di nuovo, è lo schema metastoriorografico della transizione che sembra funzionare secondo la sua logica consolidata: la transizione come passaggio da un “sistema” A ad un “sistema” B, da un assetto statico

¹³ «Produrre significa (per Marx) riprodurre la società nel suo intero. Nella configurazione dei processi produttivi materiali si riflette a suo giudizio, “in ultima istanza”, l'intero sistema (storicamente determinato) delle relazioni sociali. E in particolare la loro struttura gerarchica [...]» (A. Burgio, *Per Marx. Il sogno di una cosa*, DeriveApprodi, Roma 2018, p. 457).

¹⁴ Marx, *Per la critica dell'economia politica*, cit.

e strutturato a un altro, mentre il momento dinamico coincide con la destrutturazione-ristrutturazione dei due “sistemi”¹⁵.

Ovviamente, la transizione, come schema previo e intelaiatura formale e astratta di una possibile ricognizione-narrazione, non dice nulla sui contenuti (spesso enormemente complessi) di cui lo schema viene volta a volta riempito nel momento del suo concreto impiego, dando luogo a rappresentazioni inevitabilmente divergenti tanto dei “sistemi” (di partenza e di arrivo) quanto del processo del loro sfaldamento e della loro ricomposizione. Un esempio interessante può essere offerto da un famoso dibattito degli anni cinquanta, che è il caso di ricordare (fra i tanti possibili) sia perché divampato sul terreno specificamente storiografico sia perché esplicitamente e comunemente identificato come il “*transition debate*”: il dibattito che ha avuto come protagonisti Maurice Dobb e Paul Sweezy¹⁶.

La materia del contendere è il passaggio dalla società feudale alla società “borghese-capitalistica”: per Dobb, la crisi del feudalesimo è aperta da disfunzioni e inefficienze interne a quel modo di produzione, mentre Sweezy sottolinea l'importanza di fattori “esterni” (quali il ruolo del mercato, l'espansione della classe mercantile, lo sviluppo dei centri urbani) come agenti della crisi. Le differenze, come si inten-

¹⁵ Cfr. M. Godelier, *Transizione*, in *Enciclopedia Einaudi*, Einaudi, Torino 1981, vol. 14, pp. 460-494; N. Guilhot, *The Transition To The Human World Of Democracy. Notes for a History of the Concept of Transition, from Early Marxism to 1989*, in «European Journal of Social Theory», 5, 2, 2002, pp. 219-243.

¹⁶ Cfr. M. Dobb, *Studies in the Development of Capitalism*, Routledge, London 1946; P.M. Sweezy, M. Dobb, *The Transition from Feudalism to Capitalism*, in «Science & Society», 14, 2, 1950, pp. 134-167; K. Takahashi, *The Transition from Feudalism to Capitalism: A Contribution to the Sweezy-Dobb Controversy*, in «Science & Society», 16, 4, 1952, pp. 313-345; M. Dobb, P.M. Sweezy, *Comments on Takahashi's "Transition from Feudalism to Capitalism"*, in «Science & Society», 17, 2, 1953, pp. 155-164. Cfr. anche P.M. Sweezy, *Feudalism-to-Capitalism revisited*, in «Science & Society», 50, 1, 1986, pp. 81-84; F. Cazzola, *Maurice Dobb. Alcune questioni di storia del capitalismo*, in «Storicamente», 5, 2009, pp. 1-8.

de facilmente, non sono trascurabili. E tuttavia le due diverse ricognizioni dello sviluppo storico presuppongono il riferimento al concetto di “transizione”: è la transizione lo schema previo attraverso il quale entrambi i contendenti tentano di dar forma alla loro ricognizione del passato, pur offrendo una rappresentazione assai diversa degli elementi che, provocando la crisi del sistema di partenza, innescano il processo della trasformazione.

4. La transizione come schema metastoriografico e l’esperienza giuridica

La storia (kuhniana) della scienza e la storia (marxiana e marxista) della società sono soltanto esempi disparati (e rapsodicamente richiamati) di un impiego metastoriografico del termine “transizione”. Ciò che li accomuna è un’implicita ri-definizione di questo termine che ne accentua la specificità semantica e impedisce che esso valga come un mero sinonimo di “passaggio” o “cambiamento” o “trasformazione”. Lo schema implicato nella ri-definizione non suggerisce un dettagliato programma euristico, che può essere formulato soltanto in rapporto a specifici e determinati processi. La transizione, come schema metastoriografico, è caratterizzata da un alto livello di astrazione e si limita a indicare alcuni passaggi di carattere formale, riferibili ai più diversi ambiti di esperienza. È vero tuttavia che lo schema della transizione, ancorché formale, non è esornativo ed estrinseco, ma svolge due funzioni importanti: da un lato, suggerisce una peculiare tematizzazione dell’oggetto, dall’altro lato, offre un “formato” alla narrazione del processo di cui si vuole ricostruire la storia. Tanto la tematizzazione quanto la narrazione traggono dallo schema previo della transizione un preciso mandato: quello di rappresentare un determinato contesto di esperienza non come un magmatico flusso di eventi ed azioni, ma come un assetto in qualche modo coerente e ordinato e di ricostruire il movimento come la destrutturazione del sistema preesistente e la ristrutturazione del sistema successivo.

È comprensibile quindi che la convenienza di adottare la “transizione” come schema metastoriografico cambi a seconda delle prospettive

disciplinari e dei fenomeni analizzati, ma appaia presumibilmente tanto più alta quanto più l'esperienza di riferimento tenda a coagularsi in assetti e strutture. Da questo punto di vista, l'esperienza giuridica sembrerebbe offrire un terreno particolarmente favorevole.

In realtà, è difficile sottrarsi all'impressione che, anche per la storiografia giuridica e politico-giuridica, la fortuna del termine "transizione" sia legata più al fascino della parola che ai servizi potenzialmente offerti da una sua precisa ri-definizione: se siamo convinti di vivere in una "società liquida", una parola come "transizione" è efficace nel sottolineare la fluidità delle esperienze e l'instabilità del *mundus hic*, ma è alto il rischio che il suo uso non vada oltre un'accattivante clausola di stile.

Di contro, quando entra in gioco il fenomeno dello sfaldarsi e del ricomporsi di una struttura politico-giuridica, il termine "transizione" può assumere una valenza precisa. È quanto avviene nello studio della transizione da un regime politico-giuridico a un altro. Ho già fatto riferimento ai *Transitional studies* e alla *Transitional justice*: a un complesso di studi estranei, per finalità e metodo, al discorso sviluppato dalla storiografia e tuttavia presumibilmente efficaci nel sollecitare quest'ultima a fare della "transizione" un impiego non già stilistico o retorico, ma euristico.

In questa prospettiva, si sono moltiplicate le ricerche dedicate ai mutamenti dei regimi politico-giuridici, in particolare nel Novecento: a partire dal tramonto dei totalitarismi e dalla fondazione delle democrazie, nel secondo dopoguerra, fino alle trasformazioni politico-costituzionali che, in anni più recenti, hanno investito numerosi paesi in tutto il mondo (dalla Spagna al Portogallo, all'Argentina, al Brasile, ai regimi dell'est europeo). Entrano in gioco, anche su questo terreno, gli elementi caratteristici della "transizione" come schema metastoriografico (anche se il loro "dosaggio" varia, in intensità e modalità, a seconda delle scelte e della sensibilità degli "utenti"): da un lato, l'attenzione alla dimensione strutturale, alla configurazione politico-istituzionale e costituzionale dei regimi (*a quo* e *ad quem*); dall'altro lato, la ricostruzione puntigliosa dei processi di destrutturazione e di ristrutturazione, l'analisi di quel «periodo ambiguo ed intermedio in cui il regime ha abbandonato alcuni

caratteri determinanti del precedente assetto istituzionale senza avere acquisito tutti i caratteri del nuovo regime che sarà instaurato»¹⁷.

Un altro aspetto interessante di questa storiografia della transizione è la sua crescente attenzione non soltanto agli aspetti giuridico-costituzionali e istituzionali, ma anche al funzionamento del sistema giuridico nel suo complesso, al *law in action*, alla prassi giurisprudenziale e amministrativa, per capire in concreto quali siano gli strumenti impiegati per “fare i conti con il passato”. In questi casi, sono più evidenti le suggestioni provenienti dall’area della *Transitional justice* anche se la domanda resta diversa: lo storico, a differenza del filosofo o del penalista, si chiede non come *dobbiamo* fare i conti con il passato, ma come i conti con il passato *sono stati fatti* in un contesto determinato¹⁸.

È dunque nell’analisi del passaggio da un regime politico-costituzionale a un altro che lo schema metastorico della transizione ha trovato una sua applicazione privilegiata. Sembra invece trascurata la portata euristica più generale propria di quello schema: riferibile non già soltanto e necessariamente a un “regime” politico-giuridico, ma a qualsiasi esperienza suscettibile di essere tematizzata nella forma di un assetto o sistema strutturato e tendenzialmente stabile¹⁹.

¹⁷ L. Morlino, *Democrazie e democratizzazioni*, il Mulino, Bologna 2003, p. 122. Una densa analisi sulla trasformazione dei sistemi politici è offerta da W. Merkel, *System-transformation. Eine Einführung in die Theorie und Empirie der Transformationsforschung*, Verlag zur Sozialwissenschaften, Wiesbaden 2010.

¹⁸ Valgano alcuni esempi per quanto riguarda il passaggio dal fascismo alla repubblica: H. Woller, *I conti con il fascismo. L’epurazione in Italia 1943-1948*, il Mulino, Bologna 1997; M. Fiorillo, *La nascita della Repubblica italiana e i problemi giuridici della continuità*, Giuffrè, Milano 2000; M. Dondi, *La lunga liberazione. Giustizia e violenza nel dopoguerra italiano*, Editori Riuniti, Roma 2004; e in particolare G. Focardi, C. Nubola (a cura di), *Nei tribunali. Pratiche e protagonisti della giustizia di transizione nell’Italia repubblicana*, il Mulino, Bologna 2015, che anche nel titolo impiega il lemma ‘giustizia di transizione’.

¹⁹ Fra le poche testimonianze che si muovono in questa direzione è possibile ricordare il numero monografico (*Regime Change: Orders of Law in Transition*) di

Almeno due momenti dell'esperienza giuridica possono rispondere a questo requisito. Uno di essi coincide con l'ambito dei saperi (giuridici e politico-giuridici). Delinearne la storia impiegando lo schema della transizione richiede di individuare in essi una fase caratterizzata da una larga condivisione di principi e di metodi, per ricostruire poi le tensioni emergenti e i problemi irrisolti che mettono in crisi il paradigma dominante e preparano la formazione di un paradigma alternativo. In sostanza, si tratterebbe di adottare e riproporre, sul terreno della storia dei saperi giuridici e politico-giuridici, la strategia kuhniana (a patto di calibrarla e rimodularla in funzione delle caratteristiche proprie dei "testi di sapere" giuridici).

Anche un altro aspetto dell'esperienza giuridica potrebbe verosimilmente essere ricostruito nella falsariga della "transizione": il passaggio da un sistema normativo a un altro. Anche in questo caso, il materiale su cui lavorare (l'insieme dei testi giuridici prescrittivi accolti come tali in un determinato contesto storico) sembra spontaneamente predisposto a essere descritto come un assetto coerente e strutturato (appunto, come un "sistema"). Lavorare sulla sua "transizione" significherebbe quindi, di nuovo, non tanto ricostruire un cambiamento qualsivoglia, quanto individuare, nel sistema normativo "*a quo*", gli elementi disfunzionali alla tenuta del sistema stesso, seguirne gli sviluppi, collegarli alle aspettative e agli interessi degli attori sociali e infine illustrare la formazione di un diverso sistema. Anche in questo caso, una storiografia della

«CAL. Critical analysis of law. An International & Interdisciplinary Law Review», 3, 2, 2016. Nell'introduzione al volume, Norman W. Spaulding sottolinea il fatto che «"regime change" is conventionally associated with a transition in governance», mentre l'ipotesi che sorregge il numero monografico della rivista è che «regime change can involve a change in any deeply rooted and therefore authoritative or taken for granted social practice or mode of thought» e che «what appears to constitute a regime of thought, power, or social or political governance as a regime is precisely its stability over time, indeed, its thrownness» (N.W. Spaulding, *Regime Change: Orders of Law in Transition*, in «CAL. Critical analysis of law. International & Interdisciplinary Law Review», 3, 2, 2016 (*Regime Change: Orders of Law in Transition*), pp. 214-215.

transizione si proporrebbe come la narrazione di un tempo intermedio, occupato dallo sfaldamento di un sistema e dalla formazione di un sistema successivo.

5. “Transizione” e “crisi”: transizioni “semplici” e transizioni “complesse”

Da un lato, “transizione” come sinonimo di “mutamento” o “passaggio”, come una parola caratterizzata da una forza evocativa e suggestiva inversamente proporzionale alla sua efficacia denotativa; dall’altro lato, “transizione” come un’espressione “specialistica”, impiegata nel recente lessico politologico come il contrassegno di un preciso settore (o sub-settore) di indagine: i *Transitional studies*. Ciò che però curiosamente accomuna due impieghi così diversi del medesimo termine è la vistosa assenza (o almeno l’evidente sottoutilizzazione) di un lemma il cui collegamento con “transizione” sembrerebbe, intuitivamente, stretto: “crisi”. Nelle crescenti fortune del suo impiego retorico e stilistico “transizione” sembra suggerire l’idea di un mutamento continuo e perenne, mentre sfumano, di quel mutamento, le condizioni di insorgenza, mancando la tematizzazione dei sommovimenti e delle fratture cui il termine “crisi” alludeva.

In realtà, sembra difficile pensare la “transizione” senza includere nel suo campo semantico il termine “crisi”. Certo, “crisi” è una parola che ha una storia complessa cui non mi è possibile nemmeno accennare²⁰. Anche senza ripercorrerla, tuttavia, per confermare che un uso

²⁰ Basti il rinvio a R. Koselleck, *Krise*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, a cura di O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Klett Cotta, Stuttgart vol. 3, 1995, pp. 617-659 (tr. it. R. Koselleck, *Crisi. Per un lessico della modernità*, a cura di G. Imbriano e S. Rodeschini, Ombre Corte, Verona 2012); R. Koselleck, *Crisi*, in R. Koselleck, *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti*, il Mulino, Bologna 2009, pp. 95-109. Cfr. G. Imbriano, *Le due modernità. Critica, crisi e utopia in Reinhart Koselleck*, DeriveAppro-

metastoriografico del termine “transizione” possa difficilmente fare a meno del concetto di “crisi” basta richiamare i due modelli di analisi prima ricordati: tanto la kuhniana “scienza normale” quanto il sistema socio-economico marxiano sono assetti la cui tendenziale stabilità è interrotta, è messa “in crisi”, da difficoltà che essi stentano a fronteggiare. La crisi è, insieme, il segnale delle disfunzioni interne al sistema e il detonatore di quel processo di destrutturazione e ristrutturazione che chiamiamo “transizione”. Sembra difficile un impiego della “transizione” come schema metastoriografico che non includa un riferimento al concetto di “crisi”. Potremmo ricordare una fulminante proposizione tratta dal goethiano *Wilhelm Meister*: «Alle Übergänge sind Krisen, und ist eine Krise nicht Krankheit?»²¹.

“Crisi” e “transizione” si implicano dunque a vicenda: qualcosa “entra in crisi” e l’irrompere della “crisi” apre la “transizione”. Il riferimento alla “crisi”, non sovverte, ma conferma la logica propria delle strategie euristiche finora esemplificativamente ricordate. Il ‘che cosa’ cui riferire la crisi (e quindi il decollo della transizione) non è qualsiasi esperienza in mutamento; è piuttosto un tipo di esperienza suscettibile di essere tematizzato nella forma di un assetto o sistema strutturato (e tendenzialmente stabile). Esperienze molto disparate possono rispondere a questo requisito (un regime politico-giuridico, un sistema normativo, un assetto di sapere). Ed è facile comprendere che le possibilità di successo dell’analisi “transizionale” sono tanto maggiori quanto più i sistemi *a quo* e *ad quem* sono (relativamente) semplici, specifici, determinati.

Occorre però formulare una domanda ulteriore: è possibile alzare il tiro e riferire lo schema “crisi-transizione” non soltanto a un ambito

di, Roma 2016. Un’interessante raccolta di saggi di carattere epistemologico e metodologico sul concetto di ‘crisi’ e sui suoi possibili impieghi (in storiografia, in economia, in sociologia e in genere nelle scienze umane) è «Communications», 25, 1976 (*La notion de crise*, sous la direction de André Béjine et Edgar Morin).

²¹ Cfr. la voce *Krise* in J. Grimm, W. Grimm, *Deutsches Wörterbuch*, Band 5, Leipzig, Hirzel 1873 (Buchbinderband 11, p. 2332).

determinato dell’esperienza storica (a un regime politico, a un sapere specialistico, a un assetto normativo), bensì alla totalità dell’esperienza entro un determinato arco temporale, a un’intera epoca storica? Potremmo parlare (tanto per intenderci), nel primo caso, di transizioni “semplici” e, nel secondo caso, di transizioni “complesse”.

Fra le tante risposte possibili, mi limito a evocare (con rapidi cenni) alcune linee di indagine, profondamente diverse, ma ascrivibili a questa seconda categoria.

Un esempio interessante è offerto da Marx. Alla sua strategia euristica ho già fatto riferimento come a un tipo di analisi che può dirsi (nel significato convenuto) “transizionale” nella misura in cui intende descrivere il movimento come passaggio da un sistema *a quo* a un sistema *ad quem*. Ricorrono in essa i passaggi formali canonici: un oggetto determinato, rappresentato nella forma di un assetto strutturato, la crisi innescata dalle sue contraddizioni interne e la transizione come il processo di sfaldamento di quell’assetto e di formazione di un sistema alternativo.

Interviene tuttavia un elemento che rende peculiare l’analisi “transizionale” di Marx. Il suo punto di partenza è, sì, un “sistema”, ma questo “sistema” non ha una dimensione settoriale, ma ha una valenza totale, non si riferisce a un determinato “livello” della realtà (la politica, la cultura, le istituzioni ecc.), ma intende cogliere la realtà storico-sociale nella sua interezza. Il “sistema” di cui egli parla è un sistema “totale” che coincide con un’epoca, con una fase dello sviluppo storico complessivo. Da un lato, dunque l’analisi “transizionale” di Marx presuppone (non diversamente da altri impieghi della “transizione” come schema metastorico) che le realtà *a quo* e *ad quem* siano rappresentabili come “sistemi” precisamente strutturati; dall’altro lato, però, essa, assumendo l’intera esperienza storico-sociale come un “sistema” (dove ogni elemento interagisce con ogni altro in quanto connesso, direttamente o indirettamente, con la sua struttura basilare) si presenta come una strategia capace di cogliere le caratteristiche qualificanti, decisive, di una determinata stagione storica e di collocarla nello sviluppo storico complessivo.

Non meno ambiziosa, ma profondamente diversa, è la prospettiva elaborata da Reinhart Koselleck. Siamo ovviamente lontani dal momento storico e dalle prospettive teoriche di Marx. E occorre tener presente che nel mondo intellettuale dello storico tedesco è iscritta una tensione essenziale: la tensione fra le parole pronunciate o scritte in un determinato contesto e le espressioni linguistiche impiegate dallo storico per “tradurle” ed esplicitarne il senso. «Spesso il concetto storico e la categoria storiografica – osserva Reinhart Koselleck – possono corrispondere alla stessa parola, ma allora è tanto più importante mettere in chiaro la differenza nel loro uso»²². Questa fondamentale distinzione di piani è sempre rimasta al fondo della riflessione koselleckiana (che ha anche saggiato la possibilità di giungere a un loro punto di sintesi o di contatto facendo leva su alcune categorie antropologico-politiche assumibili come una sorta di condizioni trascendentali della comprensione storica). È una distinzione che continua a essere sottesa alla fondamentale ricerca promossa da Koselleck intorno ai *Geschichtliche Grundbegriffe* ed è plausibile rintracciare nella perdurante tensione fra il metalinguaggio e il linguaggio-oggetto, fra l'*interpretandum* e l'*interpretans*, un lascito weberiano²³.

Tutto ciò si ritrova nella messa a punto del concetto forse più celebre della storiografia koselleckiana: l'idea di una *Sattelzeit*, di un periodo della storia europea che, compreso approssimativamente fra gli ultimi lustri del Settecento e la prima metà del secolo successivo, si pone come una decisiva frattura storica. Di grande interesse è prendere atto che, nello sforzo di coglierne compiutamente le proprietà, Koselleck finisce per declinare «sul piano della concreta autorappresentazione storica degli attori politici e sociali coinvolti quella diagnosi epocale che nella *Einleitung* ai *Geschichtliche Grundbegriffe* appariva come l'espressione

²² R. Koselleck, *Futuro Passato. Per una semantica dei tempi storici*, Clueb, Bologna 2007, pp. 131-132.

²³ L. Scuccimarra, *Modernizzazione come temporalizzazione. Storia dei concetti e mutamento epocale nella riflessione di Reinhart Koselleck*, in «Scienza & Politica», 28, 56, 2016, pp. 99-100.

di una pre-assunzione “idealtipica” di per sé già compiutamente definita in sede teorica»²⁴.

Se perde interesse una definizione previa (metalinguistica, metastorografica) di “transizione”, acquista il massimo risalto la comprensione di ciò che la “transizione” è agli occhi degli attori sociali in essa coinvolti. La transizione definisce un’età – la *Sattelzeit* – perché l’insieme degli individui ad essa appartenenti si comprendono e si rappresentano nello specchio della transizione stessa. Cambiano atteggiamenti radicati in una storia plurisecolare: la tensione verso il futuro, il senso di un tempo sempre più accelerato e proiettato in avanti si sostituiscono alla convinzione, fino a quel momento dominante, che la tradizione offra tutti gli strumenti necessari a comprendere il presente. Passato e futuro sono ormai incompatibili e il passato viene interrogato a partire da un presente che si protende verso il futuro.

Nettamente discontinua rispetto alla storia che la precede, la *Sattelzeit* è il tempo della crisi e della transizione: è una *Übergangszeit* che trova il proprio centro nella mancanza di un centro, nel percepire la propria insormontabile precarietà. In questo contesto, la transizione viene a essere concepita non come una provvisoria anomalia, come un passaggio verso un approdo fermo e stabile, ma come la caratteristica essenziale e insuperabile di una stagione storica nuova e diversa da tutte le precedenti: «L’esperienza di una fase di transizione divenne una sorta di esperienza duratura»²⁵. Con la *Sattelzeit* la transizione diviene la cifra di un’epoca. È attraverso le categorie della “crisi” e della “transizione”

²⁴ Ivi, p. 100. Cfr. anche L. Scuccimarra, *La Begriffsgeschichte e le sue origini intellettuali*, in «Storica», 10, 1998, pp. 7-99; L. Scuccimarra, *L’epoca delle ideologie. Su un tema della Begriffsgeschichte*, in «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», 24, 47, 2012, pp. 43-65.

²⁵ R. Koselleck, *Das 19. Jahrhundert – eine Übergangszeit*, in Id., *Vom Sinn und Unsinn der Geschichte. Aufsätze und Vorträge aus vier Jahrzehnten*, Herausgegeben und mit einem Nachwort von Carsten Dutt, Suhrkamp, Berlin 2010.

che un'intera epoca comprende se stessa; ed è un'epoca che viene a coincidere, semplicemente, con la modernità.

Pur da questi brevissimi cenni, sarà facile intendere la peculiarità che il lessico della “transizione” assume nella storiografia koselleckiana. Lungi dall'essere un termine generico e anodino, “transizione” è una parola impiegata come espressione di ciò che sta al fondo di una stagione storica inconfondibile: quella *Sattelzeit* assunta come il momento inaugurale della modernità. Al contempo, l'impiego koselleckiano di transizione si differenzia da altri esempi (prima ricordati) di utilizzazione di questa parola.

In primo luogo, lo storico tedesco riferisce “transizione” non a un ambito specifico di fenomeni (siano questi i regimi politici, i saperi, i sistemi normativi e così via), ma a una “totalità” storico sociale. Da questo punto di vista, il *modus procedendi* di Koselleck non è meno ambizioso di quello di Marx: attribuire a “crisi-transizione” una valenza “globale” e non una portata settoriale. Da un altro punto di vista, però, l'impiego koselleckiano di transizione è lontanissimo, se non opposto, a quello di Marx. Si tengano presenti due differenze capitali. Per Marx, in primo luogo, la “crisi-transizione” è un meccanismo insito in un sistema sociale compiutamente strutturato e opera “oggettivamente”, al di là della consapevolezza degli attori sociali. In secondo luogo, questo meccanismo, se pure trova nella società borghese-capitalistica la sua più trasparente manifestazione, è attivo anche negli stadi precedenti dello sviluppo storico (pur assumendo ovviamente le caratteristiche e le modalità di svolgimento proprie dei rispettivi sistemi sociali). Per Koselleck invece “transizione” non è un concetto esplicativo della dinamica socio-economica, bensì è la categoria attraverso la quale una società (l'Europa della *Sattelzeit*) si rappresenta; e proprio per questo è l'espressione idiomatica e inconfondibile di un preciso periodo storico: di quella stagione che, annunciata dall'illuminismo, prosegue in sostanza fino al nostro presente. Ed è soltanto l'auto-rappresentazione del moderno come di un'età di transizione che rende possibile l'eventuale impiego della “transizione” come di una categoria applicabile ad altre epoche e ad altri contesti.

Quale che sia la valutazione dei metodi e dei risultati della riflessione koselleckiana, un suo importante lascito è comunque la sollecitazione a interrogarsi su un problema di grande rilievo: se e come sia possibile servirsi del lessico della “transizione”, da un lato, per studiare non ambiti specifici di esperienze, ma un’intera stagione storica o addirittura interrogarsi sulla direzione dello sviluppo storico complessivo.

È un lascito cui non sembrano estranee le suggestive ricerche promosse dall’Istituto storico italo-germanico in Trento intorno al tema della “transizione”²⁶, che, se, per un verso, si soffermano su “transizioni” specifiche e determinate, per un altro verso includono, come loro “programma massimo”, l’individuazione di grandi “età di transizione” nella storia dell’umanità e propongono, in questa prospettiva, il ricorso al concetto (originariamente jaspersiano) di età assiale. Una siffatta strategia scommette (con Koselleck) sulla possibilità di assumere una complessiva stagione storica, nella sua globalità, come il *terminus a quo* (o *ad quem*) di una transizione, ma va oltre Koselleck vedendo nella transizione non il contrassegno di una specifica e irripetibile epoca (la modernità occidentale), ma uno schema capace di mettere in rapporto fra loro fasi storiche diverse, muovendo dalla convinzione di poter individuare (sulla base di alcuni indicatori, quali la “struttura sociale” e la “cultura antropologica”)²⁷ la cifra caratteristica delle epoche storiche considerate.

²⁶ P. Pombeni, H.-G. Haupt (a cura di), *La transizione come problema storiografico. Le fasi critiche dello sviluppo della modernità (1494-1973)*, il Mulino, Bologna 2013.

²⁷ Ivi, pp. 16-18. Cfr. anche P. Pombeni, *La transizione come problema storiografico. Una ricerca sulle fasi di sviluppo critico della ‘modernità’*, in «Annali dell’istituto storico italo-germanico in Trento», 36-37, 2010-11, pp. 87-131; Ch. Cornelißen, L. Lacchè, L. Scuccimarra, B. Stråth, *Ripensare la transizione come categoria storiografica: uno sguardo interdisciplinare*, a cura di G. Bernardini e M. Cau, in «Ricerche di storia politica», 2, 2018, pp. 191-203.

6. Cenni conclusivi

Sulla base di questa rapida rassegna di alcune strategie euristiche coinvolte nell'impiego del termine "transizione" non sono in grado di esprimere valutazioni compiute e posso solo riassumere qualche impressione già manifestata in corso d'opera.

L'impressione principale è che il fastidio manifestato da Claudio Pavone nei confronti di un "gergo della transizione" suggestivo proprio in ragione della sua indeterminatezza sia pienamente giustificato, ma non debba impedire di prendere in considerazione la possibilità di impieghi più rigorosi e stringenti del termine.

Gli esempi più interessanti di un impiego non meramente esornativo di "transizione" sembrano convergere nel fare di essa uno schema euristico caratterizzato da alcuni passaggi essenziali: a) il movimento è pensato come un passaggio da un assetto a un altro; b) il punto di partenza e il punto di arrivo sono rappresentati non come flussi di eventi e azioni, ma come assetti ordinati e coerenti; c) il movimento è di conseguenza ricostruito non come una sequenza di accadimenti qualsiasi, ma come la graduale destrutturazione e ristrutturazione dei sistemi *a quo* e *ad quem*; d) la "transizione" (come schema metastoriografico) implica la "crisi" e viceversa la "crisi", come avvio di un processo di transizione, viene concepita come l'emersione di contraddizioni interne al sistema, che, di fronte a nuove emergenze, ne sollecitano la destrutturazione in vista di nuovi equilibri; e) "transizione" non indica quindi soltanto un tempo compreso fra due estremi, ma impone di includere nello spettro dell'analisi i punti di partenza e di arrivo, indispensabili per la comprensione della dinamica che si sviluppa nel tempo intermedio.

Lo schema storiografico della transizione richiama dunque l'attenzione su un processo che ha un inizio e una conclusione, ma non per questo ha un fine. Certo, non tutti gli esempi ricordati riescono a evitare di trasformare la "direzione" del processo nel suo "fine": proprio i *Transitional studies*, che verosimilmente hanno avuto una qualche importanza nel diffondere il lessico della transizione, sembrano cadere non infrequentemente nella trappola del teleologismo. E un rischio analogo può essere rintracciato, se non in Marx, almeno in alcuni momenti della tradizione

marxista. È però anche vero che da inflessioni finalistiche si tengono lontani gli impieghi criticamente più sorvegliati dello schema della “transizione”. In sostanza, l’adozione di espressioni previe, di strumenti metalinguistici, se, da un lato, è per sua natura esposta al rischio di tradursi in una semplificazione e “ideologizzazione” del passato, dall’altro lato è indispensabile per qualsiasi operazione storico-ermeneutica.

Depurato da contaminazioni teleologiche, lo schema della transizione può essere applicato con successo a realtà diverse e diversamente complesse. Anche però dove la complessità è massima, perché lo schema della transizione sia applicabile occorre che la sua sintassi elementare possa essere rispettata. Occorre cioè che sia possibile rappresentare tanto il punto di partenza quanto il punto di arrivo nella forma di un assetto (relativamente) coerente e strutturato, di cui ricostruire i punti di crisi e le conseguenti trasformazioni. Questo requisito vale anche là dove la complessità euristica raggiunge il suo culmine: quando cioè l’unità sistemica di cui si vuole rappresentare il movimento coincide con un’intera epoca storica. Ovviamente, quanto più complessi sono i punti di partenza e di arrivo del processo (quanto più difficile è la loro rappresentazione come unità articolate), tanto più impegnativa e problematica è l’applicazione dello schema della “transizione”.

In ogni caso, *hic Rhodus, hic salta*: la scommessa implicita di un programma euristico intitolato alla “transizione” è la possibilità di rappresentare come totalità strutturate il *terminus a quo* e il *terminus ad quem* di una *tranche* storico temporale e di narrare il movimento come un passaggio (destrutturante-ristrutturante) dall’uno all’altro. È una scommessa impegnativa, ma stimolante. Se decidiamo di misurarci con essa, il lessico della transizione acquisisce un senso preciso e rigoroso. Se invece scegliamo schemi ricostruttivi e narrativi diversi (ad esempio, privilegiando la dinamica delle azioni e il flusso degli eventi, piuttosto che il loro “coagulo” in sistemi e strutture), il termine “transizione” perde la sua valenza euristica e può essere tranquillamente sostituito da uno dei suoi numerosi sinonimi. In questo caso, rinunciare al suo uso sarebbe forse un piccolo contributo a quell’igiene linguistica che raccomanda di evitare la moltiplicazione degli enti inutili.

LA CONQUISTA DEL NUEVO MUNDO Y LA TRANSICIÓN A LA MODERNIDAD

Antonio Enrique Pérez Luño

Abstract

This paper focuses on the effects that, in the Renaissance era, the Discovery and the Conquest of America had on Spanish and European legal and political culture, analysing the consequences of the Conquest on the transition to new forms of legal discourse. The main Conquest's repercussions on Law are deduced from the analysis of the Laws of the Indies, in particular from the *Leyes de Indias*, the *Requerimiento* and the *Encomienda*, which contributed to the development of legal humanism, but in some cases did not prevent certain abuses, thus allowing domination over indigenous peoples. The Conquest therefore had consequences on the evolution of the political and philosophical/legal doctrine of that time by raising unknown questions that stimulated the free exercise of reason, thus opening new paths of the legal and political culture.

Keywords

Legal humanism; Conquest of America; *Leyes de Indias*; *Requerimiento*; *Encomienda*.

1. Planteamiento: el método histórico de las transiciones

La Dirección científica de la Revista *Diacronía* ha propuesto, como temática del número inaugural de esta nueva publicación periódica, dedicada al enfoque histórico de la Filosofía del Derecho, el estudio de las transiciones. Se trata de reflexionar sobre los principales aconteci-

mientos y cambios que se han producido desde la Modernidad hasta el presente en la trayectoria de la cultura jurídica.

Estimo que este asunto temático es decisivamente correcto, por lo que tiene de innovador como actitud metodológica en la historia de la filosofía jurídica. Los artífices de esta nueva publicación jurídica explican su objetivo, al indicar las razones teóricas que motivan su propuesta: en lugar de partir de un concepto categoría o institución jurídica para captar su evolución en el tiempo, proponen la perspectiva inversa, es decir, indagar cómo la historia ha contribuido a la conformación y el devenir de los conceptos y del pensamiento sobre el Derecho. Para ello, sitúan el énfasis de esa visión diacrónica en los acontecimientos y situaciones que, de forma más relevante, han influido en los grandes cambios y transformaciones producidos en ese amplio periodo en la reflexión filosófica sobre el Derecho.

Hablar de transiciones exige, en mi opinión, plantear algunas cuestiones historiográficas. El historicismo jurídico insistió en la idea de que no existe pausa para el Derecho y que la experiencia jurídica es un *perpetuum mobile*, lo que evoca la imagen de una continuidad en el fluir de los conceptos y doctrinas que jalonan la historia del pensamiento jurídico. Frente a ese planteamiento, el método histórico de las transiciones, pone el acento en el antes y el después de determinados hechos o circunstancias importantes desde el punto de vista histórico. Estos antes y después en los que las transiciones consisten, se configuran y aparecen bajo la forma de un impacto, se presentan como revoluciones en el transcurso de la evolución cultural.

Se puede postular, también, que las transiciones son momentos de crisis que afectan a todos los ámbitos de la vida humana. En un reciente estudio sobre las transiciones culturales, se ha puesto de relieve que en las mismas, a partir de determinadas crisis o rupturas, se hallan siempre involucrados todos los aspectos que afectan a una determinada forma de vida o universo cultural. Las transiciones afectan, al mismo tiempo,

a la sociedad, a la política, a la economía, a la moral, a la religión, al arte o al Derecho¹.

José Ortega y Gasset, al estudiar la transición al Renacimiento en la que se desarrolló la existencia de Galileo, defendió, asimismo, la idea de que las transiciones se hallan emparentadas con las crisis y que suponen siempre las salidas de algo para entrar en otra realidad distinta. Esa salida y esa entrada, nos dice Ortega, tienen siempre algo de dramático. Toda transición genera una determinada dosis de incertidumbre, de inseguridad. Por ello, en los pueblos antiguos, estas situaciones se hallaban plenas de connotaciones mágico-religiosas.

Los romanos, según Ortega, llamaban al dios del *salir Abeona* y al dios del *entrar Adeona*².

Los procesos transicionales constituyen, por tanto, acontecimientos clave que marcan el ritmo de la historia. En la esfera de la cultura jurídica, cada transición supondrá sustituir una forma de entender los

¹ La obra a la que hago referencia es la debida a E. Soler y L. Calvo, *Transiciones culturales. Perspectivas desde Europa Central y del Este*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 2016. Este libro analiza las profundas transformaciones que han tenido lugar en los países del antiguo bloque socialista europeo, tras el inicio de su transición democrática. Existe también una amplia bibliografía sobre la transición política que tuvo lugar en España, tras la desaparición del régimen de Franco y el tránsito a la democracia. La mayoría de estas publicaciones responden a orientaciones de teoría y sociología política, siendo muy escasos los planteamientos historiográficos tendentes a la consideración metodológica de las transiciones, como categorías históricas. Entre los trabajos que pueden reseñarse, se encuentran los siguientes: R. del Águila, *La transición democrática en España: Reforma, ruptura y consenso*, en «Revista de Estudios Políticos», 1982, n. 25, pp. 101 ss.; R. del Águila, R. Montoro, *El discurso político de la transición española*, Centro de Investigaciones Sociológicas & Editorial Siglo XXI, Madrid 1984; J. de Santiago Guervós, *El Léxico político de la transición española*, Publicaciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca 1992; J. Tusell, *La transición española. La recuperación de las libertades*, Ediciones Historia 16, Madrid 1997.

² J. Ortega y Gasset, *En torno a Galileo*, en «Obras Completas», “Revista de Occidente & Alianza Editorial”, Madrid 1983, vol. 5, p. 14.

conceptos, las normas, las instituciones y las teorías sobre el Derecho, vigentes hasta entonces, por un modo de concebirlas distinto y, en determinados casos, opuesto a cuanto predominaba en el periodo anterior.

Las transiciones de la cultura jurídica significan cambios de orientación en la historia de las formas de entender el Derecho. Para la generación de juristas que vive en una transición, esta circunstancia les obligará a un esfuerzo por desprenderse del sistema de categorías y creencias propias de la situación cultural que se deja atrás y, al propio tiempo, les va a imponer la tarea de hacerse cargo de la nueva visión de las formas jurídicas que corresponden a lo que ese tránsito en la historia jurídica exige.

2. El descubrimiento y Conquista de América y la transición a la modernidad

La transición es una categoría histórica, porque es una modalidad radical que asume la existencia humana en determinados momentos de su evolución. En el año 1492 comienza a gestarse en la mente de los europeos la consciencia de que deben enfrentarse a una realidad antes desconocida: el Descubrimiento del Nuevo Mundo. Por tanto, existe un antes y un después del fenómeno del Descubrimiento y de la posterior Conquista del continente americano en el imaginario colectivo de los pueblos de Europa. La aparición de un territorio nuevo, antes ignorado, situó a los europeos ante la necesidad de alojar en categorías vitales y mentales esa realidad. Luego, a medida en que se va cobrando noticia de la magnitud del hecho americano, se abrirá paso en el ideario europeo la sospecha, después corroborada por la certidumbre, de que se hallaban en el inicio de una nueva etapa histórica, aquella que hoy denominamos Modernidad.

El periodo que entonces concluye es el que corresponde a la llamada Edad Media. Se trata de una etapa histórica controvertida, que ha dado lugar a las interpretaciones y valoraciones más dispares. Tiene razón Johan Huizinga, cuando en su obra *El otoño de la Edad Media*, hace

hincapié en la pluralidad de enfoques dispares desde los que se ha enjuiciado este extenso espacio temporal de la vida europea³.

La etapa medieval resulta cuestionable, en efecto, desde su propio nombre. En el devenir de la historia todo periodo es medio, en cuanto que representa siempre un momento intermedio entre el que le precede y el que le prosigue. A ello debe añadirse que se han formulado tópicos y mitologías sobre la cultura jurídico-política medieval. Pienso que son igualmente infundadas: la concepción renacentista del Medievo como un periodo histórico en el que “no pasa nada”, es decir, como un mero interregno entre la cultura clásica y moderna, como una antesala del Renacimiento; la teoría de la Ilustración, según la cual el mundo medieval correspondería a una etapa en la que “no pasa nada bueno”, porque es un periodo de oscurantismo y barbarie, una “Edad de Hierro”, incompatible con cualquier forma de desarrollo cultural; y la exaltación de la Edad Media propia del Romanticismo, a tenor de la cual fue un momento de la historia en el que “no pasa nada malo”, un ámbito idealizado de ritos caballerescos que engendraría las tradiciones culturales del “espíritu de los pueblos”, vertebrador de las diversas nacionalidades históricas europeas.

Frente a la actitud renacentista hay que subrayar que en el Medievo sucedieron acontecimientos importantes, que no pueden ser soslayados. El periodo se inició con las invasiones bárbaras en los antiguos territorios conformadores del Imperio romano, lo que produjo un cambio radical en la política, el Derecho, la estructura social y la cultura de los pueblos de Europa. Luego, la aparición del Islam y su rápida difusión, provocó una conmoción política y cultural en Europa y motivó, entre otras consecuencias, la empresa militar de las Cruzadas. No puede tampoco obviarse la profunda agitación que produjo en los espíritus

³ J. Huizinga, *El otoño de la Edad Media*, trad. esp. J. Gaos, Alianza Editorial, Madrid, 2012, pp. 18 ss.

europesos medievales, el cumplimiento del primer Milenio, que se proyectó en distintas esferas de la vida social y cultural europea.

Tampoco puede afirmarse, como pretendían los ilustrados, que en la Edad Media no ocurrieran acontecimientos relevantes desde el punto de vista jurídico, político y cultural. Es en ese periodo cuando se crean movimientos artísticos como los estilos románico y gótico. Es la etapa en la que se fundan las Universidades y en su última fase, en la denominada Baja Edad Media, aparecerá el movimiento humanista, que fue decisivo para forjar lo que luego sería la cultura del Renacimiento. Para la historiografía iusfilosófica, resulta de importancia la controversia, surgida en el seno de la filosofía escolástica, entre el iusnaturalismo intelectualista o racionalista y el iusnaturalismo voluntarista, que tuvo una insoslayable proyección en las concepciones iusnaturalistas posteriores.

De igual forma es infundada la tesis romántica que idealiza este periodo, olvidando que la concepción intolerante y dogmática de la religión se tradujo en continuas herejías, con sus consecuencias sociales y políticas. Fue también un periodo donde la jerarquía estamental de la sociedad produjo la servidumbre y la indigencia de los más pobres y ello originó frecuentes conflictos o guerras de campesinos.

Suele asociarse la transición desde el medievo a la Modernidad con tres grandes desplazamientos y tres importantes rupturas.

El primer desplazamiento es el que hace referencia a la sustitución del *teocentrismo* por el *antropocentrismo*. La sociedad medieval nuclea su atención en torno al ideal religioso. La Cristiandad impregna todos los aspectos de la vida cultural, social, política y jurídica de aquella época. La divinidad es el centro de gravitación de todas las inquietudes personales y colectivas y, por eso, concibe a Dios como el centro y la razón de ser de todos los aspectos de la existencia.

El tránsito al mundo moderno representará un progresivo alejamiento de ese enfoque vital. La cultura del Renacimiento, fiel a su propia denominación, intentará recuperar la valoración de lo humano, que había sido uno de los rasgos distintivos de la cultura clásica greco-romana. Frente a la infravaloración medieval de la vida humana y de la naturaleza, el espíritu renacentista reivindicará el valor de la persona y del

mundo. Esa revalorización de lo humano, que convierte al hombre en la medida y el centro de imputación de todas las cosas, tendrá fiel reflejo en el arte: la pintura y la escultura del Renacimiento, recuperarán el gusto de la Antigüedad clásica por la estética corporal, por un culto a todas las expresiones de la belleza humana, que habían sido ocultadas en la estética medieval por considerarse pecaminosas⁴.

En el plano filosófico, Giovanni Pico della Mirandola, en su célebre Discurso *De dignitate hominis* de 1486, defenderá el protagonismo de la persona humana como artífice del mundo social⁵.

La transición que se produce en este periodo implicará también un cambio de actitud desde la *trascendencia* a la *inmanencia*. El mundo medieval se había caracterizado por su valoración de lo sobrehumano y sobrenatural, el mundo moderno se caracterizará por revalorizar lo mundano. Ello se traducirá en una progresiva fruición de todo lo que es inherente a la vida humana. Esta actitud se inicia con el Humanismo, se consagra en el Renacimiento y se convierte en un rasgo constitutivo de la Modernidad⁶.

Dos fragmentos de la obra de dos autores clásicos latinos van a convertirse en la divisa de ese periodo: la idea del *carpe diem* de Horacio⁷, es decir, que es necesario aprovechar cada momento de la vida presente, y *tempus fugit* de Virgilio⁸, o sea que el tiempo se escapa, la vida no es eterna y hay que vivirla.

En este nuevo orden de cosas, se produce una paulatina secularización de la vida social. Si el Medievo se había caracterizado por el esfuer-

⁴ J. Burckhardt, *La cultura del Renacimiento en Italia*, trad. esp. de T. Blanco, F. Bouza y J. Barja, Akal, Madrid, 2004, pp. 38 ss.

⁵ G. Pico della Mirandola, *Discurso de la dignidad del hombre*, ed. esp. a cargo de Carlos Llano Cifuentes, UNAM, México 2003.

⁶ Cfr.: W. Dilthey, *Hombre y mundo en los siglos XVI y XVII*, trad. esp. de E. Imaz, Fondo de Cultura Económica, Mexico 1944, pp. 21 ss.; E. Tierno Galván, *Tradición y modernismo*, Tecnos, Madrid 1962, pp. 29 ss.

⁷ Horacio, *Odas*, I, 11.

⁸ Virgilio, *Georgicas*, III.

zo del espíritu humano por elevarse hacia lo trascendente, la Modernidad representará, por el contrario, el empeño por traer las inquietudes del más allá, al terreno mundano del más acá. Se produce una mundanización de la fe religiosa, las inquietudes espirituales no soslayarán la importancia de las cosas de este mundo. Esta actitud hallará reflejo en las grandes polémicas religiosas de la época. Cuando Lutero reprocha a la Iglesia su contaminación con los intereses terrenales, propone como ideal el ejercicio del trabajo y de la profesión, servimos a Dios cuando servimos a este mundo, en la situación en la que Dios nos ha puesto. Paradójicamente también, uno de los principales opositores del protestantismo, Ignacio de Loyola, creará para combatirlo una Orden religiosa que se diferencia abiertamente de las anteriores. Aquellas se proponían llevar al hombre desde el mundo a la vida eterna, por contra los jesuitas parten de la vida eterna para ocuparse de la terrenal. Los jesuitas proyectan su quehacer en los ámbitos en lo que lo mundano resulta más patente: la política, la enseñanza, la acción social... Es la primera Orden moderna y en ella se reflejan los síntomas de esa revalorización de la inmanencia mundana. Por ello, su organización toma como modelo la institución más secular que existe: el ejército, algo bien alejado del misticismo. La Compañía de Jesús se organiza como un cuerpo militar⁹.

El tercer desplazamiento en el que se concreta la transición desde el Medievo a la Modernidad, es el que refleja la sustitución de la *creencia* por el *conocimiento*. La sociedad medieval se hallaba instalada en un sistema de creencias que informaba todos sus ámbitos existenciales. El hombre medieval cree que el mundo físico y la convivencia humana no constituyen el objeto primordial de su interés. Las cuestiones intramundanas, por su propio carácter contingente y su caducidad, se considera que no son dignas de interés. El asunto que interesa a la cultura del Medievo, no es aquello que atañe a la vida social y al mundo físico, sino

⁹ Sobre todo ello, vid., las interesantes observaciones de José Ortega y Gasset en su obra *En torno a Galileo*, cit., pp. 156 ss.

todo lo que hace referencia a las creencias en la vida auténtica, que es la sobrenatural. Todos los quehaceres humanos y los acontecimientos vitales son como una máscara que intenta ocultar la realidad de lo absoluto, que no se capta a través de la reflexión racional o del saber empírico, sino a partir de la creencia en el plan divino. Para las sociedades medievales, vivir y estar en el mundo no son circunstancias merecedoras de la atención filosófica, porque el asunto que primariamente importa es la salvación y a ella sólo se llega a través de la creencia en lo sobrenatural. Todo ello, conduce a que los sujetos medievales tiendan a desentenderse del mundo natural, a diferencia de cuanto importaba al griego o al romano, los cuales cifraban su empeño en resolver la relación entre las personas y su mundo circundante constituido por la naturaleza y la sociedad. La creencia en lo sobrenatural es, por tanto, el factor decisivo de la vida medieval¹⁰.

La Modernidad supondrá un decisivo alejamiento de esa concepción del mundo. Para la cultura renacentista la empresa más auténticamente humana será la del conocimiento. La inquietud por el saber, basado en la reflexión racional y/o en la experiencia, será el rasgo definitorio del tránsito a la Modernidad¹¹. Frente al desinterés medieval por la explicación de la naturaleza, los estudios de Copérnico y Galileo, se encaminarán a ofrecer una visión científica del mundo y del cosmos. De modo análogo, se asistirá a partir de la etapa renacentista, al despliegue de un interés por la existencia y por la revalorización desde una perspectiva racional de todo lo humano. Los ejemplos intelectuales del ya mencionado Pico della Mirandola, de Lorenzo Valla, Erasmo, de Juan Luis Vives o de Francisco de Vitoria, son bien elocuentes como representantes de las inquietudes de ese periodo tendentes a potenciar el conocimiento de la vida humana.

¹⁰ Cfr. Huizinga, *El otoño de la Edad Media*, cit., pp. 55 ss.

¹¹ G. Peces Barba, *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*, Mezquita, Madrid 1982, pp. 22 ss.

En el ámbito de la reflexión política, corresponde a Maquiavelo el mérito de haber sustituido la visión idealista y moralista predominante en el medievo, de los problemas de la sociedad y del gobierno, por una explicación naturalista y empírica de su significado, lo que sentaría las bases para el análisis científico de los problemas jurídicos y políticos¹².

Norberto Bobbio, ha sintetizado certeramente la fractura entre el mundo medieval y el moderno, al indicar que en éste el hombre se dirige al estudio de la naturaleza, sin temores, sin preconceptos, sin fórmulas metafísicas. El pensamiento jurídico asimismo, se inspira en estos principios de conocimiento, el hombre indaga el Derecho mediante la observación de su propia naturaleza, sin recurrir a una autoridad externa que esté por encima de él, sino que intenta resolver la problemática jurídica profundizando en la observación y en el estudio de sí mismo «Il problema del diritto – dice Bobbio – nel campo della vita sociale, sfocia nel problema dello stato: il giusnaturalismo si risolve in una teoria dello stato. È appunto col giusnaturalismo che si viene formando ed evolvendo quella istituzione fondamentale del vivere social che è lo *stato moderato*»¹³.

¹² Cfr.: Burckhardt, *La cultura del Renacimiento en Italia*, cit., pp. 22 ss. y 68 ss.; J.A. Fernández Santamaría, *The state, war and peace: Spanish political thought in the Renaissance, 1516-1559*, Cambridge University Press, Cambridge 1977, pp. 32 ss.; Id., *La formación de la sociedad y el origen del Estado ensayos sobre el pensamiento político español del siglo de Oro*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1997, *passim*; B. Hamilton, *Political thought in sixteenth-century Spain*, Clarendon Press, Oxford 1963, pp. 16 ss.; Q. Skinner, *The foundations of modern political thought*, Cambridge University Press, Cambridge 1978, vol. 1, pp. 41 ss.; L. Strauss, *Meditación sobre Maquiavelo*, trad. esp. de C. Gutiérrez de Gamba, Instituto de Estudios Políticos, Madrid 1964, *passim*; F. Todescan, *Francisco Suárez y la razón de Estado en el contexto de la literatura española del Siglo XVII*, trad. esp. de E. C. Pérez-Luño Robledo, en «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 2017, n. 51, pp. 49 ss.

¹³ N. Bobbio, *Il giusnaturalismo moderno*, ed. a cargo de T. Greco, Giappichelli, Torino, 2009, p. 3.

El desarrollo del conocimiento en el mundo moderno, se tradujo en la producción de inventos que fueron decisivos para la evolución social, cultural y jurídico política que tuvo lugar a partir del Renacimiento. El invento de la imprenta generó la denominada “Galaxia de Gutenberg”, que permitió el acceso y la difusión de la cultura a sectores cada vez más amplios de la población. De este modo, el saber se universaliza y no queda relegado al estricto ámbito de las Universidades y de los monasterios, tal como ocurría en la etapa medieval. Asimismo, la invención de la brújula y de la carabela, facilitó los viajes y expediciones ultramarinas con el consiguiente descubrimiento de nuevos territorios y, lo más importante, la llegada al Nuevo Mundo.

Estas circunstancias permitieron, por vez primera en la historia, tener una visión cabal del mundo y superar las viejas supersticiones y temores medievales sobre la *terra ignota*, en la medida en que los primeros viajes de circunvalación del planeta, contribuyeron a un conocimiento geográfico real del mapa terráqueo, así como al encuentro de nuevos pueblos y de civilizaciones exóticas que plantearán nuevos problemas culturales, morales, jurídicos y políticos en relación con la forma de asumir esa realidad innovadora.

Estimo, que estas reflexiones sumarias sobre cuanto representó la transición del Medievo a la Modernidad, no pueden omitir una referencia a las tres grandes rupturas que acompañaron a ese evento.

En primer término, la ruptura *religiosa*. Así, frente a la unidad de la fe medieval nucleada en torno al ideal de la cristiandad, personificado por la Iglesia, la Reforma protestante quiebra esa unidad religiosa y suscita la aparición de una multiplicidad de Iglesias, de confesiones y de sectas, que representarán modos distintos de practicar las creencias espirituales.

En segundo lugar, la ruptura *cultural*. En la Edad Media el vehículo comunicativo europeo, seguía siendo el latín. Era la *lingua franca* en la que se elaboraban las principales manifestaciones de la cultura europea. No obstante, a partir del Bajo medievo aparecerán las lenguas vernáculas y en el Renacimiento se acentuará ese proceso de dispersión lingüística de los distintos pueblos europeos.

Por último, hay que aludir a la ruptura *jurídico-política*. En el Medievo se había querido preservar la unidad política que representó el Imperio romano, a través de su reformulación mediante el Sacro Imperio Romano Germánico. Esa empresa se quiebra con el tránsito a la modernidad. A partir del Renacimiento aparece el Estado Moderno y el mapa político de Europa se hallará escindido en un mosaico de Estados nacionales.

El encuentro con el Nuevo Mundo vino a ratificar y a profundizar esa fractura entre la etapa medieval y moderna. Los españoles y portugueses hallaron en sus viajes a América nuevos ritos, liturgias y creencias religiosas, que se añadían a las religiones orientales y al Islam. Esa multiplicidad de creencias del mundo moderno, abrirá una brecha en la pretensión medieval de una fe religiosa única. De igual modo, en el plano de la cultura se descubrirán en América nuevas formas de vida, manifestaciones artísticas y expresiones lingüísticas, que plantearán a los europeos el reto cultural de un “reconocimiento del otro” y la consciencia de un universo multicultural. Asimismo, en el plano jurídico-político, los conquistadores europeos encontrarán en sus expediciones ultramarinas formas de organización política, incluso importantes imperios como el Incaico o el Azteca, cuya estructura y forma de gobierno resultaba absolutamente diversa y, por tanto, exótica para las tipologías y doctrinas jurídico-políticas elaboradas hasta entonces en Europa¹⁴.

El análisis de las consecuencias que el fenómeno americano tuvo en esa transición desde el mundo medieval al moderno, constituirá el objeto de las reflexiones con las que este ensayo prosigue.

¹⁴ Cfr.: A. Cassi, *Ultramar. L'invenzione europea del Nuovo Mondo*, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 30 ss.; L. McLister, *Spain and Portugal in the New World (1492-1700)*, University of Minnesota Press, Minneapolis 1985, pp. 27 ss.

3. El Derecho a través de la Conquista

Se ha estudiado, desde diversas perspectivas de enfoque, la consideración jurídica que motivó el descubrimiento del Nuevo Mundo. En estas investigaciones se ha puesto de relieve el esfuerzo de los juristas de la modernidad por valorar y por ofrecer una solución jurídica a los grandes problemas suscitados por la progresiva presencia de los europeos en América y por el dominio del territorio americano por distintos estados de Europa.

Un síntoma ejemplar de estos enfoques, es el ensayo de Lorenzo Milazzo, publicado bajo el título de: *La conquista attraverso il diritto*¹⁵. En este libro, el profesor de la Universidad de Pisa, estudia con especial atención, las tesis de algunos de los principales autores españoles que, desde los primeros momentos de la Conquista, intentaron enjuiciar jurídicamente este relevante acontecimiento. Así, analiza con particular interés las tesis de Juan López de Palacios Rubios, Francisco de Vitoria y de Juan Ginés de Sepúlveda¹⁶. Asimismo, en la obra de referencia, Lorenzo Milazzo realiza una sugerente exposición crítica de las ideas de Carl Schmitt referentes a la postura de Francisco de Vitoria sobre los argumentos justos e injustos relativos a la presencia española en las Indias¹⁷.

Entiendo, que si es del todo lícito enfocar “la Conquista a través del Derecho”, también lo es el formular la cuestión desde la óptica inversa, o sea, bajo el rótulo de: “el Derecho a través de la Conquista”. Esta perspectiva tratará de poner de relieve, que del mismo modo que fue evidente el empeño intelectual por enjuiciar el hecho americano desde los parámetros normativos y doctrinales del Derecho de su tiempo, también fue indudable la repercusión del descubrimiento del Nuevo

¹⁵ L. Milazzo, *La conquista attraverso il diritto. Contributi sul discorso coloniale ispano-americano*, Mimesis, Milano 2014.

¹⁶ Ivi, pp. 9 ss.; 29 ss., y 65 ss.

¹⁷ Ivi, pp. 29 ss.

Mundo y de su problemática en la transformación o innovación de las categorías jurídicas.

Desde el modelo metódico de las transiciones, en el que este estudio se sitúa, es, precisamente, esta segunda perspectiva de análisis la que más decisivamente interesa. El Derecho y también el pensamiento filosófico no son nunca inmunes a los impactos que los grandes acontecimientos suscitan en el desarrollo histórico de las culturas. Las circunstancias que contribuyen a modificar, de forma relevante, aspectos cruciales de la vida humana, determinan la aparición de nuevas categorías jurídicas y de nuevos instrumentos conceptuales filosóficos.

Dar cuenta de lo que supuso desde la actividad intelectual de su tiempo, el encuentro entre España y América es tarea filosófica, si se parte de la consabida tesis hegeliana de que la filosofía es la comprensión del tiempo por el pensamiento¹⁸. Debemos a Hegel el haber auspiciado una filosofía de la historia entendida como historia filosófica (*philosophische Geschichte*), es decir, como explicación racional de la existencia que indaga el sentido universal y concreto de los acontecimientos humanos¹⁹. Esa inquietud por revelar el sentido del devenir de la experiencia, superador de la mera aglutinación de datos, se halla presente desde la misma génesis de la consideración historiográfica del Nuevo Mundo. El jesuita José de Acosta, Catedrático de la Universidad de Lima y luego Rector del Colegio de la Compañía de Jesús en Salamanca, al justificar en el año 1590 su *Historia natural y moral de las Indias*, advierte en su Proemio que: «Del nuevo mundo e Indias Occidentales han escrito muchos autores diversos libros y relaciones, en que dan noticias de las cosas nuevas y extrañas, que en aquellas partes se han descubierto, y de los hechos y sucesos de los españoles que las han conquistado y poblado. Mas hasta ahora no he visto autor que trate de declarar las causas y razón de tales novedades

¹⁸ G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Rechtsphilosophie, Vorrede*.

¹⁹ G.W.F. Hegel, *Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte, Einleitung*.

y extrañezas de naturaleza, ni que haga discurso e inquisición en esta parte...»²⁰. Acosta, en intuición que anticipa en siglos el plano orbital de la tesis hegeliana, cifra la novedad de su obra en lo que entraña de explicación filosófica de la historia: «...por ser juntamente Historia, y en parte Filosofía, y por ser no sólo de las obras de naturaleza, sino también de las del libre albedrío, que son los hechos y costumbres de los hombres»²¹.

Se hace necesario un esfuerzo reflexivo para comprender el sentido histórico de “los hechos y costumbres de los hombres” que vivieron y/o protagonizaron el evento ocurrido hace ahora cinco siglos. El propio carácter inesperado del encuentro con la realidad americana explica las dificultades de los españoles y de los europeos de aquella época para asumirlo y analizarlo. En el plano geográfico el arribo al, antes insospechado, continente americano, obliga a revisar toda la cosmografía europea tradicional. No fue menor el impacto de esa nueva realidad en la cultura jurídica. El repertorio de ideas jurídicas y políticas de la generación de 1492 no contaba con categorías adecuadas para alojar en ellas los problemas derivados del encuentro con el Nuevo Mundo y sus pobladores aborígenes. Las primeras interpretaciones incurrían en el anacronismo ingenuo de tratar la nueva realidad con arreglo a conceptos de inspiración y raigambre tradicionales. Así, se intenta aplicar a las tierras recién halladas en América cuanto disponían *Las Partidas*, expresión de la cultura jurídico-política medieval, para la usucapión de tierras e islas sin dueño²².

²⁰ J. de Acosta, *Historia natural y moral de las Indias*, ahora en la “Biblioteca de Autores Españoles”, vol. 73, Ediciones Atlas, Madrid 1954, p. 3.

²¹ *Ivi*, p. 4.

²² En las *Siete Partidas* se preveía que en el supuesto de formarse o hallarse nuevas islas en el mar, «suya decimos que debe ser de aquel que la poblase primeramente» (Ley XIX, Título XXVIII, 3). En el caso de territorios poblados su señorío o dominio no podía lograrse por ocupación, sino por el consentimiento de sus habitantes, por matrimonio o herencia, o por concesión del Papa o del

No obstante, la exploración de América mostró, desde su mismo arranque, que: «España no halló un continente vacío. Por eso, su actuación hubo de ser política, de relación con otros hombres agrupados en sociedad, así se tratara de tribus errantes..., o de imperios más desarrollados, como el azteca o el inca»²³.

La Conquista determinó la aparición de nuevas categorías jurídicas, de naturaleza y finalidad muy diversa, pero que en su conjunto constituyen una prueba evidente de cómo la transición histórica, que provocó el Descubrimiento de América, influyó en el Derecho de aquella época de modo relevante. Incurriría en un exceso de prolijidad y desbordaría el propósito y límites de este ensayo, el intento de dar cuenta, de modo exhaustivo, de todas y cada una de las instituciones y categorías jurídicas surgidas a partir de la Conquista y para su regulación. Por ello, estas reflexiones van a quedar circunscritas al análisis de tres de las categorías jurídicas fundamentales inmediatamente derivadas de la Conquista: las Leyes de Indias, el Requerimiento y la Encomienda.

4. Las Leyes de Indias

Tras el Descubrimiento y la sucesiva ocupación de un amplio espacio del Continente americano, se hizo necesaria la paulatina regulación jurídica de las poblaciones y territorios que, a partir de entonces, se incorporaron a la Corona de España. Para ello, se promulgaron las denominadas “Leyes de Indias”, destinadas a establecer el marco jurídico básico de los nuevos dominios incorporados a la Monarquía Hispánica.

Emperador (Ley IX, Título I, 2). Cfr. sobre la persistencia de las categorías medievales en el enfoque de la realidad americana, mi trabajo, *Democracia y derechos humanos en Bartolomé de las Casas. Estudio Preliminar al Tratado De Regia Potestate*, en Fray Bartolomé de las Casas, *Obras Completas*, vol. 12, Alianza Editorial, Madrid 1990, pp. XV ss.

²³ S. Zavala, *La defensa de los derechos del hombre en América Latina (siglos XVI-XVIII)*, 1ª reimp, UNAM & UNESCO, México 1982, pp. 11-12.

Quien fuera primer Presidente de la Segunda República española, Niceto Alcalá-Zamora y Torres, dedicó tres ensayos al estudio de las Leyes de Indias, que pese al tiempo transcurrido desde su publicación, representan, una referencia orientadora para el estudio de esta materia. En 1935 editó en Madrid su monografía *Reflexiones sobre las Leyes de Indias*. Tras su exilio en Argentina, en el año 1942, publicó en Buenos Aires su trabajo sobre: *Impresión general acerca de las Leyes de Indias*, y en esa misma ciudad apareció, en el año 1944, su estudio titulado: *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias*²⁴. En opinión de Alcalá-Zamora, las Leyes de Indias constituyen un monumento legislativo, un avance histórico en el camino hacia la justicia y un antecedente del Estado de Derecho, en cuanto que su propósito fundamental era el de someter el ejercicio del poder, en los territorios conquistados de América, a la ley²⁵.

En los últimos años, se ha publicado una extensa bibliografía sobre la legislación colonial española²⁶. A efectos de estas reflexiones, estimo que la legislación de Indias tuvo un doble propósito: *organizativo*, es decir, dirigido a establecer la regulación social, económica, política y jurídico-administrativa de las Indias; y *tuitivo*, encaminado a evitar abusos y a garantizar un *status* jurídico que permitiera tutelar a los indígenas americanos.

Suelen distinguirse tres momentos básicos en el proceso de promulgación de las Leyes de Indias. Algunos años después de haberse inicia-

²⁴ N. Alcalá-Zamora y Torres, *Reflexiones sobre las Leyes de Indias; Impresión general acerca de las Leyes de Indias; Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias*; ensayos incluidos ahora en su *Obra Completa*, Patronato Niceto Alcalá-Zamora y Torres, Priego de Córdoba, 2002.

²⁵ Alcalá-Zamora y Torres, *Reflexiones sobre las Leyes de Indias*, cit., pp. 67 ss.

²⁶ Como ejemplo de las aportaciones bibliográficas novedosas en esta materia, baste aludir a la obra colectiva a cargo de T. Duve, y H. Pihlajamäki, *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Institute for European Legal History, Frankfurt am Main 2015.

do la Conquista de América, la Corona española promulga las Leyes de Burgos, sancionadas el 27 de diciembre de 1512, que surgen por la preocupación de la Corona motivada por las denuncias del maltrato a los indígenas, de acuerdo con los informes de los frailes dominicos. Fray Antonio de Montesinos y posteriormente el también dominico Bartolomé de las Casas, habían suscitado en efecto, un amplio debate en torno al maltrato a los indígenas.

Como quiera que persistían las situaciones de injusticia en el trato a los indígenas americanos y fruto de la constante denuncia de algunos clérigos y, en particular, de Bartolomé de las Casas, el Emperador Carlos V convocó a una junta de teólogos y juristas, a fin de informar y resolver respecto a estas denuncias. De esta junta surgieron las llamadas Leyes Nuevas, en 1542, que ponían a los indígenas bajo la protección de la Corona²⁷.

Las controversias suscitadas por la aplicación de estas Leyes y su paulatina pérdida de eficacia, así como las nuevas situaciones planteadas, motivaron que el Rey Carlos II, promulgara una obra conocida como *Recopilación de Leyes de las Indias*. En dicha recopilación se contienen las distintas normas legales vigentes en los territorios de la América española. Su contenido integra un compendio de las Leyes de Burgos, las Leyes Nuevas y las Ordenanzas de Alfaro. Fueron promulgadas mediante real cédula el 18 de mayo de 1680. En lo que concierne al propósito *organizativo* de la legislación de Indias, conviene señalar que sus disposiciones hacían referencia expresa a la regulación normativa de los asuntos religiosos, en particular al régimen del culto, y la enseñanza. Se inscribe también en ese propósito organizativo la regulación del gobierno indiano con especial referencia a las funciones y competencias del Consejo de Indias y las audiencias. Se establecen también las

²⁷ Cfr.: Alcalá-Zamora y Torres, *Reflexiones sobre las Leyes de Indias*, cit., pp. 11 ss.; R. Altamira, *Manual de investigación de la historia del Derecho indiano*, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, México 1948, pp. 46 ss.; A. García Gallo, *La ley como fuente del Derecho en Indias en el siglo XVI*, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid 1951, pp. 18 ss.

disposiciones sobre los deberes, competencia, atribuciones y funciones de virreyes, gobernadores y militares. Asimismo, se recogen las normas básicas sobre nuevos descubrimientos y su conquista. Se fijan también las normas de población, reparto de tierras, obras públicas y minería. Por último, regulan aspectos básicos del Derecho público, jurisdicción, funciones, competencia y atribuciones de los alcaldes, corregidores y demás funcionarios menores.

La dimensión *tuitiva* del Derecho indiano, se remonta al momento mismo del descubrimiento. En efecto, la Reina Isabel la Católica fue la autoridad que, por vez primera, se preocupó por la situación personal de los indios: prescribió que deberían ser reconocidos y tratados como seres libres y que deberían seguir siendo los propietarios de las tierras que les pertenecían con anterioridad a la llegada de los españoles. Por su Real Cédula de 20 del junio del año 1500, la Reina Isabel ordenó poner en libertad a todos los indios vendidos hasta ese momento en España prohibiendo la esclavitud. Se ha hecho célebre el Testamento de la Reina Isabel, redactado en año 1504, en el que textualmente proclama que: «... No consientan ni den lugar que los indios reciban agravio alguno en sus personas y sus bienes, mas manden que sean bien y justamente tratados, y si algún agravio han recibido, lo remedien».

En las Leyes de Burgos, en la Nuevas Leyes y en la Recopilación de las Leyes de Indias se contienen una serie de prescripciones, destinadas a salvaguardar la integridad personal, la libertad y los bienes de los indios. Así, establecen disposiciones encaminadas a tutelar su condición social, su inmunidad personal, los procesos de amparo para remediar aquellos abusos de que hubieran sido objeto y los tributos que debían satisfacer, evitando que pudieran ser objeto de cargas fiscales no reglamentadas o injustas²⁸.

²⁸ Alcalá-Zamora y Torres, *Reflexiones sobre las Leyes de Indias*, cit., pp. 31 ss.; *Nuevas reflexiones sobre las Leyes de Indias*, cit., pp. 125 ss y 137 ss.

Las Leyes de Indias no siempre tuvieron la eficacia que hubiese sido deseable y no evitaron la consumación de agravios a la población aborigen de América. La denuncia de esas limitaciones e ineficacias ha sido objeto de una prolija literatura indigenista. En esos trabajos se alude a que la legislación indiana no impidió la destrucción de muchas formas de vida indígena, así como la abolición de muchas culturas aborígenes. Se imputa también a la ineficacia de las Leyes de Indias el que, en la práctica, permitieran la sumisión de los nativos a una tutela permanente, donde al reputarlos como menores de edad se les privó de sus derechos cívicos y políticos. Otra de las acusaciones vertidas contra esa legislación, hace referencia a que, por su carácter impreciso, no impidió el que a través de las encomiendas se sometiera a una buena parte de la población indígena a condiciones de trabajo, en régimen de servidumbre, que, en muchas ocasiones, resultaban crueles e inhumanas.

Por último se imputa a la legislación indiana, no haber impedido la existencia de prácticas de discriminación racial, consintiendo diferencias de trato entre las personas de raza europea y de los indígenas. A casusa de ello, se propició la distinción entre el blanco europeo y el blanco americano o criollo. Se estableció también una diferencia entre los mestizos descendientes de las uniones entre españoles e indios, los mulatos descendientes de españoles mezclados con negros africanos y los zambos, que eran aquellas personas nacidas de la unión entre indígenas americanos y negros africanos²⁹.

Conviene recordar que la denuncia de la violencia generada por la Conquista fue una de las inquietudes recurrentes en los clásicos hispanos más implicados en la problemática de las Indias. Basta tener presen-

²⁹ Cfr., entre una amplia bibliografía indigenista pueden reseñarse las obras de: M. Aquezolo Castro, *La polémica del indigenismo*, Mosca Azul, Lima 1976; J. Comas, *Ensayos sobre indigenismo*, Instituto Indigenista Interamericano, México 1953; A. Lipschutz, *El indoamericanismo y el problema racial en las Américas*, Andres Bello, Santiago de Chile 1967; J.A. Tamayo, *Historia del indigenismo cuzqueño, siglos XVI-XX*, Instituto Nacional de Cultura, Lima 1980.

te el patético testimonio de Vitoria cuando confiesa al padre Manuel de Arcos que en lo que concierne a las violencias cometidas en las Indias «se me hiela la sangre en el cuerpo en mentándomelas»³⁰.

La denuncia de aquella violencia destructora y la propuesta de su remedio constituyen, desde luego, el nervio de la vida y la obra de Las Casas. Su *Brevísima relación de la destrucción de las Indias* constituye un alegato desgarrado y desgarrador en contra de la violencia. Se alude allí a «las matanzas y estragos de gentes inocentes y despoblaciones de pueblos y provincias y reinos que en ella (se refiere a América) se han perpetrado, y que todas las otras no de menor espanto»; así como a las «exquisitas especies de crueldad» perpetradas en aquel orbe³¹.

Dos fueron, en opinión de Las Casas, los tipos de violencia generalizada ejercitados contra los aborígenes americanos: «La una, por injustas, crueles, sangrientas y tiránicas guerras. La otra, después que han muerto todos los que podrían anhelar o sospirar o pensar en libertad, o en salir de los tormentos que padecen..., oprimiéndolos con la más dura, horrible y áspera servidumbre en que jamás hombres ni bestias pudieron ser puestas»³².

Las Casas consideró las Leyes de Indias promulgadas en el 1542 como un remedio frente a esas manifestaciones de violencia. Gracias a ellas «se puso la orden que por entonces pareció convenir, para que cesasen tantas maldades y pecados que contra Dios y los prójimos y en total acabamiento y perdición de aquel orbe convenía». La Corona elaboró esas Leyes «después de muchos ayuntamientos de personas de gran autoridad, letras y consciencia, y disputas, y conferencias en la villa

³⁰ *Carta de Francisco de Vitoria al padre Arcos sobre negocios de Indias*, en F. De Vitoria, *Relectio de Indis*, ed. a cargo de V. Beltrán de Heredia, L. Pereña, J.M. Pérez Prendes, A. Truyol y Serra y T. Urdanoz, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1967, p. 139.

³¹ B. de Las Casas, *Brevísima relación de la destrucción de las Indias*, en *Obras escogidas*, cit., vol. 5, p. 134.

³² *Ivi*, p. 137.

de Valladolid, y, finalmente, con acuerdo y parecer de todos lo más, que dieron por escrito sus votos e más cercanos se hallaron de las reglas de la ley de Jesucristo...». Pero esas Leyes y los “buenos jueces” que las fueron a aplicar tuvieron en su contra a los codiciosos «crudelísimos y desenfrenados tiranos» que, en América, perdida «la vergüenza y obediencia a su rey» impidieron los efectos benéficos de esas medidas jurídicas³³. De este modo, «el Nuevo Mundo de las Indias, concedido y encomendado por Dios y por su Iglesia a los reyes de Castilla para que se los rigiesen e gobernasen, convirtiesen e prosperasen temporal y espiritualmente»³⁴. Ante la impotencia del poder público para imponer su política protectora, quedó a merced de la violencia ejercitada por poderes fácticos en función de sus intereses privados.

Admira comprobar que, tras los siglos transcurridos, la dramática denuncia y el diagnóstico pesimista de Las Casas siguen plenamente actuales. Se ha llegado a afirmar, en fecha reciente, que: «América Latina aparece ante el resto del mundo como un enorme e interminable “Cahier de doléances”»³⁵. La falta de un poder público estatal moderador sustentado en la participación democrática explica que los poderes y facciones privados hayan recurrido a la violencia para afirmar su supremacía. «Así – según testimonio de Octavio Paz – nació la plaga del militarismo: la espada fue la respuesta a la debilidad del Estado y al poderío de las facciones»³⁶.

En Hispanoamérica la función de los ejércitos, tras las guerras de independencia, no ha guardado proporción con su tamaño y costo. La necesidad de atender a su propia supervivencia les llevó muy pronto al amotinamiento y el pillaje. De ahí que: «Lejos de proporcionar la ley y

³³ Ivi, p. 176.

³⁴ Ivi, p. 135.

³⁵ R. Carrión, *Reconocimiento jurídico y fundamentación filosófica de los derechos humanos en América Latina*, en el vol. monográfico sobre *Derechos Humanos en América Latina* de los «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 1986/87, n. 26/27, p. 13.

³⁶ O. Paz, *El ogro filantrópico*, Seix Barral, Barcelona 1979, p. 87.

el orden, el ejército era a menudo la causa primera de la violencia y la anarquía». Al carecer de fuentes regulares e independientes de ingresos los jefes militares se sintieron tentados a detentar el poder y así «Latinoamérica se convirtió en el prístino hogar de los golpes y de los caudillos»³⁷.

Los problemas básicos que limitaron o, en el peor de los casos, anulaban la eficacia de las Leyes de Indias, mantienen hoy su vigencia y, en ocasiones, con circunstancias agravantes. De igual modo, algunos de los remedios y garantías establecidos en la legislación indiana, mantienen su relevancia como cauces para la solución de dichos problemas y abusos.

Pensar que las Leyes de Indias supusieron un recetario suficiente y completo para el remedio de esos problemas del pasado y presente americano, supondría incurrir en un peligroso anacronismo histórico; no menos impropio sería ignorarlas. No sería lícito soslayar que algunas de las disposiciones de las Leyes de Indias de carácter tuitivo, encaminadas al amparo de las libertades y aquellas que imponían límites legales al ejercicio del poder, estuvieron presentes en las vicisitudes del constitucionalismo español del siglo XIX, así como en el constitucionalismo iberoamericano surgido tras la emancipación, lo que muestra la proyección histórica de aquellas normas e instituciones³⁸.

³⁷ J. Lynch, *Las revoluciones hispanoamericanas 1808-1826*, trad. esp. de J. Alfaya y B. McShane, Ariel, Barcelona 1989 (5ª ed.), p. 346.

³⁸ Conviene advertir, que la legislación indiana y, en particular, la Reforma de 1680, suscita una paradoja respecto a su función histórica en la España del siglo XIX. Supuso la persistencia de determinadas garantías para la población indígena de los territorios de ultramar, que constituían los restos del imperio español. No obstante, el mantenimiento de ese legado normativo tradicional, se utilizó como argumento para no extender la ciudadanía, reconocida en el constitucionalismo hispano decimonónico, a los indígenas de aquellos territorios. Sobre todo ello, remito a los documentados estudio de M. Lorente, *More than just Vestiges. Notes for the Study of Colonial Law History in Spanish America after 1808*, en *New Horizons in Spanish Colonial Law*, cit., pp. 193 ss.; Id., *La suerte de la Recopilación de 1680 en la España del Siglo XIX*, en la obra col., *XI Congreso del Instituto Internacional de Historia del*

La historia general y la historia de la cultura e instituciones jurídicas, no contiene un cúmulo de soluciones válidas para el presente y el futuro, pero instruye sobre los aciertos y errores pretéritos y ese conocimiento es ingrediente básico de la experiencia cultural, jurídica y política de los hombres y de los pueblos.

5. El Requerimiento

La consideración del *status* jurídico-político de los pueblos recién encontrados se halla ya presente, desde los inicios del siglo XVI, en la reflexión de dos profesores universitarios: Juan López de Palacios Rubios, Catedrático de Cánones en la Universidad de Salamanca, autor del *Tractatus insular um maris Oceani et de Indis in servitutum non redigendis*, y el dominico Fray Matías de Paz, Catedrático *de prima* en la Universidad de Valladolid, a quien se debe el libro *De dominio Regum Hispaniae super Indos*³⁹. Ambos parten de una nueva lectura jurídica de la universalidad del Derecho natural, asentado sobre la naturaleza humana, para reconocer la libertad de los indios y, por tanto, para impugnar su condición de esclavos⁴⁰. Pero condicionan esa libertad a la

Derecho Indiano, Instituto de investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires 1997, pp. 431 ss. Trabajos que debo a la deferencia de su autora.

³⁹ Estas obras han sido editadas en edición española a cargo de Silvio Zavala y Agustín Millares Carlo en el libro, J. López de Palacios Rubios, *De las Islas del Mar Océano*, y Fray M. de Paz, *Del dominio de los Reyes de España sobre los indios*, Fondo de Cultura Económica, México 1954.

⁴⁰ Estas tesis han permitido que se haya considerado a Palacios Rubios como el primer abolicionista de la esclavitud en América, según el trabajo de V. de La Fuente, *Palacios Rubios. Su importancia jurídica, política y literaria*, en «Revista de Legislación y Jurisprudencia», 1869 (separata), p. 36. Asimismo se ha visto en la doctrina de Fray Matías de Paz una anticipación de las ideas sobre la libertad de los indios defendidas posteriormente por Francisco de Vitoria, V. Beltrán De Heredia, *Un precursor del Maestro Vitoria: el padre Matías de Paz*. O.P., y su *Tratado De dominio Regum Hispaniae super Indos*, en «La Ciencia Tomista», 40, 1929, pp. 173 ss. Sobre el pensamiento de Palacios Rubios y de Fray Matías de Paz, vid. el artículo de A. Truyol y Serra, *The Discovery of the*

aceptación por parte de los indígenas de la fe cristiana, tras ser invitados o requeridos a hacerlo.

Estas doctrinas inspiraron el célebre documento jurídico denominado “*Requerimiento*”. Se trata de un instrumento destinado a legitimar la ocupación de las tierras americanas por los españoles, que se implantó a partir de la Junta de Valladolid de 1513, y en cuya elaboración y redacción participó activamente Palacios Rubios. El *Requerimiento* se inspiraba en el relato bíblico de la conquista por los israelitas de la “tierra prometida”. Según el Antiguo Testamento, Josué “requirió” a los idólatras que habitaban Jericó para que entregaran la tierra que Dios había prometido al pueblo hebreo. De igual modo, los españoles podían con justicia requerir a los indios para que les entregaran sus tierras, ya que el Papa Alejandro VI, en cuanto representante de Dios en el mundo, había concedido aquellas regiones a la Corona de España en virtud de la Bula *Inter caetera* del año 1493. La práctica del *Requerimiento* consistía en la lectura, ante un escribano y testigos, de un documento en el que se instaba a los indios a aceptar la soberanía de la Corona de España y la religión cristiana. Si accedían al *Requerimiento* se les consideraba como súbditos libres de los Reyes españoles y se respetaban sus bienes; si lo rechazaban quedaba expedito el recurso a la guerra para garantizar su sumisión⁴¹.

La institución del *Requerimiento* no puede hoy dejar de suscitar perplejidad, como ya la suscitó entre sus contemporáneos. Se pueden

New World and International Law, en «The University of Toledo Law Review», 1971, 1-2, monográfico *In Memoriam Professor Josef L. Kunz*, pp. 315 ss., trabajo que debo agradecer a la amable deferencia de su autor. Asimismo, debe reseñarse el análisis más reciente del pensamiento de Palacios Rubios, desarrollada por Lorenzo Milazzo en su monografía: *La conquista attraverso il diritto*, cit., pp. 9 ss.

⁴¹ Cfr. L. Hanke, *The Requerimiento and its Interpreters*, en «Revista de Historia de América», 1938, 1, pp. 25 ss.; J. Manzano, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1948, pp. 37 ss.; F. Morales Padrón, *Teoría y leyes de la conquista*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1979, pp. 33 ss.

argüir diversos reparos en su contra: que era una consagración fáctica de la desigualdad entre quienes lo imponían y quienes se veían en el trance de acatarlo, para éstos era una especie de contrato de adhesión obligatoria, que no admitía otra respuesta más que el sometimiento; que implicaba la contradicción de pretender anunciar el mensaje liberador evangélico mediante la imposición forzada de la fe cristiana; que partía de la premisa ilusoria de que sus destinatarios podían comprender plenamente su sentido; y que, en fin, representaba una coartada para encubrir los abusos de los conquistadores que deliberadamente prescindían de intérpretes, o de cualquier procedimiento para hacerlo inteligible, para simplificar sus actuaciones de sometimiento⁴².

Bartolomé de las Casas, uno de los primeros y más firmes críticos del procedimiento, llegó a calificarlo de «injusto, impío, escandaloso, irracional y absurdo», porque vacila sobre si «cosa es de reír o de llorar»⁴³. Para ilustrar su opinión se remite al testimonio del bachiller Anciso⁴⁴, quien refiere que un cacique de la provincia de Cenú (en la actual Colombia) respondió al requerimiento diciendo que el Papa, al conceder sus tierras al rey de Castilla debía estar fuera de sí, porque daba lo que no era suyo, y el rey de Castilla debía de estar también loco cuando tal gracia recibió, «y mayor culpa en venir o enviar a usurpar los señoríos ajenos, de los suyos tan distantes»⁴⁵.

En el requerimiento sobrevive la concepción legalista del Medievo heredera directa del formalismo ritual del Derecho romano. Pero re-

⁴² Cfr. T. Todorov, *La Conquista de América. El problema del otro*, trad. esp. de F. Botton, Siglo XXI, Editores, México, 1989 (2ª ed.), pp. 158 ss.

⁴³ B. De Las Casas, *Historia de las Indias*, Libro II, Cap. LVIII, en *Obras escogidas de fray Bartolomé de las Casas*, ed. en V vols. a cargo de J. Pérez de Tudela, Biblioteca de Autores Españoles, vol. 96, Ediciones Atlas, Madrid 1957, p. 312.

⁴⁴ El bachiller Anciso al que alude Las Casas era Martín Fernández de Enciso, quien publicó en Sevilla en el año 1519 una *Suma de Geografía* en la que narra el suceso glosado por Las Casas.

⁴⁵ Ivi, p. 310.

vela, también, una preocupación y una intencionalidad ético-jurídica que presagian la modernidad; entraña en suma, una consciencia de los derechos de los indios, así como un propósito de la Corona española de evitar la violencia y la guerra⁴⁶.

6. La Encomienda

La acción de España en América entraña una manifiesta paradoja. Por una parte la empresa hispana fue un ejemplo de tarea nacional y pública que contrasta con otros modelos colonizadores como el anglosajón o el holandés, que fueron básicamente privados, llevados a cabo por sectas religiosas o compañías mercantiles. A diferencia del carácter informal y particular de las expediciones británicas y holandesas, cuya documentación prácticamente se reduce a la contabilidad de las pérdidas y ganancias de las sociedades, cada expedición española debía ajustarse a estrictos formalismos jurídicos y consignarse puntual y escrupulosamente en documentos escritos, de cuyo volumen y prolijidad el Archivo de Indias de Sevilla o el de Simancas constituyen un elocuente testimonio. Ha señalado John H. Elliot que cualquiera que haya dedicado algún tiempo al gran archivo estatal de Simancas, no puede por menos que quedar impresionado por la aplastante masa de documentos generada por la máquina administrativa española en los siglos XVI y XVII. La España de los Habsburgo fue pionera del moderno Estado burocrático y la presencia del Estado puede sentirse en cada momento de la historia de España y de sus posesiones de ultramar⁴⁷.

Como contrapunto a esa dimensión iuspublicista de la empresa colonial, los vínculos entre la Monarquía hispánica y América tuvieron un marcado sentido patrimonialista. La incorporación de las Indias a la

⁴⁶ Cfr. D. Ramos, *Estudio Preliminar* del vol. col. *La Ética en la Conquista de América*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1984, pp. 41 ss.

⁴⁷ J.H. Elliot, *El Viejo Mundo y el Nuevo 1492-1650*, trad. esp. de R. Sánchez Mantero, Alianza Editorial, Madrid 1990 (2ª ed.), pp. 14 ss.

Corona se contempló desde categorías jurídicas heredadas de la tradición medieval, como una ampliación del patrimonio regio⁴⁸, lo que no estuvo exento de consecuencias: «Si el Estado es el patrimonio del Rey, ¿cómo no va a serlo también de sus parientes, sus amigos, sus servidores y sus favoritos? En España el Primer Ministro se llamaba, significativamente, Privado»⁴⁹.

Esta concepción tornó vagas y fluctuantes las fronteras entre lo público y lo privado, al trasplantar a América el sistema feudal de los señores bajo la forma de las denominadas “*Encomiendas*”. Se trataba del repartimiento de los indígenas y sus tierras entre los conquistadores, que tendía a asegurar el mantenimiento de éstos y la protección y educación de aquellos. El sistema se reveló tan eficaz para el logro de la primera finalidad como ineficaz para la segunda; es más, produjo numerosas situaciones abusivas de enriquecimiento de encomenderos desaprensivos a costa del sacrificio de los indígenas. La encomienda entrañaba una mediatización de las relaciones entre la Corona y sus súbditos indígenas de América y entrañaba la privatización del pago de impuestos y del ejercicio de competencias jurisdiccionales. Las encomiendas se concedieron inicialmente con carácter temporal pero, al promediar el siglo XVI, los encomenderos del Perú iniciaron una negociación para obtener del Emperador Carlos V la perpetuidad de las encomiendas a cambio de una importante cantidad (cinco millones de ducados de oro) a título de vasallaje.

La descalificación y la denuncia de la encomienda constituye una de las obsesiones temáticas de Bartolomé de las Casas, hasta el punto de convertirse en el mentor ideológico de cuantos luchaban contra tal régimen. El nervio de la argumentación de Las Casas reposa en motivaciones humanitarias dirigidas a preservar la libertad y seguridad de los

⁴⁸ Cfr. J. Manzano, *La incorporación de las Indias a la Corona de Castilla*, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1948, *passim*.

⁴⁹ Paz, *El ogro filantrópico*, cit., p. 99.

indios, pero al construir y fundar su razonamiento formula principios de enorme relevancia jurídica y política⁵⁰. El de mayor interés, a efectos de lo que aquí importa, es el de carácter público, democrático e inalienable de la soberanía y de la jurisdicción. Según Las Casas el sistema de la encomienda, no sólo suponía la exterminación de los indios, implicaba también debilitar el poder público representado por la Corona al transferir súbditos y tributos a poderes privados (los encomenderos)⁵¹. Para evitarlo aboga para que el Rey «ponga y encorpore en su cabeza y Corona real todos los indios de las Indias y no consienta en ninguna manera que algún español tenga pocos ni muchos encomendados, y mucho menos dados por vasallos...»⁵². Las Casas estima necesario que los indios «siempre sean y estén inmediatamente en la Corona de Castilla, como lo están las ciudades y pueblos realengos de estos reinos de España»⁵³; y paguen sus tributos directamente al rey sin mediación de los encomenderos. Sólo así el Rey cumplirá la obligación «que tiene a la buena gobernación y conservación de aquellas gentes»⁵⁴.

Bartolomé de las Casas dedicó la parte central de su Tratado *De regia potestate* a fundamentar jurídicamente el carácter público de la jurisdicción y de los bienes fiscales. Según se desprende de su razonamiento: «el príncipe no tiene la jurisdicción como si fuera un patrimonio privado ni es dueño de ella ni de los demás bienes reales, sino que son de Derecho público»⁵⁵. Las Casas insiste en el carácter inalienable

⁵⁰ Vid. Pérez Luño, *La polémica sobre el Nuevo Mundo*, cit., pp. 176 ss.

⁵¹ B. de Las Casas, *Aquí se contienen treinta proposiciones muy jurídicas*, en *Obras escogidas de Fray Bartolomé de las Casas*, cit., vol. 5, pp. 255-257; Id., *Tratado de las doce dudas*, ivi, Principio primero; pp. 486 ss., y Principios V a VIII, pp. 492 ss.

⁵² B. de Las Casas, *Entre los remedios*, en *Obras escogidas*, cit., vol. 5, Razón segunda, p. 72.

⁵³ B. de Las Casas, *Memorial del Obispo Fray Bartolomé de las Casas y Fray Domingo de Santo Tomás*, en *Obras escogidas*, cit., vol. 5, p. 466.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ B. de Las Casas, *De Regia Potestate*, con Estudio Preliminar a cargo de A.E. Pérez Luño, en *Obras Completas*, Alianza Editorial, Madrid 1990, vol. 12, p. 105,

e innegociable de la soberanía, de la jurisdicción, de los bienes y cargos públicos y, en suma, del reino en su totalidad o en cualquiera de sus partes. Pero, lo que hace más interesante y anticipadora su argumentación es que en ella el carácter público de las instituciones, comenzando por el reino o Estado, en cuanto deben responder a una estructura democrática asentada en el consentimiento de los ciudadanos, es condición básica para el disfrute de las libertades⁵⁶.

Tras la independencia se perpetúan determinadas formas de “neoencomienda” que debilitan o impiden la formación de verdaderos Estados. Conviene reparar en que el proceso emancipador fue una lucha por el poder y la libertad pero, no en menor medida, por la tierra. La elite de terratenientes criollos sustituyó a los propietarios coloniales. La formación de grandes fincas corrió pareja con la creación de los nuevos Estados. Las ambiciones de la nueva elite fueron saciadas con la atribución de cargos y poderes públicos. El fenómeno de enajenación y privatización de jurisdicciones, contra el que clamó Las Casas, se perpetuaba en las haciendas latifundistas que heredaron todo lo peor de las encomiendas. Se ha recordado, de forma pertinente, que: «durante y después de las guerras de independencia prevalecieron diversas fuerzas que eran hostiles al crecimiento de los Estados nacionales. La hacienda, reminiscencia inmediata de la encomienda, era una de las numerosas bases rivales de poder y lealtad que desafiaban a las instituciones estatales; los peones se hallaban ligados por obligaciones para con su patrón, cuyo poder era inmediato y cuya decisión era definitiva. Los privilegios corporativos también obraban en menoscabo del Estado. La existencia de fueros militares y eclesiásticos y la supervivencia de comunidades indias como entidades corporativas hicieron que grandes sectores de la sociedad quedaran fuera de la jurisdicción directa del Estado. El separatismo o la autonomía regional, que a menudo expresaba importantes

Tercera conclusión, § XII.

⁵⁶ Ivi, pp. 99 ss., Tercera conclusión, §§ XII a XXIII.

intereses económicos, era otra soberanía alternativa que debilitaba el desarrollo de la nación»⁵⁷.

«Una hacienda – ha escrito Peter Waldmann – está estructurada de manera estrictamente jerárquica, establece una clara división de roles entre los que ordenan y los que obedecen; en segundo lugar, el poder supremo de decisión es ejercido sólo por una persona, el patrón; y tercero, este poder es excluyente y omnímodo, es decir se extiende a todos los ámbitos de la vida y no puede ser neutralizado por ningún poder opuesto»⁵⁸. No deja de ser sorprendente la pervivencia en la estructura actual de la hacienda latinoamericana de los problemas sociales, políticos y jurídicos denunciados hace cuatro siglos por Las Casas respecto al régimen de las encomiendas.

7. Conclusión: la Conquista y su incidencia en la transición hacia nuevas formas de reflexión filosófico-jurídica y política

He indicado en algunos de mis trabajos⁵⁹ que las incertidumbres y dificultades iniciales de la cultura española del siglo XVI para alojar en categorías conceptuales adecuadas la realidad americana, deben considerarse normales si se parte de la magnitud implicativa del fenómeno con que tuvieron que enfrentarse. Pero de esta observación no es lícito infe-

⁵⁷ Cfr. Lynch, *Las revoluciones hispanoamericanas 1808-1826*, cit., p. 346.

⁵⁸ P. Waldmann, *Ensayos sobre política y sociedad en América Latina*, trad. esp. de E. Garzón Valdés y M. Delacre, Alfa, Barcelona/Caracas 1983, p. 37.

⁵⁹ Pérez Luño, *La polémica del Nuevo Mundo*, cit., *passim*; Id., *Los derechos humanos en los clásicos inusnaturalistas españoles*, en el vol. col. a cargo de G. Peces-Barba y E. Fernández, *Historia de los derechos fundamentales*. T. I, *Tránsito a la Modernidad Siglos XVI y XVII*, Dykinson & Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1998, pp. 505 ss.; Id., *Intervenciones por razones de humanidad. Una aproximación desde los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, en «Revista de Occidente», n. 236-237, 2001, pp. 70 ss.

rir falta de consciencia histórica para medir la revolución en los modos de vida y en las creencias que, inevitablemente, preanunciaba el evento americano, ni falta de capacidad para su inteligencia. Al promediar el siglo XVI abundan testimonios intelectuales que revelan que, para los espíritus más avisados del periodo, América ya no es sólo un espacio físico en la medida en que deviene progresivamente un espacio mental. Por eso, no me siento inclinado a suscribir el juicio de José Antonio Maravall cuando sostiene: «no hemos descubierto ningún pensador político capaz de dar una formulación sistemática y clara a los nuevos hechos, es decir, que represente, respecto a la nueva situación que en el Reino de Castilla se produce por la incorporación de los dominios ultramarinos, algo así como lo que Maquiavelo representa respecto a la nueva forma europea del Estado, unos años antes, o Locke, algunos más después, respecto a la Revolución inglesa»⁶⁰.

Como toda afirmación tajante ésta reclama, de inmediato, matices que la sitúen en sus justos términos. Frente a las tesis de Maravall, entiendo que la conquista representó una transición en las formas, es decir, en los métodos y en los propios contenidos de la reflexión filosófico-jurídica y política de la cultura hispana de aquel periodo y que, por irradiación, proyectó esos cambios renovadores en la cultura jurídica y política europea de aquel momento histórico.

En primer término, conviene cobrar consciencia de la disparidad de envergadura del encuentro del Nuevo Mundo que representó más que un cambio en la forma de entender los modos de convivencia política, una redimensión cósmica de todos los aspectos de la existencia. Por eso, en la España del XVI, la reflexión sobre el fenómeno americano no quedó circunscrita a la especulación de una mente esclarecida, o a un grupo de intelectuales inquietos, ni siquiera a un debate entre las

⁶⁰ J.A. Maravall, *El Descubrimiento de América en la Historia del Pensamiento Político*, en sus *Estudios de Historia del Pensamiento Español*, Serie Segunda: La Época del Renacimiento, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid 1984, p. 401.

influyentes Universidades del periodo. Fue un fenómeno que rebasó el ámbito de los gabinetes de estudio y de las aulas, para interesar a todos los espíritus de la época desde la Corona a una gran masa de peninsulares; lo mismo los que veían en América una nueva Tierra Prometida plena de posibilidades de promoción, que quienes se cuestionaban en conciencia la legitimidad de la presencia española en aquellas tierras.

Se trató, por tanto, de un debate pluricéntrico, desarrollado en distintos niveles y a partir de inquietudes heterogéneas. Pero sin que faltaran tampoco puntos de referencia común que aglutinaran y ofreciesen un hilo conductor de esa multiplicidad de aspectos y perspectivas de enfoque del fenómeno americano. Intentaré aludir a esos factores reconduciéndolos al contexto ambiental, al objeto y a los protagonistas de dichas inquietudes.

En lo que concierne a la atmósfera en que se desarrolló la discusión sobre las cosas de América resulta obligado ponderar que, básicamente, se inició en un clima intelectual abierto y libre. Uno de los mejores historiadores contemporáneos de aquella etapa, Lewis Hanke, ha indicado: «El investigador que tiene la fortuna de trabajar en el Archivo de Indias, muy pronto se da cuenta de que los españoles del siglo XVI en América no sólo escribían caudalosamente y redactaban extensos informes, sino que expresaban su opinión con asombrosa libertad»⁶¹.

Quienes desde ambas orillas del Atlántico opinan de América, a través de centenares de memoriales, informes, avisos y cartas, plenos de consejos, advertencias, quejas y hasta amenazas, lo hacen exponiendo con franqueza sus convicciones. La libre expresión y denuncia en lo referente a los hechos de América llegó al extremo de que los adversarios de España pudieron, más tarde, aludir a los abusos y crueldades de la

⁶¹ L. Hanke, *The Struggle for Justice in the Spanish Conquest of America*, University of Pennsylvania Press, Filadelfia 1949; aquí se citara por la trad. esp. de R. Iglesia, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires 1949, p. 77 (existe una ed. posterior de Aguilar, Madrid, 1969).

Conquista, citando escritos de los propios españoles y sentando así las bases de la “leyenda negra”⁶².

Pese al enorme poder de los reyes y a la amenaza de la Inquisición, los leales súbditos de la Corona de España no dudaron en avanzar sus juicios sobre las Indias. Es más, los monarcas españoles no sólo toleraron las discusiones públicas sino que, como lo prueban las Juntas o Controversias de Valladolid de 1550⁶³, incluso las propiciaron. La sensibilidad del poder hacia los aspectos ético-jurídicos más importantes de ese debate, determinó que el Emperador Carlos V se planteara la posibilidad de abandonar las Indias, es decir, lo que se ha denominado “la duda indiana”⁶⁴. Es difícil hallar en la historia un ejemplo por parte

⁶² Ivi, p. 94. En relación con la libertad de expresión y la crítica al poder en la España de los siglos XVI y XVII, cfr. el libro de A. Ruiz de la Cuesta, *El legado doctrinal de Quevedo. Su dimensión política y filosófico-jurídica* con “Prólogo”, de A.E. Pérez Luño, Tecnos, Madrid 1984, pp. 142 ss. Vid. también, entre otras, las obras de: J.-L. Bermejo, *Máximas, principios y símbolos políticos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, pp. 84 ss.; A. Domínguez Ortiz, *El Antiguo Régimen: Los Reyes Católicos y los Austrias*, en la *Historia de España Alfaguara*, vol. 3, Alianza Universidad, Madrid 1976 (3ª ed.), pp. 213 ss.; J.A. Maravall, *La oposición política bajo los Austrias*, Ariel, Barcelona 1974, pp. 50 ss. Para los aspectos institucionales en los que se refleja la limitación y la crítica democrática al poder en aquel periodo, vid., por todos, el libro de J.M. García Marín, *La burocracia castellana bajo los Austrias*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid 1986 (2ª ed), pp. 17 ss., 93 ss., y 249 ss.

⁶³ Cfr. sobre las Controversias, mi trabajo, *Democracia y derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, cit., pp. XVIII ss.

⁶⁴ Cfr. L. Pereña, *La Escuela de Salamanca y la duda indiana*, en el vol. col. *La Ética en la Conquista de América*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid 1984, pp. 291ss.; P. Borges, *Posturas de los misioneros ante la duda indiana*, ivi, pp. 597 ss. Constituiría un grave error histórico pensar que la actitud de la Corona fue espontánea y no se vio influida por el ambiente intelectual de las Universidades y por las denuncias de quienes, como Las Casas, fueron testigos directos de los abusos cometidos en América. Prueba inequívoca de que antes de producirse esas influencias la postura de la Monarquía fue muy distinta, la ofrece la protesta del Emperador Carlos a Fray Nicolás de Santo Tomás, Prior del Convento de San Estaban de Salamanca,

del poder político de libertad de opinión y de tolerancia de tesis contrarias a sus propios intereses, parangonable al que ofrecen los monarcas españoles en relación con las cuestiones de América.

Conviene advertir que esa actitud de la Corona no fue algo espontáneo, ni tampoco un hecho aislado e insólito. En la España del periodo se daban unos estímulos que inducían hacia esa postura. Existía un fermento democrático que favorecía la libre discusión de esos problemas.

En el plano institucional no puede soslayarse la tradición hispano-medieval de los fueros de franquicias y libertades, la función de control de las Cortes, y las derivaciones propias de la revolución popular de los Comuneros⁶⁵, coetánea a los acontecimientos de América. Asimismo, en la esfera de las ideas, la difusión del iusnaturalismo racionalista tomista, renovada desde los estímulos humanistas del Renacimiento, propició una idea de la libertad cifrada en la razón, así como una concepción del orden político basado en el bien común, antes que en el miedo y en la coacción.

Resulta necesario insistir en este dato para desvirtuar determinados tópicos que se empeñan en concebir nuestro proceso histórico como

en epístola fechada en Madrid el 10 de noviembre de 1539. En esa misiva, Carlos I se queja de que por parte de algunos maestros dominicos residentes en dicho Convento se hayan expuesto doctrinas o publicado memoriales en los que se discuten los derechos del Rey sobre las Indias. De ello, se podían derivar, según indica Carlos I, graves daños para el servicio de Dios, para la autoridad del Papa que había concedido tales derechos, y para el prestigio de la Corona. Cfr. C. Barcia Trelles, *Interpretación del hecho americano por la España universitaria del siglo XVI*, Institución Cultural Española del Uruguay, Montevideo 1949, pp. 70-71.

⁶⁵ Sobre la influencia de las ideas democráticas de los Comuneros en el debate sobre las Indias, vid. V. Abril, *Bartolomé de las Casas, el último comunero*, en el vol. *Las Casas et la politique des droits de l'homme*, Actas de las Jornadas de Aix-en-Provence 12-13-14 de Octubre de 1974, Institut d'Etudes Politiques d'Aix & Instituto de Cultura Hispánica, Aix-en-Provence 1976, pp. 92 ss.; Id., *¿Las Casas, comunero? El Sacro Imperio Hispánico y las comunidades indoamericanas de base*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid», 17, 1976, pp. 485 ss.

insensible o ajeno a la conquista de la democracia. He recordado en alguna ocasión la falta de rigor de quienes, desde un tradicionalismo inmovilista, han hipostasiado su propio sistema de creencias para presentar nuestra historia como la de un pueblo indiferente a las libertades y secularmente apegado al dogmatismo y al autoritarismo; así como la de quienes, desde un sedicente progresismo, aceptan esos estereotipos de partida y abogan por hacer *tabula rasa* de nuestro pasado, para buscar en modelos importados una legitimación de las libertades y la democracia, que su miopía intelectual les hace descartar de nuestra auténtica tradición. «Estas dos actitudes representan dos caras opuestas de una misma moneda: la del insufrible lugar común del *Spain is different* aplicado a nuestra historia política y cultural. De tal modo que paradójicamente, desde premisas ideológicas contrapuestas, se arriba a una misma y falaz conclusión: la de privar de fundamento y justificación histórica a nuestra lucha por las libertades»⁶⁶.

⁶⁶ He expuesto esta tesis en mi “Prólogo”, a Ruiz de la Cuesta, *El legado doctrinal de Quevedo*, cit., pp. 12-13. Esta obra constituye una valiosa aportación para comprobar, a través del pensamiento de Quevedo uno de los mejores testigos de las inquietudes sociales del siglo XVI y primera etapa del XVII, la sensibilidad política y cultural de la España de su tiempo hacia los problemas de la libertad. También me parece de interés recordar que el historiador alemán de los derechos humanos Gerhard Oestreich ha reconocido expresamente que antes de la Magna Charta inglesa del 1215 «existía en la Península Ibérica un elenco de derechos fundamentales, hecho que generalmente ha sido tomado muy poco en consideración hasta ahora». Oestreich cita el Pacto convenido entre Alfonso IX y los representantes del Reino en las Cortes de León en 1188, por el que se reconocían las libertades del pueblo: a mantener el Derecho consuetudinario; a las garantías procesales; a la necesaria consulta de los estamentos para codecidir con el Rey las cuestiones más importantes, como la guerra; y a la inviolabilidad de la vida, el honor, el domicilio y la propiedad. *Der Idee der menschenrechte in ihrer geschichtlichen Entwicklung*, Colloquium Verlag, Berlín, 3ª ed., 5ª reimpr., 1974, cito por la trad. cast. de E. Mikunda, *La idea de los derechos humanos a través de la Historia*, incluida en el vol. de G. Oestreich y K.P. Sommermann, *Pasado y presente de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid 1990, p. 30. En esta misma obra Gerhard Oestreich advierte de la importante contribución de los clásicos iusnatura-

La polémica sobre América tuvo como principal objeto la discusión sobre el *status* jurídico político de los indios. El punto central y originario del debate se polariza, en efecto, en relación con la condición personal de los aborígenes americanos. El problema de los “justos títulos”, o sea, la cuestión a cerca de la legitimidad moral y jurídica del dominio español sobre las Indias; las controversias sobre la licitud de la guerra frente a los pueblos que no se sometieran a la soberanía hispana; así como las propuestas sobre la forma política que debía revestir el gobierno español en América y la organización de las comunidades indígenas, dependían de la respuesta que se diese a un tema básico y preliminar: ¿cuál es la naturaleza del indio americano? Porque, si como sostenían algunos, se trataba de seres salvajes, bárbaros más cercanos a los monos que a los hombres, hacía falta muy poco esfuerzo argumentativo para justificar el dominio español. Lo contrario que si se admitía el carácter plenamente humano de los indios y se infería de ello su condición de personas libres, poseedoras de bienes que no podían usurparse arbitrariamente, así como de comunidades políticas autóctonas que no debían ser ignoradas ni abolidas.

Como se ha tenido ocasión de observar anteriormente, desde los momentos iniciales del encuentro entre España y América la tesis de la condición humana, racional y libre del indio fue la que contó con mayor apoyo y la que terminó por imponerse. El debate sobre el Nuevo Mundo comienza, por tanto, con una reflexión antropológica sobre la naturaleza humana. Esa inquietud necesariamente debía desembocar en la abierta polémica entre: quienes, reelaborando la teoría aristotélica de la esclavitud, defendían la división entre pueblos cultos y bárbaros y admitían determinadas formas de servidumbre de éstos; frente a quienes, a partir de la común racionalidad del género humano y a su

listas hispanos de la Escuela de Salamanca en la conformación de la idea moderna de los derechos humanos, a través de la defensa de los límites del poder monárquico, de la soberanía del pueblo y de la igualdad de todo el género humano, para defender a los pobladores autóctonos de América (ivi, p. 43).

idéntica capacidad para recibir el mensaje cristiano, se anticiparon a su tiempo en la reivindicación de la dignidad, libertad e igualdad de todos los hombres⁶⁷.

Un aspecto interesante de la controversia doctrinal sobre la condición ética, jurídica y política de los indígenas, es el que hace referencia al propio lenguaje en el que se expresaban esas valoraciones. Anthony Pagden ha insistido en que el contexto lingüístico en el que se inscribe el *Democrates segundo* de Juan Ginés de Sepúlveda, en el que se discutía la racionalidad de los indios, no es el teológico, ético y jurídico en el que se sitúan las argumentaciones de Vitoria y sus sucesores, sino el literario y retórico. Se trata de «la obra de un hombre que, a pesar de sus pretensiones de ser un erudito en todas las ramas del conocimiento... era más conocido por sus obras literarias. Sepúlveda era un humanista, y, en opinión de los teólogos de Salamanca, un humanista con la presunción que compartían muchos de su clase de especular sobre temas para los que no estaba suficientemente preparado». Por eso, «...si la obra de Sepúlveda se lee como teología su tono es histérico, y sus juicios – como declararon los jueces de Alcalá y Salamanca – “heterodoxos” y formulados incorrectamente»⁶⁸.

La tesis de Pagden resulta hartamente discutible por infravalorar la formación jurídica y teológica de Sepúlveda, y el consiguiente carácter ético, jurídico y político de su argumentación legitimadora de la Conquista del Nuevo Mundo. Pagden paga tributo al exceso cuando reputa mera

⁶⁷ Cfr. mi trabajo, *Democracia y derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, cit., pp. XVI ss.

⁶⁸ A. Pagden, *La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etnología comparativa*, trad. cast. de B. Urrutia, Alianza Editorial, Madrid 1988, pp. 159-160 ss.; Cfr., también Todorov, *La Conquista de América. El problema del otro*, cit., pp. 162 ss. En fecha reciente ha realizado un interesante estudio sobre el lenguaje utilizado por los principales protagonistas del debate americano, L. Nuzzo, *Il linguaggio giuridico della Conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole*, Jovene, Napoli 2004, *passim*.

especulación retórica el *Democrates segundo*. De haber sido así las Universidades de Alcalá y Salamanca no hubiesen perdido su tiempo en rebatir unas opiniones constitutivas de un mero ensayo literario; y las propias Juntas o Controversias de Valladolid entre Las Casas y Sepúlveda hubieran carecido de sentido por la diversidad de planos o universos de discurso de sus protagonistas.

Aunque el debate sobre América implicó a la sociedad peninsular del siglo XVI en su conjunto, tuvo unos protagonistas destacados en los clásicos españoles del Derecho natural. El clima de discusión libre que contextualiza la forma de plantear el tema de las Indias, coincide, y ello no es casual, con el periodo de mayor auge político y cultural español. De ahí la denominación de “Siglo de Oro” empleada para designar el periodo que abarca desde el primer tercio del siglo XVI hasta mediados del XVII⁶⁹.

El encuentro de América planteó una serie de cuestiones, hasta entonces inéditas, que estimularon el ejercicio libre de la razón y, por ello, suscitó la transición hacia nuevos horizontes de la cultura jurídico política. Esa labor intelectual condujo a idear soluciones no previstas en las concepciones doctrinales recibidas del pasado, o adaptarlas a las nuevas situaciones. Ello se vio impulsado por la fuerza motriz cultural que supuso el Renacimiento con su actitud humanista, crítica y experimental. En ese contexto deben situarse y analizarse las aportaciones de los iusnaturalistas clásicos españoles a la teorización, y también a la propuesta de soluciones prácticas, sobre la cuestión americana.

⁶⁹ Conviene recordar que el propio Hugo Grocio no dudo en reconocer la libertad intelectual de los clásicos hispanos. Así indica expresamente, con referencia a Fernando Vázquez de Menchaca, que se trata de una gloria de España de quien destaca la sutileza de ingenio para investigar el Derecho, y la libertad para enseñarlo: “*Decus illud Hispaniae, cujus nec in explendendo iure subtilitatem, nec in docendo libertatem unquam desideres*”. *De Iure Praedae Commentarius*, ed. a cargo de G. Hamaker, Martin Nijhoff, La Haya 1869, p. 26, n. 3.

VESTFALIA 1648. LA DEBOLEZZA DI UN MODELLO, LA NECESSITÀ DI UN MITO*

Stefano Pietropaoli

Abstract

The so-called “Westphalian model” played – and still plays today – a pivotal role in the history of international law. I will briefly outline the events that led to the conclusion of the Treaties of Westphalia; then I will try to define the framework and the main features of the “model”, critically examining some problematic points. Finally, I will consider the interpretation of the Peace of Westphalia as a “myth” of modern international law.

Keywords

Peace of Westphalia; International Law; Thirty Years War; International Relations; Myth.

1. Una storia semplice

La Pace di Vestfalia rappresenta l'atto conclusivo della cosiddetta “Guerra dei Trent'anni”. Il conflitto coinvolse sostanzialmente l'intera

* Desidero ringraziare Claudia Mattioli, Giuseppe Perconte Licatense e Filippo Ruschi per aver letto e commentato una prima versione di questo saggio, consentendomi così di emendarlo da alcuni errori e di migliorarlo non poco.

Europa occidentale, ma la durata e le dimensioni degli eventi bellici – destinati a rimanere i più sanguinosi fino ai conflitti mondiali del Novecento – furono tali da suscitare gravi preoccupazioni anche al di là dei confini europei.

Come ripetono stancamente i manuali, la scintilla che diede fuoco alle polveri è rappresentata dall'episodio della defenestrazione di Praga del 23 maggio 1618¹. Alcuni membri dell'aristocrazia boema, viste deluse le aspettative di una effettiva applicazione della lettera di maestà con cui nel 1609 l'imperatore Rodolfo II si era impegnato a garantire la libertà religiosa e a riconoscere il diritto di edificare luoghi di culto ai sudditi boemi (in massima parte di fede protestante), sequestrarono due governatori imperiali e un loro segretario e li scaraventarono fuori da una finestra del castello di Hradčany. Si innescarono così numerose rivolte contro il successore di Rodolfo II – suo fratello Mattia d'Asburgo – che a loro volta degenerarono rapidamente in un conflitto pan-europeo.

Questa reazione a catena fu resa possibile da una situazione politica già compromessa, tradizionalmente ricondotta alle irrisolte tensioni successive alla pace di Augusta del 1555. Si trattò, certo, di una guerra – o più precisamente: di una serie di guerre – di religione, ma è altrettanto sicuro che la posta in palio non era riferibile soltanto alla questione del culto, ovvero della prevalenza della Riforma o della Controriforma. In gioco c'era la definizione dei rapporti di forza tra Sacro Romano Impero, Francia, Spagna, Svezia e Olanda. In altre parole: il nuovo assetto politico europeo.

La descrizione delle intricatissime vicende belliche della Guerra dei Trent'anni va al di là delle competenze di chi scrive e dell'obiettivo di queste pagine. Mi limiterò pertanto a ricordare brevemente quello che più interessa in questa sede, ossia la definizione degli accordi che conclusero il conflitto.

¹ Più precisamente, si tratta del terzo episodio passato alla storia col nome di “defenestrazione di Praga”, dopo quelli del 30 luglio 1419 e del 24 settembre 1483.

Già sul finire del 1642 le sorti della guerra erano parse segnate. L'esercito imperiale venne duramente sconfitto a Breitenfeld e nel giro di poche settimane Lipsia cadde in mano svedese. Altre gravi sconfitte fiaccarono le già deboli forze dell'Impero. Nel 1643 vennero così individuate quali sedi per le trattative due città, non distanti l'una dall'altra: Münster, cattolica, e Osnabrück, a maggioranza luterana.

L'imperatore Ferdinando III d'Asburgo, pur consapevole della superiorità militare del nemico, rifiutò ostinatamente di accettare le condizioni della resa proposte dagli avversari. La guerra si trascinò così ancora per qualche anno, fino a quando nella primavera del 1645 la disfatta austriaca divenne definitiva e le forze svedesi arrivarono a minacciare Vienna. Abbandonato da Baviera e Sassonia l'imperatore vide svanire anche la più flebile speranza di vittoria. Se le proposte di pace non rappresentavano certo l'ideale di una *pax honesta*², erano comunque preferibili a una sconfitta assoluta e del tutto disonorevole.

Le negoziazioni avviate nel 1643 non erano mai state formalmente interrotte, ma solo dopo il 1645 cominciarono ad affrontare in maniera puntuale i molti problemi legati alla definizione della pace. La complessità delle trattative può essere espressa con un semplice dato numerico: nelle due città della Vestfalia intervennero complessivamente 176 plenipotenziari in rappresentanza di 196 regnanti³.

Francia e Svezia perseguivano l'obiettivo di frantumare l'Impero e creare un nuovo assetto europeo di cui sarebbero state protagoniste assolute. Gli Stati imperiali della Germania, tuttavia, intuirono che una tale soluzione si sarebbe rivelata contraria ai propri interessi. Arrivarono così alla conclusione che un Impero ridimensionato ma ancora

² Sul punto rinvio a Ch. Kampmann, *Peace impossible? The Holy Roman Empire and the European state system in the seventeenth century*, in O. Asbach, P. Schröder (eds.), *War, the State and International Law in Seventeenth-Century Europe*, Ashgate, Farnham 2010.

³ Cfr. M. Greengrass, *Christendom Destroyed. Europe 1517-1648*, Penguin, London, 2014 (tr. it. *La cristianità in frantumi, Europa 1517-1648*, Laterza, Roma-Bari 2017).

vitale fosse l'unica soluzione auspicabile, purché riconoscesse loro una effettiva autonomia di governo, rinunciasse alla ricattolicizzazione della Germania e ponesse così fine ai conflitti religiosi nei territori tedeschi⁴. Fu così che Francia e Svezia ottennero importanti ampliamenti territoriali e consolidarono strategicamente la propria posizione sul teatro europeo, conseguendo gran parte degli obiettivi fissati da Richelieu (e, in seguito, Mazzarino) e Gustavo Adolfo. Nonostante ciò l'Impero, pur vedendo definitivamente tramontare l'ambizione di unificare l'Europa sotto un solo sovrano e una sola fede, rimase in vita.

Giungiamo così al 1648, anno della “doppia pace di Vestfalia”: l'imperatore cattolico e i principi tedeschi conclusero il Trattato di Osnabrück con la regina protestante di Svezia (e i suoi alleati) e il Trattato di Münster con il re cattolico di Francia (e i suoi alleati). Come è stato più volte sottolineato, la pace aveva un carattere ibrido: da una parte, comprendendo trattati tra Impero e potenze straniere, aveva una natura “internazionale”; dall'altro, includendo accordi tra Impero e Stati imperiali, aveva una natura in qualche modo “costituzionale”. Del resto la Guerra dei Trent'anni era stata anche una guerra “interna” all'Impero, se non una guerra civile vera e propria, come quelle che in quegli stessi anni afflissero Francia, Spagna e Inghilterra (dove pochi mesi dopo la pace di Vestfalia veniva decapitato Carlo I).

2. Una storia ancora più semplice: il “modello Vestfalia”

L'affermazione più comune che possiamo rinvenire nella dottrina giu-sinternazionalistica a proposito della Pace di Vestfalia è che essa rappresenti uno slittamento di paradigma decisivo per lo sviluppo di un nuovo ordine mondiale fondato sugli Stati e destinato a durare fino alla con-

⁴ Questa soluzione ovviamente scontentò papa Innocenzo X, la cui decisione di non riconoscere gli accordi di Vestfalia può essere intesa come l'inizio di una progressiva emarginazione di quella che era l'unica potenza italiana di rango europeo.

clusione della prima guerra mondiale⁵. In altre parole, il 1648 certifica la fine del dualismo medievale tra papato e Impero e segna l'inizio di un nuovo sistema di relazioni internazionali fondato esclusivamente sugli Stati, ovvero su soggetti sovrani capaci di esercitare un potere esclusivo su di un territorio ben definito.

Per usare l'efficace espressione di un testo fondamentale per la storia dell'ordine internazionale moderno, con la Pace di Vestfalia nacque un ordine creato "dagli Stati, per gli Stati"⁶. La conferenza di pace conclusasi nel 1648 ha creato un nuovo modo di fare la pace e di dirimere le controversie tra le nazioni, segnando così l'inizio di un sistema di diritto internazionale in senso moderno. Come ha scritto Leo Gross, «Westphalia, for better or worse, marks the end of an epoch and the opening

⁵ Uno dei più noti tra gli autori che accolgono esplicitamente questo orientamento (e che parla di "modello Vestfalia") è Richard A. Falk, di cui si veda in particolare *The Interplay of Westphalia and Charter Conceptions of International Legal Order*, in R.A. Falk, C.E. Black (eds.), *The Future of the International Legal Order*, Princeton University Press, Princeton 1969, vol. 1, pp. 32-72. Importante precedente è sicuramente il classico di Hans J. Morgenthau, *Politics Among Nations. The Struggle for Power and Peace*, Knopf, New York 1948 (anno del terzo centenario della Pace; tr. it. *Politica tra le nazioni. La lotta per il potere e la pace*, il Mulino, Bologna 1997): secondo l'autore le norme fondamentali del diritto internazionale moderno sono state sicuramente stabilite nel 1648, quando la Pace di Vestfalia ha messo fine alle guerre di religione e posto lo Stato territoriale come "pietra angolare" del moderno sistema statale (p. 210 dell'edizione originale). Tra i giusinternazionalisti, del resto, l'idea che Vestfalia rappresentasse una svolta epocale era già presente da tempo: cfr., *ex plurimis*, H. Wheaton *Histoire de progrès de droit des gens depuis la Paix de Westphalie jusqu'au Congrès de Vienne* (Brockhaus, Leipzig 1841); F. Despagnet, *Cours de droit international public*, Larose, Paris 1894; Ch. Dupuis, *Le principe d'équilibre et le concert européen et le concert européen de la paix de Westphalie à l'acte d'Algésiras*, Perrin, Paris 1909; L. Oppenheim, *International Law*, vol. 1, Longmans, London 1905; A. Rapisardi Mirabelli, *Le Congrès de Westphalie*, Brill, Leyden 1929; H. Taylor, *A Treatise of International Public Law*, Callaghan, Chicago 1901.

⁶ Mi riferisco a K.J. Holsti, *Peace and War. Armed Conflicts and International Order, 1648-1989*, Cambridge University Press, Cambridge 1991, p. 25.

of another. It represents the majestic portal which leads from the old into the new world»⁷.

Sulla base di queste considerazioni gli internazionalisti e gli studiosi di relazioni internazionali hanno disegnato un “modello” capace di spiegare il funzionamento dell’ordine internazionale dalla prima modernità fino al 1919. Il modello Vestfalia individua nei trattati di Münster e di Osnabrück il punto di emersione dei principî destinati a dare forma al nuovo assetto internazionale per oltre due secoli e mezzo: sovranità, territorialità, non ingerenza, eguaglianza formale tra gli Stati (avremo modo di tornare più avanti su questo punto). Ogni Stato diventava titolare esclusivo di tutti i poteri sul proprio territorio, nonché del diritto di dichiarare la guerra e di accordare la pace. Per usare le parole di un fortunatissimo manuale: «The end of the Thirty Years War brought with it the final end of the medieval Holy Roman Empire. Authority for choosing the religion of the political unit was given to the prince of that unit and not to the Hapsburg Emperor or the Pope. No longer could one pretend there was religious or political unity in Europe. Authority

⁷ L. Gross, *The Peace of Westphalia 1648-1948*, in «American Journal of International Law», 42, 1948, p. 28. In verità nel testo non mancano alcune considerazioni “scettiche” che conducono l’autore ad affermare che Vestfalia è soltanto una tappa «in the gradual, though by no means uniform, process which antedates and continues beyond the year 1648» (p. 32). Tuttavia il testo di Gross è uno dei principali responsabili della *vulgata* che vuole il 1648 come l’anno di nascita della eguaglianza fra Stati sovrani, come sostengono Peter M.R. Stirk in *The Westphalian model and sovereign equality*, in «Review of International Studies», 38, 3, 2012, pp. 641-660, e prima di lui Andreas Osiander in *Sovereignty, International Relations and the Westphalian Myth*, in «International Organization», 55, 2001, pp. 251-287, che scrive: «I suspect that many of the misleading statements about 1648 in IR literature derive directly or indirectly from an oft-quoted 1948 article by Leo Gross. In line with the many (predominantly legal) older scholars cited in that article, Gross regarded the peace as a major turning point. [...]. But it looks as if having decided to check the treaties-which he quotes for support of this view, he was disappointed to find little that was serviceable. Probably for this reason he essentially dismissed a key bit of evidence» (p. 264).

was dispersed to the various kings and princes, and the basis for the sovereign state was established»⁸.

La Pace di Vestfalia ha dunque posto fine a un lungo periodo di guerre di religione e ha garantito all'Europa per un secolo e mezzo una relativa stabilità. Dopo i colpi di coda rappresentati dalla Fronda in Francia e dalla ribellione catalana nel 1653, guerre civili e rivolte su larga scala risulteranno fenomeni estranei alla storia dei maggiori paesi europei fino al 1789. Col 1648 è iniziata una nuova era, fondata su di un ordine internazionale basato sulla pluralità dei suoi protagonisti e sull'equilibrio della loro potenza. Un sistema che era dunque radicalmente diverso rispetto a quello universalistico medievale. Gli Stati, i nuovi attori che hanno preso parola per la prima volta sul palco di Vestfalia, avrebbero elaborato a partire da quel momento una serie di pratiche destinate a sedimentarsi nei secoli: dalla stipula di trattati multilaterali allo scambio di personale diplomatico, dalla disciplina delle regole di condotta delle ostilità alla regolazione del commercio marittimo, dalla creazione di entità non-statali quali colonie e protettorati, fino alla minuziosa organizzazione del traffico di schiavi.

In definitiva, il 1648 rappresenta una svolta per la storia del diritto internazionale e delle relazioni internazionali. A partire da quel momento gli Stati, forti dell'autonomia finalmente conquistata, hanno iniziato a stringere alleanze, fare accordi e stipulare trattati. E, del resto, è a partire dal 1648 che quegli stessi atti sono sistematicamente raccolti e studiati⁹. Tutto molto semplice. Troppo semplice?

⁸ B. Russett, H. Starr, *World Politics. The Menu for Choice*, Freeman, San Francisco 1981, p. 47.

⁹ Dal 2014, grazie alla meritoria opera di Christina Schmücker, Maria-Elisabeth Brunert, Guido Braun e Maximilian Lanzinner, l'edizione critica degli *Acta pacis Westphalicae* (avviata nel 1962) è disponibile on-line all'indirizzo <https://apw.digitale-sammlungen.de>. Il presente saggio fa riferimento a tale edizione.

3. Le cose si complicano: la critica del modello

Fin qui, come si diceva, il “modello” o “sistema” di Vestfalia nelle sue linee più generali. Ma come ogni “modello” esso coglie soltanto alcuni aspetti della realtà, sacrificandone altri. Ciò è normale e inevitabile. Per definizione infatti un “modello” tenta di rappresentare un oggetto (nel nostro caso, un oggetto di ricerca) cogliendone gli elementi fondamentali, quelli cioè ritenuti necessari a distinguerlo da altri oggetti. Ogni modello esprime una semplificazione e una simulazione, dunque qualcosa di diverso dall’oggetto stesso. Ricorrere a un “modello” a proposito di una determinata organizzazione del potere a livello internazionale comporta di per sé la rinuncia a una serie di dettagli. Fosse troppo complesso, rispecchiando la realtà nei minimi particolari, il modello fallirebbe nel suo scopo, che è invece proprio quello di individuare i tratti salienti dell’oggetto a costo di accettare che la realtà possa in qualche misura distanziarsene.

Ciò premesso, la questione che qui interessa non è se il “modello Vestfalia” si discosti dalla realtà cui si riferisce (cosa che, come abbiamo visto, è *in re ipsa*), ma dove esso possa essere collocato in una scala che va dalla rappresentazione più fedele e veritiera a quella più distorta e ingannevole. Soltanto così è possibile comprendere in quale misura la Pace di Vestfalia possa essere considerata davvero come il momento genetico dell’ordine internazionale moderno.

Su questo tema la dottrina si è esercitata più volte nel corso del Novecento, in particolare in occasione degli anniversari per i 300¹⁰ e, ancor più,

¹⁰ Si vedano, per esempio: L. Bäte (hrsg.), *Der Friede in Osnabrück, 1648. Beiträge zu seiner Geschichte*, Niederdeutsches Verlagshaus KG, Oldenburg 1948; M. Braubach, *Der Westfälische Friede*, Aschendorff, Münster 1948; W. Bethke, K. Brandi, *All Fehd hat nun ein Ende: 1648-1948. Ein Gedenkbuch zur dreihundertjährigen Wiederkehr des Friedens von Osnabrück und Münster*, Verlag des Neuen Tageblattes, Osnabrück 1948; E. Hövel (hrsg.), *Pax optima rerum. Beiträge zur Geschichte des Westfälischen Friedens 1648*, Regensberg, Münster 1948; R. Laun, *Die Lehren des Westfälischen Friedens*, Mölich, Hamburg 1949.

per i 350 anni della Pace¹¹. Infatti, solo dopo il secondo conflitto mondiale è stata sottoposta a taglio critico l'interpretazione tradizionale, che

¹¹ Questo secondo momento di riflessione ha potuto muoversi su di un terreno già reso fertile dagli studi avviati negli anni Ottanta da Heinz Duchhardt, di cui si veda *Westfälischer Friede und internationale Beziehungen im Ancien Régime*, in «Historische Zeitschrift», 249, 1989, p. 529-543; nonché “*Westphalian System*”. *Zur Problematik einer Denkfigur*, in «Historische Zeitschrift», 269, 2, 1999, pp. 305-315 (che si apre con le seguenti parole: «Das ausklingende Jubiläum des Westfälischen Friedens ist dank einer Fülle von Kongressen, Ausstellungen und Vortragszyklen, dank einer ans Abundante grenzenden Zahl von Monographien, Tagungsdokumentationen, Sammelbänden, Editionen, Katalogen, Filmen und Funksendungen, die hier allenfalls exemplarisch nachgewiesen werden können, zu einem europäischen Medienereignis geworden. Niemals zuvor, weder 1948 noch 1898 noch gar 1848, hat ein Jubiläum der markanten politischen Zäsur von 1648 eine auch nur annähernd vergleich bare Erinnerungskultur hervorgebracht, die ihrer Masse und Durchschlagskraft wegen zudem geeignet ist, die in der Wissenschaft seit geraumer Zeit diskutierten Ansätze, die Bedeutung der Zäsur von 1648 für das Reich und Europa zu relativieren, zu konterkarieren»). A cura di Duchhardt è apparso anche l'importante volume *Der Westfälische Friede. Diplomatie, politische Zäsur, kulturelles Umfeld, Rezeptionsgeschichte*, Oldenbourg, München 1998. Tra i molti contributi apparsi in occasione del ‘giubileo’ del 1998, oltre al collettaneo curato da Duchhardt segnalò K. Bußmann, H. Schilling (hrsg.), *1648: Krieg und Frieden in Europa* (3 voll.), Verlagsgesellschaft 350 Jahre Westfälischer Friede, Münster 1998; e K. Garber, J. Held (hrsg.), *Der Frieden: Rekonstruktion einer europäischen Vision* (2 voll.), Wilhelm Fink Verlag, Paderborn 2002. Tra i contributi monografici, si vedano almeno D. Croxton, *The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty*, in «International History Review», 21, 1999, pp. 569-591; R. Lesaffer, *The Westphalia Peace Treaties and the Development of the Tradition of Great European Peace Settlements prior to 1648*, in «Grotiana», 18, 1, 1997, pp. 71-95; M. Schröder, *Der westfälische Friede – eine Epochengrenze in der Völkerrechtsentwicklung?*, in Id. (hrsg.), *350 Jahre westfälischer Friede: Verfassungsgeschichte, Staatskirchenrecht, Völkerrechtsgeschichte*, Duncker & Humblot, Berlin 1999, pp. 119-137; H. Steiger, *Der westfälischen Frieden – Grundgesetz für Europa?*, in Duchhardt (hrsg.), *Der westfälische Friede*, cit., pp. 33-80; K.-H. Ziegler, *Die Bedeutung des westfälischen Friedens von 1648 für das europäische Völkerrecht*, in «Archiv des Völkerrechts», 37, 1999, pp. 129-51.

individuava con assoluta sicurezza nel 1648 la data di fondazione di un nuovo sistema internazionale e di un nuovo diritto che lo disciplinava¹².

Diverse sono state le prospettive da cui si è esaminato il modello Vestfalia e diversi sono stati i bersagli delle critiche formulate: l'elaborazione di un concetto moderno di sovranità, l'affermazione dell'eguaglianza tra Stati, l'introduzione di un sistema di equilibrio di potenza, il riconoscimento della neutralità religiosa. Ebbene: a mio avviso, un esame del testo dei trattati dimostra in maniera difficilmente contestabile che nessuno di questi principî – i principî fondanti del “modello” – è individuabile negli accordi di pace del 1648 con la nettezza e la definitività che la tradizione ha raccontato.

Uno degli aspetti più critici del modello è il ruolo giocato dall'Impero nella Pace di Vestfalia¹³. L'Impero del 1648 non era certo già più l'Im-

¹² Tuttavia non sono mancate isolate voci dissenzienti anche agli inizi del Novecento. Tra queste, ricordo almeno quella di Amos Hershey, che già nel 1912 ammoniva: «it would be a serious error to assume that the international community of states as revealed to the world by the Peace of Westphalia implied the recognition of the science of international law as understood and practiced by the society of nations at the present time» (A.S. Hershey, *History of International Law Since the Peace of Westphalia*, in «American Journal of International Law», 6, 1, 1912, pp. 30-69; la citazione è a p. 30).

¹³ Sul tema rinvio in particolare ai lavori di Georg Schmidt: *Der Westfälische Friede. Eine neue Ordnung für das Alte Reich?*, in R. Mußgnug (hrsg.), *Wendemarken in der deutschen Verfassungsgeschichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 11.3.-13.3.1991*, Duncker & Humblot, Berlin 1993, pp. 45-72; *Geschichte des Alten Reiches. Staat und Nation in der Frühen Neuzeit 1495-1806*, C.H. Beck Verlag, München 1999; *Deutschland am Beginn der Neuzeit: Reichsstaat und Kulturnation?*, in Ch. Roll (hrsg.), *Recht und Reich im Zeitalter der Reformation. Festschrift für Horst Rabe*, Peter Lano, Frankfurt am Main 1996, pp. 1-30. Per un'interpretazione antitetica a quella di Schmidt si veda invece H. Schilling, *Reichs-Staat und frühneuzeitliche Nation der Deutschen oder teilmodernisiertes Reichssystem. Überlegungen zu Charakter und Aktualität des alten Reiches*, in «Historische Zeitschrift», 272, 2, 2001, pp. 377-395, in cui l'autore confuta le tesi sostenute nel volume di Schmidt del 1999 citato *supra*. Si veda peraltro la replica di Schmidt:

però medievale. Sottoposto a trasformazioni radicali da ormai un secolo, il Sacro Romano Impero di metà Seicento era già uno Stato moderno a tutti gli effetti, per quanto caratterizzato da una forte decentralizzazione. Occorre pertanto ridimensionare la tesi che vede nel 1648 il netto e definitivo crollo del duopolio tra papa e imperatore e la contemporanea e decisiva emersione di un ordine plurale basato sugli Stati sovrani. In questa prospettiva si rende necessaria una riflessione finalmente libera dalle incrostazioni interpretative della tradizione in riferimento agli Stati imperiali. Membri dell'Impero ma in contrasto con esso, desiderosi di rivendicare una propria autonomia, gli Stati imperiali giocano un ruolo ambiguo nei trattati del 1648. Non più entità politiche assoggettate all'imperatore come nel medioevo e – anzi – formalmente riconosciuti come alleati della Francia o della Svezia, gli Stati imperiali non erano però pienamente sovrani. Nel solco di questa osservazione si innesta un altro argomento, di particolare interesse. La Pace di Vestfalia non può essere considerata un trattato internazionale in senso proprio a causa della natura ibrida che la caratterizza. I trattati firmati a Osnabrück e Münster, infatti, non contengono soltanto accordi tra Stati, ma esprimono anche un nuovo assetto 'costituzionale' del Sacro Romano Impero. Sono sì accordi bilaterali tra potenze sovrane (Impero e Svezia, Impero e Francia), ma stabiliscono anche una nuova cornice costituzionale per l'Impero. Ed è in questi termini che si giustifica, in riferimento alla Pace, l'uso dell'espressione *constitutio westphalica*.

Si tratta di due aspetti, combinati e inscindibili, che fanno della Pace di Vestfalia un *unicum*. In altre parole la ricostruzione secondo cui la Pace costituirebbe un momento di rottura rispetto al sistema precedente può essere confermata, ma solo a patto di considerarla nella sua eccezionalità e non come la prima manifestazione di una serie di dinamiche destinate a diventare stabili e regolari. Come ha sostenuto Randall

Das frühneuzeitliche Reich-komplementärer Staat und föderative Nation, in «Historische Zeitschrift», 273, 2, 2001, 2, pp. 371-399.

Lesaffer, se è vero che Vestfalia «is a benchmark in the history of the law of nations, the Peace Treaties of Westphalia as well as later treaties drew on a tradition of peace treaties and law that was older»¹⁴. L'idea che in Vestfalia sia stato inventato un nuovo modo di fare la pace è, secondo questa prospettiva, del tutto errato.

È sufficiente esaminare i testi dei due trattati che la compongono per comprendere che – contrariamente a quanto generalmente sostenuto – le modalità in cui tali atti furono formati sono tutt'altro che moderne. La struttura di entrambi i trattati è del tutto sovrapponibile a quella di analoghi atti stipulati nel Rinascimento, se non addirittura a quella di alcuni trattati medievali. Ciò che emerge in tutta chiarezza è la mancanza di una effettiva “multilateralità” degli accordi di pace, ritenuta invece una caratteristica del diritto internazionale moderno. A Osnabrück e Münster gli attori del gioco sono sempre e soltanto due: l'Impero e la Francia, l'Impero e la Svezia. Va in scena un duetto, con molti comprimari attorno (gli Stati imperiali *in primis*), ma pur sempre e soltanto un canto a due voci.

Non mancano, certo, anche elementi di discontinuità rispetto al modo tradizionale di condurre le trattative. Re e imperatori, abitualmente, si incontravano in prima persona per trovare un accordo. In Vestfalia invece si assiste all'affermazione di una nuova tecnica, affidata a delegazioni composte da nobili che rappresentano il proprio sovrano e da esperti di diritto delle genti, destinati a diventare dei veri e propri professionisti della diplomazia. Tuttavia i trattati vennero conclusi in nome delle relative teste coronate e non per conto dei paesi sui quali esse regnavano.

I trattati vestfaliani saranno presi come riferimento per gli accordi internazionali successivi, tanto da diventare lo standard fino alla Pace di

¹⁴ R. Lesaffer, *Introduction*, in R. Lesaffer (a cura di), *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One*, Cambridge University Press, Cambridge 2004, p. 3.

Parigi del 1919. Sarebbe tuttavia errato ritenere che questo successo sia dovuto a una radicale novità introdotta nel 1648. Gli accordi stipulati a Osnabrück e Münster includevano concetti e clausole che appartenevano a una tradizione secolare, dalla *amicitia* alla riparazione, all'amnistia, alla ratifica. Questo profondo legame con l'arte della pace del medioevo e della prima modernità (se non addirittura di epoca romana)¹⁵ è stato sacrificato in nome della costruzione del modello vestfaliano. Ma un'analisi testuale dei trattati dimostra senza dubbio alcuno che, da questo punto di vista, Vestfalia non rappresenta alcuna cesura nella storia delle tecniche di risoluzione dei conflitti internazionali.

Arriviamo così a una prima conclusione. La Pace di Vestfalia non riveste un ruolo importante nella storia del diritto internazionale in quanto documento normativo. Le disposizioni dei trattati di pace presentano alcune caratteristiche tecniche di reale novità ma, sul piano del contenuto, non hanno previsto clausole capaci di produrre un cambio di paradigma. Piuttosto, l'importanza della Pace riposa sul suo essere situata all'inizio di una nuova epoca: Vestfalia è una cerniera tra l'era delle guerre di religione e il tempo di un ordine europeo che si manterrà relativamente pacifico per un secolo e mezzo e che, dopo la lunga parentesi delle guerre napoleoniche, si protrarrà fino alla fine della prima guerra mondiale.

Nella prospettiva del diritto internazionale è comprensibile come l'inizio e la fine di questo periodo siano espressi col riferimento a due elementi propri del lessico internazionalistico, ovvero due trattati: Vestfalia 1648, Versailles 1919. Ma se i trattati conclusivi della prima guerra mondiale rappresentano uno scarto facilmente individuabile rispetto all'epoca precedente (basti pensare al rovesciamento del rapporto tra guerra e diritto: dal diritto di fare la guerra alla guerra come crimine)¹⁶,

¹⁵ Sul tema segnalo in particolare M. Ritter, *Das römische Kirchenrecht und der Westfälische Friede*, in «Historische Zeitschrift», 101, 2, 1908, pp. 253-282.

¹⁶ Questo tema, inaugurato dalla produzione giusinternazionalistica di Carl Schmitt (si veda in particolare *Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff*,

molto più complesso è comprendere quanto a Vestfalia si sia consumata davvero una rottura con l'ordinamento internazionale previgente. Certa è la fine del modello. Oscuro il suo inizio. Di qui, la necessità del mito.

4. Dietro il modello, il mito. E il mito dei miti: la sovranità

Ogni sapere si nutre, seppur in misura variabile, di miti. Non fa eccezione a questa regola il diritto internazionale, che ha spesso tentato di raggiungere una statura degna delle consorelle più anziane e autorevoli alimentandosi di mitologie costruite *ad hoc*¹⁷. Tra i tanti miti del diritto internazionale rientra a mio avviso anche il mito di Vestfalia.

Di “mito di Vestfalia” negli ultimi anni hanno parlato in molti e in modi anche assai differenti tra loro¹⁸. Vi è tuttavia un punto che acco-

Duncker & Humblot, München-Leipzig 1938; tr. it. *Il concetto discriminatorio di guerra*, Laterza, Roma-Bari 2008), è stato affrontato – almeno tangenzialmente – in alcuni importanti contributi apparsi in Italia negli ultimi anni. Tra questi ricordo almeno: A.A. Cassi, *Santa, giusta, umanitaria. La guerra nella civiltà occidentale*, Salerno, Roma 2015; A. Colombo, *La guerra ineguale. Pace e violenza nel tramonto della società internazionale*, il Mulino, Bologna 2006; C. Galli, *La guerra globale*, Laterza, Roma-Bari 2002; P.P. Portinaro, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, Milano 2011; L. Scuccimarra, *Proteggere l'umanità. Sovranità e diritti umani nell'epoca globale*, il Mulino, Bologna 2016; D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Laterza, Roma-Bari 2006.

¹⁷ Sul tema mi permetto di rinviare a S. Pietropaoli, *Mitologie del diritto internazionale moderno. Riflessioni sull'interpretazione schmittiana della genesi dello jus publicum europaeum*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 37, 2008, pp. 465-498.

¹⁸ Ricordo qui ancora il fondamentale A. Osiander, *Sovereignty, International Relations and the Westphalian Myth*, nonché l'ottimo R. Lesaffer, *Peace treaties from Lodi to Westphalia*, in R. Lesaffer (a cura di), *Peace Treaties and International Law in European History. From the Late Middle Ages to World War One*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004. Segnalo, tra gli altri, anche: S. Beaulac, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?*, in «Journal of the History of International Law», 2, 2000, pp. 148-177; D. Croxton, *The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty*, cit.; P. Haggemacher, *La paix dans la pensée de Grotius*, in L. Bély (a

muna queste analisi: la considerazione che i giusinternazionalisti siano stati per lunghissimo tempo «quite unanimous in calling the Peace Treaties of Westphalia of 1648 the very birth certificate of the modern European states system and the modern law of nations»¹⁹. La scienza del diritto internazionale ha dunque costruito Vestfalia per individuare il momento di nascita dell'ordinamento internazionale Stato-centrico. In altri termini: il mito di Vestfalia si fonda sull'affermazione della sovranità statale (nella sua dimensione 'esterna') quale attributo esclusivo dei soggetti del diritto internazionale. Con Vestfalia il diritto delle genti diventa il diritto degli Stati (sovrani).

Un confronto con il problema della sovranità nel diritto internazionale va ben al di là dell'obiettivo di questo saggio. Tuttavia alcune brevi considerazioni possono forse aiutare a mettere a fuoco la questione. Com'è noto, il concetto di sovranità è stato oggetto di una lunga e complessa riflessione che ha trovato le prime compiute elaborazioni nel tardo Cinquecento (basti pensare all'opera di Jean Bodin). È indubbio che il Seicento rappresenti invece il momento decisivo per l'affermazione definitiva sul piano torico dello Stato sovrano (il riferimento obbligato in questo caso è invece Thomas Hobbes). Occorre tuttavia aspettare la seconda metà del Settecento per trovare le prime consapevoli concretizzazioni di quella prospettiva teorica. Infatti, se anche volessimo vedere già al tempo della Pace di Vestfalia i primi segnali di un sistema di Stati sovrani, rimarrebbe intatta la considerazione che bisognerà aspettare almeno un secolo perché quella nuova organizzazione degli assetti in-

cura di), *L'Europe des traités de Westphalie: esprit de diplomatie et diplomatie de l'esprit*, Presses universitaires de France, Paris, 2000, pp. 67-79; B. Teschke, *The Myth of 1648: Class, Geopolitics and the Making of Modern International Relations*, Verso, London 2003; K.-H. Ziegler, *Die Bedeutung des westfälischen Friedens von 1648 für das europäische Völkerrecht*, in «Archiv des Völkerrechts», 37, 1999, pp. 129-151; M. Zimmer, *Moderne, Staat und Internationale Politik*, Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2008, in particolare le pp. 37-53.

¹⁹ Lesaffer, *Peace treaties from Lodi to Westphalia*, cit., p. 9.

ternazionali diventi consapevole e trovi una formalizzazione²⁰. Dall'*idea* di sovranità si giunge alla *realizzazione* dello Stato sovrano nell'arco di almeno un secolo e mezzo, attraverso un percorso lungo, complesso e tutt'altro che lineare.

La storia dei trattati di pace tra Cinque e Settecento mostra i segni di una progressiva affermazione della sovranità nella sua dimensione internazionale. La sua massima manifestazione è il duplice diritto di fare la guerra e di porre fine ad essa. Con il passare dei decenni la conclusione delle ostilità coincide sempre più raramente con la stipulazione di un accordo tra vassalli o altri soggetti minori. I signori della guerra e della pace sono i re, i principi, gli imperatori, la cui corporeità inizia a dissolversi nella astrattezza dello Stato sovrano. Ma se questa ricostruzione è plausibile, qual è il ruolo che vi ha giocato la pace di Vestfalia?

A Osnabrück e Münster non fu creato un sistema di Stati sovrani, né *de jure* né *de facto*²¹. E, a giudicare dal testo dei trattati e dai documenti dei delegati, gli unici che avevano idea di che cosa fosse la sovranità erano i francesi (se per merito di Bodin o meno, qui non rileva)²². Il Sacro Romano Impero sopravvisse al 1648. Per usare un'immagine evocativa di Roger Wines, la Pace fu non la pietra tombale dell'Impero ma il salvacondotto

²⁰ Cfr. Croxton, *The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty*, cit., p. 570.

²¹ Ha il merito di aver posto con grande chiarezza i termini della questione Bardo Fassbender, del quale si vedano almeno la voce "Westphalia, Peace of (1648)", in R. Wolfrum (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 865-870 e più approfonditamente *Die verfassungs- und völkerrechtsgeschichtliche Bedeutung des Westfälischen Friedens von 1648*, in I. Erberich (ed.), *Frieden und Recht*, Boorberg, München-Stuttgart, 1998, pp. 9-52. Segnalo che, a differenza di Osiander e Croxton, Fassbender sottolinea le considerazioni "scettiche" di Leo Gross di cui *supra*, alla nota 7.

²² Croxton, *The Peace of Westphalia of 1648 and the Origins of Sovereignty*, cit., pp. 587 ss.

che gli donò un altro secolo e mezzo di vita²³. Nonostante un importante ridimensionamento, l'Impero non si frammentò in un mosaico di entità politiche autonome, capaci di esercitare un controllo esclusivo sui propri territori e in grado di imporsi quali soggetti di diritto internazionale. Se è vero, infatti, che con la Pace di Vestfalia si assiste all'affermazione di pretese politiche e rivendicazioni giuridiche da parte di vassalli e principi dei territori imperiali, sarebbe eccessivo far coincidere la manifestazione di tali aspirazioni con il loro effettivo e pacifico riconoscimento. La Pace non aveva l'obiettivo di creare un sistema di Stati indipendenti. Per certi versi, anzi, si trattava del problema opposto: fino alla fine della guerra tanto la Spagna quanto la Svezia sostennero di combattere non contro l'Impero ma contro l'imperatore, reggitore di territori dell'Europa centrale di cui stava minacciando le prerogative. E dalle istruzioni dei plenipotenziari francesi risulta addirittura che la Francia combatteva *per* l'Impero, non *contro* di esso ma contro la cattiva gestione degli Asburgo²⁴.

Gli Stati imperiali avrebbero dovuto lottare ancora a lungo per conquistare la piena autorità e il controllo esclusivo dei propri territori²⁵. Anche dopo Vestfalia i principi imperiali rimasero formalmente soggetti al potere imperiale. E quando l'Impero crollerà, con il *Reichsdeputationshauptschluss* del 25 febbraio 1803 e la rinuncia alla corona di Francesco II del 6 agosto 1806, sarà non per ragioni interne ma a causa del genio politico e militare di Napoleone. Non furono Osnabrück e Münster le tappe che condussero al *recessus imperii*, ma furono Basilea,

²³ R. Wines, *The Imperial Circles, Princely Diplomacy and Imperial Reform 1681-1714*, in «Journal of Modern History», 39, 1, 1967, pp. 1-29 (la citazione è a p. 2: «The peace was not the tombstone of the empire but a charter which gave it another century-and-a-half of life»).

²⁴ Cfr. il testo delle *französischen Instruktionen* a cura di Fritz Dickmann e Kriemhild Goronzy ora disponibili sul sito degli *Acta pacis Westphalicae* indicato supra. Di Dickmann ricordo qui il fondamentale *Der Westfälische Frieden*, Verlag Aschendorff, Münster, 1959.

²⁵ S. Beaulac, *The Westphalian Legal Orthodoxy – Myth or Reality?*, cit.

Campoformio, Rastatt, Lunéville, Presburgo e Parigi. L'Impero dopo il 1648 rimase dunque un ircocervo, una creatura ibrida per metà Stato e per metà confederazione²⁶. Da questa complessità derivava la difficoltà di individuare in maniera certa e definitiva il titolare del *jus foederis* e del *jus belli ac pacis*.

Sarebbe peraltro errato considerare queste difficoltà di inquadramento quale esito della Pace di Vestfalia. In questa prospettiva l'atto con cui nel 1644 Ferdinando III concesse formalmente a tutti i principi tedeschi il *jus belli ac pacis* non fu un reale momento di rottura dell'ordine imperiale, un evento del tutto nuovo e inimmaginabile fino a pochi anni prima, ma può essere letto in continuità con una serie di progressive rivendicazioni degli Stati imperiali. Ben prima del 1648, infatti, molti Stati imperiali avevano elaborato e condotto una propria politica estera, in diretto contrasto con quella imperiale. Brandeburgo e Palatinato, per esempio, avevano stretto alleanze con i Paesi Bassi tra il 1604 e il 1605. Ma, soprattutto, in molti avevano autonomamente aderito già prima dello scoppio della Guerra dei Trent'anni a due coalizioni militari contrapposte l'una all'altra: l'Unione evangelica e la Lega cattolica. A questo si aggiunga che già con la pace di Passau del 1552 l'imperatore aveva riconosciuto il diritto dei nobili di prestare servizio quali capitani di ventura in eserciti di mercenari impiegati da nemici dell'Impero.

Sostenere, dunque, che l'articolo 64 del Trattato di Münster – che riconosceva il diritto degli Stati imperiali di concludere accordi con Stati esterni all'Impero – sia il simbolo stesso del nuovo ordine vestfaliano, significa ignorare la realtà del diritto internazionale della seconda metà del Seicento e del primo Settecento: un diritto che non era certo monopolio degli Stati e in cui per stringere accordi e alleanze, fare la guerra

²⁶ Cfr. E.-W. Böckenförde, *Der westfälische Frieden und das Bündnisrecht der Reichsstände*, in «Der Staat», 8, 1969, p. 477: «Der staatsrechtlich-völkerrechtliche Zwischenzustand war weiterhin das *signum* für den politischen Status des Reichs».

o conquistare un territorio non occorre certo essere “sovrani” (basti pensare al ruolo giocato dalle grandi compagnie mercantili)²⁷.

Considerare la Pace di Vestfalia come il momento di emersione di un nuovo ordine internazionale fondato sulla sovranità degli Stati, dunque, è possibile soltanto a patto di accettare il duplice errore che tale affermazione comporta. Come *Souveränitätsidee*, la sovranità esisteva ben prima di Vestfalia. Come *Souveränitätsverwirklichung*, la sovranità esisterà ben dopo Vestfalia. Osnabrück e Münster si trovano a metà dell’itinerario che conduce dalla *idea* alla *realizzazione* della sovranità. Di questo itinerario la Pace del 1648 non rappresenta né l’inizio né la fine, ma il punto di non ritorno.

Vestfalia si situa tra la sovranità medievale e il principio della eguaglianza degli Stati sovrani. In questo sta il suo “mito”: essa è la manifestazione sia della impossibilità di tornare all’idea di una signoria universale sia della ineluttabilità di un ordine nuovo basato sul concetto di Stato. Come ogni vero mito, anche il mito di Vestfalia era portatore di una intima capacità di modificare e dare nuova forma alla realtà.

5. Conclusioni. Oltre Vestfalia?

La Pace di Vestfalia si situa nel momento centrale di un’epoca di crisi. Se, come ho cercato di sostenere, i trattati del 1648 non possono essere considerati il reale punto di emersione di un ordine internazionale fondato sulla sovranità statale, è tuttavia indiscutibile che quegli stessi accordi siano stati successivamente considerati come il simbolo di una nuova epoca.

Per uscire dalla transizione dal vecchio al nuovo ordine occorre un mito. E fu così che sin dagli ultimi anni del Seicento il nome di Vestfalia fu ammantato da un’aura di sacralità. Giuristi e diplomatici guardarono alla *pax westphalica* come all’antefatto mitico di una nuova era in

²⁷ Cfr. Steiger, *Der westfälischen Frieden – Grundgesetz für Europa?*, cit., pp. 68-69.

cui non avrebbero più recitato la parte di mere comparse. Conferenze, ambasciate, congressi erano destinati a diventare il teatro in cui si decidevano le sorti delle nazioni: lo Stato, e non più il re, ne era il protagonista, e a dare corpo a quel sovrano astratto era un apparato sempre più complesso di professionisti del diritto e della diplomazia.

Furono, dunque, giuristi e diplomatici a tessere la fitta trama di un mito che ha legato indissolubilmente al nome di Vestfalia principî che caratterizzano l'ordine internazionale moderno come la sovranità, l'eguaglianza formale degli Stati, l'integrità territoriale, la non ingerenza. Si tratta di una forzatura evidente che si è andata rinvigorendo col passare degli anni, fino a diventare la struttura portante di un "modello".

Non sono mancati autori che hanno segnalato l'inconsistenza o l'inadeguatezza di quella genealogia. Tuttavia, essi hanno dovuto spesso ripiegare sulla mera presa d'atto del ruolo giocato da quella *vulgata*. Così Kenneth Cosgrove, recensendo il volume di un internazionalista italiano, pareva arrendersi: «The error of asserting that the Peace of Westphalia established equality of states in a family of nations has been too often repeated to be readily corrected»²⁸.

Occorre tempo per far crollare un mito. E questa opera non è stata intrapresa dai giusinternazionalisti. Il monito di un autore come Angelo Sereni è sostanzialmente caduto nel vuoto: «It is time to revise the current opinion that the Peace of Westphalia, in 1648, definitely established the full and exclusive right of the various independent European states over their territories. In most cases, their power was neither absolute nor exclusive nor equal over all parts of their territory»²⁹. Si deve, infatti, prin-

²⁸ K. Cosgrove, *Review of "Le Congrès de Westphalie" by Andrea Rapisardi Mirabelli*, in «American Journal of International Law», 25, 1931, pp. 184-185.

²⁹ A.P. Sereni, *The Italian Conception of International Law*, Columbia University Press, New York 1943, p. 12. Di quest'opera del giurista italiano costretto ad emigrare a causa delle leggi razziali ricordo volentieri la recensione di Josef L. Kunz in «American Journal of International Law», 38, 2, 1944, pp. 314-315. Queste le battute conclusive: «Although exiled from Italy, the author is an Italian, who deeply loves

cialmente ai cultori delle relazioni internazionali il grande sforzo demistificante degli ultimi anni³⁰. Mi riferisco in particolare a Stephen Krasner, che oltre a prendere atto che il collegamento tra Vestfalia e ordine internazionale moderno «has so much entered into common usage, even if it is historically inaccurate»³¹, ha sostenuto apertamente che «the conventional view that the Peace of Westphalia of 1648 marks a turning point in history is wrong», e che Vestfalia «was not a clear break with the past»³².

Secondo Krasner il modello Vestfalia offre una «simple, arresting, and elegant image»³³. Si tratta di un'immagine bella ed elegante, ma ingannevolmente restituita da uno specchio deformante. Non occorre qui ripercorrere le motivazioni che stanno alla base del giudizio di Krasner. L'aspetto che mi pare più interessante della sua critica è un altro: l'analisi di una serie di teorie elaborate a partire dalla fine della Guerra fredda che hanno proclamato – ora con entusiasmo, ora con nostalgia – il definitivo superamento del modello Vestfalia. Si tratta, ad avviso di Krasner, di dottrine che celebrano la fine di una presunta epoca d'oro del modello Vestfalia che in realtà non è mai esistita. E non è mai esistita perché «Every major peace treaty since

his country and certainly suffers when he thinks at Italy's present fate. But the scholar, however he may suffer as a man, as a scholar must keep his attitude of objectivity, impartiality, and neutrality toward his object. The scholar's only legitimate interest is the search for truth. And the search for truth is Sereni's guiding star».

³⁰ Per un inquadramento generale non posso che rinviare a B. Teschke, *The Myth of 1648: Class, Geopolitics and the Making of Modern International Relations*, cit. Si veda adesso l'eccellente ricostruzione proposta da Sebastian Schmidt in *To Order the Minds of Scholars: The Discourse of the Peace of Westphalia in International Relations Literature*, in «International Studies Quarterly», 55, 3, 2011, pp. 601-623.

³¹ S.D. Krasner, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton University Press, Princeton 1999, p. 20.

³² S.D. Krasner, *Westphalia and All That*, in J. Goldstein, R.O. Keohane, *Ideas and Foreign Policy: Beliefs, Institutions, and Political Change*, Cornell University Press, Ithaca (N.Y.) 1993, pp. 235-264, citazione a p. 235.

³³ S.D. Krasner, *Compromising Westphalia*, in «International Security», 20, 3, 1995-1996, pp. 115-151, citazione a p. 115.

1648 – Westphalia, Utrecht, Vienna, Versailles, and Helsinki – has violated the Westphalian model in one way or another»³⁴. Queste violazioni, dunque, non riflettono la crisi del modello, ma ne sono parte integrante. Il modello Vestfalia – questa è la tesi di Krasner – proclama formalmente l’eguaglianza tra gli Stati ma è fondato nella sostanza sulla asimmetria del potere statale. Integrità territoriale e autonomia politica, in altre parole, sono state lungo l’intera parabola vestfaliana niente altro che prerogative del più forte rispetto al più debole³⁵. Se il modello non prevede un’autorità superiore deputata a fissare i limiti di azione dei governanti, ma al contrario accoglie in sé le asimmetrie di potere, la diversità di interessi e la debolezza dei meccanismi di istituzionalizzazione del conflitto, allora «compromising Westphalia is always an available option»³⁶. E ciononostante il modello resta in piedi, in quanto funzionale agli interessi degli attori coinvolti³⁷.

Il giudizio di Krasner è definitivo: «The Westphalian model has never been taken for granted; it has not generated identical actors all of which enjoy exclusive authority within their boundaries; it has not prevented the powerful from violating its precepts; but it has been a point of common reference that rulers have honored or supplanted depending upon their interests, values, and power»³⁸. Occorre pertanto prendere atto che il modello Vestfalia non corrisponde a una realtà storica e va considerato «as a reference point or convention that is useful in some circumstances but not others»³⁹.

³⁴ Ivi, p. 117.

³⁵ Ivi, p. 147.

³⁶ Ivi, p. 149.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibidem.*

³⁹ Ivi, p. 150.

Nonostante i proclami di tanti studiosi⁴⁰, dunque, andare “oltre Vestfalia” significa probabilmente soltanto costruire un nuovo mito⁴¹. Non si tratta di un’operazione nuova e tanto meno esecrabile. *Ars deluditur arte*. Tuttavia, credo che sia doveroso da parte dei giuristi e degli esperti di relazioni internazionali porre l’accento sulla differenza tra dimensione “storica” e dimensione “mitica” del loro oggetto d’indagine⁴².

Gli autori della Pace di Vestfalia non erano consapevoli di aver creato le condizioni per il successivo sviluppo di un nuovo sistema internazionale basato sulla sovranità statale. Al contrario, molti di loro erano animati dall’intenzione di restaurare lo *status quo* antecedente il 1618⁴³. In nessun modo essi sapevano che ciò che stavano scrivendo in quelle due città della Vestfalia sarebbe diventato uno dei grandi miti della letteratura internazionalistica moderna.

⁴⁰ Cfr., tra gli altri: G.M. Lyons, M. Mastanduno (eds.), *Beyond Westphalia? State Sovereignty and International Intervention*, Johns Hopkins University Press, Baltimore-London 1995 (in particolare il contributo di J.N. Rosenau, *Sovereignty in a Turbulent World*, alle pp. 191-227); S. Strange, *The Retreat of the State. The Diffusion of Power in the World Economy*, Cambridge University Press, Cambridge 1996; U. Menzel, *Die postwestfälische Konstellation, das Elend der Nationen und das Kreuz von Globalisierung und Fragmentierung*”, in Id. (hrsg.), *Vom Ewigen Frieden und vom Wohlstand der Nationen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2000, pp. 188-218; U. Beck, E. Grande, *Das kosmopolitische Europa*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 2004; M. Zacher, *The Decaying Pillars of the Westphalian Temple*, in J.N. Rosenau, E.-O. Czempiel, S. Smith (eds.), *Governance without Government. Order and Change in World Politics*, Cambridge University Press, Cambridge 1992, pp. 58-101.

⁴¹ Cfr. Osiander, *Sovereignty, International Relations and the Westphalian Myth*, cit., p. 284.

⁴² In riferimento alla Pace di Vestfalia si veda D. Boucher, *Resurrecting Pufendorf and Capturing the Westphalian Moment*, in «Review of International Studies», 27, 4, 2001, pp. 557-577, che tuttavia in altri testi pare molto vicino alle posizioni “tradizionali”.

⁴³ Sul tema cfr. A. Osiander, *The States System of Europe, 1640-1990. Peacemaking and the Conditions of International Stability*, Oxford University Press, Oxford 1994 (in particolare pp. 84 ss.).

IL CONVITATO DI PIETRA. CARL SCHMITT COME MONTO*

Massimo La Torre

Abstract

Carl Schmitt's ideas have experienced an unexpected revival especially in Continental European debates. And after the German and Latin intellectual world it is now Anglo-American culture that seems to be fascinated by this controversial author. For several years after the second world war his name was hardly mentioned in academic research. His views were not yet seen as admissible into the academic debate. This attitude of suspicion did change at the end of the Seventies of last century, once the grand theories and the strong narratives about politics were crumbling down. A surrogate of Marxist critique was looked for, and this was to be found in Schmitt's cynicism reinterpreted as a radical form of debunking and deconstruction. However, though Schmitt was not explicitly mentioned in the debate about power and law for a couple of decades after 1945, his figure emerges so to say *a contrario* in a few fundamental contributions to political and legal theory, especially when the case of Totalitarianism is discussed. But his presence is much deeper in such debates. My article tries to show that some of most interesting political and legal theory of the post-war world was a sort of showdown, a reckoning with Schmitt's ideas. His figure in post-war legal and political theory is like indeed that of a stone guest.

Keywords

Power; Law, Friend/Enemy; Democracy; Carl Schmitt; Post-war legal and political theory.

* Una prima versione di questo testo è stata presentata come relazione al Congresso "Populismo Global – Laboratorio Weimar: La crisis de la primera globalización en Euroamérica (1918-1933)", tenutosi alla Universidad Complutense di Madrid, presso la Facoltà di Filosofia, dal 13 al 15 novembre 2017.

1. Una inquietante tacita presenza

Se la fortuna dell'opera di Carl Schmitt è stata rilevante fino al termine della seconda guerra mondiale, terminata questa, ed una volta rivelato nelle sue proporzioni apocalittiche l'orrore dell'olocausto nazista, del giurista tedesco si preferisce tacere. Ci si vergogna a pronunciare il suo nome ed a riferirsi in maniera esplicita alla sua opera. Se ne parla poco. Bisognerà aspettare la fine degli anni Settanta perché si abbia una rinascita dell'interesse per il suo pensiero. Nondimeno v'è una presenza silenziosa, sussurrata potrebbe dirsi, delle idee di Schmitt in molta teoria politica del secondo dopoguerra, là dove si riflette, sia pure in modo indiretto, sulla catastrofe delle democrazie negli anni Trenta.

Si produce pensiero politico a partire dal 1933, e soprattutto a partire dal 1945, dietro il quale si intravede di maniera abbastanza nitida il profilo del giurista tedesco, che ora si staglia come monito. Le sue tesi servono ad ammonire su dove sia rischioso ed anzi talvolta illecito avventurarsi. Vi è così una serie di autori importanti che sviluppano la loro ricerca e le loro idee con lo sguardo fisso in Schmitt, per confutarlo o per contrapporgli un paradigma alternativo della politica e del diritto, anche là dove non lo si menzioni. La critica rimane sotterranea.

Si prenda per esempio l'opera di Hans Kelsen. Nel dopoguerra ci sono due terreni sui quali il giurista austriaco direttamente si incontra e scontra con Schmitt, al di là di quello già assai evidente, però ora in certa misura superato, della giustizia costituzionale. Tanto nella costituzione repubblicana italiana del 1948 come nel *Grundgesetz* del 1949 la "custodia" dell'ordinamento costituzionale è affidata ad un organo giurisdizionale supremo piuttosto che al capo dell'esecutivo. Su questo terreno Kelsen dunque sembra aver vinto.

Tra i due protagonisti della dottrina politica e giuridica di Weimar (si ricordi tra l'altro la definizione antidecisionista ed anticarismatica, oggi diremmo antipopulista, di democrazia offerta allora da Kelsen, come

regime che in via di principio rifiuta il “capo”, il *leader*)¹, l’esito della lotta rimane però incerto in almeno altri due àmbiti. Si tratta in primo luogo della tradizionale controversia sulla natura del diritto internazionale, dove ora si vuole affermare un principio di responsabilità individuale oltreché statale. E poi di un nuovo àmbito di scontro nel quale si ripropone la questione della secolarizzazione, ed in ispecie la primazia della teologia politica come fonte ideologica e legittimante dello Stato moderno. Kelsen rigetta l’idea che i concetti politici e giuridici moderni siano di origine teologica o religiosa. Il giurista viennese elabora una tesi molto radicale, simile per certi versi a quanto negli stessi anni viene affermando in Italia Guido Fassò nel suo libro *Cristianesimo e società*², ed anche vicina a idee che circolano negli studi di Hannah Arendt.

La tesi di Kelsen grosso modo è la seguente. I concetti moderni della politica e del diritto non sono di derivazione cristiana, per la semplice ragione che il cristianesimo non ha nessuna teoria sostanziale dell’ordine societario e dunque nemmeno del diritto. Nel cristianesimo tutto è diretto dall’aspirazione dell’*ut unum sint*, vale a dire dall’attesa dell’incontro e dalla fusione del sé del credente con Dio. Non vi è una specifica indipendente attenzione al *saeculum*, al mondo; non vi si rinviene nessun *amor mundi* – direbbe Hannah Arendt. L’atteggiamento esistenziale fondamentale è quello dell’*attesa*. Si tratta qui della speranza della fine del mondo, irrimediabilmente corrotto, del suo collasso; è questo motivo escatologico il motore del cristianesimo, ed anche la spiegazione della sua compassione per la vicenda umana. Nell’attesa di riunirsi con Dio per il cristiano la sfera pubblica e le sue regole non meritano un’attenzione o un’approvazione particolare. La città di Dio non è retta dal diritto positivo, e chi se ne sente partecipe non può che qui ed ora

¹ «Die Idee der Demokratie entspricht *Führerlosigkeit*» (H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, II ed. (1929), Reclam, Stuttgart 2018, p. 106; rendo col corsivo lo spaziato del testo).

² I ed., Giuffrè, Milano 1955; II ed., Giuffrè, Milano 1969.

assumere l'atteggiamento dell'estraneo. «Nec ulla nobis magis res aliena quam publica», dice Tertulliano.

Almeno a partire dal 1945 Gustav Radbruch prende distanza dalla sua precedente posizione giuspositivista e neutralista in teoria del diritto. Questa distanza si percepisce già bene nelle sue lezioni dell'autunno 1945, una volta riassegnatagli la cattedra all'Università di Heidelberg. Il diritto ora è visto come niente affatto relativo o neutrale. Giacché in questo il valore della giustizia si rivela indipendente da quello della positività, e la giustizia prevale sul valore della certezza giuridica, là dove tale certezza se rispettata producesse una intollerabile ingiustizia. Radbruch aggiunge che questa relativa primazia del giusto sul positivo, e sul certo, è parte fondamentale della tradizione giuridica europea. Dello *jus publicum europaeum* si offre pertanto, contro la tesi di Schmitt, una immagine moralizzata, niente affatto neutrale. Il diritto positivo europeo, a dispetto di ciò che sostiene Schmitt, è proprio il contrario di una normatività senza moralità.

Franz Neumann si distingue tra gli autori che tra i primi reagiscono contro la proposta di Schmitt e il collasso politico e morale della Repubblica di Weimar. Lo fa in maniera puntigliosa nella sua tesi di dottorato sulla *rule of law* diretta da Harold Laski alla *London School of Economics*³. Neumann ora afferma le virtù della legge generale e astratta e le contrappone ai vizi della decisione contingente. Non c'è potere giuridico, potere secondo il diritto, e potere che produce diritto, se non dentro il recinto dell'impero della legge. E soprattutto senza impero della legge non si dà quella uguaglianza di diritti che risulta fondamentale per una democrazia. Contro il decisionismo, l'antinormativismo e l'antiegualitarismo di Schmitt, Neumann riafferma il valore della legge uguale per tutti. Di conseguenza deve poter prendere distanza anche da ogni forma di positivismo scettico secondo cui la norma come tale

³ Vedi F.L. Neumann, *The Rule of Law. Political Theory and the Legal System in the Modern Society*, Berg Publishers, London 1985.

non sarebbe conoscibile e il normativo si ridurrebbe interamente al suo momento interpretativo o applicativo.

Tuttavia, in un secondo momento, a partire dal 1945, Neumann aggiunge due altre tesi alla sua riconsiderazione del valore della legge positiva. Riconosce che la legge non è sufficiente, rimanendo nondimeno necessaria, per la limitazione del potere politico. Si richiede un intervento sulle istituzioni, e sul contesto sociale di sfondo, oltreché sulla forma del diritto. C'è necessità della divisione del potere politico, della sua separazione in distinte e grosso modo indipendenti funzioni ed istituzioni, e bisogna affidarsi altresì al pluralismo della società. All'antipluralismo di Schmitt, alla sua ontologia sociale monista, Neumann contrappone un pluralismo assai elevato, articolato secondo un regime ricco di partiti politici e sindacati. Neumann inoltre, ancora una volta contro Schmitt, ma anche mi pare contro certo diffuso compiacimento della socialdemocrazia e contro le emergenti tesi dell'ordoliberalismo, sottolinea che, anche se l'economia fosse nazionalizzata, statalizzata, o regolata mediante organi statali (cosa che in certa misura difendono tanto i socialdemocratici quanto gli ordoliberali), la questione operaia o del lavoro, o detto altrimenti delle libertà sociali, o se si preferisce della "costituzione economica", non sarebbe ancora risolta.

L'operaio, nel quadro di una struttura di produzione parcellizzata e nondimeno gerarchica, seppure "socializzata" dallo Stato o regolata dalle sue agenzie, non può considerarsi padrone del suo lavoro. E nemmeno potrebbe sostenersi che la condizione di consumatore o imprenditore possa rimpiazzare quella di operaio o lavoratore, di maniera che l'economia si costituzionalizzi semplicemente mediante il mercato e i suoi meccanismi di libera concorrenza e formazione dei prezzi. La libera formazione dei prezzi o il controllo statale della produzione non liberano, non costituzionalizzano, la condizione operaia. I termini e l'organizzazione del lavoro rimangono sottratti alla partecipazione del lavoratore. Di maniera che si rende allora necessario il ricorso alla lotta di classe; questa non si può ignorare e va dunque articolata ed integrata all'interno del regime democratico. La conflittualità operaia – sostiene Neumann negli anni Cinquanta dello scorso secolo – è una forma ulte-

riore, e necessaria, per evitare un potere politico dai tratti dispotici, la quale deve accompagnare il meccanismo istituzionale della separazione dei poteri. Lo Stato di diritto, per sorreggersi, deve proiettarsi come Stato sociale, tesi aborrita da Schmitt negli anni Venti, e questo, lo Stato sociale, non può che alimentarsi della conflittualità di classe che va mantenuta. Lo Stato sociale non risolve il conflitto operaio né deve farlo, né può pensarsi come “totale” (*contra* Schmitt ancora), se vuole rappresentarsi come espressione radicale di un regime democratico.

Neumann, infine, anticipando Herbert Hart e per certi versi ricollegandosi a Gustav Radbruch, sviluppa la tesi del “contenuto minimo di diritto naturale” del diritto positivo. Questo “contenuto minimo” costituirebbe il riferimento sostanziale necessario dell’impero della legge. La generalità di questa offrirebbe un principio di uguaglianza, un criterio materiale di non discriminazione, vale a dire una soglia di normatività forte che la norma positiva dovrebbe poter sempre superare.

Sappiamo che Hermann Heller muore a Madrid nel novembre del 1933. Ha avuto ben poco tempo per reagire teoricamente al naufragio della Repubblica di Weimar. E lo fa in un’opera, che rimane incompleta, la *Staatslehre* del 1934, curata dal suo discepolo Gerhard Niemeyer. In questa opera, di respiro sistematico, Carl Schmitt è menzionato ripetutamente. Sembra anzi una presenza quasi palpabile. È l’oppositore della democrazia che ora sembra trionfare. Ed è allora in senso antidecisionista che Heller riconsidera la sua teoria del diritto e dello Stato. Anche il suo precedente antiformalismo si riduce in maniera sensibile. Ed al di là della prescrizione del sovrano appare una nuova entità giuridica, i principi fondamentali del diritto, ai quali si attribuisce un ruolo da protagonisti nella formazione ed interpretazione del diritto positivo.

Nel 1933 Hannah Arendt anch’essa ha dovuto esiliarsi dalla Germania. E la sua ricerca teorica dovrà attendere quasi vent’anni per manifestarsi in tutta la sua forza ed ampiezza. La sua riflessione sul totalitarismo la pone necessariamente dinanzi al pensiero di Schmitt. Da questo potrebbe sembrar derivare il suo profondo sospetto verso la categoria di diritti umani che non intrattengano diretta relazione con lo status di cittadino e con la titolarità e pratica dei diritti politici. L’“u-

manità” proclamata all’interno del discorso giuridico le appare una anticamera dell’essere umano senza protezione giuridica effettiva, vittima facile d’ogni abuso del potere politico. Per la filosofa tedesca è la cittadinanza a garantire e costituire il “diritto ad avere diritti”, non la mera soggettività giuridica⁴. Una soggettività che prescinda dalla reale partecipazione alla sovranità di un ordine politico effettivo le risulta una nozione ipocrita e manipolatrice.

D’altra parte, Arendt propone una concezione del potere politico per la quale il decisionismo antipluralista è considerato come atteggiamento radicalmente antipolitico (ci sono gli uomini al plurale, non l’uomo al singolare – ama ripetere). E del diritto inoltre ci offre una riconcettualizzazione in termini di regole costitutive, non regolative o imperative. Il diritto è – ci dice – qualcosa, non un artefatto, bensì una *pratica*, non “opera”, ma “azione”, che è diretta da una razionalità non strumentale. E questa, per la sua intrinseca razionalità comunicativa, rimane ben lontana dal situazionismo o dall’occasionalismo che sembra il motivo ricorrente del pensiero giuridico di Schmitt.

2. Contro la “teologia politica”

La grande fortuna dell’opera di Schmitt è abbastanza recente. Su di essa vi è una cappa di imbarazzato silenzio almeno fino agli anni Settanta dello scorso secolo. Con la sola eccezione forse, eccezione di certo importante, del mondo intellettuale della Spagna di Franco, di modo che c’è chi si è arrischiato a definire il giurista tedesco un “pensatore spagnolo”⁵. La svolta si dà probabilmente agli inizi degli anni Ottanta, propiziata in gran misura dalla crisi della teoria marxista dello Stato e dall’esaurimento delle “Trente glorieuses”, della lunga ondata socialdemocratica iniziata col *New Deal*. Dinanzi alla decadenza dello Stato

⁴ Vedi H. Arendt, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht*, in «Die Wandlung», IV, 1949, pp. 754-770.

⁵ Cfr. M. Saralegui, *Carl Schmitt pensador español*, Trotta, Madrid 2016.

sociale e del suo ideale di democrazia partecipativa si ricorre così, curiosamente, a due autori che, pur in misura diversa, appartengono entrambi al campo conservatore: a Niklas Luhmann, ma soprattutto a Carl Schmitt. In Italia, per esempio, un caso paradigmatico di questo nuovo clima è offerto dagli studi di Danilo Zolo, che adopera in maniera libera e spregiudicata entrambi tali autori per la ricostruzione di una teoria critica del diritto e dello Stato⁶.

In ogni caso il pensiero di Schmitt è molto presente nella teoria che riflette sulla catastrofe della democrazia degli anni Venti e Trenta. In certa misura – questa è la mia tesi principale qui – la teoria politica del dopoguerra, a partire dal 1945, e persino prima, a partire dal fallimento della Repubblica di Weimar, si costruisce *a contrario* come confutazione dell'opera di Schmitt. Questo, Schmitt, è il convitato di pietra in ogni discussione rilevante sullo Stato, la politica, e l'ordine giuridico internazionale. Non lo si nomina il più delle volte, ma lì si taglia inquietante la sua ombra.

C'è tanta teoria a partire dal 1933, ma specialmente a partire dal 1945, dietro la quale dunque può intravedersi il profilo di Schmitt. L'evocazione di questo, esplicita o implicita che sia, serve come monito. Là dove si proietta la sua figura, là dove si erge, è come se un cammino si chiudesse. Lì dove lo si veda, lì dove si muove comodamente, quello è un territorio per il quale non bisogna passare. Quella strada va evitata; ci è preclusa. Ciò vale per una serie di ricerche e di studi. Ma ciò può affermarsi specialmente dell'opera di cinque autori che pensano muovendo dal tragico fallimento della Germania di Weimar.

Questi sono, ma l'ho già anticipato, Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Franz Neumann, Hermann Heller e Hannah Arendt. I primi quattro sono giuristi che hanno conosciuto personalmente Schmitt, ci hanno parlato, hanno avuto dibattiti e vere e proprie controversie e lotte con

⁶ Si legga, a testimonianza di tale percorso, D. Zolo, *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Feltrinelli, Milano 1996.

quello, negli anni di Weimar, com'è il caso specialmente di Kelsen e Heller, o che anche lo hanno ammirato, come sembra il caso specialmente di Heller e Neumann. Il cosiddetto *Preußenschlag*, la sospensione per decreto presidenziale della autonomia del *Freistaat* di Prussia, è forse il momento più drammatico di tali relazioni e controversie⁷.

Com'è noto, nel giudizio dinanzi allo *Staatsgerichtshof* di Lipsia Schmitt e Heller si incontrano e si scontrano come avvocati di parti contrapposte. Schmitt è l'avvocato del governo del Reich, del suo amico Franz von Papen, Cancelliere del Reich, mentre Hermann Heller è l'avvocato del governo regionale prussiano, di Otto Braun, Presidente dello Stato Libero di Prussia. Ed è lì dove in dibattito Heller allude a Schmitt come ad una sorta di lupo incaricato di proteggere un gregge di pecore (o letteralmente, nella frase fatta tedesca impiegata, come un caprone messo a fare il giardiniere), nel momento in cui si propone come custode d'una costituzione che invero si vuole condurre alla rovina⁸.

Comincio con l'esaminare il caso di Kelsen. Questi è in certa misura il teorico del processo di Norimberga, colui che ne offre l'anticipazione concettuale, specialmente col libro *Peace Through Law* del 1944⁹. In questo testo si vuole presentare un diritto internazionale denso, nel quale la guerra possa essere oggetto di norme giuridiche di maniera che si possa determinare la sua correttezza normativa, vale a dire la legalità della guerra medesima, tesi che si scontra frontalmente con l'idea di Schmitt per cui lo *jus publicum europaeum*, la tradizione giuridica europa continentale, contemplerebbe come attributo della sovranità statale un assoluto *jus ad bellum*. Sappiamo che è questo punto quello che ossessiona lo Schmitt critico del Trattato di Versailles, documento che in un articolo stabilisce la "colpa" del *Reich* tedesco come responsabile del primo conflitto mondiale. Schmitt poi ampliarà la sua prospettiva

⁷ Documenti e verbali di quel processo sono raccolti in *Preußen contra Reich vor dem Staatsgerichtshof*, con prefazione di A. Brecht, Dietz, Berlin 1933.

⁸ Vedi *ivi*, p. 470.

⁹ The University of North Carolina Press, Chapel Hill 1944.

antinormativa allorché negli anni del regime nazista elabora una trama teorica rispetto al diritto internazionale, svincolato da ogni principio stringente di legalità, al fine di fornire una base giuridica al nuovo *Großbraumordnung* dell'impero hitleriano dopo il 1940. Né lo Schmitt del dopoguerra cambierà d'opinione sul punto; si rigetterà anzi ogni responsabilità tedesca persino per ciò che riguarda la seconda guerra mondiale e i crimini commessi in questa. Se Kelsen vuole dare legittimità ad un tribunale internazionale che giudichi sui crimini di guerra del regime hitleriano, Schmitt ostinatamente si nega a fare questo passo, ed invece lo interpreta solo come "giustizia del vincitore"¹⁰.

Kelsen – è noto – si muove nella direzione contraria. A suo avviso l'ordine giuridico internazionale non è privo di pretesa di giustizia. La sua fatticità non è assoluta e di per sé sempre produttiva di validità. Il *nomos* della terra non è qualcosa che si possa dare senza rinviare a elementi forti di uguaglianza e di forte normatività. La sovranità secondo Kelsen – è noto – è dissolta nella vigenza dell'ordine normativo, di modo che lo stato d'eccezione è sempre riassorbito nel sistema normativo, e lo conferma. Qui non v'è nessun miracolo che interrompa la legalità ordinaria dei fatti giuridici. Mentre per Schmitt la sovranità equivale alla capacità di operare il miracolo di produrre il diritto infrangendolo. Il diritto secondo Kelsen è un prodotto puramente secolare, e, se si vuole, prosaico. Non abbisogna di nessuna manifestazione *extra ordinem* e, per così dire, soprannaturale, per vedersi confermata la sua sovrana natura. Inoltre, ma ciò è meno noto, perché un po' sotterraneo, e per certi versi quasi rinnegato dallo stesso Kelsen, il giurista viennese lavora quindici anni, i suoi ultimi anni produttivi, per dimostrare l'inanità, il vuoto teorico, di un'altra tesi assai popolare di Schmitt, vale a dire che i concetti fondamentali della politica della modernità sono di origine religiosa, teologica.

¹⁰ Com'è esemplarmente il caso in C. Schmitt, *Ex captivitate salus. Erinnerungen der Zeit 1945/47*, Greven Verlag, Köln 1950.

L'ultimo grande libro di Kelsen è *Secular Religion*, opera però che lo studioso austriaco ritira dalla circolazione quando è già in stampa. Ne riceve le bozze, ma decide di non pubblicare il libro, e per riuscirci dovrà indennizzare l'editore. Il libro si pubblicherà solo cinquanta anni più tardi, a cura dello *Hans Kelsen Institut* di Vienna¹¹, e di esso sono ora disponibili tanto una edizione italiana quanto una versione in lingua spagnola. In *Secular Religion* l'obiettivo polemico diretto sono le tesi di Erich Voegelin (Eric senza acca dal suo soggiorno americano). Tuttavia, pare abbastanza plausibile che un altro avversario li considerato, questa volta occulto, sia l'autore della *Politische Theologie*, Carl Schmitt. La posizione di Kelsen è radicale: la politica non può derivare dalla teologia, in particolare da quella cristiana, giacché il cristianesimo è profondamente apolitico, in considerazione del fatto che la politica presuppone un mondo pienamente disponibile per gli esseri umani.

Un filosofo del diritto che dice qualcosa di simile è il professore bolognese Guido Fassò, il quale nel suo bel libro *Cristianesimo e società* pubblicato nel 1956 intende dimostrare, e lo fa con gran maestria e una profonda conoscenza della patristica, che il cristianesimo, il quale proclama verità *ut unum sint*, e si fonda su una ontologia ed una mistica monista, non può sviluppare autonomamente nessuna teoria della società e del diritto, giacché società e diritto non possono pensarsi da un siffatto assoluto monismo. Diritto e società presuppongono una pluralità irriducibile di entità e di soggetti nel mondo, e di relazioni tra questi, di maniera che non possono costruirsi concettualmente senza operare da una qualche prospettiva di pluralismo delle esperienze e delle verità, e senza altresì mettere in gioco la rivendicazione di una qualche bontà di tale pluralismo, della sua giustificazione normativa. Così che lo gnosticismo che Voegelin rimprovera alla modernità ed al suo pensiero

¹¹ H. Kelsen, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*, edizione rivista, Verlag Österreich, Wien 2017.

politico¹² più plausibilmente, questa pare la tesi centrale di Kelsen in *Secular Religion*¹³, dovrebbe ascriversi alla grande escatologia del cristianesimo che rappresenta il cuore del suo atteggiamento esistenziale.

Male e bene sono mescolati, secondo Kelsen, e per il punto di vista del diritto, non nel senso che non si possa distinguere il giusto dall'ingiusto, bensì per il fatto che non c'è l'Assoluto, il punto di fusione dell'esistenza individuale in un tutto che gli offre giustificazione, vale a dire nel senso che una medesima condotta individuale può essere giusta o ingiusta a seconda delle relazioni che essa intrattiene con gli interessi vitali di altri esseri umani individuali. Kelsen dunque difende una posizione assolutamente antignostica, e questa egli ritiene sia quella del diritto e ancor più di quello della modernità. Lo gnosticismo invece, nonostante ciò che ne dice Voegelin, sembra costituire un esito più o meno necessario della teologia cristiana. D'altra parte, cos'è la relazione di assoluta esistenziale incompatibilità di amico e nemico, che a parere di Schmitt costituirebbe l'essenza della dimensione politica, se non gnosticismo solo appena secolarizzato?

3. Diritto naturale minimo

Gustav Radbruch è noto per la sua *Rechtsphilosophie*, la cui edizione più matura e completa è del 1932, un anno appena prima del 1933, data fatidica. Qui nel terzo capitolo ritroviamo questa affermazione: «Il diritto per sua natura ha una pretesa di giustizia. La giustizia nondi-

¹² Vedi in particolare E. Voegelin, *The New Science of Politics. An Introduction*, The University of Chicago Press, Chicago 1953, pp. 107 ss. Nel 1954 Kelsen, già prima di *Secular Religion*, aveva fatto il libro di Voegelin oggetto di una dettagliata analisi critica (vedi ora H. Kelsen, *A New Science of Politics*, a cura E. Arnold, Ontos Verlag, Frankfurt am Main 2004).

¹³ In merito mi permetto di rimandare a M. La Torre, C. Garcia Pascual, *Prólogo*, in H. Kelsen, *Religión secular. Una polémica contra la malinterpretación de la filosofía social, la ciencia y la política modernas como "nuevas religiones"*, tr. castigliana di M. Abella Martínez, Trotta, Madrid 2015.

meno esige la generalità della legge, l'uguaglianza dinanzi alla legge»¹⁴. Questa tesi, in maniera abbastanza netta, è diretta a confutare qualsiasi posizione decisionista, antinormativa ed antiugualitaria. È Schmitt qui che sta nel punto di mira.

Per Radbruch, comunque, la giustizia del diritto è un valore *prima facie* secondario rispetto a quello della certezza giuridica. Così lo si presenta nella *Rechtsphilosophie* del 1932. La tesi è positivista, e riconnette sovranità, legittimità e validità. Il positivismo che qui si difende non è né “metodologico”, né “teorico”, bensì in buona sostanza “ideologico”, se si segue la nota tripartizione proposta da Norberto Bobbio. Il diritto positivo, o per meglio dire la legge generale ed astratta, va rispettato, perché solo così saremmo al sicuro dall'arbitrarietà d'un potere che agisce da una prospettiva occasionalista, senza tenere conto dei diritti quesiti e dell'uguale trattamento. Dietro questa posizione, come spesso occorre in questa versione di positivismo, ritroviamo una metaetica relativista, la tesi che i valori non sono oggettivi, bensì relativi, e che tra loro si pongono in conflitto. Il mondo della morale è quello del conflitto irrisolvibile, la lotta di “titani” menzionata da Max Weber; tesi che tanto per Radbruch come per Kelsen serve infine a giustificare il regime democratico. Dato che non vi sono valori assoluti, ed anzi tutti sono relativi, nessuno può affermare di avere la verità in tasca e dunque la sua prevalenza rispetto agli altri, e non ci resta allora che metterci d'accordo e ricorrere al principio di maggioranza come criterio di risoluzione del conflitto.

Nell'autunno 1945, crollata la dittatura hitleriana, Radbruch è nominato nuovo rettore dell'Università di Heidelberg. Nell'ottobre di quell'anno ritorna alla sua cattedra ed è il primo a dare un corso di diritto nella Germania ormai senza Hitler. In queste lezioni, a studenti in genere reduci dal fronte, la sua precedente posizione giusfilosofica si modifica. Innanzitutto cambia il tono e l'accento. Lo dice lui stesso nel

¹⁴ G. Radbruch, *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, a cura di R. Dreier e S.L. Paulson, C.F. Müller, Heidelberg 1999, p. 26. Traduzione mia.

suo nuovo corso di introduzione alla filosofia del diritto, raccolto in un volumetto di grande leggibilità *Vorschule der Rechtsphilosophie*, un libro per certi versi commovente perché distilla dolore ed è pieno di pathos, e in una conferenza radiofonica ora giustamente celebre “Cinque minuti di filosofia del diritto”¹⁵. Qui si propone per la prima volta quella che è passata ora alla storia del pensiero giuridico come la “formula di Radbruch”¹⁶. La positività della legge – si dice – prevale sì, però soltanto nella misura in cui la conseguenza o il costo di una tale prevalenza non sia una intollerabile ingiustizia. Di fronte all’intollerabilmente ingiusto la positività della legge perde il valore che le proviene dalla certezza giuridica che è in grado di offrire. La tesi è moderatamente giusnaturalista e oggettivista, dunque una svolta per uno studioso nel 1933 ancora convinto relativista e deciso giuspositivista¹⁷.

Ora, la formula di Radbruch può leggersi come risposta ai tentativi dei *Kronjuristen* nazisti, primo tra essi Carl Schmitt, i quali, al fine di attenuare ogni responsabilità dei soggetti coinvolti nel regime, giudici e funzionari pubblici in special modo, si facevano forti del principio di certezza del diritto e di irretroattività della legge penale. E così lo interpreta Herbert Hart, allorché discutendo con Lon Fuller della relazione di diritto e morale cita l’esempio delle leggi naziste e dei problemi che

¹⁵ Vedi G. Radbruch, *Fünf Minuten Rechtsphilosophie*, in Id., *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, cit., pp. 209-210.

¹⁶ Una versione più articolata e canonica si trova in G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in Id., *Rechtsphilosophie*, Studienausgabe, cit., pp. 211-219.

¹⁷ C’è chi però propende per una certa continuità della vena teorica nonpositivistica nel pensiero di Radbruch: cfr. S.L. Paulson, *Zur Kontinuität der nichtpositivistischen Rechtsphilosophie Gustav Radbruchs*, in *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, a cura di M. Borowski e S.L. Paulson, Mohr Siebeck, Tübingen 2015. La tensione e contraddizione tra le diverse fasi del pensiero di Radbruch è invece sottolineata in A. Brecht, *Political Theory. The Foundations of Twentieth-Century Political Thought*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1959, pp. 357 ss.

queste ponevano alla giurisprudenza della nuova Repubblica federale tedesca¹⁸.

Nei giorni in cui Radbruch torna nelle aule d'università e riprende le sue lezioni, l'autunno del 1945, Carl Schmitt è in carcere, sospettato di complicità nei crimini di guerra e contro l'umanità del regime nazista. E mentre Radbruch sembra essersi convertito al giusnaturalismo, lui si difende con argomenti positivisti. Come del resto faranno gli imputati nel processo di Norimberga e poi Eichmann a Gerusalemme. Ora, con la sua "formula", Radbruch toglie loro la terra sotto i piedi. La pretesa neutralità del diritto – argomenta – ha limiti abbastanza precisi. E questi saltano agli occhi, risultano evidenti nell'incontro con ciò che è intollerabilmente immorale. Non è sufficiente un'ingiustizia qualsiasi al fine di derogare la validità del diritto positivo. Ci vuole una ingiustizia terribile – e rispetto a questa non vale la tesi della relatività o non conoscibilità. Questa estrema forma d'ingiustizia ha il vantaggio, nella sua tragicità, di essere immediatamente percepibile da tutti, in maniera che dinanzi ad essa non vale appellarsi alla mancanza di oggettività del criterio normativo di riferimento. Cosicché la certezza giuridica, che sembrerebbe qui sacrificata, si recupera attraverso la certezza dell'evidenza morale.

Per sconfiggere il giuspositivismo Radbruch in prima istanza deve confutare la tesi scettica che si ritiene dia giustificazione al concetto di diritto adoperato dal positivismo. Si deve cioè attaccare la tesi dell'impossibilità di fondamentare in maniera oggettiva o intersoggettiva i valori morali. Ebbene – dice Radbruch –, anche se ciò ch'è giusto non è sempre certo, e su di esso si può ragionevolmente essere in disaccordo, ciò non vale per quel che risulta intollerabilmente, estremamente ingiusto. Ed allora sull'evidenza condivisa, e sull'oggettività della forma radicale di ingiustizia resa così manifesta, si potrà fondare un diritto supra-

¹⁸ Vedi H.L.A. Hart, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in «Harvard Law Review», 71, 1958, pp. 593-629. E cfr. G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale. Note sulla punizione dei "delitti di Stato" nella Germania postnazista e nella Germania postcomunista*, Giuffrè, Milano 2001.

legale che deroghi dunque al diritto legale, positivo, in casi eccezionali. L'eccezionalità qui è ritorta contro il situazionismo e il decisionismo di Schmitt. Lo stato d'eccezione – potrà sostenersi seguendo la logica di Radbruch – non giustifica e autorizza l'immoralismo. Accade il contrario. L'eccezionalità arma un moralismo moderato, che non si erge sempre a giudice della legge positiva né a sua fonte ordinaria. E nondimeno la giustizia è azionata dall'ingiustizia dello stato d'eccezione e da esso reintrodotta e resa operativa nell'ambito del ragionamento giuridico e della produzione della norma sul caso di specie.

4. L'impero della legge

La storia di Franz Neumann è sommamente interessante e suggerente. Fino al 1933 è un avvocato giuslavorista vincolato a Otto Sinzheimer, professore di diritto del lavoro all'Università di Francoforte e intellettuale socialista, nel cui studio lavora anche un buon amico di Neumann, Otto Kirchheimer. I due giovani giuristi socialisti, Kirchheimer e Neumann, flirtano un po' con le teorie di Schmitt, la cui influenza sarà però più netta sulle idee di Kirchheimer. La relazione di Neumann con Schmitt è abbastanza cordiale tanto che Schmitt invita il giovane e promettente studioso socialista a dare una serie di lezioni nell'ambito di un suo corso di diritto pubblico all'Università di Berlino nel 1932. Tutto cambia l'anno successivo.

Neumann reagisce all'avvento del regime hitleriano modificando profondamente il suo precedente atteggiamento di sospetto nei confronti dello Stato di diritto, in particolare verso la generalità della legge qualificata come un attributo borghese ed uno strumento di dominio di classe. Il giovane socialista emigra in Inghilterra e scrive una seconda tesi di dottorato (era già dottore in Germania) alla *London School of Economics* sul tema della *rule of law*. La tesi è una elaborata e dotta discussione, ed una celebrazione altresì, delle virtù della legge generale ed astratta come limite all'autoritarismo e alla teoria del diritto che più si confà a questo, il decisionismo. *Behemoth*, il grande e primo accurato studio sulle istituzioni giuridiche del nazionalsocialismo, che

Neumann pubblica nel 1943, già nel titolo implica la rivendicazione, *a contrario*, della certezza giuridica che può offrire la struttura formalista e positiva della legge e della legislazione¹⁹. In certa misura Behemoth, il mostro marino che secondo Neumann può essere evocato come metafora della tirannia hitleriana, del suo furore e della sua crudeltà e irrazionalità, assolve il Leviatano, lo Stato hobbesiano della sovranità assoluta della legge.

Questo libro inoltre è una resa dei conti con Schmitt, che è il vero motore, come monito, del Behemoth studiato da Neumann. Vale sottolineare che con il libro e il suo titolo Neumann specialmente obietta ad una tesi idiosincratica di Schmitt che in due testi, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* del 1938, e *Land und Meer* del 1942, aveva tracciato una distinzione tra due tipi ideali di ordine politico, quello di terra, Leviatano, orientato alla legge ed alla sicurezza pubblica, e l'ordine di mare, Behemoth, nel quale non si applicano più le regole dello *jus publicum europaeum*, e il diritto non si struttura per regole certe, ma secondo standards flessibili, oppure secondo principi morali che non sarebbero altro che la copertura ideologica dei suoi inconfessabili interessi egemonici. Nell'ordine politico del mare la guerra non è più affare del soldato, stretto in una rigida gerarchia, bensì del *pirata*, di un anarchico avventuriero in cerca di bottino, nemico esistenziale di ogni *res publica, hostis generis humani*. Questa figura sarà poi successivamente e significativamente ripresa nello studio sul partigiano, un'operetta degli anni Sessanta che è intrisa dello spirito della guerra fredda²⁰.

Per lo Schmitt degli anni Trenta e Quaranta la Germania del Terzo Reich impersonificherebbe il Leviatano, mentre l'Inghilterra imperiale, il *Commonwealth*, e poi gli Stati Uniti, sarebbero il Behemoth. Ora, Neumann rigira questa contrapposizione schmittiana, le dà una diversa

¹⁹ Vedi F. Neumann, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*, Victor Gollancz, London 1942.

²⁰ Vedi C. Schmitt, *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, Berlin 1963.

torsione interpretativa, e rivela con argomenti incontestabili che il mostro marino, e il suo infernale regime di arbitrarietà, si può piuttosto rinvenire, ed in forma paradigmatica, nella Germania nazista. La grande bestia marina, per la quale la terra ferma della legge si trasforma nel mare agitato della flessibilità delle regole e della arbitrarietà, è il parto di un concetto e di una pratica che risolvono il diritto nella mera decisione, senza alcun rispetto per la normatività forte delle regole – ciò che fondamentalmente Schmitt raccomanda al giurista come criterio delle sue operazioni. E poi Behemoth – come nota anche Adorno rievocando la figura di Neumann – è un regime di pluralismo irrazionale, senza vera coordinazione. La sovranità decisionistica invece di sconfiggere il pluralismo dei poteri – come si augura Schmitt – lo rende invece ancora più prepotente e irragionevole²¹.

È però negli ultimi scritti pubblicati da Neumann dopo il 1945 dove la riflessione *a contrario* a partire dal pensiero di Schmitt si fa ancora più chiara e generale. Iniziando dalla sua definizione di ciò che è il “politico”, la prima cosa da fare qui è contestare che la dinamica amico-nemico sia ciò che dà alla politica la sua sostanza. «Fascist political thought asserts that the creation of a national community is conditioned by the existence of an enemy whom one must be willingly to exterminate physically. Politics thus denotes not the construction of a good society but the annihilation of an enemy»²². In ogni caso la costruzione è abbastanza tautologica, o per dirlo meglio vuota, giacché permette che: «Anything [...] may be or may become political»²³. Secondo la dinamica amico-nemico ogni contesto di scontro, intensificandosi, può farsi “politico”. La politica potrebbe così avere qualunque oggetto e

²¹ Si legga T.W. Adorno, *Franz Neumann zum Gedächtnis*, appendice in A. Söllner, *Neumann zur Einführung*, Soak-Verlag, Hannover 1982, pp. 98 ss.

²² F. Neumann, *The Concept of Political Freedom*, in Id., *The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*, a cura e con una prefazione di H. Marcuse, The Free Press of Glencoe, London 1957, pp. 193-194.

²³ Ivi, p. 194.

contenuto, una tesi che ricorda curiosamente quell'altra di Kelsen che nella prima edizione della *Reine Rechtslehre* afferma, ripetendo quasi alla lettera un giudizio di Laband, uno dei padri fondatori della dottrina giuspositivistica germanica, che il diritto, ovvero la norma giuridica positiva, il suo *Rechtssatz*, può avere qualunque contenuto²⁴.

Neumann inoltre contesta la confusione di diritto e politica propria della prospettiva decisionista. Facendo della decisione il cuore del diritto, questo si equipara alla politica, nel senso che entrambe le dimensioni avranno come oggetto un caso specifico, saranno ancorate alla situazione singolare, si distingueranno per una elevatissima contingenza, peccheranno dunque di mancanza di universalità. Il diritto però, solo come legge generale, e criterio normativo che ricorre come fondamento alla razionalità logica, può – secondo Neumann – differenziarsi dalla dimensione politica ed ottenere così certa indipendenza e ragion d'essere rispetto a questa. «If the general law is the fundamental form of law and if law is not only *voluntas* but also *ratio*, then one must state that the law of the authoritarian State has no legal character. Law as a phenomenon distinct from the political command of the sovereign is possible only if it manifests itself as a general law»²⁵. La legge viene così sganciata dall'imperativismo di scuola hobbesiana o austiniana, anticipando un'idea che successivamente sarà finemente articolata da Herbert Hart nel suo *opus magnum The Concept of Law*²⁶.

Ma tra Neumann e Hart vi è un'ulteriore vicinanza. Com'è noto, Herbert Hart, che è il grande teorico del giuspositivismo analitico contemporaneo, modera la sua tesi della separazione concettuale di diritto e morale (che pare quella distintiva d'ogni positivismo) riconoscendo che ogni forma di diritto positivo ha un contenuto minimo di diritto

²⁴ «Jeder beliebige Inhalt kann Recht sein» (H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, I ed., Studienausgabe, a cura di M. Jestaedt, Mohr Siebeck, Tübingen 2008, p. 74).

²⁵ F. Neumann (a cura di), *The Change in the Function of Law in Modern Society*, in Id., *The Democratic and the Authoritarian State*, cit. p. 66. Corsivo nel testo.

²⁶ L.A. Hart, *The Concept of law*, Clarendon, Oxford 1961.

naturale. È questa una proposta che potrebbe dirsi introdurre, almeno in certa misura, elementi di giusnaturalismo in una teoria che nondimeno afferma una rilevante discrezionalità del potere giudiziale. Va detto però subito che il contenuto minimo di diritto naturale ha per Hart un significato fondamentale funzionale o sociologico. Ogni sistema giuridico – sostiene – deve offrire protezione e garanzia alla proprietà o titolarità di beni, deve offrire sicurezza all'integrità delle persone, e deve farsi garante delle promesse dei consociati, dei loro "contratti". Ma da ciò egli non fa derivare nessuna conclusione normativa forte, di maniera che la presupposta separazione di diritto e morale rimane impregiudicata.

Ebbene, una prima precedente versione della tesi del contenuto minimo di diritto naturale si ritrova nell'opera più matura di Neumann, questa volta però con un netto significato normativo, così da mettere in forse la separazione di diritto e morale. Ma soprattutto qui, nell'opera di Neumann, tale tesi ha un evidente tenore antidecisionista: «By speaking of man, we speak of him as being endowed with reason, for only this can we define man (as contrasted with other forms of organic life). But if we accept this as true, then we accept certain *minima* following from this proposition. These *minima* (and it is not important whether they are labelled natural rights or not) are thus valid, regardless of the political system, valid against any political system, even against a democracy»²⁷. Il contenuto minimo di diritto naturale in questo caso ci è offerto dalla razionalità, o, se si vuole, dalla ragionevolezza, che è alla base delle deliberazioni pratiche, e che impedisce loro di presentarsi sotto la forma di un mero *fiat*.

D'altra parte, è l'antropologia schmittiana della politica che Neumann attacca, là dove sottolinea l'estraneità della paura alla dimensione politica, o meglio la sua qualità distruttiva della politica. Alimentare la

²⁷ F. Neumann, *On the Limits of Justifiable Disobedience*, in Id., *The Democratic and the Authoritarian State*, cit. p. 157. Corsivo nel testo.

paura significa rendere il legame politico meno forte, spingendo verso soluzioni in un certo senso meramente economiche, o efficientistiche, strumentali, della convivenza umana. Qui Neumann certamente ha in mente la teoria di Schmitt, ma anche probabilmente l'antropologia negativa che ispira e fonda le dottrine liberali del mercato come ordine altamente concorrenziale. Significativo è anche che buona parte della tradizione giuspositivista si nutra della figura del "bad man", dell'uomo cattivo, che va dunque appropriatamente contenuto, represso, soggiogato, per cui il diritto si deve essenzialmente foggare come "coazione", "forza", esito al quale Neumann oppone resistenza.

5. Princìpi del diritto

Il caso di Hermann Heller è forse il più complicato, giacché la sua relazione col pensiero di Schmitt rimane sempre ambivalente, di amore-odio potrebbe dirsi. Fino alla *Staatslehre* incompleta, pubblicata postuma a cura del discepolo Hans Niemeyer a Leiden nei Paesi Bassi nel 1934, il quadro teorico offerto da Heller per ciò che concerne il concetto di diritto è intriso della concezione schmittiana. La sua concezione della sovranità, che può leggersi nel libro *Die Souveränität*, del 1927, può sembrare persino più decisionista ed antilegalista della dottrina presentata al riguardo da Schmitt. Mentre quest'ultimo riconnette la sovranità ad una situazione singola e specifica, lo stato d'eccezione, là dove la sovranità si configurerebbe come titolarità del potere di definizione di questo, e dunque la sovranità sarebbe un potere di derogare alla legge, Heller riferisce la sovranità alla condotta dei poteri pubblici *contra legem*, alla capacità di agire illegalmente²⁸, e dunque la sovranità sarebbe svincolata del caso specifico, e infine eccezionale, ma si giustificerebbe e manifesterebbe come caso ordinario normale, e in particolare come capacità di abrogare la legge, competenza ben più ampia della sua deroga.

²⁸ Vedi H. Heller, *Die Souveränität*, Walter de Gruyter, Berlin 1927.

Tutto però cambia a partire del *Preußenschlag* del 20 luglio 1932 e soprattutto a partire dal 30 gennaio 1933, data in cui Hindenburg nomina Hitler cancelliere del *Reich*. Il cambiamento di regime e il cambiamento coevo di atteggiamento teorico si riflettono nella *Staatslehre*, sebbene questa rimanga un'opera incompleta; le manca purtroppo la parte sul diritto internazionale e dunque sull'articolazione verso l'esterno della sovranità statale. Nella *Staatslehre* una prima importante modifica di prospettiva si può rinvenire in una certa rielaborazione dell'idea di potere politico. Qui, in maniera esplicita, si prende distanza da Schmitt. Non che nel passato non gli fosse chiara l'ispirazione antidemocratica e "fascista" del pensiero di questo, ma la critica al formalismo giuspositivista, in particolare kelseniano²⁹, ed all'antisovranismo del giurista viennese, lo rendevano pericolosamente contiguo a varie tesi schmittiane. Però il "politico" non consiste – si sostiene ora – nella produzione del conflitto tra un "amico" e un "nemico"; piuttosto la sua sostanza e funzione vanno rinvenute nell'evitare che tale radicale conflitto possa aver luogo, nella sua neutralizzazione. «Besteht doch der grösste Teil aller Politik in dem Bemühen, den existentiellen Freund-Feind-Konflikt zu vermeiden»³⁰.

Per Heller il concetto del "politico" di Schmitt si fa vuoto, "inhaltslos", di modo che lo si potrebbe accusare d'essere una nozione infine puramente formale. Secondo Schmitt la dimensione politica dipende dall'intensità dello scontro. Tutto può rientrare in tale dimensione, una volta che si dia conflitto esistenziale, vale a dire lotta a morte, ciò che potrebbe allora attribuirsi a qualsiasi conflitto, una volta che questo si faccia radicale e violento. La dimensione politica varrebbe allora per ogni rissa, o scontro violento, «für jede beliebige Prügelei kennzeichnend»³¹.

²⁹ Particolarmente aggressiva, se non addirittura velenosa, nei confronti di Kelsen è la prefazione al libro *Die Souveränität*, cit.

³⁰ H. Heller, *Staatslehre*, a cura di G. Niemeyer, VI ed., Mohr, Tübingen 1983, p. 234.

³¹ *Ibidem*.

Secondo Heller invece bisogna argomentare in direzione opposta. La politica per lui è piuttosto ricerca del consenso, non provocazione del dissenso. Persino la politica estera degli Stati sovrani – aggiunge – non può concettualizzarsi a partire dalla situazione bellica, dalla prospettiva della guerra. La politica non è la continuazione della guerra con altri mezzi. Vale il contrario: la guerra è semmai una continuazione della politica, là dove quest'ultima non deriva il suo senso da quella, dalla guerra.

Il “politico” ha una pretesa di forza vincolante – nozione che probabilmente Heller deriva dal suo *Doktorvater* ed amico Gustav Radbruch –, la quale pretesa appella a un suo riconoscimento. Ha – scrive – «den Anspruch zur Verbindlichkeit»³², cosa che la violenza non può mai articolare né ottenere. Nel caso della violenza non si vuole un effetto mediato dal riconoscimento, bensì l'effetto diretto e per certi versi meccanico della soggezione. Ma – ripete più volte – *oboedientia facit imperantem*; è chi obbedisce che crea chi comanda; è l'obbedienza che produce riconoscendolo il comando, e non viceversa. In questa prospettiva allora il potere politico rinvia al diritto: «Politische Macht ist rechtlich organisierte Macht»³³. Al diritto non compete solo una funzione giustificativa del potere (senza efficacia ontologica, ma con effetti deontologici), bensì una vera e propria efficacia costitutiva del potere. Dimodoché il giurista tedesco sottolinea «die machtbildende Funktion des Rechts»³⁴.

Precedentemente, prima della *Staatslehre*, Heller si è distinto per la sua critica implacabile della teoria pura di Hans Kelsen. La sua critica a volte è più feroce di quella che a Kelsen dirige lo stesso Schmitt, di certo non particolarmente indulgente verso Kelsen. Alla “teoria pura del diritto” Heller rimprovera l'intento di neutralità e la distanza program-

³² Ivi, p. 235.

³³ Ivi, p. 219.

³⁴ Ivi, p. 313.

matica da ogni considerazione politica o sociologica, il suo purismo metodologico e il suo formalismo, oltrech  la genealogia neokantiana. La “dottrina pura” – dice Heller – alla fine sfocierebbe in una ideologia borghese del diritto, pretendendo di presentare come universale uno specifico modo di atteggiarsi dello stesso che per    legato ad una specifica condizione storica, quella del dominio di classe della borghesia. Nel libro sulla sovranit  la “dottrina pura”, che risolve la sovranit  nel gioco delle relazioni tra distinti piani normativi, viene bollata “heimatlos”³⁵, senza patria, giacch  dietro di essa non sembra potersi scorgere il profilo rassicurante della Nazione. In un passaggio d’un programmatico saggio sulla crisi della dottrina dello Stato Heller rimprovera a Kelsen mancanza di “tatto politico”, rammentando a questo proposito che questa del “tatto politico” era la qualit  dello studioso di diritto pi  apprezzata da Edmund Bernatzik, il quale – lo si ricorda con orgoglio –   stato il comune maestro suo e di Kelsen all’Universit  di Vienna³⁶.

Ora, nella *Staatslehre* il tono polemico si attenua, e ritroviamo un certo positivo apprezzamento dell’opera di Kelsen, e non per la *reductio ad absurdum* del positivismo logicista labandiano, bens  specialmente l  dove si tratta di configurare la relazione di diritto e potere. «Es ist das gro e kritische Verdienst Hans Kelsens, immer wieder darauf hingewiesen zu haben, da  die Rechtsgeltung nicht auf die Setzung durch eine normlose Willensmacht begründet werden kann»³⁷. Kelsen – si dice – ha il grande merito d’aver sottolineato la natura normativa d’ogni potere produttivo di diritto.

La validit  di questo, del diritto, non pu  intendersi n  concettualizzarsi senza mettere in gioco il carattere costitutivo del potere che   proprio del diritto. «Deshalb mu  auch das Problem der Rechtsgeltung im

³⁵ Heller, *Die Souver nit t*, cit., p. 17.

³⁶ Vedi H. Heller, *Die Krisis der Staatslehre*, in Id., *Gesammelte Schriften*, a cura di M. Drath., G. Niemeyer, O. Stammer e F. Borinski, vol. 2, A.W. Sijthoff, Leiden 1971, p. 24.

³⁷ Heller, *Staatslehre*, cit., p. 216.

Zusammenhang gesehen werden mit dem machtbildenden Charakter des Rechts»³⁸. Sembra perdere forza dunque l'accusa di formalismo prima ossessivamente diretta contro il giurista viennese. A questo proposito si può anche ricordare che, allorché Heller deve dare un giudizio sulla legalità del *Preußenschlag*, alla fine non trova di meglio che affermare che il vizio di questo è quello di soffrire d'un "Formenmißbrauch", d'essere un abuso formale di competenze, ricorrendo dunque essenzialmente ad un argomento formalista per invalidare la costituzionalità dello scioglimento del governo regionale prussiano operato d'autorità, ed invocando lo stato d'eccezione, dall'esecutivo del *Reich*³⁹.

Il diritto non si può pensare come atto di decisione radicale e contingente – questa è la tesi di Heller nella *Staatslehre*, chiaramente rivolta contro il decisionismo schmittiano che pure egli precedentemente in buona sostanza aveva fatto suo. La normatività è limitazione della volontà arbitraria e il diritto lo è specialmente – dice Heller – in virtù della sua presunzione di legittimità e giustizia. Qui nuovamente Heller rincontra l'antico amico e maestro Gustav Radbruch nel comune riferimento alla pretesa di giustizia del neokantiano Rudolf Stammler: «Alle gesellschaftlichen Normordnungen sind Beschränkungen der Willkür; das Recht ist es als Verbot der Willkür im Sinne der Ungerechtigkeit»⁴⁰.

In questa rivalutazione del contenuto propriamente normativo della pratica del diritto un ruolo importante è svolto dal riferimento ai "principi del diritto", *Rechtsgrundsätze*. Il diritto include non solo regole e decisioni, ma anche princìpi. La loro caratterizzazione da parte dell'ultimo Heller non è perspicua. Invero, di "principi" si parla anche nel libro sulla sovranità di qualche anno prima⁴¹. Eppure in

³⁸ Ivi, p. 217.

³⁹ Si legga H. Heller, *Ist das Reich verfassungsmäßig vorgegangen?*, in Id., *Gesammelte Schriften*, vol. 2, cit., p. 410.

⁴⁰ Heller, *Staatslehre*, cit., p. 211.

⁴¹ Si legga Heller, *Die Souveränität*, cit., pp. 127 ss.

quel libro la sovranità è autorità *contra legem*, e quei “principi” hanno fondamentalmente solo un valore ideologico. Il sovrano ha bisogno di essi per legittimarsi. È tesi sociologica, non veramente giuridica. Quei principi non sembrano potersi operazionalizzare nel ragionamento giuridico vero e proprio.

Anche nella *Staatslehre* non risulta chiaro cosa veramente sia un principio, né il loro statuto logico e nemmeno quello epistemologico. Ciò che però ora sembra più chiaramente affermato è che essi contengono un nocciolo etico, e che tale contenuto morale si ripercuote sul contenuto del diritto positivo vincolandone la possibile conformazione. I principi sono dunque pensati come cura per la malattia del decisionismo. Così Heller nella *Staatslehre*, allorché deve indicarci dove trovare i principi nell’ordinamento positivo, menziona la parte seconda della Costituzione di Weimar, quella in cui si trova il catalogo dei diritti fondamentali⁴².

Si potrebbe allora quasi credere che Heller sia l’antesignano della teoria dei diritti fondamentali come principi, tesi difesa ai giorni nostri da Robert Alexy⁴³, il quale – sappiamo – è tutt’altro che un giuspositivista. Nondimeno, sarebbe una forzatura fare di Heller il precursore d’un concetto “principialista” del diritto, un anticipatore addirittura della filosofia del diritto di Ronald Dworkin, proposta interpretativa che un paio di decenni addietro è stata avanzata da David Dyzenhaus⁴⁴. Tale proposta va rifiutata, in particolare in ragione del fatto che prima della *Staatslehre* il decisionismo di Heller è fortissimo, talora persino più forte di quello di Schmitt⁴⁵, e poi che nella *Staatslehre* v’è ancora un residuo di decisionismo, là dove l’idea della sovranità come capacità prescrittiva *contra legem* rimane espressamente, seppure ora timi-

⁴² Vedi ivi, p. 290.

⁴³ Vedi R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1987.

⁴⁴ Vedi D. Dyzenhaus, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford 1999.

⁴⁵ Su ciò mi permetto di rinviare al mio *La crisi del Novecento. Giuristi e filosofi nel crepuscolo di Weimar*, Dedalo, Bari 2006.

damente, ripetuta⁴⁶. D'altra parte, i princìpi del diritto secondo Heller non sembrano essere norme direttamente applicabili e necessitano di un'ampia discrezionalità del giudice per divenire *Rechtssätze*, enunciati giuridici vincolanti.

Se il sovrano è colui che decide sullo stato d'eccezione, vale a dire decide su ciò che va definito come stato d'eccezione, là dove questo (lo stato d'eccezione) si soggettivizza, si pensi o si presenti cioè nelle forme di soggetti "eccezionali" che producono una situazione di grave pericolo o d'emergenza, allora secondo questa logica il sovrano sarà anche colui che potrà definire chi sono i nemici eccezionali dell'ordine costituito. Gli spetta il potere supremo di qualificare giuridicamente i soggetti e dunque di discriminare tra gli "amici" (cui si riconosce soggettività, giudice e diritti) e i "nemici" (i portatori dello stato d'eccezione) cui si strappa di dosso ogni veste o qualità di soggetto giuridico e di titolare di diritti fondamentali. Ma nel costituzionalismo moderno, così come Heller se lo rappresenta nell'ultima parte della *Staatslehre*, non si dà nulla di tutto ciò. L'attribuzione di soggettività giuridica non rientra nelle prerogative del sovrano, poiché questo si costituisce fundamentalmente mediante la costituzione, e la costituzione risulta intessuta di princìpi del diritto e di diritti umani inalienabili. Nemmeno la costituzione può decidere *ex nihilo*, giacché vi è presupposta una struttura basica delle relazioni intersoggettive che già prevede o presuppone la soggettività giuridica.

6. Costitutività del diritto

Il caso di Hannah Arendt è forse il più interessante, e significativo, perché è quello più intrigante. Nel suo primo grande libro *The Origins of Totalitarianism* (io qui però cito dalla prima edizione britannica del

⁴⁶ Vedi Heller, *Staatslehre*, cit., p. 276.

1951 pubblicata col titolo *The Burden of Our Time*) ritroviamo le parole seguenti in una nota nella quale si dà conto degli intellettuali nazionalsocialisti: «Most interesting is the example of the jurist Carl Schmitt, whose very ingenious theories about the end of democracy and legal government still make arresting reading»⁴⁷.

Orbene, Schmitt è una presenza costante nell'opera di Hannah Arendt. La riflessione sul potere e la politica elaborata dalla Arendt è come la risposta ad un intellettuale che più che un interlocutore è un ammonitore, il convitato di pietra che si tema possa trascinarci nell'abisso. E già lo ha fatto. E non per rendere giustizia come il convitato di pietra, diciamo così, originale, quello che conduce con sé all'inferno il peccatore, Don Giovanni. Qui il "commendatore" è lui il gran peccatore, e chi vuole portare agli inferi non è l'immoralista, piuttosto l'ingenuo o anche il buono, che però non sia immune al suo fascino incantatore. Bisognerà allora sviluppare un discorso ed una costruzione teorica che gli impedisca di giocare nuovamente il ruolo distruttivo che lo rese celebre e potente (e benestante) tra Weimar e Norimberga.

Nel gran libro teorico di Hannah Arendt, *On Human Condition*, *Vita activa* in tedesco e in italiano, Schmitt non è citato nemmeno una volta. Tuttavia in più di un luogo gli argomenti sviluppati dalla filosofa tedesca si dirigono – mi pare – contro la figura minacciosa del giurista di Plattenberg. È il caso delle pagine dove Arendt critica ciò che lei chiama la teoria "materialista" e che noi possiamo leggere come una critica del realismo politico.

Il "materialismo" o realismo politico – questa è la critica di Arendt – ignora il fatto fondamentale della comunicazione sia pure nella strumentalità più radicale del "politico". Si tratta di una confutazione della ontologia prima everiana e poi schmittiana della politica: «The basic error of all materialism in politics [...] is to overlook the inevitability with

⁴⁷ H. Arendt, *The Burden of Our Time*, Secker & Warburg, London 1951, p. 332.

which men disclose themselves as subjects [...] even when they wholly concentrate upon reaching an altogether wordly material object»⁴⁸. «The disclosure of the “who”», la rivelazione della soggettività, e delle sue intenzioni, si dà «through speech», mediante il linguaggio. E questo è un carattere tipico dell’azione, un contesto intersoggettivo dove si presuppone la ricerca della comprensione, all’interno di una rete di relazioni e di conseguenze imprevedibili. Nella “azione”, che sappiamo la Arendt contrappone al “lavoro”, la riproduzione del ciclo vitale dei soggetti, ed all’ “opera”, la produzione di artefatti, la volontà del decisore si misura secondo la recettività dell’altro. L’unità della decisione si dissolve nella pluralità del suo contesto performativo, che necessita di riceventi e interpreti del messaggio, e la sua unicità si perde nella collettività dell’agire comune.

Nel *Denktagebuch*, i quaderni nei quali Hannah Arendt raccoglie citazioni, idee, annotazioni varie, e persino poesie proprie, Schmitt ritorna. Vi si trovano un paio di citazioni esplicite ed ironiche al *Nomos der Erde*, ed alla sua giustificazione della guerra d’aggressione, lo *jus ad bellum*. Nel *Denktagebuch* la tesi sul potere politico è che questo, il potere, non è un fenomeno della volontà della decisione: «Macht ist kein Willensphänomen»⁴⁹. Il potere si può dividere, la volontà no. Il potere è un fatto che affonda le sue radici nella pluralità. È la cooperazione o la convergenza di condotte che produce potere: «Wenn Menschen zusammen handeln entsteht immer Macht»⁵⁰. In questa prospettiva il diritto non è radicato nel comando o nell’imperativo. È qualcosa d’altro. La sua funzione non è prescrittiva o regolativa, bensì costitutiva. Risulta evidente che un tale panorama teorico è specularmente opposto alla fenomenologia schmittiana del “politico”.

⁴⁸ H. Arendt, *On Human Condition*, The University of Chicago Press, Chicago 1958, p. 183.

⁴⁹ H. Arendt, *Denktagebuch*, 1950-1973, a cura di U. Ludz e I. Nordmann, vol. 1, Piper, München 2002, p. 184.

⁵⁰ Ivi, p. 186.

La legge, *Gesetz*, dice Arendt, è uno *Zaun*, un recinto⁵¹. Bisogna soffermarsi un po' su questo punto. Recinto, *Zaun*, non significa qui un limite o un vincolo per una attività che in tal modo viene limitata. *Zaun* ha una seconda e diversa lettura, che è quella che adotta Arendt. Equivale alla costituzione di uno spazio privilegiato di senso, come per esempio il campo di gioco del calcio. Il gioco non è limitato dal campo, ma è prodotto da questo. Non è che senza *Zaun*, senza recinto e campo, avremmo più gioco; al contrario senza quelli non avremmo affatto il gioco. È questa una tesi, va sottolineato, che si contrappone frontalmente con l'idea schmittiana, sviluppata nell'ultima fase di quel pensiero, secondo cui "nomos", legge e diritto sarebbero una realtà o una entità che hanno origine nell'attività dell'occupare, del prendere e chiudere, e nel delimitare e recintare, terra e spazio. «Eine Landnahme begründet Recht»⁵². Così Schmitt deriva, con una etimologia assai dubbia, "nomos" dal "nemein" greco antico, il cui significato è "assegnare" o "distribuire", il quale si avvicinerrebbe al senso del *nehmen*, prendere, afferrare, della lingua tedesca.

Il riferimento allo *Zaun* potrebbe allora sembrar evocare una concezione simile a quella difesa dall'ultimo Schmitt, quella del "nomos della terra", come senso ultimo del fenomeno giuridico. Nondimeno, è proprio il contrario. Nella prospettiva di Arendt il riferimento allo *Zaun* evoca un'idea della politica e del diritto che è molto più vicina a ciò che afferma al riguardo una filosofa che Arendt legge sempre con molta attenzione, Simone Weil. Allorché quest'ultima si intrattiene su ciò che è e significa la "città", vale a dire la sfera pubblica, ovvero l'ordine politico, concettualizza questo come uno spazio comune d'azione prodotto dai "muri" della città stessa, dalle "mura" che la circondano e la delimitano (e la proteggono pure). E le "mura" della città per Simone Weil sono es-

⁵¹ Vedi ivi, p. 242.

⁵² C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Greven, Köln 1950, p. 16.

senzialmente le leggi nel senso di forze costitutive dello spazio comune e pubblico (una metafora che già adoperava Eraclito⁵³). Così che «malheur le plus grand qui soit parmi les hommes, la destruction d'une cité»⁵⁴.

La politica (e il diritto) non stanno lì, *faute de mieux*⁵⁵, perché gli uomini sono malvagi, e necessitano d'essere legati e repressi. La politica e il diritto stanno invece là per permettere che la condotta degli esseri umani nella loro irriducibile pluralità abbia un ambito proprio di gioco. Non ci offrono giustificazione *ex post*, ma senso *ex ante*. Tantomeno può ritenersi, assumendo una teoria “costitutiva” e “comunicativa” del diritto come ambito d'azione, che il potere e il suo diritto operino la funzione di un *Katechon*, una forza che s'opponesse all'avvento dell'Anticristo, ovvero ne ritarda il trionfo, come qui e là Schmitt si diverte a speculare. Hannah Arendt non ha una filosofia densa della storia, non indulge nel pessimismo, ma nemmeno troppo nell'ottimismo. Non è una teorica del “progresso” alla maniera di Condorcet e neppure di Hegel. Non-dimeno, si può nel suo pensiero rinvenire una modesta concezione del tempo storico, riconnessa all'idea di “azione” e poi al fatto della natalità, al prodursi di esseri umani sempre nuovi, che garantisce una sia pure minima alterità del corso del tempo, e dunque l'irruzione del “nuovo”, dell'inaspettato. La libertà politica è dunque piantata nel tempo e nella storia, anche qui secondo una prospettiva che è nettamente ostile all'escatologismo decadente e infine apocalittico (e questo sì gnostico) di Schmitt. Per Arendt la dimensione temporale della patria, o meglio del nostro mondo sociale, il mondo che ci dà senso, e una identità, è il presente. «Die Dimension der Heimat ist die Gegenwart»⁵⁶. Se il *Katechon* prende tempo, e solo ritarda l'inevitabile tragica fine, ché è già tutto

⁵³ Frammento B44. Cfr. Arendt, *Denktagebuch*, vol. 1, cit., p. 287.

⁵⁴ S. Weil, *L'Iliade ou le poème de la force*, in Ead., *La source grecque*, III ed., Gallimard, Paris 1953, p. 37.

⁵⁵ Vedi Arendt, *Denktagebuch*, vol. 1, cit., p. 342.

⁵⁶ Ivi. p. 301. Cfr. B. Hohn, *Hannah Arendt – Leidenschaften, Menschen und Bücher*, Berliner Taschenbuch Verlag, Berlin 2077, p. 74.

scritto, la natalità cui Arendt riferisce la condizione umana come sua vera essenza può ogni volta rimettere la storia in gioco.

Tutta questa riflessione, che ha di fronte Schmitt come ombra minacciosa ed ammonitrice, ha il suo esito in un'operetta che è una delle cose più intelligenti che si sia scritto sul potere politico: il saggio *On Violence*. Però, prima di meditare questo libretto, che ci fornisce una "summa" del pensiero di Arendt sul "politico", andrebbero letti i frammenti che sono ora raccolti in *Was ist Politik?*, libro pubblicato a cura di Ursula Ludz. Giusto nell'*incipit* di questa compilazione di frammenti ritroviamo due motivi fondamentali della teoria del potere della filosofa tedesca. Il primo è il pluralismo: «Politik beruht auf der Tatsache der Pluralität der Menschen»⁵⁷. La politica si fonda nella pluralità degli esseri umani e dei loro interessi. Si ricorderà a questo proposito che il pluralismo è quasi un male assoluto nel quadro del "politico" così come concepito da Schmitt.

Il secondo *Leitmotiv* della teoria politica di Arendt è l'*anti-identitarismo*: «Politik handelt von dem Zusammen- und Miteinandersein der Verschiedenen»⁵⁸. La politica ha che vedere con la convergenza, coll'incontro, e con la convivenza, il vivere insieme, dei *diversi*. Ciò che ci riconduce al rifiuto della unidimensionalità del potere. Questo non è cosa di "uno" (cosa di "uno" è la violenza). Si legga in merito la critica che si fa a Nietzsche. «Nietzsche nel suo intento di riabilitare il potere», rimanendo fermo in un orizzonte egocentrico (quello dell'"uno"), confonde il potere (*Macht*) con la violenza (*Gewalt*): «Macht, die niemals ein Einzelner haben kann, weil sie überhaupt nur aus dem Zusammenhandeln der Vielen entsteht, mit Gewalt, in deren Besitz sich allerdings Einer setzen kann, verwechselte beziehungsweise identifizierte»⁵⁹.

⁵⁷ H. Arendt, *Was ist Politik?*, a cura di U. Ludz, Piper, München 1993, p. 9.

⁵⁸ *Ibidem*, corsivo mio.

⁵⁹ *Ivi*, p. 16,

Giungiamo così alla distinzione, articolata nel saggio *On Violence*, tra (a) forza, *force*, *Kraft*, (b) violenza, *violence*, *Gewalt*, e (c) potere, *power*, *Macht*. In certa misura questa tripartizione riproduce la divisione presentata in *On Human Condition* tra (a) lavoro, *labour*, *Arbeit*, (b) opera, *work*, *Herstellen*, e (c) azione, *action*, *Handlung*. Mentre “forza” e “lavoro” sono elementi della natura, energie primordiali empiriche, ed “opera” e “violenza” sono condotte di razionalità strumentale, “azione” e “potere” necessitano di una razionalità comunicativa.

L’alterità della teoria di Arendt rispetto a Schmitt è profonda, radicale ed esplicita. E si manifesta in due tesi ulteriori. Vi è un’idea ricorrente nella teoria politica di Arendt, ed è che la natalità è la *condicio sine qua non* d’ogni politica. Vale a dire una nuova vita, la nascita, la possibilità della nuova vita, del nuovo, è ciò che presuppone la politica.

Questa è possibile se il mondo degli uomini non è retto da strette leggi deterministiche. Solo se l’inatteso è possibile, e la storia non è già scritta, ha senso discutere ed agire, le due componenti essenziali del fare politica. La politica dunque richiede l’eccezione, la rottura della regola, il “miracolo”, ma questo non si dà come fenomeno eccezionale prodotto da *un* sovrano, ma come esperienza ordinaria dei *tanti*, dei cittadini. L’essere umano – dice Arendt – è un operatore di miracoli, “Wundertäter”⁶⁰. Ma lo è perché produce nuova vita. Mentre, com’è noto, la politica per Schmitt, che la collega al conflitto a morte con un “nemico” esistenzialmente diverso, rinvia alla morte, alla soppressione della vita, e dunque del nuovo, il ritorno all’indistinto. La relazione di “amico” e “nemico”, che produce il “politico”, si dà soltanto se il destino del nemico è per lo meno in via di principio la morte violenta⁶¹.

⁶⁰ Arendt, *Was ist Politik?*, cit., p. 34.

⁶¹ Si legga C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, testo del 1932 con una prefazione e tre corollari, III ristampa dell’edizione del 1963, Duncker & Humblot, Berlin 1991, p. 33: «Die Begriffe Freund, Feind und Kampf erhalten ihren realen Sinn dadurch, daß sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung bezug haben und behalten».

C'è poi la riflessione specifica di Arendt sul concetto di diritto, che si ritrova in vari luoghi. Il più perspicuo mi pare sia una nota in *On Violence* là dove si confuta la tesi tradizionale del diritto come regolativo, o prescrittivo, e si argomenta la sua natura o efficacia costitutiva. Di maniera che la forza vincolante del diritto non si fonderebbe sulla violenza, la sanzione («The sanctions of the law [...] are not their essence»⁶²), o la giustificazione, la legittimità morale, bensì su una proprietà ontologica propria dell'efficacia delle regole costitutive. Queste producono *mondi*, àmbiti di azione, e si obbediscono, o, detto meglio, si usano, si adoperano, perché si vuol vivere o continuare a vivere in quel “mondo” o prender parte a quell'àmbito d'azione. «Every man is born into a community with preexisting laws which he “obeys” first of all because there is no other way for him to enter the great game of the world»⁶³.

Chissà, in questa tesi si potrebbero rinvenire elementi attivi d'una visione comunitarista della convivenza sociale che avvicinerrebbero sorprendentemente Arendt a Schmitt. Tuttavia, l'“istituzionalismo” del giurista tedesco si rivela come una prospettiva nuovamente opposta al “repubblicanismo” della filosofa de Königsberg. Il “mondo” di cui ci parla Arendt non coincide con la “konkrete Ordnung” di Schmitt né le si assomiglia. Quest'ultimo, l'“ordine concreto”, giustifica ed alimenta la decisione radicale, giacché quell'ordine rimane muto, incapace di articolare criteri di condotta, dinanzi al caso specifico. È solo un “mito” del ventesimo secolo, un po' come il “diritto naturale” di Leo Strauss, grande ammiratore di Schmitt, che serve solo ad occultare lo scetticismo normativo del “filosofo” di fronte al “gentiluomo”⁶⁴. Tutt'al più può servire da pubblico acclamatore del decisore. Ben altro ruolo gioca

⁶² H. Arendt, *On Violence*, Harcourt, Orlando, Florida, 1979, p. 97.

⁶³ *Ibidem.*

⁶⁴ Cfr. L. Strauss, *Natural Right and History*, The University of Chicago Press, Chicago 1953, che va letto insieme a L. Strauss, *Liberalism Ancient and Modern*, The University of Chicago Press, Chicago 1968, per coglierne la non esplicitata e sotterranea tesi noncognitivistica.

il “mondo” di Hannah Arendt, contesto esistenziale discorsivo che vive della comunicazione di coloro che vi si ritrovano ogni volta diversi in ragione della natalità. Contro chi cerca la verità nell’unità e nell’identità, e così alimenta il conflitto, si preferisce la figura di chi raccoglie e mette in relazione verità particolari e plurali, ed in tal modo è un costruttore di convivialità. Giacché, come dice Heinrich Blücher, il marito di Hannah, l’essere umano, come Socrate, è “un inguaribile produttore di relazioni”, «ein unheilbarer Beziehungen-Hersteller»⁶⁵.

C’è un ultimo punto che merita di essere ripreso. Se ne è accennato nella prima parte di questo scritto. Arendt è critica del concetto di soggettività giuridica ovvero di “diritti umani”, allorché questi sono sganciati dalla cittadinanza e dalla partecipazione alla sfera pubblica ed alla produzione delle sue norme⁶⁶. Ciò perché secondo la filosofa tedesca è solo l’accesso al potere politico, ed alla produzione delle norme che vi è connessa, che garantisce veramente all’essere umano un posto nella società come attore, e non come mero soggetto di decisioni altrui. A sostenere questa tesi la induce la sua esperienza di rifugiata e di “senza documenti”, cui era stata costretta dalla Germania nazista e dall’insipida politica della Francia degli anni Trenta. Hannah Arendt è internata a Gurs, campo di concentramento in cui il governo francese interna i cittadini tedeschi senza alcuna considerazione della loro religione o razza, o della loro convinzione politica⁶⁷. In quel campo si ritroveranno così fianco a fianco nazisti ed antifascisti, persecutori e perseguitati, ariani ed ebrei. Arendt riesce ad essere rilasciata dal campo, prima che questo venga visitato dai messi di

⁶⁵ H. Blücher, *Eine Vorlesung aus dem Common Course*, in A. Arendt, H. Blücher, *Briefe 1936-1968*, a cura di L. Kohler, Piper, Munchen 1996, p. 573. Cfr. B. Höhn, cit., p. 77.

⁶⁶ Vedi Arendt, *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht*, cit.

⁶⁷ Vedi in merito H. Arendt, *We Refugees, in Altogether Elsewhere. Writers on Exile*, a cura di M. Robinson, Faber and Faber, London 1994. Per una intensa testimonianza sul campo di Gurs, si legga L. Fittko, *Mein Weg über die Pyrenäen. Erinnerungen 1940/41*, Deutscher Taschenbuch Verlag, München 2010, pp. 31 ss.

quell'Adolf Eichmann, *Obersturmbannführer* delle S.S., che poi Arendt ritroverà in gabbia a Gerusalemme vent'anni dopo.

La vera libertà – secondo Arendt – è solo quella “positiva”, democratica. Quella “liberale”, che può rinvenirsi anche al di fuori dello status di cittadino, è instabile, fragile, perché ci può essere sottratta in ogni momento, se ci si dichiara estranei ad ogni comunità politica e ad ogni sfera pubblica. La libertà per lei è eminentemente “spontaneità”, coincide con l’“iniziare”: «Freiheit identisch ist mit Anfangen»⁶⁸. La libertà allora non è scelta tra corsi d'azione *già dati*, bensì creazione di *nuovi* corsi d'azione. E ciò è possibile solo nello spazio proprio della politica, quello che si dà tra gli esseri umani, nella loro relazione, nel loro agire di concerto. «Politik entsteht in dem *Zwischen-den-Menschen*, also durchhaus *außerhalb* des Menschen»⁶⁹. La politica è spazio plurale *par excellence*.

Per essere libero devo poter agire politicamente, e per far ciò ho bisogno di avere attorno a me dei compagni con i quali possa relazionarmi da uguale. «Ohne solche Anderen, die meinesgleichen sind, gibt es keine Freiheit»⁷⁰. Libertà dunque rimanda ad uguaglianza – un'altra tesi che cozza con la dottrina di Schmitt così profondamente intrisa di antiegalitarismo. In questo senso la libertà è sempre un esercizio di democrazia, di creazione e partecipazione, non di allontanamento o di solitudine. Della cosiddetta libertà repubblicana, ovvero della libertà come “indipendenza”, oggi evocata e resa di moda tra Cambridge e Sidney, non fa alcuna menzione. Appartenenza e partecipazione sono così la garanzia essenziale che la nostra umanità sarà rispettata. Una umanità nuda è sommamente pericolosa, ché riduce l'essere umano a brutta naturalità, privandolo della dimensione plurale ed intersoggettiva che gli è propria. Paradigmaticamente si dà nella condizione del *paria*, del

⁶⁸ Arendt, *Was ist Politik?*, cit., p. 34.

⁶⁹ Ivi, p. 11. Corsivo nel testo.

⁷⁰ Ivi, p. 39.

soggetto di cui si può fare qualsiasi cosa ed al quale qualsiasi cosa può essere imposta⁷¹.

Si ricorderà che Schmitt anche lui è critico della nozione di “umanità”: Chi dice umanità vuole ingannare, «Wer Menschheit sagt, will betrügen» – dice riprendendo una frase di Proudhon⁷². Allora, si potrebbe qui rinvenire almeno un punto in cui Schmitt e Arendt non siano così lontani, un punto d'accordo o d'incontro dunque. Ma non è così. Anche qui Arendt si contrappone al giurista tedesco. Questi attacca la nozione di “umanità” per il suo contenuto morale, per la sua forza universalizzante ed inclusiva. Infatti – le rimprovera Schmitt – umani sono tanto l'amico e il nemico⁷³. “Umanità” in quanto idea morale risulterebbe nozione antipolitica. Universalizza invece di particolarizzare. Include non esclude.

Per Arendt “umanità” invece è nozione ancora troppo poco morale, in quanto la sua inclusività è ridotta. Non riesce infatti ad aprirci le porte della cittadinanza. La sua è una dignità meramente promessa, ma non concessa. Ed ecco perché Arendt ci dice che c'è solo “un solo diritto umano”, quello alla cittadinanza. Toltaci questa, ci è anche sottratta la capacità di farci rispettare come esseri umani. Se per Schmitt l'umanità è inclusiva, per Arendt essa rimane una nozione divisiva ed escludente. E qui si dà un'ulteriore stoccata a Schmitt: lo *jus publicum europaeum*, tanto celebrato dal giurista tedesco, «the comity of European peoples» – lo chiama Arendt⁷⁴ –, viene smantellato, allorché si nega la cittadinanza come diritto umano inclusivo, ed umanità e cittadinanza vengono radicalmente separate. Il concerto normativo degli Stati europei crollò

⁷¹ Vedi H. Arendt, *The Jew as Pariah. Jewish Identity and Politics in the Modern Age*, Grove Press, New York 1978. Si legga anche H. Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, con prefazione di S. Power, Schocken Books, New York 2004, p. 376: « The fundamental deprivation of human rights is manifested first and above all in the deprivation of a place in the world which makes opinions significant and actions effective».

⁷² Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, cit., p. 55.

⁷³ Vedi *ibidem*.

⁷⁴ Arendt, *We Refugees*, cit., p. 119.

allorché si consentì che i suoi membri più deboli fossero esclusi dalla cittadinanza, e «esposti al fato di esseri umani che, non protetti da nessuno specifico diritto o da nessuna convenzione politica, non sono null'altro che esseri umani»⁷⁵.

⁷⁵ Ivi, p. 118.

SAGGI

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.

REALI PRESENZE

Salvatore Amato

Abstract

The meaningful relationship each one has with the brightest minds of the past can often be summed up in one or a few words: ‘Appropriation’ for Jaspers, ‘Comprehensiveness’ for Eliot, ‘Compulsiveness’ for Coetzee, ‘Collusion’ for Benjamin. Although it is difficult to define precisely what a ‘classic’ is, each of us certainly experiences the pathos it offers. The essay focuses on three aspects of that emotional and spiritual connection: the pathos of influence, which allows us to acknowledge our limits; the pathos of distance, which makes it possible to embrace otherness and to recognize cultural and spiritual differences; the pathos of tradition, from which the accountability towards the past emerges. Finally, this paper aims to highlight how the three aspects affect the historical development of law and the identity of the jurist.

Keywords

Emotion; Liberty; Responsibility; Communication Technologies; Democracy.

1. Appropriazione e commozione

Jaspers sostiene che la filosofia è “appropriazione” non soltanto nel senso di conoscenza del passato, ma soprattutto nel senso di trasposizione di tale conoscenza nella propria “azione pensante”¹. La filosofia è quin-

¹ K. Jaspers, *Philosophie*, Springer, Berlin 1932; tr. it *Filosofia*, a cura di U. Galimberti, Utet, Torino 1978, pp. 379- 380.

di «quel pensare che trasforma la mia coscienza dell'essere, quando, destandomi, mi conduce in quelle tensioni originarie da cui, agendo nel mio esserci, divento ciò che sono»². Una continua ricerca del significato dell'esistenza, in cui passato e presente si saldano. La filosofia rende presente, trasformandolo, *appropriandosene*, il nucleo rivelativo trasmesso da tutte le tensioni irrisolte che si sono accumulate nel tempo: è un cammino in cui sono tanti i compagni di viaggio...

Avevo davanti agli occhi la *Filosofia* di Jaspers e sono partito da lì, ma avrei potuto scegliere qualsiasi altra opera per trovare, con linguaggio e suggestioni diverse, il medesimo concetto³: non esiste una correlazione, la filosofia e i classici, ma un'assoluta identificazione, la filosofia è i classici. La filosofia è questo continuo costruire il presente su un passato che, in realtà, non passa mai, perché influenza continuamente e in maniera diversa ogni sviluppo successivo. Quanto più pensiamo di aver messo da parte un modello di pensiero tanto più lo vediamo riemergere in altre forme e per altri versi. I classici, come scriveva Calvino su una nota pagina dell'*Espresso*, «sono quei libri che ci arrivano portando su di sé la traccia delle letture che hanno preceduto la nostra e dietro di sé la traccia che hanno lasciato nella cultura o nelle culture che hanno attraversato»⁴. I classici, suggeriva inoltre, mantengono sempre un'immediatezza che tende a relegare l'attualità al rango di un "rumore di fondo" e, a loro volta, persistono come "ru-

² Ivi, p. 62.

³ Ad esempio, uno degli scritti più recenti su questo tema (G. Cambiano, *Perché leggere i classici: interpretazione e scrittura*, il Mulino, Bologna 2010) ricorda il legame linguistico tra *hören* (ascoltare), *gehören* (appartenere) e *zuhören* (obbedire), per concludere che «il punto cruciale è il riconoscimento che un'interpretazione scritta non equivale alla semplice lettura del testo, non è mai la semplice trascrizione passiva e totale di questa lettura» (pp. 14 e 15 dell'edizione digitale). Anche se va detto che Cambiano non cita mai Jaspers.

⁴ I. Calvino, *Italiani, vi esorto ai classici*, in «L'espresso», 28 giugno 1981, pp. 58 ss. Recentemente ripubblicato in Id., *Perché leggere i classici*, Oscar Mondadori, Milano 2017.

more di fondo” che accompagna l’attualità, per quanto possa apparire lontana, se non addirittura incompatibile.

Per questo non dovremmo neppure parlare di appropriazione, ma di appropriazioni: sempre diverse e sempre necessarie in base al velo costante che il rumore di fondo del filtro del tempo esercita sulla singola capacità di lettura. Dove comincia Plotino e dove finisce Platone? Dove finisce Plotino e comincia Agostino? Ma anche dove finisce Adam Smith e dove comincia Marx? Hanno un senso queste domande? Bertrand Russell racconta che, durante una colazione a Londra in onore di Bergson, Georg Bernard Shaw si diede ad esporre le linee essenziali dell’*Évolution créatrice*. Alle nette manifestazioni di dissenso da parte di Bergson, Shaw si era limitato candidamente ad affermare «Oh, mio caro amico, io capisco la vostra filosofia meglio di voi»⁵. Segno della vanità e presunzione di Shaw? Probabilmente, ma è anche il simbolo dell’impossibilità di cristallizzare un’opera entro una chiave di lettura definitiva, neppure se è quella immaginata dal suo autore. Quanti Platone, Rousseau, Hegel o Marx ci presentano gli sviluppi culturali? Allo stesso modo, nessuno si meraviglia che l’essere o il non essere “classici” vari con il tempo e con il mutare della sensibilità. Sade sarebbe mai divenuto un classico senza i surrealisti, Klossowski, Bataille e Lacan? Ed è un classico? Lo è in sé? Nel suo genere? O solo per i paradigmi che gli sono stati costruiti attorno?

La più evidente conseguenza che mi pare di poter desumere da queste appropriazioni/riappropriazioni consiste, quindi, nel fatto che non è possibile (e neppure utile) procedere analiticamente nel tentativo di definire il concetto di “classico”, denotando le qualità in relazione alle quali è possibile usare tale vocabolo oppure connotando l’insieme degli elementi che servono a specificare quello a cui si fa riferimento. Calvino, nell’articolo sull’*Espresso*, enumera tredici possibili “definizioni”, ma

⁵ B. Russell, *Portraits from Memories and other Essays*, George Allen & Unwin, London 1956; tr. it. *Ritratti a memoria*, Longanesi, Milano 1969, p. 89.

sono suggestioni più che descrizioni. Anche Sainte Beuve, quando aveva posto chiaramente per la prima volta l'interrogativo *Qu'est-ce qu'un classique?*, non intendeva segnare chiari confini, ma evocare quelle sensazioni che si provano davanti a qualcosa di «large et grande, fine et sensée, saine et belle en soi» che arricchisce lo spirito umano e fa compiere un passo in più alla cultura.

Non ho trovato elementi denotanti e connotanti neppure in *What is a classic* di Eliot⁶ e nella suggestiva interpretazione di questo saggio elaborata da Coetzee⁷ o nell'articolata voce enciclopedica di Fortini⁸. In tutti questi scritti scorgiamo tanti raffinati e particolari percorsi culturali che possono articolarsi a partire da Virgilio o da Bach, ma che ci rimandano implicitamente a un dato radicale, che sfugge a qualsiasi irrigidimento analitico, per cedere integralmente all'indecifrabilità dei sentimenti. Classico è qualcosa a cui scopriamo di essere legati a tal punto da divenire un elemento essenziale e irrinunciabile della nostra identità culturale. Perché? Fino a che punto? È proprio l'impossibilità di rispondere a queste domande che esprime tutto il rilievo di queste opere. Un rilievo che non si esaurisce in una notazione a margine o a qualche riga su Wikipedia, ma appare in qualche modo l'elemento originario ed essenziale del pensiero. Del pensiero umano come categoria astratta? Anche. Ma innanzi tutto del profondo del proprio intimo, per cui ciascuno ha i "suoi" classici e li ha per i motivi in cui spesso l'elemento personale prevale su qualsiasi indirizzo e canone di scuola.

Una condizione che potrebbe essere sintetizzata dall'espressione "commozione" nel senso di *cum movere*. Quel muovere assieme per cui Jaspers, quando compie i primi passi delle sue riflessioni, scrivendo la *Premessa* alla "sua" *Filosofia*, non può fare a meno di ricordare le figure

⁶ Il saggio è tradotto in italiano in T.S. Eliot, *Sulla poesia e sui poeti*, Bompiani, Milano 1959.

⁷ J.M. Coetzee, *What is a classic. A Lecture in Stranger shores. Essays 1986-1999*, Penguin, New York 2001.

⁸ F. Fortini, *Classico* in *Enciclopedia*, vol. 3, Einaudi, Torino 1978.

e le idee da cui ha tratto ispirazione. «I grandi metafisici creatori di sogni che diventano realtà», la forza linguistica e la ricchezza di contenuti di Hegel, l'ossessione del nulla per amore dell'essere di Kierkegaard, l'implacabile demistificazione del mondo senza fede di Nietzsche. Un trasporto simile troviamo in Eliot, quando richiama l'attenzione sulla «comprehensiveness»⁹ per rimarcare la continuità spirituale che si instaura, nel tempo, tra le varie manifestazioni del pensiero. Fortini parla della «virtù dell'esempio»¹⁰, per sottolineare quella sorta di vincolo morale che impone di assumere alcune opere a indispensabile modello paradigmatico. Benjamin usa l'espressione «collisione»¹¹, per indicare il rapporto stringente con i libri della sua biblioteca. «Compulsiveness» è il termine che utilizza Coetzee per spiegare il legame ideale di Eliot con Virgilio negli sviluppi della cultura occidentale, delineando non soltanto una dimensione emotiva – sono entrambi alla ricerca di una nuova patria, entrambi potrebbero dire «in my end is my beginning» –, ma anche la dimensione dell'«appropriating the cultural weight of the epic to back himself»¹².

Comprehensiveness, compulsiveness, collisione, esemplarità: tutte queste espressioni toccano le corde della commozione non soltanto come sentimento, ma come *cum movere*, come premessa fondamentale da cui si sviluppa il pensiero. Quando pensiamo, siamo soli. Cosa c'è di più nostro ed esclusivo dei pensieri? Nessuno ce li può sottrarre. Nessuno li può impedire. Siamo soli, eppure sappiamo di non essere soli, di dover sempre qualcosa a qualcuno. Qualcuno che spesso non ha un

⁹ Cito nell'edizione in lingua inglese T.S. Eliot, *On Poetry and Poets*, Faber and Faber, London 1957, p. 67.

¹⁰ Fortini, *Classico*, cit., p. 201.

¹¹ W. Benjamin, *Ich packe meine Bibliothek aus. Eine Rede über das Sammeln; Am Kamin. Zum 25jährigen Jubiläum eines Romans; Wie erklären sich große Bucherfolge? «Chrut und Uchrut» - ein schweizerisches Kräuterbuch*; tr. it. *La mia biblioteca*, Eliot, Roma 2016, p. 16 dell'edizione digitale.

¹² Coetzee, *What is a classic*, cit., p. 4.

volto, che generosamente ci ha lasciato un patrimonio di idee che certamente non reclamerà indietro. È l'arricchimento reciproco e costante del pensare tutti e pensare insieme che costituisce il cemento interiore di ogni società, come ci ha insegnato il più solitario dei filosofi: Spinoza. Ha ragione Nozick, «noi non siamo identici ai libri che leggiamo, ma non saremmo neppure gli stessi senza di loro»¹³.

Si giustifica così, almeno spero, la mia appropriazione, per denominare questo lavoro, del titolo di un libro di George Steiner, *Real Presences*. L'espressione originale suona ancora più pregnante della traduzione italiana scelta dall'editore, *Vere presenze*, perché evoca quella sottile corrispondenza tra vero ed effettivo che mette in luce il riferimento a qualcosa che non è soltanto predicabile, che non si pone soltanto nell'orizzonte del dicibile, ma incide sulla capacità di comprendere e guidare la natura umana: «un ordine del *Logos* implica, come voglio dimostrare, il presupposto centrale di una 'vera presenza'»¹⁴.

Quando queste presenze sono "vere"? Chi stabilisce queste "verità"? Solo la dimensione filosofica della commozione consente di sottrarre l'espressione "classico" alle rigide scansioni cronologiche dei canoni di scuola (classici-moderni, classici-romantici, classici-gotici), in cui tutto si risolve entro una serie, in positivo o in negativo, di schemi generici e astratti, assumendo quella connotazione melliflua e retorica che faceva osservare a Wilamovitz: «con la parola 'classico', che per me è un orrore, io non ho mai potuto cominciare qualcosa e perciò non mi aspetto neppure che altri lo faccia»¹⁵.

È chiaro che questa prospettiva della commozione vale per qualsiasi manifestazione del pensiero, dalla scienza all'arte, ma nella filoso-

¹³ R. Nozick, *The Examined Life*, New York, Simon & Schuster 1989; tr. it. *La vita pensata. Meditazioni filosofiche*, BUR, Milano 2014, p. 13.

¹⁴ G. Steiner, *Real Presences: Is There Anything in What We Say?*, London, Faber and Faber 1989; tr. it. *Vere presenze*, Garzanti, Milano 1999, p. 98.

¹⁵ Lettera pubblicata da W.M. Calder III in «Greek Roman and Byzantine Studies», 16, 1975, pp. 451-457 e citata da Cambiano, *Perché leggere i classici*, cit., p. 52.

fia assume un valore quasi paradigmatico proprio perché la filosofia è naturalmente “equivoca”, per il suo jaspersiano “essere tra i luoghi”, *als Zwischensein*. La filosofia, inoltre, non si sviluppa, come la scienza, per esclusione o falsificazione che dir si voglia. Proceede, semmai, per accumulo, non butta mai nulla, scopre e riscopre continuamente i propri elementi essenziali. Anche l’arte proceede per accumulo, anche se non disdegna le rotture radicali. L’arte, però, non deve tematizzare le ragioni dei suoi percorsi e ancor meno giustificare quanto si lascia alle spalle o reca con sé. La filosofia non può fare a meno di farlo. Non c’è pensiero, per quanto profondamente innovativo, che non avverta il peso del passato e che non si ponga problematicamente nei suoi confronti. Montesquieu sceglie, ad esempio, come epigrafe all’*Esprit des Lois* la riformulazione di un verso di Ovidio¹⁶, «*prolem sine matre creata*», che suona come una professione di assoluta autonomia. Anche nel descrivere l’impostazione della sua opera non manca di ribadire: «ho avuto delle idee nuove, ho dunque dovuto trovare termini nuovi, oppure dare nuove accezioni a termini già in uso»¹⁷. Eppure proprio alla fine della *Prefazione* confessa che, pensando a quanti uomini di genio avevano scritto prima di lui sugli stessi temi, aveva dovuto superare un sottile disagio: «‘ed io anche son pittore’ mi son detto insieme al Correggio»¹⁸.

Nel caso della filosofia del diritto questo legame con il passato è particolarmente intenso, perché, oltre al rapporto con un insieme di opere e pensieri, troviamo le leggi, gli eventi politici, le aspettative sociali. Il passato fa irruzione come *Geschehen*, l’imponderabile eventualità dell’accadere, più che come *Historie*, l’inserimento nella trama compiuta degli sviluppi storici. Nella filosofia del diritto l’assimilazione della contingenza si avverte con maggiore intensità rispetto a tutte le altre sfere di riflessione. Senza la crisi di Weimar, Schmitt sarebbe

¹⁶ «...de me sine matre creata carmina sunt» è il verso dei *Tristia* III, 14,13-14.

¹⁷ Montesquieu, *De l’esprit des lois* (1748); tr. it. *Lo Spirito delle leggi*, a cura di S. Cotta, vol. 2, Utet, Torino 1952, p. 534.

¹⁸ Ivi, p. 50.

stato Schmitt? I suoi scritti avrebbero assunto la stessa drammatica intensità e lo stesso vago sentore di croci uncinatè? Lui stesso si definisce un Epimeteo cristiano e si paragona al Benito Cereno, ostaggio dei rivoltosi nel racconto di Melville, per sottolineare come sia stato travolto dagli eventi e abbia solo cercato di spiegare la tragedia del suo tempo. Sembra di risentire il *Cesare* di G. B. Shaw, «[...] credimi, Cesare non è cesariano. Se Roma fosse una vera repubblica, Cesare sarebbe il primo dei repubblicani»¹⁹. Proprio per questo ci rendiamo conto che la filosofia non è storia, anche se possiamo sempre cercare di ricavare una filosofia dalla storia. La filosofia si sviluppa nella storia, ma tenta sempre di divincolarsi dalle sue trame, di trovare una risposta per il futuro. Se la filosofia apparentemente arriva ultima, è «proprio per poter più agevolmente cogliere ciò ch'è primo... Ben lungi dall'essere conclusione, è invece recupero dell'origine, ma non di una radice statica e inerte, bensì d'una scaturigine inesauribile e in perpetuo nascimento»²⁰.

Ecco l'insoddisfazione di Montesquieu o il vicolo cieco di Schmitt che voleva, invano, la cosa (una via d'uscita alla crisi del suo tempo) e non la persona che gli ha imposto la storia (Hitler)²¹. La storia non consente di dividere l'una dall'altra, le cose dalle persone. Solo la filosofia va oltre le persone e in questa inesauribile ricerca del senso delle cose, segna quei nuclei radicali del pensiero da cui ciascuno muove e a cui ciascuno ritorna, elevando continuamente e involontariamente a "classico" chi di quel percorso ha iniziato a illuminare i passaggi cruciali.

¹⁹ G.B. Shaw, *Cesare e Cleopatra*, in Id., *Le opere*, Utet, Torino 1978, p. 270.

²⁰ L. Pareyson, *Filosofia dell'interpretazione*, Rosenberg & Sellier, Torino 1988, p. 49.

²¹ Come nota F. Mercadante, *Carl Schmitt tra "i vinti che scrivono la storia"* in C. Schmitt, *Ex captivitate salus*, Adelphi, Milano 1987, p. 114.

2. *Logos e Pathos*

La prospettiva della commozione ha il pregio di liberarci da qualsiasi pretesa definitoria e analitica, imponendo di cedere integralmente alla dimensione suggestiva per cui, anche se non appare possibile indicare univocamente cos'è un classico in sé, siamo in grado di intuire per quali ragioni e con quali sentimenti ciascuno si accosti a quelle opere che ritiene, nel suo intimo, abbiano segnato la storia della cultura o per, riprendere la sottile ironia di Calvino, a quelle opere che siamo costretti a dire: “sto rileggendo e mai sto leggendo”. Paradossalmente è tanto controverso indicare tassativamente le ragioni per cui un'opera può essere considerata un “classico”, quanto è possibile individuare, nelle grandi linee, il sentimento che lega ciascuno alla lettura dei classici. Molti di noi avrebbero avuto non poche difficoltà nel condividere integralmente le singole scelte di Giorgio Colli per la collana *Enciclopedia di autori classici* di Boringhieri. Eppure saremmo stati tutti d'accordo nel sottoscrivere le poche righe con cui Colli sintetizza le ragioni del suo lavoro. «C'è un momento, nella vita di ognuno di noi, in cui il libro, la parola stampata, cessa di rappresentare la costrizione dello studio, e diventa un oggetto attraente, un rifugio, un punto d'appoggio, una fonte di vita»²².

Insomma non sappiamo definire un *logos*, una comune ragione dell'elezione di un'opera a modello paradigmatico, ma possiamo cogliere gli elementi del *pathos* che ci spinge alla lettura e ci accompagna nei suoi percorsi, per quanto disparati e insondabili possano apparire. Non vi è modo di rimediare a questa assenza di regole e infatti Walter Benjamin, riflettendo sulla sua “collusione” con i libri, sulle ragioni di una scelta o su quelle di una collocazione, amava ricordare un'affermazione di Anatole France: «l'unico sapere esatto che esista è il sapere circa l'anno di pubblicazione e il formato dei libri»²³.

²² G. Colli, *Per una enciclopedia di autori classici*, Adelphi, Milano 1983, p. 6.

²³ Benjamin, *La mia biblioteca*, cit., p. 14.

Quali sono, allora, le tensioni che determina e le emozioni che solleva questo rapporto “simpatetico” con una determinata opera? Il legame con un pensatore o con un libro “avviene” (*Geschehen*), non si programma, non ha nulla di automatico o neutrale, perché si fonda, come suggeriva Jaspers, sulla dimensione assolutamente personale dell’appropriazione. L’appropriazione è un processo che, pur presentando svariate declinazioni, ha delle costanti, dei nuclei emotivi che si presentano e ripresentano sistematicamente e che sono gli stessi classici a svelarci nel loro trasmettersi, l’uno con l’altro, la testimonianza di una ricerca che è sempre nuova e che non è mai veramente nuova. Possiamo averne un’idea se seguiamo tre di questi nuclei emotivi: il *pathos dell’influenza*, il *pathos della distanza* e il *pathos della tradizione*.

La prima forma di *pathos*, in ordine essenzialmente emotivo, è il *pathos dell’influenza* per riprendere non solo il titolo del libro di Bloom, *The anxiety of influence*, ma proprio la sua idea che «il tema nascosto di tutta la poesia degli ultimi tre secoli è stato l’angoscia dell’influenza, la paura latente in ciascun poeta che non esista più un vero e proprio compito da svolgere, per lui»²⁴. Io allargherei l’intuizione di Bloom a qualsiasi forma di pensiero e a qualsiasi epoca. È vero che Keats si domandava come fosse ancora possibile scrivere la parola tragedia dopo l’*Amleto* o il *Re Lear*, ma lo stesso dubbio emerge continuamente. Lo esprime emblematicamente Montaigne che, dinanzi ai tanti “maestri muti” presenti nei suoi pensieri, affermava di non mettere «affatto in dubbio che mi accada spesso di parlare di cose che sono trattate meglio dai maestri del mestiere e con più verità (*plus véritablement*)... Poiché faccio dire agli altri quello che non posso dire altrettanto bene, sia per insufficienza di linguaggio, sia per insufficienza di senno. Non conto i miei prestiti, li soppeso»²⁵. Il primo capitolo dei *Caratteri* di La Bruyère si apre con

²⁴ H. Bloom, *The Anxiety of Influence: A Theory of Poetry*, Oxford University Press, New York 1973; tr. it., *L’angoscia dell’influenza*, Feltrinelli, Milano 1983, p. 155.

²⁵ M. de Montaigne, *Essais* (1580); tr. it. *Saggi*, L. II Cap. X (*Dei libri*), a cura di F. Garavini e A. Tournon, Bompiani, Milano 2012, p. 725.

un'affermazione ancora più radicale: «tutto è stato detto e noi arriviamo troppo tardi»²⁶. Poi sembra quasi volerci, e forse anche volersi, consolare quando alla fine dello stesso capitolo afferma «non posso dunque pensare, dopo di loro (Orazio e Despréaux), una verità che altri ancora penseranno dopo di me?»²⁷.

Rorty utilizza *The anxiety of Influence* di Bloom per fondare la sua visione del “filosofo ironico”, del filosofo che, a partire dal trionfo della libertà con la rivoluzione francese e della divinizzazione dell'io con Kant ed Hegel, concepisce la coscienza come autocreazione che, per scrollarsi di dosso il passato, si cala integralmente nel presente, «lasciandoci un io che è una trama di contingenze e non un sistema di facoltà potenzialmente ben ordinato»²⁸. Eppure nessuno dei suoi filosofi “ironici”, si è “autocreato”. Che dire dell'immagine, cara a Nietzsche, della civiltà come una campana dentro una camicia di materiale più grezzo e comune²⁹? Heidegger non paga, forse, il suo debito con Nietzsche in uno dei suoi libri più belli? Proprio in questo libro afferma che «il grande pensatore è grande perché è capace di ascoltare l'opera degli altri ‘grandi’, traendone ciò che vi è di più grande e trasformandolo in modo originale... nel pensiero filosofico vige il più alto vincolo possibile, tutti i grandi pensatori pensano la stessa cosa»³⁰. E Derrida non confessa, a sua volta, che Heidegger è per lui un punto di riferimento costante? Lo definisce più volte come «un testimone permanente» che lo accompa-

²⁶ J. De la Bruyère, *Les Caractères ou les Mœurs de ce siècle* (1687); tr. it. *I caratteri*, Utet, Torino 1984, § 1, p. 8.

²⁷ Ivi, § 69, p. 35. Conosciamo tutti Orazio, ma chi è Despréaux? Ecco una conferma di quanto sia variabile l'appellativo di classico.

²⁸ R. Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge University Press, Cambridge 1989; tr. it. *La filosofia dopo la filosofia*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 43.

²⁹ F. Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches* (1878); tr. it. *Umano troppo umano*, I, 245; tr. it. in *Opere filosofiche*, vol. 3, Utet, Torino 2006, p. 202.

³⁰ M. Heidegger, *Nietzsche*, in *Gesamtausgabe*, vol. VI/1-2, Klostermann, Frankfurt a.M. 1996-1997, tr. it. F. Volpi, *Nietzsche*, Adelphi, Milano 1994, p. 49.

gna «come un fantasma», «un custode» che non lo perde mai d'occhio, «un guardiano».

È innegabile che il *pathos dell'influenza* implichi sempre un legame contraddittorio, “ironico”, con un passato che si vuole negare quanto più si sente vicino. Per questo motivo Il *pathos dell'influenza* sarebbe inconcepibile senza il *pathos della distanza*. Ogni sviluppo culturale è tale proprio nei limiti in cui riesce a prendere le distanze dalle opere precedenti, segnando un'evidente soluzione di continuità rispetto al passato per mostrare che vi è ancora qualcosa di nuovo da mettere in luce nella storia del pensiero. Significativamente Eliot sintetizza questo sviluppo con l'espressione *maturity*, che usa in un duplice senso: «first that the value of maturity depends upon the value of that which matures, and second, that we should know when we are concerned with the maturity of individual writers, and when with the relative maturity of literary period»³¹. Ogni opera è ricordata come classico nella misura in cui acquista autonomia rispetto alle premesse da cui muove e anche rispetto al proprio tempo. Dante cita Virgilio 90 volte nell'*Inferno* e solo 13 nel *Paradiso* quasi a rimarcare una raggiunta “maturazione”, l'inizio di un nuovo percorso in cui le guide non servono più, perché gli orizzonti devono ancora essere tracciati. Quanti sono nella storia del pensiero questi distacchi che, *a posteriori*, cataloghiamo entro i grandi modelli, stoicismo, neoplatonismo, tomismo, ma che nei loro sviluppi sono segnati da un travaglio interiore che matura lentamente nel dialogo costante tra diverse tensioni spirituali?

Nel contempo è proprio questo essere messo da parte che cristallizza come un punto di riferimento definitivo una determinata opera. Quest'opera riceve paradossalmente il proprio asterisco d'autorevolezza proprio per effetto dello sforzo che si compie per aprire altre prospettive. Ha senso prendere le distanze solo da quanto ha lasciato un'impronta profonda, da quanto appare costituire un dato fondamentale.

³¹ Eliot, *Sulla poesia e sui poeti*, cit., p. 55.

Il distacco, segnando i confini di un pensiero, lo colloca nell'orizzonte della maturità, della compiutezza, rivendicando a sua volta una propria particolare specificità. È una circolarità che possiamo definire “ironica” con Rorty, se guardiamo la continua demolizione di ogni pretesa di universalità da parte della “contingenza”, se ci limitiamo al paradosso dell'incrociarsi e contraddirsi degli snodi concettuali. Ma è anche ermeneutica, se ci poniamo nella prospettiva dei progressivi sviluppi dell'orizzonte rivelativo. Come scrive ancora Pareyson, ogni «interpretazione, infatti, è un ‘incontro’, in cui la persona interpretante non rinuncia a se stessa nemmeno nel più impersonale sforzo di fedeltà, il quale anzi consiste nel dispiegare un abilissimo sforzo di inventiva originalità, e la forma interpretata continua a vivere di vita propria, non lasciandosi esaurire da nessuna interpretazione, ma piuttosto tutte suscitandole e alimentandole e favorendole»³².

Sotto questo punto di vista, diventa centrale la lezione di Gadamer in *Verità e metodo*, quando delinea il rapporto con i classici come l'essenza stessa della coscienza ermeneutica per l'intimo connubio che viene a determinare tra familiarità ed estraneità, vicinanza e distanza. «Quando chiamiamo qualcosa ‘classico’ lo facciamo invece in base a una coscienza di permanenza, di indistruttibilità, in base al riconoscimento di un significato indipendente da ogni situazione temporale; classico è così una specie di presente e fuori dal tempo, che è contemporaneo a ogni presente»³³. Il punto centrale della riflessione di Gadamer riposa sulla convinzione che la comprensione non sia tanto un capire meglio quanto un continuo capire diversamente. «Ogni epoca interpreta necessariamente qualunque testo in un proprio modo, giacché il testo appartiene all'insieme della tradizione che essa ha interesse a comprendere e nella

³² Pareyson, *Filosofia dell'interpretazione*, cit., p. 93.

³³ H.G. Gadamer, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1960; tr. it. *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Bompiani, Milano 2000, p. 597.

quale si sforza di capire se stessa [...] Perciò il comprendere non è mai solo un atto riproduttivo, ma anche un atto produttivo»³⁴.

Vi è, quindi, un'intima saldatura, aggiungerei io, tra il *pathos dell'influenza* e il *pathos della distanza* perché le radici dell'una, l'influenza, sono così profonde da non poter essere cancellate da nessuna presa di distanza, ma nello stesso tempo non sono neppure così intricate da impedire che, di sommovimento in sommovimento, si aprano nuovi orizzonti. «Questa distanza – ribadisce Gadamer – non è un abisso spalancato davanti a noi, ma è riempito dalla continuità della trasmissione e della tradizione, nella cui luce ci si mostra tutto ciò che è oggetto di comunicazione storica. Non è esagerato parlare qui di un'autentica produttività dell'accadere (*Produktivität des Geschehens*)»³⁵.

Fino a che punto è accettabile questo vincolo del passato sul presente? Tradizione. Ecco l'ultima forma di *pathos* che non possiamo eludere nel nostro rapporto con i classici. Non vi è nulla di più patetico della tradizione. Inventata dall'Illuminismo come scelta di campo tra arretratezza e innovazione, la tradizione viene presentata come un modo di essere e di agire che va combattuto ad ogni costo, perché è la causa di tutti i mali. Reinventata in chiave anti illuministica dal Romanticismo diventa un mondo puramente ideale e perfetto con cui combattere la pochezza del “nuovo” con l'imponenza del “vecchio”, la precarietà delle mode recenti con l'autorità di quello che si è consolidato nel tempo. Victor Hugo ci offre un quadro estremamente efficace di questo uso ideologico della tradizione. «Immaginare di prolungare all'infinito ciò che è defunto e di governare gli uomini per imbalsamazione, di restaurare dogmi in cattivo stato, di ridare l'oro ai sarcofagi, di intonacare i chiostri, di ribenedire i reliquiari, di riammobiliare le superstizioni, di ravvivare fanatismi, di rifare il manico agli aspersori e alle sciabole, di ricostruire il monachesimo e il militarismo, di credere alla salvezza della

³⁴ Ivi, p. 613.

³⁵ Ivi, p. 615.

società per mezzo della moltiplicazione dei parassiti, di imporre il passato al presente, sembra una cosa strana. Eppure ci sono dei teorici per queste teorie. Questi teorici, gente di spirito peraltro, seguono un procedimento semplicissimo: applicano sul passato una vernice che chiamiamo ordine sociale, diritto divino, morale, famiglia, rispetto degli avi, autorità antica, tradizione santa, legittimità, religione»³⁶.

Gli sviluppi storici ci hanno posto (e ci pongono ancora) davanti a queste dimensioni strumentali della tradizione. Dimensioni che, se non sono ideologiche, divengono spesso meramente archeologiche, un po' restauro e un po' cosmesi³⁷. Tuttavia non si può escludere che la teoria ermeneutica abbia il merito di mettere in luce come vi sia sempre un'implicita tensione etica nell'avvertire il richiamo della tradizione. Già la radice etimologica di *traditio* evidenzia un ideale momento di consegna, di passaggio da un soggetto a un altro. La conoscenza non appartiene a nessuno in maniera esclusiva, ma si costruisce, passaggio dopo passaggio, attraverso il continuo legame dell'io con il tu. «Sie spricht von sich aus so wie ein Du»³⁸, dice Gadamer, dando quasi una cadenza poetica a quell'intimo scambio, fatto di accettazione e rifiuto, di soggezione ed emancipazione, che sta alla base tanto di ogni relazione personale quanto di ogni legame spirituale tra opere e pensatori. La tensione etica della dialettica si fonda su due momenti essenziali: l'apertura all'altro (*il pathos della distanza?*) e il riconoscimento della propria limitatezza (*il pathos dell'influenza?*). L'uno sarebbe impossibile senza l'altro e entrambi ribadiscono che vi è sempre un implicito *cum movere* in qualsiasi

³⁶ V. Hugo, *Les Misérables* (1862); tr. it. *I miserabili*, volume I parte II, L. VII, cap. III, Garzanti, Milano 1990, p. 544.

³⁷ È questo il tema sottile che sta alla base dell'analisi di Cambiano, per il quale ad esempio il limite della ricostruzione di Gadamer sarebbe la proposizione di un modello "cosmetico": «una concezione reverenziale della tradizione, con un conseguente rifiuto di ogni forma di illuminismo» (*Perché leggere i classici*, cit., p. 7).

³⁸ Gadamer, *Verità e metodo*, cit., p. 364 dell'edizione tedesca, p. 739 di quella italiana.

costruzione del pensiero. La filosofia è appropriazione? Ma non si può possedere senza ricevere³⁹, senza riconoscere l'ineliminabile correlazione con "l'altro da noi" che ci svela che siamo sempre in debito, che dobbiamo sempre qualcosa a qualcuno in una catena di solidarietà che si sviluppa di pensiero in pensiero, di esistenza in esistenza, segnata anche dalla parabola dei classici, dall'emergere dell'uno nel declino dell'altro.

Ecco perché la tradizione, non può essere considerata come un semplice *data base* da cui apprendere qualche notizia, quando ci serve, e neppure come un semplice museo dei valori da esporre quando occorre, da abbellire o restaurare. La tradizione è impegno e responsabilità, perché il passato ci interroga con tutte le attese, le speranze, le delusioni, le promesse, ancora senza risposte, ancora irrealizzate. Il passato diventa la premessa del futuro attraverso questa responsabilità che passa da una generazione a un'altra. «Nouveau et antique, aisément contemporain de tous les âges»⁴⁰, notava Sainte Beuve.

I classici, osserva Fortini, sono vivi nella misura in cui sono morti «ossia sono stati successivamente abbandonati dalle diverse forme di energia antagonista che furono capaci di incarnare lungo le generazioni»⁴¹. Questa inattualità diventa, però, un «potente additivo di significazione», perché implica sempre una lettura al plurale in cui il passato rivive nel presente e si proietta nel futuro. Sotto questo punto di vista, per quanto i classici possano apparire un potente strumento di conservazione, sono piuttosto una fondamentale e sistematica contestazione del presente nei limiti in cui implicano l'apertura all'orizzonte della trascendenza, all'orizzonte dell'oltre e dell'altro. La contingenza avrà il pregio di scardinare i vincoli precostituiti, ma poi diventa a sua volta un vincolo nei limiti in cui tende ad escludere qual-

³⁹ E. Lévinas, *Difficile liberté. Essais sur le judaïsme*, Éditions Albin Michel, Paris 1963; tr. it. *Difficile libertà. Saggi sul giudaismo*, a cura di S. Facioni, Jaca Book, Milano 2004, p. 34.

⁴⁰ C.A. Sainte-Beuve, *Qu'est-ce qu'un classique?*, 1850.

⁴¹ Fortini, *Classici*, cit., pp. 198-199.

siasi alternativa, tende a chiudersi nell'effettività della prassi che si autogiustifica. L'è così di Luhmann, che «non dice che non dice cosa non dice»⁴² o il *constatativo* di Balibar che rende il mondo e l'umanità «definitivamente contemporanei di se stessi»⁴³. Ne era profondamente consapevole Pasolini che, insoddisfatto degli sviluppi del mondo moderno, scorgeva nel passato l'unica forza veramente eversiva del presente: «l'unica cosa che può 'contestare globalmente' la realtà attuale è il passato. Per fare vacillare il presente basta metterlo in diretto confronto col passato»⁴⁴.

Questa carica rivoluzionaria ci fa capire come i classici si leghino alla tradizione, ma ne integrino il senso e ne condizionino gli sviluppi. La tradizione è costituita anche da pregiudizi, superstizioni, consuetudini, radicamenti religiosi, e forse sarebbe rimasta solo questo, almeno nella cultura occidentale, se i classici non avessero costituito, nel loro continuo rimescolare ed accrescere i modelli di pensiero, una sorta di sponda laica che pone un limite critico a ogni forma di irrigidimento dogmatico. C'è un significativo aneddoto sulla sorte della biblioteca di Alessandria dopo la conquista musulmana della città. Il sultano impone di bruciare tutti i libri perché o sono inutili, in quanto quello che dicono è già nel Corano, oppure sono dannosi perché dicono quello che non c'è nel Corano. È inutile continuare a pensare, se si è già raggiunta la verità.

Ma chi stabilisce che la verità sia stata raggiunta se non il potere, politico o religioso che sia? Sono tante le forme di integralismo, le zone

⁴² N. Luhmann, *Are There Still Indispensable Norms in Our Society?*, in «Soziale Systeme», 14 (1), 2008, pp. 18-37; tr. it. *Esistono ancora norme indispensabili?*, Armando, Roma 2013, p. 73.

⁴³ E. Balibar, *Des Universels. Essais et conférences*, Éditions Galilée, Paris, 2016; tr. it. *Gli universali. Equivoci, derive e strategie dell'universalismo*, Bollati Boringhieri, Torino 2018, p. 63.

⁴⁴ P.P. Pasolini, *Interviste corsare sulla politica e sulla vita 1955-1975*, Liberal ed., Roma 1995, p. 188. Si veda anche pp. 195 ss.

opache della nostra storia nei confronti delle quali «il contatto con i classici può funzionare per aprire piccoli spazi di libertà, contribuendo in tal modo al costituirsi di cittadini almeno parzialmente liberi e capaci di valutare le argomentazioni a favore o contro»⁴⁵. La convinzione che vi sia qualcosa di “classico” a cui ancorarsi ha, quindi, il pregio di collegare assieme libertà e responsabilità. La libertà di un pensiero che si costruisce allargando sistematicamente i propri orizzonti, prendendo continuamente le “distanze” da sé stesso. La responsabilità per quello che si è ricevuto e che va preservato e alimentato, non perdendo mai di vista quell’idea che Bernard Williams fa propria: «dobbiamo trattare i grandi filosofi defunti come trattiamo i grandi filosofi viventi, come filosofi che hanno qualcosa da dire *a noi*»⁴⁶.

3. Filosofia e diritto

Cosa implica tutto questo per la filosofia del diritto? In apparenza nulla di diverso da quanto si è detto in precedenza. Anche la filosofia del diritto ha i suoi classici attraverso i quali collega costruzioni giuridiche ed esigenze storiche, aspirazioni ideali e condizioni materiali. Se non c’è nessun grande pensatore che non abbia, in misura maggiore o minore, influenzato l’esperienza giuridica, esistono anche pensatori che solo nell’architettura di un istituto o nella caratterizzazione di un settore del diritto hanno costruito la propria innegabile dimensione di autorevolezza. E che dire dei tanti giuristi che come Ulpiano o Puchta, pur rimanendo dentro il mondo delle norme, hanno aperto impensate prospettive di riflessione? Sono tutti classici? Possiamo definire classico, allo stesso modo e nello stesso senso di Platone o Kant, Grozio, Savigny e Rawls? Gaio, Laband e Satta?

⁴⁵ Cambiano, *Perché leggere i classici*, cit., p. 164.

⁴⁶ B. Williams, *Philosophy As a Humanistic Discipline*, Princeton University Press, Princeton 2006; tr. it. *La filosofia come disciplina umanistica*, Feltrinelli, Milano 2013, p. 216.

Dietro le grandi sistemazioni giuridiche, ma anche dietro singoli concetti o istituti, troviamo questo lento processo di ripensamento dei modelli filosofici per rispondere alle esigenze e alle tensioni che in ogni epoca hanno attraversato il diritto, a conferma di quanto siano numerose le “presenze reali” che hanno determinato l’intelaiatura in cui ci troviamo a operare. Senza Cartesio e Leibniz sarebbe uguale la nostra idea di soggetto di diritto? E senza Kant avremmo costruito la teoria dei diritti della personalità? Ogni momento storico ha avuto dei nuclei centrali di riflessione attorno ai quali sono fiorite tante e diverse letture divenute, col tempo, “classiche”. Letture che a loro volta traevano spunto da una o più opere e ne alimentavano altre, assumendo, ciascuna per il proprio verso, un ruolo paradigmatico all’interno di determinate prospettive. Lo confessa Hart: «per mio conto, almeno, non mi è riuscito di scorgere quanto di ciò fosse già visibile già nelle opere dei predecessori, finché non appresi dai miei contemporanei come guardarvi»⁴⁷.

Steiner usa l’espressione “marginalia” per indicare la costellazione di pensatori, di per sé “formidabili”⁴⁸, che gravitano attorno a una tematizzazione fondamentale in un determinato momento storico. Sono classici Platone, Aristotele e Tommaso, ma anche, in diversa misura, molti degli scritti che ne stanno ai margini, ma che marginali non sono, perché allargano, se non modificano le prospettive iniziali e danno loro un nuovo impulso. Questo fenomeno è particolarmente evidente nella filosofia del diritto proprio perché non brilla di luce propria, ma riceve dal più ampio contesto sociale aspirazioni, tendenze, esigenze, passioni,

⁴⁷ H.L.A. Hart, *Definition and theory in jurisprudence*, Oxford University Press, London 1953; tr. it. *Contributi all’analisi del diritto*, Giuffrè, Milano 1964, p. 79.

⁴⁸ «Jaspers, Sartre e Lévinas, Habermas e Derrida, l’esistenzialismo, la fenomenologia (vedi Merleau Ponty o Granel), il poststrutturalismo e la decostruzione possono essere letti come *marginalia*, per quanto di per sé formidabili, all’incontro Husserl-Heidegger» (G. Steiner, *Lessons of the Masters*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2005; tr. it. *La lezione dei maestri*, Garzanti, Milano 2004, p. 78).

conflitti, riformulando tutto questo e calandolo entro la configurazione delle norme e l'intelaiatura degli istituti giuridici.

Dalla teoria della giustizia alla teoria dello Stato, dalla teoria della pena alla teoria della soggettività, fino alla domanda centrale sul senso e sul fondamento della stessa esperienza giuridica, la filosofia ha ispirato il diritto, ma poi il diritto ha ridefinito modelli e prospettive. Risale, ad esempio, alla filosofia greca l'individuazione del compito prevalentemente repressivo e coattivo del diritto, che poi si ripropone nel tempo con echi e declinazioni diverse attraverso la teoria dello Stato o della norma, ma con una comune accentuazione pessimistica che non rende troppo distanti la fenomenologia dell'uomo giusto della *Repubblica* di Platone (360e-362c) dal *bad man* di Holmes⁴⁹. Ed è ancora nella filosofia greca che si incomincia a delineare l'altra funzione del diritto, quella direttiva e dialogica che, dopo Aristotele e Tommaso, ritorna in Habermas e Rawls, ma rivisitata alla luce di una teoria della democrazia che è propria del nostro tempo.

Mi pare sia ancora più interessante il percorso inverso, dal diritto alla filosofia. Il percorso che si delinea quando non si parte dal problema dell'identità umana o della struttura della società per arrivare all'articolazione delle norme, ma si muove, invece, proprio dall'articolazione delle norme e poi si finisce per aprire uno spazio di riflessione sui limiti e le ragioni del fondamento dell'esistenza. La storia della cultura ci mostra come il diritto quanto più pretende di raggiungere una compiutezza sistematica, quanto più tende ad appagarsi metodologicamente e concettualmente della sua specificità, tanto meno riesce a chiudersi in sé stesso. Ne sono un esempio i due più grandi momenti di riorganizzazione e ripensamento complessivo degli sviluppi giuridici, il codice di Giustiniano e i vari processi di codificazione dell'età moderna. Quando,

⁴⁹ Nel celebre discorso pronunciato per l'inaugurazione della Facoltà giuridica dell'Università di Boston: *The Path of Law* tr.it. in *Opinioni dissenzienti*, Giuffrè, Milano 1975, pp. 255 ss.

per la prima volta nella nostra cultura, il diritto emerge come disciplina autonoma, mi riferisco alla complessa orditura giuridica del mondo romano, con i suoi giuristi professionali, le sue scuole e i suoi trattati, ecco comparire il *De legibus* di Cicerone, forse la prima opera di filosofia del diritto scritta da un giurista per i giuristi, che non esita a dichiarare che il fondamento dell'esperienza giuridica non si può trovare nei libercoli sugli stillicidi e sui diritti annessi ai muri o nelle formule di contratti e sentenze⁵⁰, ma bisogna andare oltre e riflettere su quella sintesi di *summa auctoritas et scientia* che è riposta in *universi iuris ac legum*, l'universo della filosofia o meglio dei classici, consacrati dalle grandi scuole del tempo, platonici, aristotelici, stoici, epicurei, scettici...

Del resto, l'imponente riorganizzazione sistematica del diritto romano compiuta dal codice di Giustiniano, affida a Ulpiano il compito di evocare la stessa esigenza espressa da Cicerone per cui «giustamente siamo detti sacerdoti (*merito quis sacerdos appellet*), coltiviamo infatti la giustizia e dichiariamo la nozione del buono e dell'equo, separando ciò che è equo da ciò che è iniquo e il lecito dall'illecito, desiderando rendere buoni non solo per paura delle pene, ma anche con l'esortazione dei premi, raggiungendo, se non erro, una filosofia vera e non simulata (*veram ... philosophiam, non simulatam affectantes*)»⁵¹.

Oggi noi scorgiamo dietro Ulpiano, il giurista Ulpiano, Pitagora ed Empedocle, oltre al *bon ton* stoico, ma ci rendiamo anche conto che, nella stringata formula del *Digesto*, ha trovato consacrazione quell'insoddisfazione per la mera effettività delle norme che abbiamo poi finito per chiamare giusnaturalismo o diritto naturale. Ne è derivato l'equivoco o l'illusione che vi fosse un altro diritto, accanto al diritto posto dall'uomo, ma, se ci pensiamo bene, è semplicemente la filosofia, con le sue teorizzazioni e i suoi classici, ad emergere come prospettiva critica,

⁵⁰ «ut libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum iure? An ut stipulationum et iudiciorum formulas componam?» (Cicerone, *De legibus*, I, 4, 14).

⁵¹ Domizio Ulpiano, D. 1,1,1,1.

allargando un orizzonte che, se fosse rimasto chiuso in sé stesso, avrebbe assunto profili sempre più angusti e autoritari. «Si dica del diritto naturale ciò che si voglia, aleggia sempre in esso l'idea che il diritto non si identifica semplicemente col comando di un potere esistente»⁵².

Non intendo, certo, sostenere che possiamo considerare classici solo i teorici del diritto naturale o che i classici siano il diritto naturale. Vorrei più banalmente sottolineare che il riferimento ai classici, in qualsiasi modo possiamo intendere questa espressione, emerge in ogni riflessione sul diritto, anche in quelle più rigorosamente aderenti ai dettagli esegetici, proprio perché il diritto non può essere considerato semplicemente una pedissequa accettazione del presente. Implica sempre in sé una spinta verso la trasformazione e il cambiamento. Cardozo lo paragonava a un viaggiatore che «dev'essere pronto per il domani. Deve avere in sé il principio di evoluzione»⁵³. I classici, come abbiamo visto nei paragrafi precedenti, costituiscono il rumore di fondo che guida questo sviluppo verso spazi sempre più ampi di conoscenza e quindi di libertà, nella misura in cui la libertà è l'insoddisfazione per il presente, la ricerca sistematica di un oltre.

Non possiamo dimenticare che anche l'altra grande riorganizzazione del diritto, la codificazione che si impone tra '700 e '800, si costruisce attorno a una spinta ideale i cui tratti essenziali possiamo far risalire a Leibniz e Domat, ma che trae spunto da domande che hanno attraversato tutta l'esperienza giuridica. Retorica o etica? Ragione o volontà? Leibniz sviluppa l'idea che il diritto sia costituito da un insieme di proposizioni rigorosamente riconducibili entro schemi logici che si richiamano vicendevolmente fino a dar vita a un sistema coerente e completo oltre

⁵² H. Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena Zu Einer Rechtsphilosophie*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1951; tr. it. *Diritto naturale e giustizia materiale*, Giuffrè, Milano 1965, p. 360.

⁵³ B.N. Cardozo, *Selected Writings of Benjamin Nathan Cardozo*, Fallon Publications, Fallon Law Book Company, New York 1947; tr. it. *Il giudice e il diritto*, La Nuova Italia, Firenze 1961, p. 98.

che tendenzialmente onnicomprensivo. Domat riorganizza il quadro sistematico sulla ricerca dell'*Esprit*, di quella *ratio*, di quella “intenzione” che consente di individuare i nessi immutabili tra le norme nelle diverse architetture disciplinari e istituzionali in cui si divide e articola il mondo del diritto. Ciascuna di queste prospettive ci rimanda indietro a Platone, Aristotele, Agostino, Tommaso, Pascal...

È una deformazione della mentalità dei filosofi non riuscire a pensare al diritto senza cercare un classico dietro i classici filoni di riflessione? È una deformazione o un'esigenza fondamentale? Non c'è giurista che non avverta, anche se si occupa di locazioni o di titoli di credito, quanto siano fittizi i confini dell'art. 12 delle preleggi. Può accettare di arrabattarsi nella differenza tra interpretazione e integrazione, tra semiotica e genetica, ma poi, anche senza scomodare Leibniz o Domat, avrà di fronte il rapporto tra logica e *ratio*, tra lettera e spirito della legge. Ce ne potremmo rendere conto leggendo un brano di una sentenza della nostra Corte di cassazione in cui, dietro il sussiego formale del linguaggio paludato, le domande che emergono sono poi molto semplici: quali sono i valori che si devono affermare e fino a che punto sono compatibili con le norme?

In premessa, l'accurata analisi, gli approfonditi riferimenti e gli spunti critici riservati in sentenza alla giurisprudenza cd. normativa, nell'ottica di una rinnovata funzione ‘creativa’ della speculare *Interessenjurisprudenz*, ne lascia poi impregiudicato l'interrogativo circa la collocazione di quest'ultima nell'ambito della gerarchia delle fonti, – salvo a voler riservare alle sole fonti ‘poste’ tale preordinazione gerarchica, onde la giurisprudenza normativa sarebbe singolarmente fuori da quell'assetto. Se quest'ultimo appare a prima vista l'approdo più agevole sul piano dogmatico, per altro verso non sembra seriamente discutibile che, così opinando, il giudice civile, laddove ritenga nell'interpretare la legge alla luce dei valori costituzionali che essa non tuteli (o non tuteli a sufficienza) una situazione giuridica di converso meritevole, intervenga a creare una corrispondente ‘forma’ giuridica di tutela, eventualmente in contrasto con la legge stessa, ma senza subire alcun sindacato di costituzionalità, in quanto il sistema non prevede un meccanismo immediato di sindacato della costituzionalità degli orientamenti pretori salvo che questi riguardino la stretta interpretazione di una o più norme di legge esistenti (e sempre che un giudice sollevi la questione di costituzionalità secondo il consueto procedimento di cogni-

zione incidentale). Il problema – che non può essere approfondito in questa sede se non nei limiti in cui la risoluzione del caso concreto lo impone e che attinge all'equilibrio stesso tra i poteri dello Stato, oltre che al modo di essere, e dunque di evolversi, dell'ordinamento giuridico – induce l'interprete ad interrogarsi sui limiti del suo intervento in seno al tessuto normativo e al di là di esso, senza mai omettere di considerare che, di interpretazione *contra legem* (non diversamente che per la consuetudine), non è mai lecito discorrere in un sistema (pur semi-aperto) di *civil law*, che ammette e legittima, esaurendone in sé la portata innovativa, l'interpretazione estensiva e l'integrazione analogica, anch'essa condotta pur sempre *ex lege* ovvero *ex iure*. Non altro. Non oltre⁵⁴.

Non oltre? Non altro? Oltre le norme c'è la costituzione? E, oltre la costituzione, cosa sarà mai questo inquietante altro, se non l'impossibilità di chiudere l'elaborazione e l'interpretazione delle norme entro una razionalità autoreferenziale? Per quanto la costituzione costituisca il luogo in cui proiettare e acquietare dubbi e insoddisfazioni, non circoscrive i confini del diritto. La costituzione oggi è un po' tutto: un'orditura politica, lo sfondo assiologico del sistema normativo, ma anche il suo opposto, il fittizio collante istituzionale che nasconde l'insanabile incoerenza di valori e interpretazioni⁵⁵. Se non crediamo più che esista hegelianamente una grande anima del legislatore da cui deriva l'*animus* della giurisprudenza, è difficile pensare che la costituzione sia qualcosa di più della camera di compensazione delle tensioni irrisolte del nostro tempo. Una sorta di oltre dell'altro, per continuare a seguire la Cassazione.

Il fenomeno è aggravato dalla transnazionalizzazione dei flussi giuridici che implica l'immissione di nuove regole e nuovi valori all'interno di un quadro globale di riferimento, caratterizzato da spinte economiche, sociali e culturali in cui il ruolo di mediazione e di selezione delle priorità

⁵⁴ Cassazione civile, III Sezione, 2 ottobre 2012, n. 16754.

⁵⁵ «E se... fosse proprio il 'coerente' rispetto alle regole a essere realmente autocontraddittorio, a convertirsi nel suo opposto?» domanda S. Žižek in *Living in the End Times*, Verso, London 2010; tr. it. *Vivere alla fine dei tempi*, Ponte alle Grazie, Milano 2011, p. 30.

normative non è svolto dalle scelte politiche dei singoli Stati o della stessa comunità internazionale, ma da *media* imposti da altre forme istituzionali: «questi regimi stabiliscono costituzioni proprie, le cui norme organizzative e i cui diritti fondamentali si distinguono nettamente tra di loro e da quelli statali»⁵⁶. Il mercato, la moneta, i flussi finanziari, la formazione e circolazione delle informazioni, tutti quegli elementi che sono fondamentali per l'organizzazione della società, possono essere solo marginalmente gestiti in maniera consapevole e unitaria. I nuovi flussi regolamentari transnazionali sono anche l'effetto di innovazioni tecnologiche che non modificano solo gli equilibri della produzione del sapere, ma incidono anche profondamente sui modelli sociali. Si è determinato un sistema difficile da definire (militare-industriale? tecnologico-finanziario? tecno-politico?), ma facile da caratterizzare come tendenzialmente irresponsabile nel senso etimologico del termine, per cui non si sa bene chi lo ispira e a chi debba rispondere delle sue azioni e dei suoi principi regolativi.

Ci troviamo, forse, in una di quelle situazioni storiche di strutturale incontrollabilità delle norme e delle stesse fonti del diritto, simile alle condizioni che hanno indotto a elaborare il codice di Giustiniano o la ricostruzione sistematica delle codificazioni moderne. Ora, come allora, i classici finiscono, per svolgere un ruolo rilevante, per quanto spesso inavvertito. Ce ne rendiamo conto proprio in uno dei settori in cui è più evidente il peso della transnazionalizzazione dei flussi giuridici e cioè il complesso insieme di tecnologie digitali di trasmissione delle informazioni e delle comunicazioni (*Information and Communication Technologies* - ICT), con tutte le implicazioni che determina sul piano del controllo dei dati, dello sviluppo dei processi democratici, dell'economia, della *privacy* e degli stessi rapporti tra Stati, comprese le nuove caratteristiche di una guerra che può essere combattuta in via cibernetica.

⁵⁶ G. Teubner, *Nuovi conflitti costituzionali. Norme fondamentali dei regimi transnazionali*, Bruno Mondadori, Milano 2017, p. 116 dell'edizione digitale.

Secondo uno dei più autorevoli studiosi di questo fenomeno, Luciano Floridi, è necessario trovare nuovi equilibri e nuovi strumenti di regolazione per porre rimedio all'ormai inarrestabile crisi della tradizionale struttura dello Stato. Gli accordi di Bretton Woods avrebbero, a suo avviso, dato vita a «un insieme di sistemi multi-agente che operano come forze sovranazionali o intergovernative coinvolte nella gestione dei problemi politici, sociali ed economici mondiali»⁵⁷. Un equilibrio tra questa pluralità di fattori eterogenei si può trovare solo attraverso l'unica dimensione tendenzialmente universale, e quindi unitaria e unificante, che rimane: la ricerca di principi e dei valori. Floridi suggerisce, in particolare, di trarre ispirazione dall'ideale confluenza di tolleranza e giustizia che si è sviluppata nella linea ideale che lega Kant e Rawls⁵⁸. Semplifico un discorso molto più raffinato e articolato, solo per far notare come, seguendo questo esempio, ci rendiamo conto di quanto i classici non siano semplicemente l'elegante corredo di qualche riflessione, ma un elemento essenziale a partire dal quale ripensare concetti come società civile, comunità e anche mercato. Concetti che ormai sembrano perdere qualsiasi significato travolti da una prassi in cui la retroazione, il *feed-back*, sembra aver preso il posto della relazionalità.

Sempre Floridi⁵⁹ fa notare che anche una prestazione di servizi come l'*icloud* ci impone, con la costante crescita delle funzioni *on demand*, degli spazi *in cloud*, dell'offerta di applicazioni, della contrattazione elettronica, di tornare a riflettere, attraverso Stuart Mill e Hayek, sui limiti in cui sia possibile, e auspicabile, un equilibrio spontaneo nella circola-

⁵⁷ L. Floridi, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano 2017, p. 199.

⁵⁸ L. Floridi, *Toleration and the Design of Norms*, in «Science and Engineering Ethics», 2015-21, pp. 1095 ss.

⁵⁹ B. de Bruin, L. Floridi, *The Ethics of Cloud Computing*, in «Science and Engineering Ethics», 2017-23, pp. 21 ss. Esamina lo stesso problema nella prospettiva delle nuove soggettività giuridiche G. Teubner, *Ibridi e attanti. Attori collettivi ed enti non umani nella società e nel diritto*, Mimesis, Milano 2015.

zione dei dati e nella negoziazione dei loro effetti. Non sarebbe, piuttosto, necessaria un'etica del *cloud computing*? Un'etica che riattraversi le dimensioni classiche del rapporto tra pubblico e privato?

Girando pagina, ma non troppo, un segnale altrettanto significativo ci giunge dalla Risoluzione del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 recante raccomandazioni alla Commissione concernenti norme di diritto civile sulla robotica (2015/2103(INL)). Per regolare il comportamento di progettisti, fabbricanti e utilizzatori di «robot, compresi i robot capaci di autonomia e di autoapprendimento integrale», la Raccomandazione abbozza un modello disciplinare che si richiama esplicitamente alle “leggi di Asimov” e quindi a un “classico” della fantascienza, il *Circolo virtuoso*, scritto nel 1942. Asimov ci suggeriva di utilizzare un altro “classico”, l'etica di Kant, per affrontare i rischi di un mondo popolato da macchine intelligenti. Le leggi di Asimov sono convertibili in “codice macchina”? E, se così fosse, le macchine intelligenti ci ubbidiranno? Una macchina intelligente, capace di apprendimento e di autonomia, è un soggetto morale? Se è un soggetto morale, non avrà il diritto di costruirsi la “sua” morale?⁶⁰

Sono le neuroscienze il settore in cui questi interrogativi divengono gli elementi fondamentali dell'incontro delle diverse tecnologie che sviluppano l'intelligenza artificiale e la robotica. Ci troviamo dinanzi all'eventualità di una modificazione radicale del nostro mondo, eppure lo sfondo è costituito dal tema classico del rapporto tra identità e libertà che da Platone a Freud attraversa tutta la nostra cultura. Non possiamo più dare per scontati concetti come coscienza, volontà, capacità, responsabilità su cui si pensava che l'esperienza giuridica potesse trovare un fondamento definitivo, ma non possiamo neppure metterli da parte. Chi siamo? Come apprendiamo e decidiamo? Erano già gli

⁶⁰ Gli ultimi capitoli del libro di Nick Bostrom, *Superintelligence: Paths, Dangers, Strategies*, Oxford University Press, Oxford 2014; tr. it. *Superintelligenza. Tendenze, pericoli, strategie*, Bollati Boringhieri, Torino 2018, sono proprio dedicati all'analisi dei problemi della “scelta dei criteri di scelta” dei valori e dei modelli di moralità da “caricare” sui meccanismi intelligenti.

interrogativi di Cartesio, Leibniz, Kant, Hegel. Non solo dobbiamo tornare a loro per analizzare quei problemi che ci pongono le esplorazioni metabolico-funzionali del cervello, ma l'idea stessa di libertà viene, paradossalmente, affermata e negata nello stesso tempo.

Per quanto sia estremamente complesso, il cervello finisce per apparire, nelle posizioni riduzionistiche più estreme, solo un fenomeno chimico, regolato dalla fisica, che la genetica aiuta a definire e la farmacologia a controllare. L'Io, il soggetto e le stesse singole decisioni non sarebbero altro che l'esito imponderabile delle connessioni tra le reti neuronali, la conseguenza imprevedibile dell'efficienza di qualche neurotrasmettitore biochimico. Ci piaccia o no, saremmo solo «un fascio di neuroni» (Francis Crick), un «pattern di materia e di energia» (Raymond Kurzweil), «una collezione di atomi di presente» (Eduardo Boncinelli), una «macchina di carne» (Marvin Minsky). Sono queste visioni estreme che aprono lo spazio alla progettazione di un'area di lavoro neuronale globale (*global neuronal workspace*) che dovrebbe consentire di trasferire i meccanismi biochimici di funzionamento del cervello sui computer collegati alle macchine del futuro. La nostra intelligenza sarà la loro intelligenza? La nostra coscienza sarà la loro coscienza? Di fronte a una macchina intelligente quanto potrà reggere la distinzione “cartesiana” del nostro codice civile tra soggetti e oggetti? Dinanzi ai condizionamenti biochimici del nostro cervello, quanto durerà il sistema penale⁶¹ con l'idea “freudiana” della repressione degli istinti? Le classiche concezioni del passato sono un'incrostazione di cui dobbiamo liberarci o l'unico modo per dare un senso alla nostra organizzazione sociale?

Questi dubbi non emergono solo tra le righe di qualche libro⁶². Negli ultimi due anni sono stati emanati diversi documenti, di rilevanza

⁶¹ Deborah W. Denno, *Criminal Law in a Postfreudian World* in «University of Illinois Law Review», 2005-3, pp. 601 ss.

⁶² M. O'Connell, *To Be a Machine: Adventures Among Cyborgs, Utopians, Hackers, and the Futurists Solving the Modest Problem of Death*, Granta Publications, London 2017; tr. it. *Essere una macchina*, Adelphi, Milano 2018.

nazionale o internazionale⁶³, sui possibili riflessi sociali e giuridici di un “robot cognitivo”, per riprendere l’espressione dell’Unesco. Ecco il paradosso: un algoritmo, ci suggeriscono le neuroscienze, dovrebbe essere in grado di produrre la... libertà o singolarità tecnologica che dir si voglia, nei limiti in cui programma una macchina capace di apprendere da sé e di assumere decisioni assolutamente autonome e imprevedibili, eppure, proprio noi che la costruiamo, proprio noi che elaboriamo l’algoritmo della libertà, non saremmo liberi, ma il frutto casuale, sempre a sentire le neuroscienze, della combinazione di geni e neuroni che decidono per noi.

L’automazione informatica tende, quindi, ad evolversi nell’autodeterminazione proprio quando scopriamo che l’autodeterminazione potrebbe non esistere, perché sarebbero i geni a decidere per noi. Si impone all’attenzione dei giuristi il problema della personalità e dignità “numerica” delle macchine intelligenti⁶⁴, proprio quando vacillano i presupposti della personalità giuridica degli esseri umani. Queste contraddizioni sono l’esito degli sviluppi più raffinati della nostra cultura, eppure mettono in crisi la nostra cultura. Le neuroscienze ci liberano di Cartesio e Freud? E poi cosa resta? Siamo sospesi tra determinismo biochimico e indeterminazione artificiale, per cui la libertà appare un artificio necessario, se osservata nella prospettiva dei robot cognitivi, e un concetto vuoto, se osservata nella dimensione del metabolismo cerebrale.

⁶³ Oltre alla già citata raccomandazione del Parlamento europeo, ricordo la dichiarazione dell’European Group on Ethics in Science and New Technologies su *Artificial Intelligence, Robotics and ‘Autonomous’ Systems* del 9 marzo 2018; il report dell’Unesco su *Robotics Ethics* del 14, settembre, 2017; il documento del Gruppo misto del Comitato nazionale per bioetica e del Comitato nazionale per Biosicurezza, le biotecnologie e le scienze per la vita su *Sviluppi della robotica e della roboetica* del 26 maggio 2017; la nota del Nuffield Council on Bioethics su *Artificial intelligence (AI) in healthcare and research* del maggio 2018.

⁶⁴ A. Bensoussan, *La protection de la dignité humaine s’étend au champ du numérique*, Le Huffington Post, 6 giugno 2014.

Si ripropone, sotto altre forme, quella sottile perversione che ha attraversato tutto il secolo scorso: la ragione spinge verso l'irrazionalità. Non è stato solo Freud a insegnare che non ci sono certezze, che l'uomo deve trovare in sé stesso, nelle turbe nascoste del proprio intimo, le ragioni della propria condotta. Freud ha aggiunto il sospetto che tutto, tutto l'apparato morale e culturale, sia una mera illusione: «anche un altro patrimonio della nostra civiltà che noi altamente apprezziamo e al quale affidiamo il governo della nostra vita; vale a dire se i presupposti che regolano i nostri ordinamenti statali non debbano parimenti esser chiamati illusioni [...]»⁶⁵. Gli ha fatto eco Kelsen, ponendo al vertice dell'ordinamento giuridico, alla base delle sue condizioni di pensabilità, l'indecifrabilità di una «norma fondamentale» che si auto-genera e auto-produce senza offrire una ragione all'*essere del proprio dover essere*. Proprio quando affidiamo all'intelligenza artificiale, all'intelligenza costruita da noi, il nostro futuro, perdiamo fiducia nella capacità di comprendere il senso dell'esistenza, di trovare un fondamento ai valori e ai legami sociali.

Ecco il ruolo di orientamento esistenziale che possiamo trovare nei classici. Ci insegnano, è vero, che, se guarda in se stesso, l'uomo non ha grandi motivi per essere ottimista. Non ci consolava Montaigne, quando ci ricordava che «la maggior parte delle nostre azioni sono da commedia [...] Bisogna recitare a dovere la nostra parte, ma come parte di un personaggio preso a prestito. Della maschera e dell'apparenza non bisogna farne un'essenza reale né dell'estraneo il proprio. Non sappiamo distinguere la pelle dalla camicia»⁶⁶. Non ci ha consolato Shakespeare, nel constatare che «gli déi, con noi, fanno come i bambini con le mosche. Ci ammazzano, per divertirsi»⁶⁷, e ancora meno Dürrenmatt: «ha reso il mondo così confuso e complicato e ha intrecciato una rete così fitta di

⁶⁵ S. Freud, *Die Zukunft einer Illusion*, Internationaler Psychoanalytischer Verlag, Leipzig, Wien und Zürich 1927; tr. it. *Avvenire di un'illusione*, in Id., *Opere complete*, Bollati Boringhieri, Torino 1978, vol. 10, p. 439.

⁶⁶ Montaigne, *Saggi*, L. III, X (*Del governare la propria volontà*), cit., p. 1881.

⁶⁷ W. Shakespeare, *Re Lear*, 4.1, vv. 37-38.

produzioni e prodotti che l'uomo in questo mondo è riuscito a orientarsi soltanto inventandosi un sistema normativo»⁶⁸. Eppure i difficili sviluppi della storia del pensiero dimostrano che è possibile ritagliare, malgrado i nostri limiti, un sistema di norme e istituzioni che ponga la libertà e la dignità al centro delle aspirazioni etiche e giuridiche. È per questo che non possiamo fare a meno dei classici. Non hanno costruito un mondo edulcorato a misura delle nostre speranze. Semmai, proprio all'opposto, hanno alimentato inquietudini e dubbi, spingendo il pensiero oltre il pensiero, oltre il modo di osservare le cose tipico di un particolare momento storico, oltre la rassegnazione di uno specifico contesto culturale. *Amicus Plato, sed...* Quante cose ha rivelato, e ci può ancora rivelare, questo "ma": è il simbolo della libertà che prende le "distanze" dal passato, ma si assume la responsabilità di preservarne l'eredità.

⁶⁸ F. Dürrenmatt, *Monster Lecture on Justice and Law, with a Helvetian Interlude*, 1969; tr. it. *Megaconferenza sulla giustizia e sul diritto, con un intermezzo elvetico. Breve drammaturgia della politica*, in Id., *I Dinosauri e la legge. Drammaturgia della politica*, Einaudi, Torino 1995, pp. 14-15

MONTESQUIEU E LA PENÀ DI MORTE*

Tommaso Gazzolo

Abstract

The essay elaborates on the notion of death penalty in Montesquieu in order to highlight the relevant philosophical and legal problems. Most notably, the paper aims to show how according to the French author the right to deliver death does not rest solely on the admissibility of the death penalty (therefore on the possibility to include death within the right to administrate punishment). The reason is rather to be found in the social justifications about the relationship between freedom and law, since life is something that must be preserved.

Keywords

Montesquieu; Death penalty; Punishment; Self-preservation; Life.

1. Pena di morte e diritto di dare la morte

Riprendere, oggi, la questione della pena di morte in filosofia – e in particolare nella filosofia di Montesquieu – non può significare limitarsi alla discussione relativa all'opposizione tra tesi “abolizioniste” e tesi favorevoli, invece, al mantenimento della pena capitale. Ciò, se non altro, perché si potrebbe sospettare – e qui si dovrebbero richiamare alcune

* Ringrazio Tommaso Greco e Dario Ippolito per avermi dato l'occasione di sviluppare questa linea di ricerca, a seguito delle discussioni seguite all'incontro, coordinato da Francesco Riccobono, nell'ambito del Seminario di storia della filosofia del diritto *Interrogando i classici*, svoltosi a Pisa il 23 e 24 novembre 2017.

analisi di Ferrajoli sulla filosofia come «filosofia patibolare»¹ – che difficilmente potrebbe individuarsi, in filosofia, una posizione autenticamente “abolizionista” in linea di principio (e non si pensa qui, solo a Kant o Hegel, ma anche e soprattutto a Beccaria)². Non sarebbe pertanto azzardato sostenere, come è stato fatto, che un discorso abolizionista in quanto tale debba forse sempre ancora apparire, costituirsi³. Ma, al di là di questo impegno, di questo compito, riflettere sulla pena di morte a partire da Montesquieu consente di separare, distinguere, due ordini di questioni, di problematiche, in fondo diverse, che danno luogo a due linee di lettura non sempre tra loro convergenti.

Da una parte, appare infatti più che legittimo tornare a interrogarsi sulle politiche del diritto penale presenti in Montesquieu, a partire

¹ Cfr., sul punto, L. Ferrajoli, *Il fondamento filosofico del rifiuto della pena di morte e le sue implicazioni nella teoria del diritto*, in F. Pérez Alvarez (a cura di), *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca 2004, pp. 1055-1066; Id., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 1989.

² Sull’abolizionismo in Beccaria, nell’impossibilità di dar conto dell’immensa letteratura sul tema, si rimanda qui unicamente ai contributi della filosofia del diritto italiana più recenti, tra cui si vedano, in particolare, F. Zanuso, *I “fluidi” e le “bestie di servizio”. Utilitarismo ed umanitarismo nella concezione penale di Cesare Beccaria*, in F. Zanuso, S. Fuselli (a cura di), *Ripensare la pena. Teorie e problemi nella riflessione moderna*, Cedam, Padova 2004, pp. 101-139; L. Garlati, G. Chiodi (a cura di), *Un uomo, un libro. Pena di morte e processo penale nel Dei delitti e delle pene di Cesare Beccaria*, Giuffrè, Milano 2014; D. Ippolito, *Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 91, 4, 2014, pp. 589-620; L. Ferrajoli, *L’attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 2015, pp. 137-162. Si ritiene in ogni caso di dover rinviare, inoltre, a P. Audegean, *Il problema Beccaria*, in «Rivista storica italiana», 3, 2004, pp. 834-871; M. Porret, *Beccaria. Il diritto di punire*, tr. it. di M. Ferri ed E. Salvi, il Mulino, Bologna 2013.

³ Si vedano, sul punto, i due seminari di J. Derrida, *La pena di morte. Volume I (1999-2000)*, a cura di G. Dalmaso e S. Facioni, Jaca Book, Milano 2014, e *La pena di morte. Volume II (2000-2001)*, a cura di G. Dalmaso e S. Facioni, Jaca Book, Milano 2016. Cfr. inoltre J. Derrida, E. Roudinesco, *Quale domani*, tr. it. di G. Brivio, Bollati Boringhieri, Torino 2004.

dal problema della classificazione delle pene, della loro tipologia, della loro giustificazione, dell'individuazione delle leggi penali più idonee e più rispondenti alla conservazione di ciascun assetto costituzionale. Si tratta di una serie di questioni che, nonostante abbiano ricevuto una specifica e costante attenzione da parte della storiografia, sono certamente ancora aperte⁴, ed in cui il diritto a dare la morte si declina come problema della *pena di morte*. Dall'altra parte, però, gli stessi segmenti discorsivi, gli stessi passaggi che vengono in discussione a proposito del Montesquieu "criminalista" sono leggibili secondo una linea differente da quella penalistica, ossia secondo un sistema di domande in cui non è la morte *come* pena ad essere interrogata.

Bisognerebbe sempre poter distinguere tra la pena di morte (tra la morte, cioè, in quanto tipo di pena, come ciò che è regolato, disciplinato all'interno della legislazione penale) e il potere di dare la morte come attributo essenziale del diritto. Nel prosieguo si tenterà, in tale direzione, di definire e differenziare queste due «problematiche», mostrando come rispondano a domande di ordine eterogeneo. Mentre, cioè, nel problema della *morte come pena* si articola e delinea quella che in senso stretto si può legittimamente chiamare la dottrina "penalistica" di

⁴ La letteratura sul Montesquieu teorico del diritto penale è, ovviamente, sterminata. Mi limito qui a ricordare, per un'introduzione, i contributi di J. Graven, *Montesquieu et le droit pénal*, in B. Mirkin-Guetzévitch, H. Puget (a cura di), *La Pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Sirey, Paris 1952, pp. 209-254; R. Derathé, *Le droit de punir chez Montesquieu, Beccaria et Voltaire*, in AA.VV., *Atti del Convegno internazionale su Cesare Beccaria*, Accademia delle Scienze, Torino 1966, pp. 85-100; G. Tarello, *Montesquieu criminalista*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», V, 1975, pp. 201-260; D.W. Carrithers, *La philosophie pénale de Montesquieu*, in «Revue Montesquieu», I, 1997, pp. 39-63; M.A. Cattaneo, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, ESI, Napoli 2000; D. Felice, *Autonomia della giustizia e filosofia della pena*, in Id., *Per una scienza universale dei sistemi politico-sociali*, Olshki, Firenze 2005, pp. 73-117; C. Spector, *Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté dans L'Esprit des lois*, in «Lumières», 20, 2012, pp. 55-72; D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Donzelli, Roma 2016.

Montesquieu⁵; nella questione del *diritto di dare la morte* spettante alla società, al diritto come espressione di un determinato assetto sociale, a venire in questione è il rapporto tra legge e libertà, è il senso stesso del “vivere sotto la legge” come unico modo del “vivere sotto la libertà”.

Nonostante, infatti, l’abolizionismo – soprattutto quello del secondo Novecento – non sia separabile da una «dottrina etico-politica dei diritti dell’uomo» e, soprattutto, dalla definizione ed elaborazione di un «diritto alla vita»⁶, la vita, il diritto *sulla* vita ed *alla* vita, in quanto inseparabile dal diritto o dal divieto di dare la morte, costituisce un tema su cui la riflessione di un autore come Montesquieu non si esaurisce nella discussione sulle leggi penali e la loro natura. A venire in questione, come si è accennato, è infatti il senso stesso della possibilità di pensare l’uomo come libero in quanto sotto la legge (sarà evidente, in Montesquieu, la ripresa del motivo ciceroniano *omne legum servi sumus ut liberi esse possumus*).

2. La morte del criminale

Come si è chiarito, non discuteremo nuovamente, qui di seguito, le ideologie e le retoriche che, soprattutto nel libro VI, e poi nel XII dell’*Esprit des Lois*, sottostanno alla giustificazione della pena di morte,

⁵ Nel prosieguito, pertanto, non si affronterà il problema – che andrebbe a lungo discusso – della pena di morte in Montesquieu dal punto di vista “criminalistico” in senso stretto. Ciò detto, appare utile sottolineare come, in ogni caso l’ammissione della pena di morte, in Montesquieu, non consenta semplicemente di ascrivere allo stesso una posizione anti-abolizionista. E ciò, se non altro, perché ciò che in linea di *diritto* legittima la pena di morte è anche ciò, spesso, che spinge di *fatto* alla sua limitazione. Dario Ippolito ha – di recente – mostrato perfettamente, ad esempio, come il principio di *omogeneità*, che in Montesquieu serve a giustificare la legittimità della pena di morte, funzioni però oggettivamente anche nel senso di limitare, di ridurre drasticamente le fattispecie sanzionate con la pena capitale (Ippolito, *Lo spirito del garantismo*, cit., pp. 85-86).

⁶ D. Zolo, *La pena di morte divide l’Occidente*, in «Iride», 2, 2007, p. 229.

del fondamento del diritto di punire con la morte da parte della società, da parte di Montesquieu.

Appare però opportuno, ai fini di una più chiara esposizione, ricordare come siano essenzialmente tre i “luoghi” dell’opera di Montesquieu in cui viene esplicitamente tematizzata la questione del *diritto* di dare la morte, e dunque della legittimità, di ciò che rende legittima la messa a morte del criminale. Due di essi si ritrovano, l’uno di seguito all’altro, nel già citato libro XII, nel capitolo dedicato alla natura delle pene ed alla loro proporzione, con riferimento, in particolare, ai «supplizi». È evidente, qui, che si tratta, per Montesquieu, di giustificare una certa concezione della pena, attraverso principalmente due argomentazioni che, per quanto sarebbe necessario approfondire, possiamo, nei limiti del presente studio, limitarci a definire retribuzionista («è una specie di taglione, per cui la società rifiuta la sicurezza a un cittadino che ne ha privato, o ha voluto privarne un altro»), la prima, e sostanzialmente utilitaristica la seconda (in cui si recupera l’idea «della profilassi dei reati attraverso l’annientamento dei re») ⁷. Anche il terzo passo, che è quello su cui concentreremo la nostra attenzione, sembra, ad una prima lettura, riferirsi alla morte del criminale in quanto *pena*, al diritto della società di erogare la morte come pena:

Il motivo (*ce qui fait*) per cui la morte di un criminale è cosa lecita, è che la legge che lo punisce è stata fatta in suo favore. Un assassino, per esempio, ha goduto della legge che lo condanna; essa gli ha conservato la vita (*conservé la vie*) tutti i momenti, quindi egli non può reclamare contro di essa (EL, XV, 2).

È un passo su cui Catherine Larrère, la quale ne ha fornito un’interpretazione e una lettura molto interessante, che qui non possiamo però riprendere e discutere ⁸, ha correttamente richiamato l’attenzione degli

⁷ Così Ippolito, *Lo spirito del garantismo*, cit., p. 91.

⁸ C. Larrère, *Droit de punir et qualification de crimes de Montesquieu à Beccaria*, in M. Porret (a cura di), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Droz, Genève

interpreti, per l'ambiguità e la difficoltà di decifrazione che esso presenta. È, del resto, l'unico, dei tre luoghi richiamati, in cui la morte del criminale viene definita «lecita», ossia conforme al *diritto*, e non necessaria, utile o opportuna: la società non è, cioè, semplicemente *costretta* a condannare a morte; se essa condanna, è perché ed in quanto ne ha il diritto. Ma cosa fonda tale diritto?

La tentazione, cui non è facile sottrarsi, è quella di leggere il testo attraverso ed alla luce del suo recupero da parte di Rousseau, che lo riprenderà inserendolo in un contesto diverso e secondo logiche concettuali e strategie argomentative a lui proprie. Laddove, infatti, Montesquieu, come si vedrà, il contesto in cui il brano si trova inserito riguarda il problema dell'origine del diritto di schiavitù, della giustificazione della schiavitù, Rousseau, diversamente, lo citerà, lo innesterà, lo farà funzionare in un capitolo del *Contratto sociale* dedicato esplicitamente al “diritto di vita e di morte” attribuito al sovrano, scrivendo:

Ora, il cittadino non è più giudice del pericolo a cui la legge vuole che si esponga, e quando il principe gli ha detto «lo Stato ha bisogno che tu muoia», deve morire; poiché solo a questa condizione ha vissuto sicuro fino allora, e la sua vita non è più soltanto un beneficio della natura, ma un dono condizionato dello Stato. Press'a poco sotto lo stesso angolo visuale può essere considerata la pena di morte inflitta ai criminali: per non essere vittima di un assassino si accetta di morire (*que l'on consent à mourir*) se assassini diventiamo noi⁹.

Al di là dei problemi interpretativi che pone lo stesso testo di Rousseau¹⁰, non si può non osservare come, qui, sia una logica securitaria, “assicurativa”, interna ad un'economia dello scambio, del contratto e del

1997, pp. 89-108. Sulla tesi di Larrère, si veda la puntuale critica di D. Ippolito, *Lo spirito del garantismo*, cit., capitolo VIII (*La morte come pena*).

⁹ J.J. Rousseau, *Il contratto sociale*, tr. it. di M. Garin, Roma-Bari, Laterza, 1997, p. 49.

¹⁰ Su cui rimandiamo, qui, a B. Bernardi, *Le droit de vie et de mort selon Rousseau: une question mal posée?*, in «Revue de métaphysique et de morale», 37, 1, 2003, pp. 89-

calcolo, a stare alla base della giustificazione della pena di morte: se vuoi essere protetto, se vuoi che la tua vita sia protetta dal diritto, allora, in cambio, devi accettare – devi dare il consenso, acconsentire – il diritto dello Stato a metterti a morte nel caso in cui dovessi uccidere. L'interpretazione tradizionale non fa che recuperare ed applicare al testo montesqueano quella stessa logica contrattualista che aveva già consentito a Rousseau di innestare il passo, citarlo, ridefinirlo nel testo del *Contratto sociale*¹¹.

Montesquieu, in altri termini, non farebbe altro che sostenere la tesi secondo cui la protezione che le leggi assicurano al cittadino, all'individuo, *punendo* chi attenta alla sua sicurezza e libertà, è tale in quanto e nella misura in cui l'individuo acconsente, accetta o deve accettare il diritto delle leggi a punirlo laddove sia lui stesso ad attentare alla sicurezza altrui. Rousseau lo dirà benissimo: per non essere assassinato, devi accettare di morire se diventi un assassino.

Ciò che, però, tornando ora al testo dell'*Esprit des Lois*, occorre evidenziare, è che esso è situato in un contesto diverso da quello interno alla riflessione – propria del libro XII – sulla morte come *pena*. La problematica è invece un'altra, e riguarda il problema dell'origine della schiavitù e, in particolare, del tentativo, che Montesquieu intraprende, di dimostrare come nessuna legge potrebbe mai riguardare uno schiavo. Questo è il punto essenziale: la legge non riguarda che gli uomini in quanto liberi, mentre non potrebbe mai pretendere di comandare, di prescrivere, nei confronti di uno schiavo. Essa, scrive Montesquieu, non è mai stata *per* lui, non lo ha mai riguardato, in alcun caso: «Non è lo stesso dello schiavo: la legge della schiavitù non ha mai potuto essergli utile; essa è contro di lui in tutti i casi, senza mai essere per lui». Per

106; S. Labrusse, *Le droit de vie et de mort selon Jean-Jacques Rousseau ou la politique de l'homme infaillible*, in «Annales de la Société Jean-Jacques Rousseau», 43, pp. 107-128.

¹¹ Così, ad esempio, M.A. Cattaneo, *La filosofia della pena nei secoli XVII e XVIII. Corso di filosofia del diritto*, Ferrara, De Salvia, 1974, p. 87, osserva che «la giustificazione della pena di morte data da Montesquieu è fondata su un'argomentazione di sapore contrattualistico (che sarà infatti ripresa da Rousseau)».

questo nessuna legge potrebbe mai disporre del diritto di dare la morte ad uno schiavo. Se riguarda, certamente, l'uomo libero, è perché gli è stata utile, è stata fatta in suo *favore*.

Ed è significativo che Montesquieu non citi altra prova, di tutto ciò, che la condanna a morte. Il che è come dire che è nel *diritto a morire*, nel diritto di essere messo a morte, si vede la differenza tra un uomo libero e uno schiavo. Si sarebbero potuti scegliere altri esempi. Montesquieu avrebbe potuto dire che la legge riguarda gli uomini liberi, e non gli schiavi, in quanto, ad esempio, consente loro di disporre liberamente dei propri beni, delle loro proprietà, etc. Ma l'unico caso che si dà, qui, è quello in apparenza meno chiaro, meno evidente: che nessuna legge possa mai favorire uno schiavo, lo si dimostra osservando che solo un uomo libero può giustamente essere condannato a morte.

Per quanto, certamente, una certa giustificazione della pena di morte, della morte come pena, sia qui la condizione affinché il discorso di Montesquieu possa funzionare, esso, di per sé considerato, verte propriamente e in senso stretto su un'altra questione: sul diritto di morire come ciò che segna la distinzione tra libertà e schiavitù civile, tra lo *status* di uomo libero e quello di schiavo. Non è in questione, cioè, se si legge il passo con attenzione, il diritto dello Stato di dare la morte, di condannare a morte – che Montesquieu ha ritenuto, a torto o ragione, di aver giustificato altrove –, ma ciò che fa sì che un uomo libero possa essere condannato a morte, mentre uno schiavo no.

Più che giustificare la morte come pena, il discorso portato avanti da Montesquieu riguarda, piuttosto, l'idea che soltanto nel suo potermi dare la morte, la legge si manifesta come ciò che mi ha conservato la vita in ogni istante, come ciò che è stata fatta, come egli scrive, in mio favore. Come potrebbe, del resto, la legge *rivendicare* il fatto di avermi conservato la vita, che è grazie ad essa che l'ho conservata, se non avesse il diritto di *togliermela*?

3. La conservazione della vita

Per poter rispondere a questo interrogativo, occorre però, se pur brevemente, osservare come il tema della “conservazione” della vita si articola nei testi di Montesquieu. Questo motivo dovrebbe essere letto in corrispondenza con il recupero del tema stoico – ma che, in Montesquieu, dipende essenzialmente da un continuo confronto con Montaigne¹² – del rapporto tra libertà e morte, della libertà di darsi la morte, di un tempo che ha a che vedere con il prepararsi a morire, e anche con la questione della punizione dei suicidi¹³. Qui, ci limitiamo unicamente a osservare Montesquieu non ponga mai, all’origine della società, dell’*appetitus societatis*, un istinto o un principio di autoconservazione.

La *ragione*, l’idea di ragione che Montesquieu ha, non è declinabile nei termini di una razionalità calcolatrice, di un calcolo dei costi e benefici – del pensiero considerato come «funzione economica»¹⁴. Al contrario, la ragione si definisce sempre nei termini di ciò che *devia* continuamente dalla natura. Sarebbe improprio – egli annoterà – affermare che la ragione non ci è stata «data se non per la conservazione del nostro essere (*pour la conservation de notre être*)». Se infatti l’istinto è ciò che spinge alla conservazione della vita, la ragione, aggiunge Montesquieu, non fa che darci passioni *destructives*, che ci portano verso la

¹² Cfr., sul punto, J.M. Bomer, *The Presence of Montaigne in the Lettres Persanes*, Summa, Birmingham 1988.

¹³ Cfr., sul punto, L. Delia, *Le problème du suicide chez Montesquieu*, in «Montesquieu.it», 7, 2015, J.-M. Goulemot, *Montesquieu: du suicide légitime à l’apologie du suicide héroïque*, in «Revue d’Auvergne», 79, 1975, pp. 307-318. Si veda, inoltre, Zilla Gabrielle Cahn, *Suicide in French Thought from Montesquieu to Cioran*, Lang, New York 1998; M. Brini Savorelli, *Della riflessione sul suicidio: da Hume a Rousseau*, in «Studi settecenteschi», 25-26, 2005-2006, pp. 47-56.

¹⁴ M. Horkheimer, *Ragione e autoconservazione*, in Id., *Crisi della ragione e trasformazione dello Stato*, Savelli, Roma 1978, p. 96.

negazione della vita, o, quantomeno, a spingerci a usare malamente le passioni «conservatrici»:

Significherebbe sminuire la ragione dire che essa non ci è stata data se non per la conservazione del nostro essere: infatti gli animali conservano il loro essere proprio come noi. Spesso, anzi, questi lo conservano meglio, giacché l'istinto, che lascia loro tutte le passioni necessarie per la conservazione della vita, li priva quasi sempre di quelle che potrebbero distruggerla. Invece la nostra ragione non ci dà soltanto delle passioni distruttive, ma anzi ci fa usare spesso assai malamente di quelle conservatrici¹⁵.

Rispetto all'«istinto» di autoconservazione, alle passioni conservatrici – che caratterizzano gli uomini in quanto esseri «naturali» (EL, XXIV, 11: «des hommes étant faits pour se conserver») –, la dimensione propriamente umana, la ragione come ciò che è proprio dell'uomo, non si vedrebbe che in un *al di là* del principio di conservazione, della *conservatio sui*.

Senza questo aspetto, nessuna differenza potrebbe essere tracciata, affermata tra l'uomo e l'animale, l'intelletto e la sensibilità, mondo intelligente e mondo fisico – per servirsi delle opposizioni che costituiscono il testo di Montesquieu. Non si tratta, tuttavia, dell'idea che solo l'uomo, a differenza dell'animale, possa, per dirla con Hegel, «lasciare cadere tutto, anche la propria vita: può commettere un suicidio», darsi la morte volontariamente. In questione, piuttosto, è l'idea che la nostra passione a “conservare la vita” sia sempre, al tempo stesso, ciò che ci può portare a negarla, a sopprimerla. Così si leggerà nelle *Considerazioni*, «l'amore per la nostra conservazione, si trasforma in tante maniere e agisce secondo principi così contrari da

¹⁵ Montesquieu, *Mes Pensées*, 597 (220. I, p. 240); tr. it. *I miei pensieri*, in Montesquieu, *Scritti postumi (1757-2006)*, a cura di D. Felice, Bompiani, Milano 2017, p. 1597. Una idea analoga si legge in EL, I, 1, quando, parlando degli animali, Montesquieu sottolinea che «la plupart même se conservent mieux que nous, et ne font pas un aussi mauvais usage de leurs passions». Sul passo, si veda R. Kingston, *Montesquieu and the Parlement of Bordeaux*, Droz, Genève 1996, pp. 143-144.

portarci a sacrificare il nostro essere per amore del nostro essere [...] accettiamo di cessare di vivere per un istinto naturale e oscuro (*par un instinct naturel et obscur*), il quale fa sì che amiamo noi stessi più della nostra stessa vita»¹⁶.

Il punto, allora, è che la conservazione della vita dipende, in ultima istanza, non da un'inclinazione naturale, ma dal libero gioco delle passioni e, in particolare, da quell'amore di sé, *amour-propre*¹⁷, nozione che, in Montesquieu, risente evidentemente dell'influenza della tradizione agostiniana e giansenista (Nicole, Pascal)¹⁸, nonché dei moralisti francesi come La Rochefoucauld¹⁹.

¹⁶ Montesquieu, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur decadence* (1734); tr. it. *Considerazioni sulle cause della grandezza dei Romani e della loro decadenza*, in Id., *Tutte le opere* (1721-1754), a cura di D. Felice, Bompiani, Milano 2014, p. 701.

¹⁷ Sul tema, cfr. S. Sportelli, *L'“amour-propre” nella Francia del XVII e XVIII secolo*, Editori Riuniti, Roma 2007; H. Mauroy, *L'amour-propre: une analyse théorique et historique*, in «Revue européenne des sciences sociales», 52, 2, 2014, pp. 73-104; D. Bosco, *L'amour propre, un tema secentesco tra morale e antropologia*, in «Rivista di filosofia neoscolastica», 80, 1989, pp. 27-67.

¹⁸ Cfr., sul punto, D. Weber, *Le «commerce d'amour-propre» selon Pierre Nicole*, in «Astérian [En ligne]», 5, 2007; D. Westgate, *The Augustinian Concept of Amour-propre and Pascal's "Pensées"*, in «Nottingham French Studies», 10, 1, 1971, pp. 10-20. Montesquieu riprenderà espressamente un pensiero di Nicole, osservando: «M. Nicole dit très bien que Dieu a donné l'amour-propre à l'homme comme il a donné le goût aux mets» (*Pensées*, n. 1036).

¹⁹ Sul tema, cfr. J. Lafond, *L'amour-propre de La Rochefoucauld. Histoire d'un thème et d'une forme*, in U. Döring (a cura di), *Ouverture et Dialogue. Mélanges offerts à Wolfgang Leiner*, Narr, Tübingen 1988, pp. 263-276; V. Thweatt, *La Rochefoucauld and the Seventeenth-Century Concept of Self*, Droz, Genève 1980. Per l'influenza di La Rochefoucauld su Montesquieu, cfr. C. Rosso, *Montesquieu e l'arte della massima*, in «Saggi e ricerche di letteratura francese», 6, 1965, pp. 125-170; C. Rosso, *Montesquieu e la tradizione dei moralisti*, in Id., *Virtù e critica della virtù nei moralisti francesi*, Goliardica, Pisa 1971, pp. 267-276.

L'amor proprio è ciò che «si *dissimula* sotto le più svariate forme»²⁰: alla “naturalità” delle inclinazioni – ad una antropologia, diremmo, costruita a partire dall’autoconservazione come “istinto” – esso sostituisce le passioni, la loro energetica, la loro plasticità, il loro incessante trasformarsi, in cui lo stesso principio di autoconservazione è per così dire denaturalizzato, poiché non si riferisce più alla *vita* in se stessa – alla vita come *bios*, all’ “amore per la vita”, come lo chiama Montesquieu – ma alle stesse trasmutazioni continue dell’*amour propre*, ad una “psicologia”²¹.

Occorre procedere con cautela per poter inquadrare la posizione di Montesquieu all’interno di quella «storia concettuale dell’“autoconservazione”» che Hans Blumenberg ha tentato di definire a partire, con riferimento all’età moderna, dalla sostituzione dell’idea transitiva della

²⁰ J.P. Sartre, *La trascendenza dell’Ego. Una descrizione fenomenologica*, a cura di R. Ronchi, Marinotti, Milano 2011, p. 47.

²¹ Resta, in ogni caso, tutto da fare un lavoro che consenta di riflettere più a fondo su come la nozione di “amor proprio”, in Montesquieu, risenta – oltre che della tradizione agostiniana e di quella propria dei moralisti francesi – anche l’influenza dei moralisti inglesi, a cominciare da Mandeville e dalla distinzione, che sarà ripresa soprattutto da Rousseau, tra amor proprio (*self-liking*) e amore di sé (*self-love*). Cfr., sul punto, M.E. Scribano, *Amour de soi e amour propre nel secondo Discours di Rousseau*, in «Rivista di Filosofia», 69, 1978, pp. 487-498; M. Simonazzi, *Bernard Mandeville e Jean-Jacques Rousseau*, in G.M. Chiodi, R. Gatti (a cura di), *La filosofia politica di Rousseau*, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 231-238; N. J. H. Dent, T. O’Hagan, *Rousseau on Amour-Propre*, in «Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes», 72 1998, pp. 57-75. Se, come è stato osservato «de la notion d’amour-propre Montesquieu fait un usage très limité, sans doute à cause de son ambiguïté (*Romains*, XII)» (P. Stewart Philip, *Amour*, in *Dictionnaire Montesquieu*, sous la direction de Catherine Volpillac-Augier, ENS de Lyon, septembre 2013), va però detto che la nozione appare centrale, proprio con riferimento al modo in cui il concetto di vita e di conservazione della propria vita deve essere declinato nella filosofia di Montesquieu. Sottolinea brevemente la funzione dell’amor proprio in Montesquieu, insistendo sulla corrispondenza con alcuni passi di Voltaire e Rousseau, S.M. Mason, *Montesquieu’s Idea of Justice*, Nijhoff, The Hague 1975, p. 177.

conservatio con quella intransitiva e riflessiva dell'autoconservazione (*perseveratio*)²². E ciò perché tale "sostituzione", in Montesquieu, non è affatto netta. Se quella di "conservazione", nei suoi testi, è infatti una nozione in crisi, che risente del progressivo smantellamento dell'architettura concettuale propria della scolastica ma anche della persistente influenza di differenti tradizioni, essa non giunge però ancora alla ridefinizione "moderna", propria di Spinoza e Hobbes.

Diversi interpreti hanno sottolineato, a tal proposito, l'eredità di un certo cartesianesimo, soprattutto nel libro I dell'*Esprit des Lois*, in cui l'idea che l'attività con cui Dio conserva il mondo sia la stessa a quella che lo ha creato²³, di un Dio *créateur* e *conservateur*, coinciderebbe con il recupero della dottrina della *creatio continua*, determinando una concezione della "conservazione" ancora *transitiva*: sarebbe Dio, cioè, che conserva gli enti nella loro esistenza.

Eppure andrebbe osservato come Dio conserva l'esistenza del mondo (inteso come l'insieme delle leggi, ossia dei rapporti che consentono agli enti di sussistere) ma non dell'essente in quanto tale, al quale è *data*, una volta per tutte, la propria legge: ciascuna creatura – secondo la tradizione stoica, mediata da Cicerone – tende per natura alla propria conservazione (come si legge in EL, I, 1-2, *le bêtes conservent leur être*,

²² H. Blumenberg, *Selbsterhaltung und Beharrung. Zur Konstitution der neuzeitlichen Rationalität*, in «Abhandlungen Akademie der Wissenschaften und der Literatur zur Mainz», Geistes- und sozialwissenschaftlichen Klasse, 11, 1969, pp. 333-383; tr. it. a cura di E.R.A. Calogero Giannetto e M. Doni, *Autoconservazione e inerzia. Sulla costituzione della razionalità moderna*, Medusa, Milano 2016, p. 76.

²³ È stata più volte notata, in questo senso, l'affinità tra la tesi di EL, I, 1: «Dieu a du rapport avec l'univers comme créateur et comme conservateur; les loix selon lesquelles il a créé sont celles selon lesquelles il conserve» e la posizione di Cartesio «l'action, par laquelle maintenant il le conserve, est toute la même que celle par laquelle il l'a créé». Cfr. J. Askénazi, *La pratique théorique de L'Esprit des Lois*, in *Analyses et réflexions sur Montesquieu*, Paris 1987, pp. 129-135; D. Casabianca, *Montesquieu. De l'étude des sciences à l'Esprit des Lois*, Honoré Champion, Paris 2008, pp. 141 ss.

così come l'uomo, nella sua condizione naturale, non potrebbe che rivolgersi à la *conservation de son être*).

Cerchiamo allora di fissare una prima accezione o occorrenza del modo in cui nei testi di Montesquieu viene pensato il concetto di "autoconservazione". Essa esiste, anzitutto, nel recupero della tradizione stoica, come «legge della natura»²⁴ o, più correttamente, come espressione di quelle leggi che derivano unicamente *de la constitution de notre être* e che si riferiscono agli uomini nel loro essere "fisico".

Se l'autoconservazione è, tuttavia, «naturale», è *dalla parte* della natura²⁵, rispetto ad essa la ragione – che definisce l'uomo come essere "intelligibile" – sembra avere come tratto distintivo un *al di là* della conservazione. L'uomo, per Montesquieu, vive solo nella contraddizione che deriva dal fatto «che la ragione fisica e la ragione morale non sono quasi mai in sintonia»²⁶. E ciò che definisce la ragione "morale" sembra, essenzialmente, la sua tendenza a spingere la volontà di autoconservarsi al punto da negare se stessa.

È in questo punto che passa la differenza, la linea di separazione rispetto a Hobbes. In quest'ultimo, infatti, l'autoconservazione non è affatto un istinto, inclinazione naturale, ma, al contrario, si costituisce come «legge naturale» o, più correttamente, come «norma razionale di un processo»: è l'autoconservazione *come* ragione che in Hobbes «rinuncia completamente» al diritto naturale «per riaverlo indietro nella misura della volontà legislativa»²⁷.

²⁴ EL, X, 3: «la loi de la nature, qui fait que tout tend à la conservation des espèces».

²⁵ Cfr. l'affinità con S. Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens*, traduit du latin par Jean Barbeyrac, II, 2, 1740, p. 187, che parla dell'«inclination dominant de tous les Animaux, qui les porte invinciblement à chercher toute les voyes imaginables de se conserver».

²⁶ Montesquieu, *I miei pensieri*, cit., p. 1609.

²⁷ Blumenberg, *Autoconservazione e inerzia. Sulla costituzione della razionalità moderna*, cit., p. 53. Da questo punto di vista, non si può condividere, qui, la linea interpretativa suggerita da L. Strauss, *Seminar on Montesquieu* (1966), edited by

L'autoconservazione appare dunque come la razionalità stessa (come quei *theoremata* che *ad conservationem hominum conducunt*), più che come una sua conseguenza o espressione: è il principio stesso della ragione. Se non c'è una ragione per l'autoconservazione, è perché l'autoconservazione, il *perservare*, è ciò che definisce la razionalità della ragione stessa²⁸.

In Montesquieu, al contrario, la ragione si oppone alla natura proprio perché, come si è visto, essa – come ragione “morale” – non ci è data *per* la nostra conservazione. Si tratta di due strategie e di due concezioni della ragione e della razionalità radicalmente differenti, per quanto entrambe fondate sulla separazione tra ragione e natura (e tale separazione è essenziale anche in Montesquieu, perché non consente di inscrivere una legge della conservazione come una “legge naturale”, intesa come ciò cui l'uomo tenderebbe per “natura”)²⁹.

Thomas L. Pangle, *The Estate of Leo Strauss*, 2014, il quale insiste sul recupero, da parte di Montesquieu, del concetto di auto-conservazione presente in Hobbes. Per una posizione ancora diversa, cfr. M.H. Waddicor, *Montesquieu and the Philosophy of Natural Law*, Nijhoff, The Hague 1970, pp. 67 ss.

²⁸ Imprescindibile, sul punto, è il contributo di Horkheimer, *Ragione e autoconservazione*, cit., pp. 93-127. Ma il motivo costituisce anche l'ossatura dell'analisi di M. Horkheimer, T.W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, New York, Social Studies Ass., 1944 (ed. ciclostilata col titolo *Philosophische Fragmente*); Querido, Amsterdam 1947 (prima ed. a stampa, col titolo definitivo e con poche aggiunte); tr. it. di L. Vinci, *Dialettica dell'illuminismo*, Einaudi, Torino 1966. Si veda anche R. Spaemann, *Glück und Wohlwollen: Versuch über Ethik*, Klett, 1989; tr. it. di M. Amori, *Felicità e benevolenza*, Vita&Pensiero, Milano 1998, soprattutto pp. 57-70.

²⁹ Benissimo ha osservato, di recente, P. Slongo, *L'ordine dei rapporti e lo spirito delle leggi. Una lettura del libro I dell'«Esprit des Lois»*, in «Filosofia politica», 3, 2017, pp. 489-490: «Le leggi di natura che Montesquieu espone non presentano la “conservazione” di sé come un principio da cui dedurre tutte le regole di una morale universale com'era in Pufendorf, dove la *socialitas* era il principio fondamentale della legge di natura a cui ogni uomo deve conformarsi e che si enuncia in questi termini: “ogni uomo deve per quanto sta in lui coltivare e conservare la società” (Pufendorf, *De*

Mentre per Hobbes – che esprime qui il principio della razionalità moderna – la ragione, una volta scissa dalla natura, si pone al servizio dell’autoconservazione del soggetto, in Montesquieu essa si definisce, al contrario, in quel gioco di passioni in cui si apre, per la soggettività (nel lessico di Montesquieu: *l’amour propre*), un possibile *al di là* della conservazione, una sempre possibile traiettoria desiderante (o meglio “passionale”) che nega la vita stessa per amore di sé.

Se, come è stato correttamente osservato, l’autoconservazione – nella sua accezione moderna – «implica e con ciò presuppone la struttura del Sé, l’intimità con sé (*Selbstvertrautheit*), è legata all’esperienza della necessità di continuare la propria esistenza»³⁰, non si può non rilevare come, in Montesquieu, il sé non sia ancora pensato in termini di “autoconservazione”, ma, come si è detto, di “amor proprio”, nella misura in cui l’individuo non fa esperienza della *necessità* della propria conservazione, ma, diversamente, dell’*amore* per la propria esistenza (amore che, in quanto tale, si realizza anche nella stessa negazione della conservazione).

Se, per natura, nel suo essere naturale, l’uomo “tende” certamente a conservare la propria vita, la ragione – come ciò che separa l’uomo dalla natura – non consiste, in ultima istanza, in altro che nella costante possibilità di “trasgredire” ogni “legge” naturale. Mentre, pertanto, per natura io *tendo* a conservare la mia vita (naturalisticamente intesa), la ragione, diversamente, si realizza come passione di sé, come ciò che, per conservare se stessa, può giungere a negare la vita stessa.

Che io *debba* conservare la mia vita, non può essere, pertanto, fondato come un precetto, una legge della *ragione*, in Montesquieu. Ed è questo assunto, come si dovrà ora mostrare, che impedisce, in ultima

officio hominis et civis, 1673). Il diritto alla sicurezza e alla conservazione non compare più come *il* diritto fondamentale in Montesquieu».

³⁰ D. Henrich, *Die Grundstruktur der modernen Philosophie*, in Id., *Selbstverhältnisse. Gedanken und Auslegungen zu den Grundlagen der klassischen deutschen Philosophie*, Reclam, Stuttgart 1982, p. 95.

istanza, di delineare la relazione tra protezione accordata dalle leggi, dalla società, e libertà individuale nei termini di una logica contrattualistica, di un'economia dello scambio.

4. Legge e vita

In Rousseau, e nel suo recupero, nella sua trascrizione del passo tratto dall'*Esprit des Lois*, è esplicita la necessità, per poter giustificare proprio il diritto di punire, che occorra radicalmente escludere che qualcuno possa entrare a far parte nel contratto sociale «premeditando di farsi impiccare». Il che significa: si deve presumere che le parti, gli “agenti” rispondano ad una riflessione e ad un agire razionale, tengano conto dei propri interessi, calcolino le conseguenze e i benefici delle pattuizioni che concordano. Se non si presumesse questa *razionalità*, questo *interesse* a vedere conservata la propria vita da parte dell'individuo, non potrebbe funzionare il dispositivo securitario proprio del contratto sociale. Ma è non esattamente questo che, in Montesquieu, è impossibile da presumere?

Nulla potrebbe assicurare che il criminale condannato a morte sia entrato in società, abbia vissuto in società spinto dal suo interesse a veder conservata la propria vita³¹. La legge, certo, l'ha *de facto* conservata, ma non si può presumere – perché è la stessa idea di ragione, in Montesquieu, che non lo consente – che egli desiderasse tale conservazione³². Perché non si potrebbe persino presumere, in certi casi, che il criminale abbia assassinato proprio per aspirare alla pena, per vedersi non conser-

³¹ Sul concetto di “interesse” nella riflessione di Montesquieu, si deve qui rimandare a A.O. Hirschman, *The Passions and Interests. Political Arguments for Capitalism before its Triumph*, Princeton University Press, Princeton 1977; C. Spector, *Sujet de droit et sujet d'intérêt: Montesquieu lu par Foucault*, in «Astérisque», n. 5, juillet 2007.

³² Si vedano, sul punto, le interessanti considerazioni di C. Larrère, *Le pluralisme de Montesquieu ou le savoir de la liberté*, in «Revue de métaphysique et de morale», 77, 1, 2013, pp. 19-32.

vare la vita dalla legge? Tutto ciò non potrebbe risuonare – per quanto involontariamente – nell’idea che «un assassino, per esempio, ha goduto della legge che lo condanna»?

Non possiamo forzare oltre il testo e la logica del passo che stiamo analizzando. Ma siamo giunti comunque a mostrare che la legge non conserva la vita *in quanto*, nella misura in cui essa adempirebbe, così, ad una nostra richiesta di “assicurazione”, al nostro bisogno di protezione. Non siamo, a differenza di quanto accade in Rousseau, all’interno di una logica contrattualistica. È il tema che ispira la lettera LXXVI dedicata al suicidio: «perché mi si chiede di lavorare per una società alla quale consento di non più partecipare? Che mantenga mio malgrado un patto (*une convention*) che è stato fatto senza di me?»³³. La società, la legge, è fondata su un vantaggio reciproco: per questo il sovrano – ripeterà Usbek – non può pretendere che io resti suo suddito quando «non ne ricavo più vantaggi», *les avantages de la sujétion*.

La critica contenuta nelle *Lettres persanes* è decisiva. E il brano dell’*Esprit des Lois* che abbiamo, qui, inteso analizzare, ne costituisce la risposta, la replica (per quanto ciò non sia immediatamente evidente, poiché cambia l’argomento: non più il diritto di togliersi la vita, ma il diritto della società a privarmi di essa). Ciò che è in questione è esattamente lo stesso problema, infatti: cosa significa vivere sotto le leggi, o, più correttamente: che rapporto si dà tra la vita, il concetto di vita, e la legge?

L’argomentazione secondo cui la legge è ciò che mi consente di conservare la mia vita – e per questo essa può dirsi fatta a mio favore, per il mio vantaggio, e quindi ha il diritto di obbligarmi – presuppone che l’*autoconservazione*, la possibilità di conservare il proprio essere, costituisca ciò che è sempre nel mio interesse, nel mio vantaggio, e quindi nel mio dovere. In termini più precisi: solo in quanto io riconosca o sia costretto a riconoscere il mio interesse o il mio dovere a conservare la

³³ Montesquieu, *Lettere persiane*, tr. it. di G. Alfieri Todaro-Farando, Rizzoli, Milano 2006, p. 166.

vita, sarà allora possibile fondare il mio obbligo di rispettare il diritto, di vivere sotto la legge.

Se nelle *Lettres Persanes* tale problema si declina a partire dal motivo del suicidio, nell'*Esprit des Lois* esso è riformulato attraverso la separazione tra schiavitù e libertà: allo schiavo – scrive Montesquieu – la legge non conserva la vita, perché non è stata fatta per lui, in suo favore. La legge può, invece, rivendicare il fatto che è *per essa* che l'uomo libero conserva la propria vita.

Montesquieu non si limita ad affermare che la legge mi consente, mi aiuta a conservare la vita, poiché ad esempio, punendo chi attenti ad essa, previene azioni delittuose nei suoi confronti. Ciò non sarebbe sufficiente, perché resterebbe da dimostrare il fatto che sia mio interesse e mia volontà conservarla.

Egli afferma che è la legge ad aver conservato la mia vita *in ogni istante*: la *conservatio* non è, cioè, assunta nel suo significato – moderno – riflessivo e intransitivo (come auto-conservazione, *Selbsterhaltung*). La vita non “si” conserva, ma è ciò che viene, che è conservato. La conservazione viene da altro che da sé, ossia dalla legge: è ancora la concezione passiva, transitiva, propria dell'alta scolastica, che Montesquieu riprende in un contesto nuovo e inedito. *Elle lui à conservé la vie à tous les instants*: la vita non tende di per sé alla propria conservazione, è la legge che la conserva.

Ma cosa significa, qui, “vita”? Non si tratta, ovviamente, di un'affermazione che si riferisca a quest'ultima come naturalisticamente intesa, alla vita come fatto biologico: lo schiavo non cessa di vivere per il solo fatto che nessuna legge potrebbe rivolgersi a lui, accordargli protezione; così come l'individuo libero non ha la garanzia di poter restare in vita solo perché la legge punisce chi dovesse attentare alla sua incolumità. Ciò che la legge conserva è la vita come *diritto* (ed eventualmente come *dovere*, nel momento in cui Montesquieu ripenserà anche, almeno in parte, il problema del suicidio), come “valore” e concetto giuridico.

Se la legge conserva la vita, è in quanto la *istituisce* come ciò che dev'essere *conservata* dalla legge stessa. Ciò non avviene nella schiavitù: qui la legge non costituisce la vita dello schiavo come qualcosa

che *giuridicamente* «deve» essere conservato, con la conseguenza che, se lo schiavo non trova nelle leggi la protezione della propria vita, non si potrebbe però neppure dire, a rigore, che il padrone disponga di un *diritto* sulla vita dello schiavo. La vita, semplicemente, non assume rilievo per il diritto, resta cioè il semplice *fatto* di vivere, esterno ad esso. Al contrario, la libertà, una legge della libertà non si costituisce che a partire da qui: dall'istituzione/riconoscimento della vita come “bene” o “diritto” da tutelare.

È questo meccanismo essenziale che spiega come sia possibile, in Montesquieu, fissare il principio per cui «la vita nella legge è l'unica sicura» e la vita nella legge è la «vita libera»³⁴. Tale articolazione – vita, legge, libertà – presuppone, per poter essere fatta funzionare, che la vita debba obbedire ad una legge di conservazione e che la legge (giuridica) sia ciò che consente tale conservazione.

Occorre, cioè, che la *legge* della *conservatio vitae* preceda la vita stessa, sia ciò che la rende tale, la istituisca come vita che tende alla propria conservazione³⁵. Ma questa istituzione della vita non potrebbe passare che al livello della legge, del «vivere sotto la legge», nella società politica, e non al livello della ragione, della razionalità (come avviene in Hobbes). Per questo sarebbe improprio pensare che, in Montesquieu, sia la ragione – come *autoconservazione*, riflessiva e intransitiva – a spingerci a cercare la “protezione” delle leggi per conservare la nostra vita; è, al contrario, la protezione delle leggi che istituisce, regola e disciplina la nostra vita come ciò che deve essere conservato³⁶.

³⁴ B. Magni, *Dispotismi ricorrenti: Montesquieu in Hannah Arendt*, in M. Donzelli, R. Pozzi (a cura di), *Patologie della politica*, Donzelli, Roma 2003, p. 146.

³⁵ Si veda, sul punto, il bel testo di D. Tarizzo, *La vita, un'invenzione recente*, Laterza, Roma-Bari 2010.

³⁶ Da questo punto di vista, si può forse spiegare come, con l'*Esprit des Lois*, l'interrogazione sul tema del suicidio non passi più, come nelle *Lettres*, per il problema del *diritto* di darsi la morte, bensì per l'analisi delle cause che contribuiscono a spiegarne la pratica in determinate culture e periodi storici, nonché dei limiti della sua eventuale

5. La condanna a morte come istituzione della vita

Siamo giunti così a delineare quello che è il problema teorico fondamentale del passo in questione, che va come tale distinto dal problema “criminalistico” in senso stretto. Dobbiamo tentare ancora una volta di rileggerlo, per capire che, qui, Montesquieu sta interrogando – all’interno di una critica del concetto di schiavitù – *ciò che fa sì* che la morte di un criminale sia cosa conforme al diritto (*licite*). Non è in questione, cioè, soltanto un problema di “giustificazione” della morte *come* pena (a tale aspetto, come si è visto, Montesquieu ha già dedicato altre argomentazioni). Il problema – per quanto esso resti implicito – sembra essere, soprattutto, quello di individuare nella condanna a morte, nel diritto di dare la morte da parte della società, il dispositivo che consente di separare schiavitù e libertà.

Liberò è l’individuo nella misura in cui vive sotto le leggi ed in queste leggi, in quanto fatte *en sa faveur*, trova la possibilità di conservare la propria vita. Ma – come si è detto – tutto ciò implica, a sua volta, che non vi sia che la legge stessa a potere, nelle logiche del testo di Montesquieu, istituire la vita come ciò che essa ha il compito di conservare, di proteggere. È *per* la legge che potremmo sempre rivendicare un nostro “diritto” alla vita, un nostro diritto di veder conservata la vita (la legge della schiavitù non fonda alcun diritto di questo tipo).

Eppure, ciò non sarebbe possibile se la legge non potesse, in ultima istanza, anche dare la morte. Il fatto che sia la legge a conservare la mia vita, che sia *per* la legge che sono libero, non si potrebbe dedurre, non apparirebbe mai come tale se la legge stessa non potesse togliermi la vita: è solo nel momento della morte, che la legge si mostrerà come ciò che è stata fatta in mio favore, come ciò che mi ha conservato la vita, come una legge di libertà anziché una legge di schiavitù. Solo nel momento in cui la legge mi condanna a morte ed afferma il suo diritto

persecuzione in sede penale. Ciò dovrebbe, forse, essere letto a partire dal fatto che il problema fondamentale sia divenuto, nell’architettura dell’*Esprit des Lois*, quello di fondare la conservazione della vita come ciò che l’ordine politico deve garantire.

a darmi la morte, io potrà sapere che, sino a quel momento, è stato *per* la legge che ho vissuto, che ho potuto conservare la mia vita.

La condanna a morte, da questo punto di vista, risponde alla necessità di *istituire* la vita – ancor prima della morte – come *ciò che va conservato*, come ciò che la legge ha il dovere di conservare e di far conservare agli individui³⁷. Senza questo diritto di dare la morte, non sarebbe semplicemente l'anti-abolizionismo di Montesquieu ad essere messo in questione. Sarebbe, piuttosto, la stessa possibilità di pensare la *vita sotto la legge*, la vita come ciò che, per conservarsi, non può che essere *sotto* la legge.

6. Conclusioni

Chi vuole vivere tra gli uomini deve obbedire alla legge.
È da qui che proviene la morale del mondo occidentale.
M. Horkheimer, *Ragione e autoconservazione*

Ciò che si è, qui, tentato di mostrare è come il diritto di dare la morte non sottende, nella filosofia di Montesquieu, unicamente il problema

³⁷ Non occorre, qui, necessariamente recuperare l'interpretazione della formula romanistica *vitam instituere* sulla linea suggerita di P. Legendre, *Sur la question dogmatique en Occident*, Fayard, Paris 1999. Essa, del resto, come Yan Thomas ha sottolineato, non è mai stata intesa, nella tradizione giuridica romana e moderna, come se la legge, il diritto "istituisse" la vita. Lo stesso frammento di Marciano (D. 1, 3, 1) non è che una ripresa di un passaggio di Demostene, il cui significato è quello secondo cui l'ordine politico si definisce per il fatto che esso istituisce un modo di vivere conforme alla legge. Il passo, del resto, non verrà tradotto in latino che nel XII secolo, per opera di Burgundio da Pisa, con l'espressione *secundum eas (leges) vivere*, laddove la differente traduzione *vitam instituere* compare unicamente con Guillaume Budé, il quale continua tuttavia a intendere correttamente il passo nel senso che, in esso, non si definisce che il modo in cui cittadino conforma la propria esistenza ai precetti della legge (cfr., sul punto, Y. Thomas, *Droit romain et histoire de la science juridique en Occident*, in «Annuaire de l'EHESS», 2008, pp. 554-556). Così, peraltro, il testo si trova citato anche in Domat. Per un'introduzione sul tema, cfr. anche L. Parisoli, *Vitam instituere: la portée fondamentale du droit de vie et de mort dans le cadre d'histoire de la pensée juridique*, in «Politeia», 3, 2003, pp. 81-90.

relativo alla possibilità di definire – determinandone i limiti – la morte *come* pena, ossia di inscrivere la morte all’interno di un discorso criminalistico e di una teoria del diritto di punire. Il che significa che, se il testo di Montesquieu non potrebbe mai giungere ad una posizione “abolizionista”, non è unicamente in forza della sua concezione del diritto penale. Piuttosto, nella giustificazione del diritto, da parte della società, di condannare a morte si articola la possibilità – essenziale per Montesquieu – di pensare il rapporto tra libertà e legge. È nella definizione di questo rapporto che il problema della conservazione della vita acquisisce un’importanza fondamentale, sebbene implicita.

Rispetto, tuttavia, alla linea hobbesiana – la quale consiste nel fare del principio di autoconservazione *la* legge della ragione, della razionalità –, in Montesquieu la *conservatio* è ancora pensata nei termini *transitivi* propri della tradizione cartesiana e non costituisce l’espressione, il tratto proprio della ragione, della sua riflessività. Mentre la ragione “fisica” recupera l’idea stoica dell’inclinazione verso la propria conservazione, la ragione “morale”, di per se stessa, non risponde ad una logica dell’autoconservazione, secondo una “contraddizione”, come la definisce Montesquieu, che può essere così schematizzata:

<i>Ragione naturale</i>	<i>Ragione morale</i>
conservazione come legge di natura (istinto di autoconservazione)	conservazione come legge della società (<i>conservatio</i> transitiva)
concetto naturalistico di vita	concetto giuridico di vita
la vita è ciò che tende a conservarsi	istituzione della vita come ciò che deve essere conservato

Soltanto *sul piano del diritto*, ossia dell’insieme delle leggi che regolano il funzionamento di una determinata società, Montesquieu può recuperare la conservazione della vita come ciò che assicurerebbe la relazione tra protezione ed obbedienza, tra libertà individuale e sicurezza garantita dalle leggi. È solo *per* la legge, attraverso essa, che la vita può essere fondata come ciò che deve essere conservata.

Che, pertanto, il diritto di dare la morte corrisponda, in ultima istanza, alla necessità di garantire la stessa possibilità di una «libertà sotto la legge», non deve di per sé considerarsi contraddittorio; piuttosto, ciò mostra la difficoltà di ridurne la problematica alla sola questione della pena di morte, della giustificazione del diritto di istituire la morte *come* pena. In Montesquieu, la condanna a morte, per quanto paradossale ciò possa sembrare, serve anzitutto come ciò che consente di istituire la vita *come* diritto, come ciò che il diritto ha il compito di conservare.

Se, allora, compito di una filosofia che possa costituirsi realmente come “abolizionista” è quello di non cessare di criticare, di trasformare, di inventare nuove soluzioni nel nostro modo di rileggere quella tradizione che, fino ad oggi, non è riuscita nel compito di pensare un diritto *senza* il diritto di dare la morte, una posizione come quella di Montesquieu ci consente, però, di specificare la portata di questo impegno teorico.

Essa insegna, in altri termini, che l’abolizionismo non può limitarsi alla critica della morte *come* pena, ad un livello di discorso limitato ai problemi ed alle questioni proprie del diritto penale e del diritto di punire – e che forse questo è stato, sino ad oggi, il limite che ha segnato tutta una serie di posizioni “abolizioniste” in politica e nella politica del diritto. La filosofia di Montesquieu insegna, però, come il diritto di dare la morte non costituisca neppure la “prerogativa” della sovranità, ciò che definisce il sovrano come tale, il *proprio* della sovranità – e come se, pertanto, basterebbe liberarsi della concezione della sovranità per eliminare anche tale diritto. Quest’ultimo, in Montesquieu, non risponde alla logica della sovranità, alla sua istituzione, ma ad un problema ancora diverso, più profondo ed articolato, che è dato, lo si ripete, dalla questione di come fondare la relazione tra libertà e legge. È allora, forse, la messa in questione di questa relazione – dell’idea di poter essere “liberi sotto la legge” – ciò da cui occorrerà nuovamente muovere per poter pensare le condizioni di un’abolizione incondizionata del diritto di dare la morte.

NOTE E DISCUSSIONI

SU CICERONE FILOSOFO DEL DIRITTO

Giorgio Ridolfi

1. Secondo una categorizzazione piuttosto diffusa in sede storiografica, è possibile individuare nell'opera di Marco Tullio Cicerone, soprattutto in quanto autore del *De legibus*, un primo consapevole tentativo sistematico nell'ambito della filosofia del diritto. A questa assunzione, che a volte appare quasi pregiudiziale, non è tuttavia seguita, come lamenta Maria Zanichelli in un saggio di recente pubblicazione¹, un'adeguata indagine su quale sia il posto che realmente spetta all'erudito arpinate all'interno di questa disciplina. Pochi autori si sono chiesti, almeno in maniera soddisfacente, quanto l'articolata, e a tratti incongruente, posizione filosofica ciceroniana potesse aver influito sulla – e, al contempo, essere stata determinata dalla – sua figura di avvocato e di protagonista di un prestigioso *cursus honorum* all'interno delle istituzioni della Roma repubblicana. In aggiunta a ciò, analizzando gli scritti politici e giuridici di Cicerone, e gli accenni che al problema politico-giuridico egli compie in opere di altro contenuto o nelle sue orazioni giudiziarie, si è finiti quasi sempre per riportare le dottrine in essi espresse ad un'ottica esclusivamente politica, mettendo sistematicamente in secondo piano quella più specificamente giuridica.

Una rilevante eccezione in questo ambito di studi, come la stessa Zanichelli non manca di mettere in luce, è rappresentata da un saggio

¹ M. Zanichelli, *Ius de quo quaerimus. Cicerone filosofo del diritto*, Universitas Studiorum, Mantova 2018 (in seguito citato come *IDQQ*).

pubblicato qualche mese prima da Fernando H. Llano Alonso², nel quale la figura di Cicerone, avvocato, politico, filosofo e letterato, è immessa nella particolare e tragica temperie storica in cui egli si trovò a vivere, senza per questo rinunciare a mostrare come le sue dottrine posseggano un versante teorico universale, che è stato in grado di risuonare in epoche molto posteriori³ e che, ancora oggi, ci fornisce una fondamentale chiave di lettura degli eventi contemporanei. Ciò non toglie che i due saggi citati, pur insistendo in alcuni tratti su argomenti simili, e presentandone una lettura sovrapponibile, non solo forniscano a volte, come è normale che sia, chiavi di lettura differenti dell'opera ciceroniana, privilegiandone alcuni aspetti a scapito di altri, ma soprattutto siano stati redatti sulla scorta di differenti intenzioni scientifiche. Per quanto infatti si possa riconoscere che la scelta stessa di trattare un determinato argomento metta necessariamente in questione ogni pretesa neutralità ricostruttiva, Zanichelli si propone di indagare in maniera piuttosto esclusiva in quale senso – o meglio, in quali sensi – si possa parlare di Cicerone nei termini più specifici della filosofia del diritto, e lo fa principalmente partendo dalla citazione diretta di brani delle sue opere⁴. Al

² F.H. Llano Alonso, *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Cizur Menor, Aranzadi 2017 (in seguito citato come *GR*). Il riferimento di Zanichelli è in *IDQQ*, p. 7n.

³ Alle pp. 79-120, Llano offre una lunga rassegna sull'influenza del pensiero ciceroniano nell'Italia dei secoli XIV-XVI, con speciale attenzione per la ricezione da parte di Machiavelli e Guicciardini, nell'Inghilterra della guerra civile e della *Glorious Revolution*, e nell'America al tempo della Rivoluzione e della fondazione della Federazione.

⁴ Nelle pagine conclusive del suo saggio, Zanichelli compie un'enumerazione dei versanti filosofico-giuridici dell'opera ciceroniana che, per ragioni di ordine espositivo, non ha potuto prendere in considerazione, o sono stati considerati solo di sfuggita (e che invece, per la maggior parte, sono stati indagati nell'opera di Llano): «le trattazioni ciceroniane sulla cittadinanza (che ne fanno un esponente del repubblicanesimo *ante litteram*); sulla dignità (da lui intesa audacemente e innovativamente non solo come prestigio connesso a un certo rango sociale ma anche come dotazione comune a tutti gli esseri umani in quanto tali); sull'acquisto della proprietà privata (che tanto

contrario Llano, al di là di un'articolata indagine storiografica, rivendica in maniera esplicita e convinta la perdurante utilità di un "classico", quale è per la nostra cultura l'intero *corpus* ciceroniano, per offrire soluzioni a un'attualità che mostra di aver perso il contatto con l'universalità di alcuni fondamentali valori politici e giuridici⁵.

L'eccezionalità dell'argomento affrontato da questi due recenti saggi ci spinge, di conseguenza, a una più approfondita analisi del loro contenuto, volta alla rilevazione delle continuità e delle più rilevanti differenze che emergono dal loro confronto.

2. Considerando il punto di avvio di entrambe le ricostruzioni, si nota la funzione centrale che in esse assume la dimensione biografica di Cicerone. In primo luogo la sua figura emerge come quella di un principe del foro, protagonista di un'attività di patrocinio legale che corre dagli anni della giovinezza fino praticamente alla fine della sua vita. Come si premurano di ricordare entrambi gli autori, Cicerone, pur avendo frequentato i più insigni giuristi della sua epoca, fu in realtà principalmente un grande oratore giudiziario, che conosceva tanto diritto quanto era necessario per un'accurata difesa dei suoi clienti, ma che non svolgeva le attività tipiche che qualificavano un giurista in epoca romana: il dare pareri sulla soluzione di controversie (*respondere*), il redigere negozi giuridici privati (*cavere*), e il suggerire strategie processuali (*agere*). Questo

influenzeranno le corrispondenti concezioni giusnaturaliste moderne); sulla *humanitas* quale idea di una famiglia umana universale che trascende le singole comunità e sul *consensus omnium gentium* come prova per argomentare *a posteriori* l'esistenza di istituti comuni a popoli diversi (entrambi nuclei embrionali delle successive teorie cosmopolitiche); sulla costituzione mista come garanzia di stabilità istituzionale e di equilibrio dei poteri» (*IDQQ*, pp. 193-194).

⁵ A partire dalle 14 definizioni di "classico" che Italo Calvino offre nell'articolo del 1981 *Perché leggere i classici*, Llano sceglie per definire l'opera di Cicerone la quattordicesima, secondo cui esso è «ciò che persiste come rumore di fondo anche là dove l'attualità più incompatibile fa da padrona» (citato in *GR*, p. 161).

anche perché «Cicerone viene a trovarsi in qualche modo sul crinale che separa, nella Roma antica, la fase in cui il diritto era un elemento e un fattore-chiave dell'identità civile, ad essa integrato e intrecciato, e la fase in cui», a partire dall'età augustea, «il diritto sarebbe diventato invece un sapere autonomo, tecnico e specialistico, appannaggio di un ceto di professionisti»⁶.

A questa attività giudiziaria va, però, necessariamente affiancato l'altro fondamentale versante della vita pubblica di Cicerone, ossia quello politico. Imparentato con il popolare Caio Mario, e come lui *homo novus* della politica romana, ma sostenitore, nonostante ciò, della supremazia dell'aristocrazia senatoria, senza per questo tacere dei torbidi del periodo sillano, Cicerone visse l'epoca dei grandi capi militari che condussero gradualmente la repubblica all'estinzione, trovandosi a parteggiare, più per necessità che per convinzione, prima per Pompeo (contro Cesare) e poi per Ottaviano (contro Antonio), nella speranza che una loro vittoria potesse significare il ritorno al governo non personalistico delle antiche magistrature di cui egli, dopo aver sventato da console la congiura di Catilina, si riteneva il salvatore. La vita pubblica e politica, come necessaria attività di ogni cittadino libero, appare in questo orizzonte come cardine e discriminante per giudicare ogni altra attività, soprattutto intellettuale, che, per quanto dignitosa, si legittima solamente, secondo l'antica *forma mentis* romana, alla luce delle sue possibili ricadute pratiche. Gli scritti politico-giuridici e filosofici di Cicerone appartengono, infatti, a un periodo in cui i rovesci politici e personali costringevano il loro autore a un *otium* forzato, ché altrimenti i suoi impegni pubblici non gli avrebbero mai permesso l'elaborazione di un'opera che mira indubbiamente a una certa sistematicità. Ma, ancora una volta, tale attività intellettuale si vedeva giustificata solo «come prosecuzione della politica con altri mezzi»⁷, e dunque nell'ottica della speranza, poi frustrata,

⁶ *IDQQ*, p. 12.

⁷ *Ivi*, p. 40.

di un ritorno in grande stile nell'agone politico, una volta che la forza dei fatti e degli argomenti avesse definitivamente sconfitto coloro che, anche quando la difendevano a parole, si proponevano come liquidatori della repubblica.

Cicerone appare dunque, al contempo, come avvocato, maestro dell'arte oratoria, intellettuale interessato a un ampio numero di questioni teoriche, e politico. Il fatto che quest'ultima funzione tenda, almeno nelle sue intenzioni, a prendere il sopravvento sulle altre e, in qualche modo, a determinarle, non significa, tuttavia, che Cicerone non abbia offerto anche nelle altre branche della sua attività, e soprattutto in quella filosofica o filosofico-giuridica, che è quanto più rileva per il nostro interesse, dei contributi fondamentali, che non sempre sono stati valutati nella loro reale profondità. Con una riuscita similitudine, Llano afferma che, quando leggiamo le pagine dell'Arpinate, dovremmo comportarci «come se fossimo spettatori che esaminano i dettagli, non colti a prima vista, di un quadro che ci risulta vagamente familiare, del quale tuttavia ancora non si sono svelate tutte le chiavi necessarie per intendere meglio il contesto storico nel quale fu dipinto, e spiegare il suo significato e la sua ripercussione sui posteri, forse la sua atemporalità, e anche la sua permanente attualità»⁸.

3. Un altro *cliché* storiografico riguardante Cicerone è quello del suo eclettismo filosofico, cioè della sua tendenza a ripetere discorsi provenienti dalle varie scuole filosofiche greche, con la rilevante eccezione dell'epicureismo – di cui pure, come nota Llano, si manifestano echi nel contrattualismo dei più risalenti *De inventione* e *Pro Sestio* –, senza preoccuparsi della loro possibile convivenza. A questa ricostruzione, che pure presenta alcuni tratti di realtà, Zanichelli oppone la rilevazione del fatto che, con le sue opere filosofiche, Cicerone non compiva sempli-

⁸ GR, p. 12.

cemente un'opera di traduzione di testi greci, con aggiunte ininfluenti quando non deleterie per la coerenza speculativa, ma, forgiando con indiscutibile impegno un nuovo lessico filosofico, adattava a un orizzonte intellettuale, sociale e politico del tutto differente concetti che una mera trasposizione avrebbe reso per buona parte incomprensibili, e soprattutto inaccettabili. Tradurre testi filosofici è già di per sé un gesto filosofico, ed egli svolgeva in questo senso un'opera fondamentale, quella di dare «un nome a cose che per i Romani non esistevano, o non avevano alcuna rilevanza»⁹.

Il contributo di Zanichelli è, in realtà, dedicato per la sua maggior parte alla domanda su quale sia il significato autentico di questo eclettismo e su come esso riverberi sulla dottrina giusfilosofica ciceroniana. Come d'altra parte fa anche Llano, ella parte dalla constatazione che, a costituire il fondo delle opere che maggiormente esprimono la filosofia giuridica di Cicerone, e quindi, oltre al già citato *De legibus*, il *De re publica* e il *De officiis*, sia un complesso di dottrine platoniche, aristoteliche e, soprattutto, stoiche, secondo quello che, come faceva notare Alf Ross in *Diritto e giustizia*, costituiva il comune patrimonio culturale dell'aristocrazia romana. Tali teorie spingono Cicerone a battere una via fondazionista, basata su un «atteggiamento speculativo cognitivista, mirante alla fondazione razionale dei valori e dei giudizi di valore sulla base di criteri oggettivi, universali e accertabili»¹⁰, e pertanto decisamente distinta da quelle teorie fondazionaliste incentrate sulla rilevazione di dati fondativi ultimi che godrebbero dell'autoevidenza. Solo una lunga e puntuale indagine filosofica può, infatti, portare a comprendere l'assoluta sovrapposibilità della costituzione naturale del mondo, del progetto divino che, creandola, si confonde con essa, e della ragione umana che, essendo parte della natura e, dunque, a sua volta della ragio-

⁹ *IDQQ*, p. 17.

¹⁰ *Ivi*, p. 82.

ne divina che l'ha creata, è in grado di comprenderla e di conformarsi alle leggi etiche che da essa necessariamente promanano¹¹.

In questo disegno di matrice panteista trova un'ovvia giustificazione anche il versante giuridico, poiché, se Dio, che è legislatore supremo e universale, dà ordine alla natura, ordina contestualmente anche le società umane, e «l'uomo che non rispetti detta legge starà rinnegando sé medesimo»¹². Cicerone individua come istanza di rinvenimento del diritto la *recta ratio*, concetto formalmente modellato sull'*orthòs lògos* aristotelico, per quanto il suo giusnaturalismo imperativista non abbia nulla a che fare, almeno in linea di principio, con le espressioni di *mesòtes*, *aretè* e *prhònesis* (che risuoneranno invece in San Tommaso, per il quale *prudentia est recta ratio agibilium*), ma guardi a una tripla fondazione stoica del diritto in termini ontologici, antropologici e teologici. Il diritto si propone di agevolare e di regolare quella naturale socievolezza umana che non può non derivare da ogni corretto uso della ragione da parte degli uomini, che in questo modo, sottolinea Llano, si presentano kantianamente come legislatori autonomi. Esso non può essere, pertanto, orientato dal principio dell'*utilitas*, su cui in questo periodo di crisi politica si andava fondando la degenerazione dei legami clientelari, bensì sull'assolutezza della *virtus*, che, in un'ottica aristotelica temperata alla luce della Media Stoà, fa apprezzare l'amicizia come bene in sé.

La tendenza a riportare l'esperienza umana, e dunque anche quella giuridica, al suo fondamento naturale trova espressione privilegiata nel *De legibus*, in cui oltretutto Cicerone si preoccupa di legittimare tutto il

¹¹ Come sottolinea Llano, «quando Cicerone parla di “natura” non lo fa in modo analogo a quello di alcuni filosofi greci dell'antichità, come Pitagora o Empedocle, né nello stesso modo in cui lo faranno alcuni giuristi della Roma imperiale, come Ulpiano. A differenza di Cicerone, questi autori intendevano la natura come un'entità preesistente, un ordine fisico oggettivo e anteriore all'uomo, le cui norme venivano imposte tanto a lui quanto agli altri esseri viventi» (*GR*, p. 24).

¹² *Ibidem*, p. 24.

diritto vigente alla luce del *mos maiorum*. Ma mai, forse, il fondazionismo ciceroniano appare più esplicito che nelle pagine dedicate al problema del *bellum iustum*. A tale riguardo, egli sembra sostenere che il combattersi violentemente sia proprio solo degli animali e non certo degli uomini, e che pertanto, in termini aristotelici, «l'autentica causa formale (cioè attinente all'essenza, alla sostanza, alla definizione) della guerra è la sua causa finale, la pace»¹³. Ne deriva che nella guerra l'ingiustizia è la regola, e cioè che per essere legittima essa ha bisogno, non solo di essere dichiarata in maniera formalmente corretta secondo le antiche formule e consuetudini del *ius fetiale*, ma anche di poter rivendicare una giusta causa sostanziale – e, dunque, un fondamento –, se non direttamente dal punto di vista etico, quantomeno da quello giuridico (il rispetto dei patti, la salvezza dello Stato, la vendetta contro i nemici, etc.).

Anche rispetto a queste questioni è, comunque, sicuramente interessante vedere come le vicende biografiche e politiche assumano un ruolo tutt'altro che marginale nell'evoluzione delle posizioni ciceroniane. Lo stesso discorso sviluppato nel *De officiis* contro il *bellum iniustum* non può non risentire del fatto che, all'epoca della sua composizione, Cicerone stava combattendo un'aspra lotta in Senato contro Antonio e contro l'indiscriminata brama di potere, di gloria e di conquista che egli rappresentava. D'altra parte, anche la categoria dei *boni*, che nella più risalente orazione *Pro Sestio* presentava, accanto a un carattere morale, anche un carattere marcatamente sociale, in quanto si riferiva a quei ceti aristocratici e possidenti interessati al mantenimento dell'ordine pubblico e alla rigenerazione della *res publica*, si restringe nel *De amicitia* a coloro che manifestano nella loro condotta integrità, equità, generosità e lealtà, cioè che esplicitano quel senso autentico di reciprocità che sta alla base di una delle più classiche virtù romane, quella della *fides*. Analogamente, se nel *De re publica* Scipione metteva in relazione la *naturalis congregatio* anche con la *utilitatis communio*, e dunque non

¹³ *IDQQ*, pp. 133-134.

negava del tutto valore alla ragione strumentale, nel *De amicitia* e nel *De officiis*, anche in ragione dell'«esigenza di prendere posizione contro le tesi epicuree, di cui Cicerone avvertiva la portata disgregatrice e destabilizzante per le istituzioni e per la moralità repubblicana»¹⁴, i due termini appaiono in netta contrapposizione.

Questi rimandi alla biografia di Cicerone rendono evidente, secondo Zanichelli, il fatto che furono spesso considerazioni di matrice contingente a spingerlo verso soluzioni dogmatiche, laddove un'analisi delle sue opere filosofiche fa emergere un'ulteriore componente, risalente all'insegnamento dell'accademico Filone di Larissa e definibile probabilista, che non risulta facilmente armonizzabile con la struttura fondazionista delle opere giuridico-politiche. In risposta all'orientamento scettico, concentrato sulla confutazione e sulla disputa, che Arcesilao e Carneade avevano finito per imporre all'Accademia, Filone, di cui Cicerone ascoltò le lezioni in Atene, aveva parlato della possibilità di raggiungere alcune verità evidenti e accessibili, avvalendosi per il resto dell'attività teoretica e pratica dei principi della probabilità e della verosimiglianza. Non è difficile comprendere come, in una società tradizionalmente poco versata nella speculazione e che stava attraversando un'irredimibile crisi morale e politica, non potessero certo essere assunzioni dogmatiche, ma solo statuizioni pratiche ispirate a un *common sense* non troppo problematico, a rappresentare la speranza di un mantenimento dei buoni costumi del passato. E, d'altra parte, questo atteggiamento probabilistico rispecchiava la personalità dello stesso Cicerone, «la sua preferenza per la *lenitas* come atteggiamento etico-educativo e come stile di condotta, in contrapposizione all'intransigenza della *gravitas*; [...] in campo giuridico la preferenza per l'*aequitas* rispetto al *summum ius*; in campo politico la tendenza all'equilibrio e alla moderazione, il rifiuto degli estremismi, la ricerca di composizio-

¹⁴ Ivi, pp. 94-95.

ni soddisfacenti tra istanze diverse, purché accomunate dalla deferenza alle istituzioni repubblicane tradizionali»¹⁵.

C'è, infine, da considerare come Cicerone svolgesse professionalmente un'attività, quella dell'avvocato, che manteneva strutturalmente rapporti più stretti con il verosimile che con il vero. L'avvocato, infatti, non cercava tanto di provare in maniera concludente la correttezza delle sue tesi, quanto di fornire indizi sulla plausibilità dell'atto che voleva provare o confutare, appellandosi ad argomenti riguardanti le abitudini di vita del patrocinato o dell'avversario (*probabile ex vita*), oppure alla mancanza o alla sussistenza di un interesse specifico alla realizzazione dell'atto stesso (*probabile ex causa*, connesso al criterio *cui bono?*). Non è un caso, appunto, che nelle orazioni Cicerone tenda ad affidarsi più alla nozione di *veri simile*, legata al principio statistico dell'*id quod plerumque accidit*, che a quella di *probabile* che, pur non provando qualcosa come inoppugnabile, vuole mostrare come difficilmente le cose possano essere diversamente strutturate. A un omaggio formale nei confronti della *veritas* corrisponde nei fatti un procedere argomentativo «che lo avvicina molto di più alle risorse del 'paradigma indiziario' o della *nouvelle rhétorique* che alle filosofie della verità»¹⁶. In questo atteggiamento si coniugano, in maniera quasi involontaria, un'opzione epistemologica di fondo e il relativismo tipico del diritto romano, per cui «la sola 'universalità' autenticamente attribuibile al diritto è quella che filtra dalle peculiarità del caso, quella che supera la prova del caso, il suo vaglio. Il caso è l'universale concreto del diritto, e sono sempre le esigenze del caso a plasmare le regole e le relative interpretazioni. Una verità, questa, che resta valida e condivisibile, al di là del tono strumentale e spregiudicatamente opportunistico con cui Cicerone l'ha espressa»¹⁷.

¹⁵ Ivi, p. 168.

¹⁶ Ivi, pp. 188-189.

¹⁷ Ivi, p. 198. Detto in maniera sintetica, «un'ipotesi interpretativa plausibile è che l'autentica posizione filosofica di Cicerone, mutuata dai suoi studi e dai suoi maestri di filosofia fin dagli anni della formazione giovanile, fosse quella di un eclettismo aperto,

4. Cenni relativi a questo versante probabilista del pensiero di Cicerone si trovano anche nel saggio di Llano, che tuttavia, alla luce degli obiettivi che si prefigge, preferisce soffermarsi principalmente sulla dottrina espressa nelle due opere giuridico-politiche e nel *De officiis*. Secondo la sua opinione, è opportuno trattare le dottrine ciceroniane sulla base del metodo prospettivista di Ortega y Gasset, in quanto esse sembrano muoversi intorno a tre centri distinti, e cioè «da un punto di vista giuridico, il giusnaturalismo eclettico; per quanto riguarda la sua ideologia politica, il repubblicanesimo; e l'umanismo cosmopolita, come posizione etica di fronte alla vita»¹⁸. Ma, se si guarda la questione in maniera più approfondita, tutti e tre i centri si inscrivono in un sottofondo unitario di matrice stoica che, senza mettere in questione la poliedricità dell'opera, ciò nondimeno le conferisce un'aura sistematica. Diritto, etica e politica, come si mostra in maniera privilegiata nella discussione sul *bellum iustum*, hanno come denominatore comune la loro subordinazione alla *recta ratio* e ai principi di *iustitia*, *aequitas* e *fides*, in cui essa si incarna; e solo assumendo questo punto di vista, che coinvolge l'essere umano «nella sua triplice condizione di soggetto morale, di cittadino romano e di membro del genere umano, [...] possiamo spiegarci, in ultima istanza, perché Cicerone concluda mettendo l'uomo al vertice del suo sistema di idee (*humanitas*)»¹⁹.

Llano pone, in questo senso, l'accento sul fatto che, per quanto i testi di Cicerone siano piuttosto chiari nel rilevare una distinzione tra *iustitia* ed *aequitas*, il rifiuto del culto dello *ius strictum* – cioè del *summum ius*, che può rivelarsi al contempo come *summa iniuria* – rende la loro

critico, antidogmatico, moderatamente scettico: il paradigma offertogli dal probabilismo dell'Accademia; e che le preoccupazioni relative all'ordine sociale, al decoro delle istituzioni, alla necessità di arrestare il declino della *res publica* lo inducessero invece a privilegiare in senso fondativo le tesi stoiche e peripatetiche» (ivi, p. 196).

¹⁸ GR, pp. 5-6.

¹⁹ Ivi, p. 6.

correlazione piuttosto rigida²⁰. La giustizia, infatti, non è per Cicerone una virtù assoluta in senso platonico, guidata dell'ideale della *sapientia* teoretica, ma il risultato dell'esercizio pratico di una *prudentia* che, conformandosi al principio dell'*honestum*, sa trovare in ogni situazione concreta la soluzione più adeguata e spingere al comportamento più opportuno. Il diritto naturale, benché radicato nelle forme "pure" della ragione, prende vita solo nei traffici della vita reale, di modo che finisce per saltare la distinzione, da altri ritenuta necessaria, tra esso e la *lex humana* positivizzata, nella sua duplice forma di *ius civile*, riservato ai cittadini romani e a coloro che ad essi erano assimilati, e di *ius gentium*, con cui i romani regolavano i loro rapporti con i popoli conquistati. Cicerone, nota in realtà Llano, non si mantiene sempre fedele a questa posizione e, comunque, non arriva mai a pensare che a regolare i tre tipi di diritto non vi sia un ben definito ordine gerarchico; ma, nell'ottica di armonizzare «la dimensione assiologica del Diritto con la sua dimensione sociale e normativa», vede tuttavia *ius naturae*, *ius civile* e *ius gentium* alla stregua di «tre piani normativi distinti, ma allo stesso tempo complementari»²¹.

A partire da tali assunti, è possibile trarre una prima conclusione sull'attualità della pagina ciceroniana e sulla perdurante utilizzabilità delle dottrine in essa espresse. Contrariamente a quanto supposto dalla distinzione di Benjamin Constant tra libertà degli antichi e libertà dei moderni, riecheggiata in questo dall'altrettanto celebre distinzione tra libertà negativa e libertà positiva di Isaiah Berlin, la *libertas* romana non escludeva come il suo equivalente greco l'esistenza di una dimensione privata accanto a quella pubblica, tipica delle città-Stato. C'era, invece, un'evidente corrispondenza tra la *libertas* derivante dal possedere la *civitas* romana, che significava libertà al di sotto della legge e rimandava storicamente all'abolizione del vincolo di servitù tipico dell'arbitrio

²⁰ Su questo si veda anche *IDQQ*, pp. 46-52.

²¹ *GR*, p. 47.

monarchico, e la *libertas* come assenza di dipendenza personale nella vita quotidiana. Da ciò derivava, sottolinea Llano, una situazione fluida in cui i due termini il più delle volte stavano e cadevano insieme, visto che per i romani neanche la *libertas* privata si configurava lockianamente come un diritto innato, potendo essere acquisita o persa a seguito di mutamenti dello *status* politico; ma esistevano parimenti situazioni in cui, alla mancanza o alla perdita della *civitas*, non corrispondeva la mancanza o la perdita della libertà in senso privato, in ragione di un principio affine a quello che starà alla base dell'enunciazione kantiana del diritto cosmopolitico.

Al di là, comunque, di tali questioni, rimane evidente come tra il repubblicanesimo romano, e dunque ciceroniano, e l'egualitarismo liberale, che domina – o dovrebbe dominare – le società moderne, si possano riscontrare degli indubbi punti di contatto. In un celebre passo del *De re publica* (I 25, 39), richiamato con enfasi tanto da Llano quanto da Zanichelli, Cicerone afferma che «la Repubblica è la cosa del popolo [*est... res publica, res populi*], e popolo non è ogni unione di uomini raggruppata a caso come un gregge, ma l'unione di una moltitudine stretta in società dal comune sentimento del diritto [*iuris consensu*] e dalla condivisione dell'utile collettivo [*utilitatis communione*]»²². Il diritto, incentrato sui principi universali di giustizia ed equità, deve cioè rappresentare il centro motore di ogni società umana. Certamente non si deve dimenticare che l'aristocratico Cicerone, convinto assertore della superiorità della forma di governo mista tipica di Roma, può esaltare la ricerca della concordia tra i vari ordini esclusivamente al di sotto della naturale preordinazione morale e politica del Senato; e la *res publica* rimane solida, secondo la sua opinione, fin quando continua a basarsi inderogabilmente sull'armonizzazione dei tre fondamentali principi della monarchia, dell'oligarchia e della democrazia, cioè «l'abnegazione

²² Riprendiamo la citazione da Cicerone, *La Repubblica*, a cura di F. Nenci, Rizzoli, Milano 2016, p. 297.

(*caritas*) dei magistrati [...]; il talento (*consilium*) o il merito dell'élite; e la garanzia della libertà (*libertas*) di tutti i cittadini»²³. Tuttavia, questa presa di posizione, se esclude che Cicerone possa essere visto come «un precursore del sistema repubblicano di *checks and balances*»²⁴, e dunque dei moderni Stati di diritto, non esprime un atteggiamento smaccatamente reazionario, teso a salvaguardare in quanto tali le strutture proprietarie vigenti. Il mantenimento di tali strutture, in contrapposizione ai pericoli di una mobilità sociale troppo elevata, rende semplicemente più realistico il perpetuarsi di élites intellettuali, che però si legittimano solo come rappresentanti dei problemi e degli interessi dell'intero popolo – e, dunque, del senso più autentico della *libertas* –, e non della sfrenata *cupiditas* di una ristretta classe privilegiata. Solo da questo punto di vista, che «richeggia la dottrina di Platone, secondo la quale non ci può essere unità (*consensus*) senza giustizia (*ius*)»²⁵, si esprime una posizione conforme con lo sviluppo di quella naturale socialità che la *recta ratio* esige da ogni individuo.

Su questo esplicito valore fondativo del *ius* rispetto al *populus* si dilunga ovviamente anche Zanichelli. Ella nota come, nell'espressione ciceroniana *iuris consensus*, ancora oggi «assunta come idealtipo per riflessioni teorico-giuridiche», il genitivo esprima contemporaneamente

²³ GR, p. 63. Similmente afferma Zanichelli che «il modo in cui Cicerone si dedicò sia al diritto sia alla filosofia risentì nettamente dei suoi ideali politici: *auctoritas* senatoria come argine tradizionale contro le tentazioni populiste e demagogiche costantemente riemergenti a Roma sul finire dell'età repubblicana; *consensus omnium bonorum* come criterio di selezione di una classe dirigente in termini anche culturali e morali; *libertas* repubblicana come estremo baluardo contrapposto all'emergere sempre più netto di un potere di stampo monarchico. [...] Forse proprio in quanto utopia incessantemente perseguita e mai effettivamente realizzata, l'ideale repubblicano operò sempre nella vita di Cicerone come un polo d'attrazione, un costante richiamo normativo, sotteso tanto alla sua professione forense quanto al suo impegno filosofico degli ultimi anni» (*IDQQ*, p. 26).

²⁴ GR, p. 75. Si veda anche *IDQQ*, pp. 52-60.

²⁵ GR, p. 61.

tre dimensioni: «ciò in cui consiste il vincolo associativo, l'oggetto su cui verte il *consensus*, e inoltre una proprietà di quel *consensus*, l'elemento che lo qualifica e lo connota». Tale espressione, originariamente di stampo privatistico e contrattualista, assume così una curvatura di valore costituzionale, «secondo uno slittamento semantico e un aumento di pregnanza comune ad altre due categorie care a Cicerone, una politica e l'altra filosofica: il *consensus omnium bonorum* e il *consensus omnium gentium*»²⁶. E non è un caso che Hannah Arendt, richiamandosi direttamente a Cicerone, individui proprio nella rottura deliberata di questo *consensus* la radice dei crimini del totalitarismo, che si propone di rendere il *populus* incarnazione del diritto autentico, staccando la sua realizzazione dalla volontà e dall'attiva partecipazione dei suoi membri.

Ma è importante anche notare come, all'inizio del *De re publica* (I 2, 2-3), Cicerone avesse conferito al diritto una natura fondativa anche rispetto alla stessa filosofia, i cui principi non trovano nell'attività legislativa mera traduzione e applicazione, ma, conformemente all'inclinazione pratica che caratterizza l'intera produzione ciceroniana, acquistano una reale portata solo se si manifestano effettivamente in grado di radicarsi in comportamenti e istituzioni normative. Il rapporto filosofia-diritto «non indica, banalmente, la successiva applicazione pratica di un principio teorico già in sé compiuto (se così fosse, sarebbe la filosofia il fondamento del diritto)», bensì «la concretizzazione e la piena attuazione di un qualcosa di inizialmente astratto, parziale e incompiuto»; di modo che appare evidente la sovraordinazione del giurista al filosofo, in quanto «il primo [...] vincola e orienta i comportamenti generali di tutti i consociati; il secondo deve accontentarsi di disputare e di persuadere qualcuno con la parola»²⁷.

²⁶ *IDQQ*, p. 62.

²⁷ *Ivi*, p. 79. Certamente, continua Zanichelli, il Cicerone probabilista non può non pensarla in senso opposto, ed è pertanto lecito dire in generale che, secondo i suoi testi, «si può risalire dalla filosofia fino al diritto, [...] ma si può anche risalire dal diritto fino alla filosofia. Tra diritto e filosofia vi è un rapporto di fondazione reciproca».

5. Veniamo così a considerare, in conclusione, il terzo centro della dottrina ciceroniana, quello riguardante l'umanismo cosmopolita, la cui trattazione rappresenta la parte più significativa del saggio di Llano, esprimendone le principali finalità.

Cicerone può essere coerentemente definito un umanista perché, alla luce del suo eclettismo, fa tranquillamente convivere nelle sue dottrine, accanto a un rigoroso panteismo di matrice stoica, la rivendicazione di un concetto esplicitamente geocentrico di libertà, e pertanto di un campo di spettanza per il libero arbitrio degli individui in relazione con le forze che dominano l'universo. Il suo modello di riferimento appare in questo senso quello socratico, tanto per il rifiuto della speculazione astratta quanto per l'attenzione rivolta alle faccende umane, di modo che si può sostenere che, «allo stesso modo in cui Socrate fu il primo filosofo che umanizzò la filosofia, Cicerone fu il primo filosofo del diritto nella storia che umanizzò il Diritto naturale»²⁸. Sulla pagina di Cicerone ogni aspetto prende rilievo, in definitiva, solo nella sua relazione con la posizione dell'uomo nel mondo; e, se è certo che l'ordine universale impedisce agli individui «di confrontarsi con la divinità, di ribellarsi contro le leggi e di cambiare l'ordine naturale delle cose»²⁹, ciò non significa attribuire loro una funzione meramente passiva e una completa irresponsabilità, come sarà ribadito qualche decennio più tardi dal Cristianesimo, di cui Cicerone, secondo Llano, appare rispetto a tali questioni un precursore.

Emerge sempre con maggiore evidenza, in questa ricostruzione, il debito intellettuale di Llano nei confronti del suo filosofo di riferimento, Immanuel Kant, al quale ha dedicato un lungo studio a partire dalla sua tesi di dottorato e nelle cui opere crede di poter leggere un'eredità ciceroniana³⁰. In Kant, infatti, può essere indubbiamente

²⁸ GR, p. 142.

²⁹ Ivi, p. 140.

³⁰ Si veda, in particolar modo, F.H. Llano Alonso, *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*, Dickinson, Madrid 2002.

rilevato un atteggiamento stoico che si esprime nell'interpretazione razionalista dell'*humanum genus* come unitaria comunità morale, creata e indirizzata in maniera occulta dalla Provvidenza divina, e che guarda all'integrazione di tutte le comunità politiche in una "comunità pacifica universale" regolata dal diritto cosmopolitico e, successivamente, in uno "stato cosmopolita universale", «nel quale seno [...] l'umanità [...] potrà sviluppare tutte le sue disposizioni originarie»³¹. Allo stesso modo che in Cicerone, e al contrario che in altri illuministi come Rousseau, c'è in Kant un'attenzione per l'autonomia individuale che, pur caratterizzando ogni singolo uomo come "fine in sé", non sfocia però nell'individualismo egoistico di monadi astratte, e può invece concepire tale autonomia solo all'interno di quella *sacra res* che è l'umanità, di cui costituisce una parte inscindibile.

Da ciò deriva una delle più sostanziali differenze tra la posizione politica di Aristotele e quella di Cicerone, che è poi a ben vedere, più in generale, la differenza dei principi con cui si sono svolti nell'antichità i processi di ellenizzazione e di romanizzazione. Quando Aristotele utilizza l'espressione "tutti gli uomini", si riferisce nei fatti, «in chiave individualista e finanche protocomunitarista»³², solamente ai greci, legittimando il loro imperialismo nei confronti dei barbari, laddove Cicerone si riferisce invece realmente alla stirpe umana, cui è possibile, almeno in linea teorica, estendere la lingua, i costumi e le leggi di Roma. Al di là della matrice ugualmente imperialistica, di cui si è lungamente discusso anche rispetto all'esperienza romana, resta il fatto che in tale impostazione possono riconoscersi i cardini di un'impresa che, prendendo a prestito un'espressione di Seneca, Martha Nussbaum ha individuato come "coltivare l'umano" e ha descritto nei termini di «stimolare le capacità e perfezionare le attitudini degli individui affinché possano convivere in libertà e con una coscienza critica e responsabile del mondo

³¹ GR, p. 149.

³² Ivi, p. 125.

e dell'epoca in cui tocca loro esistere»³³. La cultura romana, finanche in figure paradigmatiche dell'orgoglio patrio come Catone, ha sempre infatti mantenuto un atteggiamento autocritico che, rifiutando il fanatismo dell'autoctonia, si sostanzia nel riconoscimento, se non nella rivendicazione, del fatto che i romani erano il risultato di una miscela di popoli diversi, secondo un processo, mai invero completo, di adattamento e di ricezione di stimoli esterni. L'universalismo giusnaturalista di Cicerone, portando a compimento teoretico questa eredità culturale, si presenta, pertanto, come il primo tentativo nella storia di sviluppare un'ideologia politica che sublimi le esistenti diversità degli uomini, riunendoli intorno al concetto del genere umano che convive in una patria comune e universale.

La chiave della posizione ciceroniana si trova comunque, a giudizio di Llano, in una frase di *De legibus* II 14, 35, in cui il protagonista Marco – quindi Cicerone stesso – afferma esplicitamente: «Non intendiamo dare leggi al solo popolo romano, ma per tutti i popoli civili e che abbiano stabili ordinamenti»³⁴. Negando tanto la posizione etnico-razziale propria dei greci, criticata già da Isocrate, quanto l'idea stoica di un'unica *societas generi humani*, esplicitazione dell'imperialismo alessandrino, egli passa dunque a una distinzione tra l'*humanitas* dei popoli civilizzati e l'*immanitas* di quelli che ancora non lo sono stati; e Roma appare come la *patria communis* di tutti i popoli che hanno ricevuto il suo influsso, secondo un processo che, pur in una stagione politica completamente diversa, segnerà il suo culmine nell'Editto di Caracalla del 212 d.C. Ne consegue, secondo Llano, che è probabilmente inesatto individuare, a questo punto, l'universalista Cicerone anche come assertore di un sistema cosmopolitico, poiché egli, «sebbene di convinzioni cosmopolite in senso etico, come il suo maestro Posidonio, [...] non si

³³ Ivi, p. 131.

³⁴ Citato da Cicerone, *Le leggi*, in Id., *Opere politiche e filosofiche*, vol. 1, a cura di L. Ferrero, Utet, Torino 1953, p. 298.

propose la costruzione di una cosmopolis estranea all'orbe romano, e a partire da ciò non pensò a questa città in termini ideali, lontani dalla realtà, bensì cercando piuttosto di scoprire una via di realizzazione del progetto giuridico-politico di Roma»³⁵. Ma importante è altresì notare che, sulla base della comune natura razionale di tutti gli uomini, non sembra pensabile per Cicerone la possibilità che sull'orbe terracqueo esistano popoli cui, in astratto, la *romanitas* non possa essere estesa per ragioni che, in altre epoche, si diranno etniche o biologiche.

Fatte salve le ovvie discrepanze temporali rispetto alla modernità, quest'ultima lezione di realismo, insieme al cristallino esempio di *engagement* politico offertoci da Cicerone, mostrano, secondo Llano, la via da seguire per conciliare, in termini weberiani, l'etica della convinzione con l'etica della responsabilità, cioè la fermezza dei principi con il senso dello Stato – istanze che d'altronde stavano alla base della secolare *concordia* romana. Cicerone ci insegna così a riconoscere tanto le storture di una politica praticata senza convinzione e con un atteggiamento schiettamente pragmatista, che sfocia necessariamente nella tecnocrazia, quanto gli eccessi di un approccio moralista, terreno di coltura privilegiato per il trionfo di demagoghi. Ma Cicerone è soprattutto importante perché, nonostante le sue contraddizioni, ha delineato una teoria politico-giuridica saldamente basata sui principi di universalismo, egualitarismo e libertà personale al di sotto del dominio della legge, e con le sue parole non smette di parlare alla modernità, che di tali principi ha fatto il suo asse portante.

Tornare ancora una volta a leggere Cicerone, afferma pertanto Llano nelle sue pagine conclusive, «sembra un impegno teorico di cruciale importanza in un'epoca come la presente, in cui si torna a erigere muri per separare le persone; è un'alternativa necessaria in un momento, come quello attuale, nel quale il discorso dell'intolleranza, la retorica veemente del nazionalismo escludente e il sentimento di sfiducia verso

³⁵ Ivi, p. 154.

lo straniero sembrano essersi installati definitivamente nell'ideologia di alcuni partiti politici e nell'immaginario collettivo dei loro simpatizzanti; è un'iniziativa intellettuale particolarmente adeguata a tempi in cui la razionalità e l'impero del Diritto si sottomettono spesso alla ragione di Stato e a interessi politici non sempre confessabili e legittimi; risulta finanche una prova di sensatezza e un solido controargomento rispetto al cinismo di quei capi di governo di democrazie occidentali che, mossi da un istinto sostanzialmente elettoralista, sono addirittura arrivati a giustificare la necessità di comprimere i diritti e le libertà fondamentali dei loro cittadini ogni volta che il flagello del terrorismo ci colpiva»³⁶.

³⁶ *GR*, pp. 161-162.

PER UNA BIOGRAFIA CULTURALE DI NORBERTO BOBBIO

Claudia Atzeni

Con uno sguardo sulla Torino di fine Ottocento, crocevia di esperienze politiche, sociali e culturali figlie, talvolta ribelli, dell'industrializzazione, Mario G. Losano apre il suo *Norberto Bobbio. Una biografia culturale* (Carocci 2018, pp. 510). La scelta di adottare il capoluogo piemontese di quegli anni come punto di partenza della narrazione è probabilmente inevitabile, tale sarà la sintonia tra Bobbio e Torino. Tuttavia, l'incipit di Losano imprime allo scritto una direzione precisa: quella di sottolineare l'esistenza di una inevitabile interazione fra individuo e contesto, evidenziando come quest'ultimo possa diventare parte integrante del pensiero individuale.

La mole della produzione letteraria di Bobbio¹ «si fonda, oltre che sull'operosità di Bobbio, anche su due caratteristiche della sua produ-

¹ Secondo quanto scritto da Marco Revelli, *Nel labirinto del Novecento*, in N. Bobbio, *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Mondadori, Milano 2010, p. XI, sarebbero «4803 gli scritti catalogati, di cui 128 volumi, 944 articoli, 1452 saggi» cui debbono aggiungersi «457 interviste, 316 conferenze o lezioni, nonché 455 traduzioni in ventidue lingue». Gli scritti di Bobbio spaziano dalla metodologia giuridica (*Teoria della scienza giuridica*, 1950; *Il positivismo giuridico*, 1961; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1977) alla teoria generale (*Teoria generale del diritto*, tradotto e pubblicato prima in castigliano nel 1977 e poi in Italia nel 1993, ma che in realtà riunisce due corsi universitari: *Teoria della norma giuridica* del 1958 e *Teoria dell'ordinamento giuridico* del 1960), fino alle questioni connesse alla democrazia e all'esercizio dei diritti (*L'età dei diritti*, 1989).

zione: da un lato, la sua propensione a scrivere articoli piuttosto che libri; dall'altro, la sua partecipazione al dibattito politico, come filosofo militante, anche sulla stampa periodica e quotidiana»². Ecco perché la composizione delle tessere letterarie, tra scritti accademici e scritti e interventi politici, accompagnata dalla ricchezza di materiale biografico che correda la narrazione di Losano, ci rende più agevole conoscere, in taluni casi approfondire, l'impatto che gli eventi storici ebbero sulla formazione di Norberto Bobbio, tanto più che l'avvio alla ricostruzione di questa sua biografia culturale, nella quale si espongono «gli eventi della sua vita che accompagnarono la sua produzione intellettuale, nonché le linee essenziali dei suoi principali scritti»³, antecede la nascita del Bobbio studioso: Losano *prepara* il lettore all'approfondimento dando numi sul contesto culturale in cui Bobbio muove i primi passi da studente di giurisprudenza in una Torino, patria culturale di entrambi, estremamente vivace dal punto di vista intellettuale e fucina di giovani filosofi del diritto.

Ecco perché, nell'introdurre il «mondo di Bobbio», quello che poi sarà sviscerato all'interno dei capitoli successivi, Losano non può che partire proprio dall'ambiente della filosofia del diritto torinese: nella «città più positivista d'Italia»⁴, muovono i primi passi quegli studiosi che formeranno la Scuola di Torino e che saranno accomunati da caratteristiche quali «l'avversione a ogni dogmatismo, la passione civile, il laicismo e, infine, la scelta politica a favore di una democrazia dalle vive connotazioni sociali, cioè di un socialismo non identificato con l'ideologia di un partito»⁵. Il rigore «morale e scientifico» si tramanderà, di anno in anno, in una «successione generazionale» che affiderà a Giuseppe

² M.G. Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Carocci, Roma 2018, p. 127.

³ Ivi, p. 9.

⁴ N. Bobbio, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, Torino 1996, p. 63.

⁵ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 21.

Carle, Gioele Solari e Norberto Bobbio l'insegnamento della filosofia del diritto, attribuendo ad essa una imprescindibile «funzione civile»⁶.

Le tre sezioni che compongono il testo costituiscono tre differenti ambiti di ricerca che tuttavia dialogano tra loro lungo la trattazione: non si potrebbe infatti analizzare la formazione del pensiero giusfilosofico e politico di Bobbio, cui sono dedicate rispettivamente la seconda e la terza parte del volume, senza far riferimento al retroterra politico-sociale nel quale affondano le radici teoriche dei suoi lavori, oggetto della prima sezione.

Comprendiamo dunque, innanzitutto, quanto gli anni del fascismo e della Resistenza abbiano condizionato non soltanto il vissuto di Bobbio, ma anche la rotta che la sua carriera intellettuale avrebbe intrapreso.

Nelle pagine dedicate ai primi anni di docenza universitaria del maestro e nel ricordarci che essi ebbero luogo sotto il fascismo, Losano ci informa, in modo onesto, sull'atteggiamento con cui Bobbio cedette alla paura di essere riconosciuto come persona non allineata al regime: affinché la sua carriera non cessasse prima ancora di iniziare, si iscrisse al partito fascista; per contrastare le conseguenze derivanti dall'arresto che egli subì nel 1935, scrisse un esposto diretto a Mussolini «in cui precisava la conformità al regime tanto propria quanto della sua famiglia»⁷ e che gli valse l'insegnamento del suo primo corso di filosofia del diritto all'Università di Camerino; giurò per due volte fedeltà al duce. Si trattò di eventi con cui dovette fare i conti per il resto della sua vita e che Bobbio considerò «un proprio cedimento inammissibile [...], una riprovevole debolezza»⁸. Fu perché egli sentiva di essere antifascista che aderì all'esperienza del Partito d'azione⁹; ma è nella scelta di avvicinarsi a nuovi temi di studio, come vedremo, che egli mise in campo

⁶ Ivi, p. 51.

⁷ Ivi, p. 76.

⁸ Ivi, p. 87.

⁹ Si può identificare il pensiero politico di Bobbio con il liberal-socialismo di Carlo Rosselli, che «ispirava i due movimenti cui Bobbio partecipò attivamente: “Giu-

tutto il suo impegno politico di *filosofo militante*. E in effetti, dei tre viaggi che Bobbio intraprese tra il 1932 e il 1955, il secondo e il terzo¹⁰ rappresentano proprio il tentativo di conoscere, dunque di comprendere, il funzionamento di modelli di governo che praticassero processi istituzionali tesi a «trasformare la teoria democratica in una pratica di vita quotidiana della nazione rinnovata»¹¹: nell'Inghilterra del 1945 egli percepì l'ineludibile connessione tra partiti e democrazia parlamentare, uno degli elementi peculiari del modello inglese, quest'ultimo ciclico punto di riferimento per l'Europa «in 'ogni momento delle grandi crisi politiche'»¹²; la Cina del 1955 gli diede occasione di indagare su nuove possibili organizzazioni sociali la cui ricerca, a distanza di quasi un decennio dalla fine della seconda guerra mondiale e dinnanzi all'acuirsi delle tensioni tra i due blocchi coinvolti nella guerra fredda, diventava particolarmente urgente.

Sofferamoci sull'esperienza cinese di Bobbio. In un contesto geopolitico segnato da profonde trasformazioni, il socialismo cinese, decretato a modello politico di riferimento nella neonata costituzione del 1954, rappresentava una possibile alternativa allo stalinismo sovietico, «ormai irrimediabilmente burocratizzato e autocratico»¹³. Il cospicuo numero di pagine che Losano dedica alla trasferta nella «nuova Cina», testimonia il significato che essa ebbe per Bobbio: l'esperienza cinese lo condusse a produrre un contributo sulla rivista *Il Ponte*, diretta da Pietro Calamandrei, dal titolo *Linee fondamentali della Costituzione cinese*.

stizia e Libertà” nella Resistenza e il Partito d’Azione nel dopoguerra» (Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 337).

¹⁰ Pur non collocandosi tra le occasioni di sviluppo del pensiero politico, il primo dei suoi viaggi all'estero, intrapreso nel 1932 all'età di 23 anni, rappresenta nondimeno un momento essenziale nella crescita culturale di Bobbio, giovane studioso che si trova a calpestare le orme dei classici in una Germania che, all'epoca, costituiva la patria della filosofia del diritto.

¹¹ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 106.

¹² *Ibidem*, nota 144.

¹³ *Ivi*, p. 108.

Questo non deve indurre a credere che il socialismo cinese persuase Bobbio *in toto*: con cautela, nel contributo anzi citato, egli sottolinea come la concezione di democrazia cinese non fosse completamente assimilabile a quella occidentale, e ciò in particolare sotto il profilo del catalogo delle libertà accordate dalla costituzione ai consociati. Non-dimeno, egli riconosce che quella cinese sia una delle vie per giungere al socialismo, benché non l'unica: «Anche la democrazia parlamentare, come è dimostrato dall'Inghilterra, può portare senza scosse al socialismo»¹⁴.

L'impegno politico di Bobbio non coincise mai con l'aspirazione all'esercizio di funzioni istituzionali e si esaurì, in termini di partecipazione attiva alle vicende elettorali italiane, negli anni immediatamente successivi al secondo dopoguerra. Guarderà con speranza all'unificazione del Partito socialista italiano e del Partito socialdemocratico italiano nel Partito socialista unificato, che caratterizzerà il governo Moro del 1963; tuttavia declinerà l'invito di Pietro Nenni a candidarsi alle parlamentari del 1968. Rifiuterà la candidatura anche nel 1976, per ragioni politico-ideologiche e per contrarietà al modello socialista imposto dal neo-segretario del Partito socialista italiano Bettino Craxi. Sarà nominato senatore a vita da Sandro Pertini nel 1984, anno in cui si concluderà la sua esperienza universitaria; si ritirerà dalla competizione alla presidenza della Repubblica nel 1992.

Eppure, l'anelito verso lo studio della politica, accompagnato dal bisogno di partecipare al dibattito pubblico, segnerà in modo particolare due fasi della sua vita: la "conversione" al kelsenismo, nel 1948; il passaggio dalla facoltà di giurisprudenza a quella di scienze politiche nel 1972.

La prima parte degli studi di Bobbio fu caratterizzata, infatti, da una attenzione principalmente diretta all'ambito giuridico prima che politico. Una tendenza che si sarebbe successivamente invertita e che

¹⁴ Ivi, p. 120.

probabilmente può trovare una spiegazione nella difficoltà, per gli studi giuridici, di sopperire all'interesse politico, soprattutto se l'ambizione dell'individuo è di trasformare quest'ultimo in impegno.

Nel soffermarsi sul rapporto tra Bobbio e la filosofia del diritto, Losano ci fornisce uno spunto di riflessione per certi versi inedito. Siamo abituati a pensare a Norberto Bobbio come al padre italiano del positivismo giuridico ed è così che giovani studiosi e studiose vengono edotti all'impianto teorico-normativo bobbiano. In realtà, l'adesione al positivismo kelseniano non sarà per lui immediata. Dapprima rigetterà il neokantismo, rifiutando l'idea che forma e contenuto debbano essere trattate come entità distinte nell'analisi del rapporto tra filosofia del diritto e scienza giuridica: è questo l'approdo cui egli giunge nella sua tesi di laurea del 1931, *Filosofia e dogmatica del diritto*, che si tradurrà nel libro *Scienza e tecnica del diritto* e nel quale si porrà come critico al neokantismo, difendendo «l'autonomia teoretica della filosofia del diritto rispetto alla giurisprudenza»¹⁵.

Nella seconda tesi di laurea, *La fenomenologia di Husserl*, del 1933, Bobbio prenderà una posizione netta avverso il normativismo kelseniano, al punto che scriverà: «Considerare il diritto come norma o sistema di norme è un equivoco [...] la legge viene dopo ma può anche non venire; e se viene, viene per ragioni extra-teoretiche che lasciano intatto il fenomeno giuridico nella sua essenza»¹⁶. Anche questo lavoro diventerà un volume, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, all'interno del quale egli comincerà ad approcciarsi in modo critico alla fenomenologia: «Per il giovane Bobbio la fenomenologia rimane quindi un mondo speculativo che non ha incidenza sulla vita pratica e questa sua visione vivamente interessata ma non esente da dubbi crescenti spiega perché, più tardi, Bobbio se ne sentì insoddisfatto e l'abban-

¹⁵ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 214.

¹⁶ Ivi, p. 234.

donò»¹⁷. Ed effettivamente la rilevanza che l'approccio al normativismo kelseniano ebbe per l'opera di Bobbio non risiede esclusivamente in ragioni di carattere meramente accademico. La "conversione" del 1949 rappresenta senz'altro un cambiamento *oggettivo* in quello che, sino a quel momento, era stato il paradigma teorico bobbiano; ma allo stesso tempo essa presenta, altresì, un aspetto *soggettivo*: «Questa evoluzione – scrive Losano – è accelerata dagli eventi esterni che accompagnarono gli anni della formazione, cioè dal fascismo e dalla guerra. Essi rivelarono a Bobbio la sterilità dell'idealismo, cioè della filosofia dominante che egli aveva inizialmente accettato [...] Di qui la ricerca di nuovi strumenti, che Bobbio individuò in Kelsen»¹⁸. È proprio il 1949 il momento in cui lo stesso Bobbio colloca il punto di partenza delle sue «opere della maturità»¹⁹, anno in cui, a partire dalla critica all'imperativismo di Francesco Carnelutti, pubblicherà un commento alla *Teoria generale del diritto* del giurista udinese. Nel 1949-50, precisando le linee generali della propria visione del mondo giuridico, Bobbio aveva così definito la sua posizione: «Noi sosteniamo che la teoria generale sia una disciplina formale, ma ciò non di meno sia una disciplina scientifica»; quindi essa «appartiene alla scienza e non alla filosofia», e inoltre «non è ricerca di contenuti ma indagine formale»²⁰.

A partire da questo momento, Bobbio svilupperà una serie di contenuti cardine del positivismo giuridico e lo farà con gli occhi di chi, da positivista, intenda individuare una coincidenza tra diritto e sistema normativo attraverso un approccio che non può che essere scientifico: «L'innesto della filosofia analitica sul vecchio albero del positivismo»²¹

¹⁷ Ivi, p. 225.

¹⁸ Ivi, p. 167.

¹⁹ Ivi, p. 265.

²⁰ Ivi, p. 268.

²¹ Prendo in prestito l'espressione da T. Greco, Recensione a N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in Bollettino telematico di filosofia politica, <http://bfp.sp.unipi.it/rec/greco.html>, 2000.

gli consente infatti di costituire una scienza giuridica che garantisca rigorosamente una *forma di conoscenza* in grado di assumere «il carattere della scientificità non per la verità del suo contenuto ma per il rigore del suo procedimento»²². Il ruolo del giurista, quale studioso di dati empirici, è assimilato, sotto il profilo teleologico, a quello dello scienziato, il quale sarà chiamato a seguire «il principio di verifica come criterio di validità; la spiegazione come scopo; l'avalutatività come presupposto etico»²³. «Una filosofia – precisa Losano – ha per Bobbio un fine prescrittivo, indica cioè il modello di una società o d'un diritto più giusti»²⁴; è alla filosofia che Bobbio attribuisce una funzione deontologica finalizzata a dar conto del valore del diritto. L'analisi circa la validità delle norme che compongono l'ordinamento è censura che spetta, invece, esclusivamente alla scienza giuridica: «Siccome la scienza consiste nella descrizione avalutativa della realtà, il metodo positivista è puramente e semplicemente il metodo scientifico, è quindi necessario accoglierlo se si vuole fare della scienza giuridica o della teoria del diritto. Se non lo si accoglie, non si fa della scienza ma della filosofia o dell'ideologia del diritto»²⁵.

La circostanza che il diritto sia indipendente da qualunque considerazione circa il suo valore o disvalore, fa sì che di una norma rilevi solo la sua validità, la sua appartenenza ad un sistema – l'ordinamento giuridico – imperniato sui tre caratteri fondamentali dell'unità, sotto il profilo delle fonti, la coerenza e la completezza: «Anche l'ordinamento giuridico è analizzato dal punto di vista formale: poiché le norme esistono non isolatamente, ma in insiemi all'interno dei quali sono collegate da specifici

²² G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2001, vol. 3, p. 340.

²³ Sono queste le condizioni che Bobbio indica come fondamentali per una scienza politica empirica: N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 2009, p. 12.

²⁴ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 195.

²⁵ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino 1968, p. 213.

rapporti, l'analisi di Bobbio si concentra su questi rapporti»²⁶. La scelta positivista di studiare il diritto con la avalutatività tipica del campo scientifico, conduce il giurista ad ambire ad una conoscenza puramente oggettiva della realtà, composta da giudizi di fatto che rappresentino una *presa di conoscenza* della realtà e non una *presa di posizione* di fronte alla realtà²⁷. L'inconfigurabilità del diritto naturale come diritto, apparirebbe dunque come una logica conseguenza della natura monista del positivismo giuridico: come più volte sostenuto da Bobbio, la dottrina giuspositivista non si limita ad affermare il primato del diritto positivo sul diritto naturale, bensì sostiene, con forza, l'esclusività del primo²⁸.

Non possono tuttavia non considerarsi gli accadimenti storico-politici verificatisi tra la vigilia e il corso del secondo conflitto mondiale, al superamento del quale sarebbero seguite una serie di garanzie, a tutela dei diritti fondamentali, dotate della capacità di fungere da schermo a quelle norme aperte *a qualunque contenuto* che avevano caratterizzato i regimi nazi-fascisti e la cui ratio, dal punto di vista teorico, sarebbe stata giustificata proprio dall'assenza di un contenuto valoriale nella dottrina positivista. Benché il positivismo giuridico avesse dominato in maniera incontrastata a partire dal XIX secolo, esso è stato costretto a fare i conti con se stesso e con la storia: per la formulazione di un modello di diritto apprezzabile perché costruito coerentemente e su norme valide; per la pretesa avalutatività del metodo giuridico nello studio del diritto positivo; in virtù della fiducia riposta in un sistema di leggi indipendenti da contenuti morali, i positivisti si sono trovati a doversi difendere dall'accusa di aver contribuito a legittimare, dal punto di vista giusteorico, la produzione di leggi ingiuste e la violazione dei diritti umani perpetrata dal nazionalsocialismo. Un ruolo estremamente significativo in tal senso è da assegnarsi a quella che è stata definita la *abiura* di G. Radbru-

²⁶ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 278.

²⁷ Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 115.

²⁸ Si veda ovviamente N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, in particolare pp. 127 ss.

ch, (ex) giuspositivista tedesco²⁹, che all'indomani della seconda guerra mondiale rivedrà le proprie posizioni e giungerà alla formulazione dell'argomento dell'ingiustizia (sulla scorta del più antico principio *lex iniustissima non est lex*), noto anche come *formula di Radbruch*: nell'ipotesi di conflitto tra giustizia e diritto, il giudice è chiamato a preferire l'applicazione di quanto prescritto dalla legge solo quando il contenuto della norma sia «ingiusto e teleologicamente inadeguato, inadatto allo scopo»³⁰; tuttavia, qualora il contrasto tra norma e principi di giustizia sia tale da far apparire il contenuto della norma come intollerabile «la legge, in quanto legge ingiusta, [deve] arretrare di fronte alla giustizia»³¹ al punto che, ove il diritto neghi attraverso le sue norme il principio cardine della giustizia, nonché di uno stato di diritto, ossia il principio di uguaglianza, esso non dovrà considerarsi ingiusto, né intollerabile, quanto, piuttosto, non-diritto.

La critica di un positivista al positivismo ha dato senz'altro input alla confutazione della teoria giuspositivista nella sua globalità e alla manifestazione una certa insoddisfazione nei confronti di quello che rappresenta un aspetto capitale del positivismo giuridico, quale è quello della separazione tra diritto e giustizia e tra norma e principi. Non può non rilevarsi che in un contesto di cambiamento, caratterizzato

²⁹ «Fu grazie a due principi che il nazionalsocialismo seppe incatenare a sé i suoi seguaci, da un lato i soldati, da un lato i giuristi: “Un ordine è un ordine!” e “La legge è legge!”. Il principio “Un ordine è un ordine!” non è mai valso senza limiti. Il dovere di obbedire cessava nel caso di ordini impartiti a scopi criminali. Il principio “La legge è legge!” non conosceva alcuna limitazione. Si trattava dell'espressione del positivismo giuridico che per molti decenni aveva dominato quasi incontrastato fra i giuristi tedeschi, perciò il concetto di ingiustizia legale (*gesetzliches Unrecht*) era una contraddizione in sé, tanto quanto lo era il concetto di diritto sovra legale (*ubergesetzliches Recht*)», G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovra legale* (1946), in A.G. Conte, L. Ferrajoli, M. Jori, P. Di Lucia (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2013, p. 162.

³⁰ Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovra legale*, cit., p. 168.

³¹ *Ibidem*.

dalla richiesta sempre più pressante di tutele e diritti, anche alla luce di una serie di documenti sovranazionali che esplicitano tali garanzie, è inevitabile che le teorie classiche del diritto siano state, soprattutto sotto questo profilo, costrette a mettersi in gioco, producendo posizioni che, tra ripresa e rinnovamento di speculazioni classiche, si sono interrogate sull'opportunità di un diritto *giusto*. E così «anche in Bobbio il tema del positivismo giuridico è sempre collegato a quello del giusnaturalismo, però in una tensione che non si risolve a favore di nessuno dei due, ma che resta presente nella sua coscienza [...] come una lacerazione: da un lato, il positivismo giuridico come espressione dell'esigenza di austerità scientifica e, dall'altro, il giusnaturalismo come esigenza di libertà morale»³².

E dunque, pur rimanendo intrinsecamente kelseniano³³, Bobbio avverte l'esigenza di connotare ulteriormente la propria concezione del diritto, arricchendola con una apertura della propria filosofia del diritto alla sociologia del diritto: la fase conclusiva del pensiero giusfilosofico di Bobbio, definita da Losano come «post-positivista», è caratterizzata infatti da una «svolta funzionalistica»³⁴, ossia dalla inclusione della *funzione* del diritto come ulteriore elemento essenziale dello stesso. Partendo dalla constatazione che «lo Stato industriale non si limita più a esercitare un 'controllo sociale', ma interviene sempre più nella gestione della società e, in particolare, dell'economia»³⁵, Bobbio introduce una teoria generale del diritto che sia in grado di offrire «una spiegazione *anche* della 'funzione promozionale' del diritto [...] inglobando nelle

³² Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 283.

³³ Anche quando, successivamente, si dedicherà prevalentemente a lavori di filosofia politica: adotterà come uno dei fini della propria attività intellettuale la comprensione di una via finalizzata a perseguire «la pace attraverso il diritto» (ivi, p. 281).

³⁴ Nonostante «già nella critica a Carnelutti del 1949» Bobbio, nell'enunciare la distinzione tra struttura e funzione nel diritto, negasse che «l'analisi della funzione fosse di competenza del giurista» (ivi, p. 303).

³⁵ Ivi, p. 291.

sue costruzioni teoriche le conoscenze empiriche provenienti dalla sociologia del diritto»³⁶.

Nelle pagine che Losano dedica agli spunti che Bobbio trasse dal giusfilosofo argentino Genaro R. Carrió, comprendiamo che Bobbio fu persuaso dall'idea che all'indomani del secondo dopoguerra si fosse costituito un tipo di sistema economico che incideva, in qualche modo mutandole, sulle pratiche della società come di quelle dello stato, rendendo l'economia «un ingrediente di primo piano nella politica sia pratica che teorica»³⁷. L'intervento statale, cioè, fa ingresso nella vita economica degli stati costituzionali producendo tutto un apparato di norme in grado di trasformarne l'essenza: «Lo Stato si era trasformato da guardiano notturno a imprenditore. [...] non si limitava più a prendere atto delle richieste che gli giungevano dalla società, ma pretendeva esso stesso di indirizzare la società; non reprimeva soltanto i comportamenti riprovevoli ma promuoveva anche quelli commendevoli»³⁸. Trattandosi di un prodotto che nasce direttamente dall'uomo e frutto della sua esperienza nel divenire storico politico degli eventi, quindi mutevole e dinamica nel tempo e nello spazio, la teoria generale non avrebbe più potuto esimersi dall'agganciarsi alla realtà sociale ed economica.

Il grado di influenzabilità del diritto stava ormai aumentando in maniera progressiva a causa di cambiamenti storici che si giocavano con sempre maggiore velocità e che rendevano lo svolgersi della vita reale sempre più inafferrabile agli occhi di chi, come i teorici del diritto, mantenevano viva in loro la pretesa di leggere, capire e per certi versi regolare la società. A partire dagli anni Sessanta gli eventi non possono che interrogare il giurista, sul quale grava il peso di *decidere* quale direzione dare al livello di civiltà di un dato gruppo sociale: le aspettative nei con-

³⁶ Ivi, p. 295.

³⁷ Ivi, p. 301.

³⁸ Ci si riferisce alla distinzione formulata da Jhering tra *Lohnrecht*, che Bobbio e Losano tradurranno in “diritto premiale” e *Strafrecht*, “diritto penale”. Cfr. ivi, p. 288 e p. 307.

fronti del diritto diventano più alte in presenza di una diversificazione dei diritti e lo sforzo richiesto al giurista si fa più complesso.

Se, dunque, «la conversione del 1949 coincise anche con il bisogno di rinnovamento che pervase l'Italia dopo la fine della guerra e con l'insoddisfazione di Bobbio nei riguardi della filosofia puramente speculativa»³⁹, lo stesso può dirsi in ordine alla sua “seconda conversione”: il passaggio dalla facoltà di giurisprudenza a quella di scienze politiche, nel 1972, darà avvio ad una nuova fase del pensiero di Bobbio: «Il suo interesse per la filosofia della politica e la politologia si intensifica non solo per questa ragione accademica, ma soprattutto perché per l'Italia iniziano decenni turbolenti»⁴⁰. Ecco perché la fase funzionalista, che trova esplicito fondamento teorico nell'opera *Dalla struttura alla funzione* del 1977, non è facilmente definibile come la fase che pone fine alla filosofia giuridica di Bobbio; piuttosto, essa funge da ponte verso la fase politologa dello stesso.

Giungiamo così alla sezione conclusiva del percorso tracciato da Losano, ossia quella dedicata ai «fondamentali temi politici» che, com'è noto, si concentreranno prevalentemente attorno al tema dei diritti di libertà e dei diritti umani, alla teoria dello stato e della democrazia, al problema della pace e al rapporto tra democrazia e laicità.

Che l'interesse alla politica non sorga in Bobbio solo alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, ma che semplicemente in quegli anni egli dedicherà ad essi specifica trattazione, lo si può comprendere, ancora una volta, dalla puntualità delle informazioni forniteci da Losano, per il quale

l'elaborazione teorica di Bobbio [...] si può qui suddividere in tre fasi: la fase della speranza postbellica, quando il conseguimento della libertà sembrava rendere realizzabili le teorie democratiche e federaliste prima soltanto immaginate; la fase dell'azione democratica, ostacolata dalla Guerra fredda e dalle difficoltà

³⁹ Ivi, p. 267.

⁴⁰ Ivi, p. 168.

delle sinistre, lacerate dalle tensioni tra comunisti e socialisti e dalle troppo numerose scissioni tra socialisti e socialdemocratici; infine, la fase dello sconforto; infatti in Bobbio l'analisi delle idee politiche della sinistra e la sua critica all'intera politica italiana continuò con l'avvento dei governi Berlusconi, ma in calando⁴¹.

E ciascuna fase aggiungerà un piccolo tassello di esperienza alla precedente, dando vita ad uno sviluppo coerente nella trattazione politica.

Nell'affrontare il tema dei diritti umani, il cui approdo teorico sarà rappresentato da *L'età dei diritti* del 1990, egli ri-prende posizione, in modo estremamente contro-corrente, avverso il giusnaturalismo: i diritti umani sono diritti storicamente determinati, «non nascono tutti insieme, sono fra loro diversi e talora addirittura in conflitto»⁴² e dunque non hanno un fondamento assoluto. Essi si affermano nel corso della storia in base all'evolversi del rapporto che si istaura tra individui/cittadini e Stato: le generazioni di diritti si susseguono in base alle rivendicazioni dei cittadini, i quali reclameranno ora uno spazio di libertà *dallo* Stato, ora una sfera di autonomia politica e dunque una libertà *nello* Stato, oppure, ancora, l'esigenza di veder loro garantiti diritti sociali la cui attuazione non può che realizzarsi *per mezzo* dello Stato⁴³. Ecco perché la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 non può considerarsi l'approdo definitivo nell'evoluzione dei diritti umani, ma solo un punto di partenza che, a partire da quel preciso momento storico, dovrà seguirsi nella definizione delle libertà desiderabili.

Al riconoscimento dei diritti dell'uomo è indissolubilmente legata l'aspirazione alla costruzione di un apparato democratico fondato sulla pace sociale, posto che, come scriverà Bobbio in *De Senectute*, «senza diritti dell'uomo riconosciuti e protetti non c'è democrazia, senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione dei con-

⁴¹ Ivi, p. 336.

⁴² Ivi, p. 332.

⁴³ Ivi, p. 333.

flitti sociali»⁴⁴. *Il problema della guerra e le vie della pace*, del 1979, e *Il Terzo assente*, del 1989, rappresentano i testi «riassuntivi del suo punto di vista sull'intera tematica»⁴⁵ e in essi emerge una analisi profonda sul significato contemporaneo del termine “guerra”: alla confutazione delle tradizionali categorie di riflessione sul tema, incapaci di prestarsi alla spiegazione di nuove forme di conflitto, prima fra tutte la guerra atomica, Bobbio accosta l'idea del pacifismo “istituzionale” «che delega a un ente sovrastatale la soluzione dei conflitti tra Stati, e “attivo”, che opera sulle persone per generare una coscienza dell'irrimediabile pericolo insito nella guerra nucleare, cioè una “coscienza atomica”»⁴⁶. Il pacifismo istituzionale contribuirà alla assimilazione dell'idea di pace come «condizione preliminare per realizzare la libertà»⁴⁷, poiché essa determinerà una condizione di *soddisfazione*, ossia l'azzeramento delle rivendicazioni che le parti pretendono reciprocamente di avanzare⁴⁸.

Il viaggio nella politologia di Bobbio si conclude con una lunga dissertazione di Losano circa il rapporto che Bobbio ebbe con l'idea di laicità, da lui difesa e propugnata: «L'essenza dello spirito laico è la lotta contro ogni forma d'intolleranza, di esclusivismo, in una parola contro ogni specie di fanatismo. Una tale lotta ha ancora la sua funzione, checchè se ne pensi, perché non mi pare che la mala genia dei fanatici sia del tutto scom-

⁴⁴ Bobbio, *De senectute*, cit., p. 165.

⁴⁵ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 359.

⁴⁶ Ivi, p. 360.

⁴⁷ Ivi, p. 366.

⁴⁸ Affrontare il tema della guerra mette a dura prova gli studiosi che se ne occupano. Ad un anno di distanza dalla pubblicazione de *Il terzo assente*, l'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq diede origine alla prima guerra del Golfo, nella quale il Consiglio di Sicurezza dell'Onu impose il ritiro delle truppe irachene, minacciando un intervento in caso contrario. Bobbio definì l'eventualità di quest'ultimo come possibile esempio di guerra *giusta*, ricevendo le critiche di Danilo Zolo dinnanzi alle quali si giustificò sostenendo che per guerra giusta egli intendesse «una guerra legalmente giustificata» e non «moralmente giusta» (ivi, p. 369).

parsa da questo mondo»⁴⁹. Un'idea di laicismo che esprime, ancora una volta in termini kelseniani, una irrinunciabile vocazione alla tolleranza⁵⁰ e che «si batte fino ad oggi per la scuola pubblica non confessionale, il divorzio, l'aborto, il testamento biologico, il matrimonio tra omosessuali, le adozioni fuori dalla famiglia tradizionale e altri diritti ancora. Esso si propone di ridefinire la sfera pubblica come rispettosa di *tutti* i cittadini»⁵¹.

Quest'ultima parte del testo ci consente di cogliere, ancora una volta, il senso del relativismo di Bobbio:

Nella democrazia non esistono quindi valori assoluti: si ritorna così alla radice del laicismo stesso. Il relativismo è, a sua volta, il fondamento della libertà individuale, poiché nessun valore prevale sugli altri, e quindi ognuno è libero nella misura in cui la sua libertà non entra in collisione con quella di altri. Questa concezione del relativismo e della libertà è l'unica compatibile con l'uguaglianza, valore repubblicano su cui si fonda la democrazia: infatti l'essenza della democrazia è costituita dall'alternanza al potere di partiti che rappresentano valori contrastanti ma paritetici⁵².

In conclusione, nella *biografia culturale* che Losano ci offre, c'è tutto lo sforzo ricostruttivo di un allievo che tenta di presentare, in un unico lavoro, l'intreccio tra vita, eventi e produzione intellettuale del proprio maestro. Se poi l'allievo e il maestro in questione rappresentano due fra i pensatori più eminenti dei loro anni allora la ricostruzione assume, certo, un significato profondo, ossia quello di far silenziosamente percepire la trasformazione di un rapporto, durato circa quarantacinque

⁴⁹ Ivi, pp. 390-391.

⁵⁰ Si veda anche ivi, p. 418.

⁵¹ Ivi, p. 391. Anche in tema di laicità dello stato, non mancarono le critiche rivolte alla presa di posizione che Bobbio ebbe, in particolare, sull'aborto, contro il quale egli si espose pubblicamente avanzando un preteso diritto del concepito superiore a quello della donna. Si vedano le pp. 433 ss. del lavoro di Losano.

⁵² Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 392.

anni, in legame, rendendo «il confine tra storia e testimonianza [...] a volte evanescente»⁵³.

Con chiarezza e scientificità straordinarie, attraverso un punto di vista che si fa talvolta esterno, talaltre interno, Losano traccia un ritratto nel quale Bobbio appare come un osservatore che riempie le proprie mani della realtà che egli intende spiegare. Un filosofo che, percorrendo «della vita l'arco»⁵⁴ passeggia concretamente tra le strade di un mondo che egli impone a se stesso di conoscere al massimo delle proprie possibilità. Ciò che resta dalla lettura è innanzitutto la sensazione che esista una ineliminabile *dialettica fatto-norma* che attribuisce allo studioso il ruolo fondamentale di determinare il contenuto di tale relazione; nell'ammettere con forza una concezione del diritto che non sia più riduttivamente ascrivibile al solo dato normativo, Bobbio ha aperto inevitabilmente le porte ad una teoria generale che non può prescindere da riferimenti precisi al dato reale: il diritto gioca un ruolo così significativo che non è più ipotizzabile quello schema tradizionale secondo cui la fattispecie pratica si inserisce all'interno dello schema normativo dato. E questo impone alla filosofia del diritto di muoversi su binari differenziati, ma allo stesso tempo diretti al raggiungimento di un'esigenza apprezzabile, ossia la costruzione di schemi teorici *nuovi* che siano adeguate a questioni, di fatto, *nuove*. Dallo scorrere delle pagine, ancora, diventa palese come «in ogni sfaccettatura dell'attività di Bobbio [sia] presente il desiderio di *comprendere e farsi comprendere*»⁵⁵. Quelle che Losano definisce come «le tre virtù del Bobbio studioso», ossia la chiarezza, la comprensione e dialogo, emergono con tutta evidenza come aspetti ineliminabili e necessariamente compresenti nella razionalità di Bobbio, per il quale il bisogno di coniugare comprensione e chiarezza si pone come inevitabile corollario di uno studio che rifiuti l'insularità delle proprie posizioni per metterle in gioco in un dialogo aperto e paritario.

⁵³ Ivi, p. 9.

⁵⁴ È un inciso tratto da Friedrich Hölderlin, con cui Losano chiude il proprio *Commiato* da Bobbio (cfr. ivi, p. 460).

⁵⁵ Ivi, p. 211.

ARCHIVIO

LA GIUSTIZIA PLATONICA (1933)

a cura di G. Ridolfi

Hans Kelsen

Il saggio che viene qui presentato, per la prima volta, in traduzione italiana è stato originariamente pubblicato da Hans Kelsen nel 1933 nella prestigiosa cornice delle «Kant-Studien» (volume 38, pp. 91-117); ed è stato poi ristampato, oltre che nel primo volume della celebre silloge Die Wiener Rechtstheoretische Schule (Europa Verlag, Salzburg 1968, pp. 315-380), che comprende scritti dello stesso Kelsen, di Adolf Merkl e di Alfred Verdross, nella raccolta kelseniana Aufsätze zur Ideologiekritik (H. Luchterhand, Neuwied a.R.-Berlin 1964, pp. 198-231), ripubblicata in seguito, in maniera sostanzialmente immutata, con il titolo Staat und Naturrecht. Aufsätze zur Ideologiekritik (Wilhelm Fink, München 1989). Con esso, in realtà, Kelsen traduce in tedesco, pur con alcune integrazioni, un suo precedente contributo in lingua olandese (De gerechtigheid bij Plato, in «Utrechtsch Dagblad», nr. 278, 24 novembre 1931), che era già stato tradotto l'anno seguente in francese. Ulteriori traduzioni del testo tedesco si sono avute, nel corso degli anni, in inglese (1937/1938 e, dopo una revisione dello stesso Kelsen, 1957), in castigliano (1946 e 1981, entrambe per editori argentini), in giapponese (1971), in coreano (1984) e in serbo (1998).

Die platonische Gerechtigkeit è anche il titolo della lezione inaugurale che Kelsen tenne il 3 novembre 1930 all'atto dell'assunzione della cattedra di diritto pubblico presso l'Università di Colonia, la cui chiamata si era deciso ad accettare in seguito alla delusione provocatagli dalla riforma che in Austria, dopo molte polemiche, lo aveva indotto ad abbandonare definitivamente la carica di giudice costituzionale. È, peraltro,

importante notare che l'omonimo saggio qui tradotto venne pubblicato nell'anno della sua destituzione per motivi razziali dalla cattedra renana, avvenuta contestualmente all'ascesa al potere del nazionalsocialismo in Germania. Nello stesso anno si colloca, tuttavia, anche un altro evento fondamentale, benché di segno opposto, nella vita di Kelsen, ossia la pubblicazione della prima edizione della Reine Rechtslehre.

Rispetto all'interesse di Kelsen per la filosofia platonica, si deve poi ricordare che nello stesso 1933 egli aveva già pubblicato per la rivista «Imago», diretta da Sigmund Freud, un contributo dal titolo Die platonische Liebe (in «Imago. Zeitschrift für Psychologie, ihre Grenzgebiete und Anwendung», XIX [1933], pp. 34-98 e 225-255; tr. it. di C. Tommasi, L'amor platonico, Il Mulino, Bologna 1985), e che tornerà anni più tardi sul tema con il saggio Platon und die Naturrechtslehre [Platone e la dottrina del diritto naturale] (pubblicato in «Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht», VIII [1957], pp. 1-43). Ulteriore testimonianza dell'interesse kelseniano per Platone è, infine, il ponderoso manoscritto, sostanzialmente pronto per la stampa, dal titolo Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons [L'illusione della giustizia. Un'indagine critica sulla filosofia sociale di Platone], risalente alla metà degli anni '30, ma pubblicato postumo solo nel 1985. In quest'ultimo scritto vengono rifiutati ed ulteriormente elaborati gli argomenti esposti negli articoli citati, ma già il titolo enuncia la centralità, per l'opera programmata e mai licenziata, delle questioni trattate nel saggio di seguito presentato.

È altresì interessante notare che, ancora nel 1933, Kelsen aveva offerto un contributo anche sulla filosofia di Aristotele con il saggio Die hellenisch-makedonische Politik und die "Politik" des Aristoteles [La politica ellenico-macedone e la "Politica" di Aristotele] (in «Zeitschrift für öffentliches Recht», XIII [1933], pp. 625-678); e che nel suo Nachlass è stato rinvenuto un altro cospicuo manoscritto sulla filosofia sociale aristotelica, coevo al primo ma mai pubblicato, neanche dopo la sua morte.

Il lungo e complesso saggio sulla giustizia platonica riveste in realtà, a nostro avviso, una particolare rilevanza, perché sembra rappresentare una rassegna degli interessi speculativi di Kelsen al momento del passag-

gio dalle dottrine che caratterizzano la prima fase della sua produzione a quelle della fase più matura, inaugurata dalla Reine Rechtslehre. Al genuino interesse filologico per la filosofia antica, che si muove certamente a un livello di pregevole erudizione, anche rispetto a questioni che non attengono immediatamente alla teoria giuridica, si affiancano, infatti, le indagini riguardanti il ruolo della sessualità nello sviluppo della personalità, praticate durante la lunga frequentazione dell'ambiente freudiano negli anni viennesi, e quel mai riassorbito sottofondo di inquietudine religiosa che accompagnerà Kelsen (ebreo convertito, dapprima al cattolicesimo e poi al protestantesimo) per tutta la vita.

Un elemento sul quale crediamo, tuttavia, opportuno porre l'accento è quello del dualismo che, secondo quanto Kelsen tiene a sottolineare fin dalla prima frase del suo contributo, segnerebbe, pur nelle sue evoluzioni, l'intera opera platonica in quasi ogni sua manifestazione. D'altra parte, quella di essersi fatto latore di una dottrina improntata a un irriducibile dualismo era la colpa speculativa che Kelsen, con una malcelata punta di vergogna, si era sentito costretto a confessare nell'introduzione del suo Habilitationsschrift (1911; seconda edizione, sostanzialmente invariata, 1923). Lì, infatti, aveva scritto: «Se [...] io ravviso dei contrasti di principio e ritengo di dover necessariamente rinunciare ad unire tra loro essere e dovere, contenuto e forma, in una superiore unità, a giustificazione di questo mio punto di vista non trovo onestamente altra risposta che questa: io non sono monista. Per quanto insoddisfacente anch'io senta essere una costruzione dualistica dell'immagine del mondo, nel mio pensiero non vedo alcuna via che porti oltre l'insopportabile conflitto interiore tra io e mondo, anima e corpo, soggetto e oggetto, forma e contenuto, o in quali altre parole questo conflitto eterno possa nascondersi» (Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre von Rechtssätze, Mohr, Tübingen 1923; tr. it. di A. Carrino, Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1997, p. 7). Platone poteva offrirgli ora, benché più come poeta che come filosofo, l'immagine di un dualismo risolto non nel senso del suo superamento, bensì della sua valorizzazione; e gli offriva forse anche la segreta speranza di una sua praticabilità speculativa.

Certamente è vero che già la prima edizione della Reine Rechtslehre manifesta un'attenuazione del dualismo di essere e dovere, cominciando a derubricare la loro separazione a una questione analitica riguardante l'esperienza giuridica, anziché intenderla come una questione ontologica sulla natura del diritto. Percorso che sembra concludersi nella seconda edizione (1960), quando Kelsen afferma esplicitamente che «lo statuire un ordinamento normativo [...] presuppone [...] che la volontà degli uomini sia causalmente determinabile», in quanto «la funzione incontestabile di tale ordinamento è di spingere gli uomini a comportarsi come l'ordinamento stesso prescrive» (Reine Rechtslehre, Deuticke, Wien 1960²; tr. it. di M.G. Losano, La dottrina pura del diritto, Einaudi, Torino 1966, p. 113). Ciò non toglie che quello della tollerabilità speculativa di un dualismo sempre, in qualche modo, riemergente tra essere e dovere rimarrà una delle principali preoccupazioni del Kelsen filosofo, oltre che filosofo del diritto.

Per ciò che attiene più direttamente all'opera di traduzione, vanno dapprima segnalati alcuni piccoli accorgimenti che sono stati adottati per facilitare la fruizione del testo al moderno lettore italiano. Si è preferito, contrariamente a quanto fa Kelsen, segnare l'accento sulle parole greche da lui riportate in originale, benché in forma traslitterata; mentre i titoli delle opere di Platone, da Kelsen riportati nell'originale greco tra virgolette, sono stati invece tradotti in italiano e in corsivo. Si è poi preferito, come è ormai uso frequente, sostituire la spaziatura delle parole, utilizzata in passato come mezzo grafico di sottolineatura, con la loro scrittura in corsivo. Allo stesso modo, si è cercato di dare un maggior ordine grafico alle indicazioni bibliografiche fornite in nota dall'autore, senza tuttavia snaturare la loro frammentarietà e la loro mancanza di coerenza.

Le traduzioni delle citazioni di Platone, ove sufficientemente segnalate da Kelsen, sono il più delle volte tratte da Tutti gli scritti (a cura di G. Reale, Bompiani, Milano 2000), con lievi modificazioni nei casi in cui ciò è risultato opportuno per la leggibilità o per la conformità alla traduzione tedesca, che, in assenza di indicazioni contrarie, sembra da attribuire allo stesso Kelsen.

Crediamo, tuttavia, interessante mettere in evidenza alcuni casi specifici in cui appare una certa difformità tra la traduzione di Reale e quella di Kelsen:

- «che, questa facoltà [...] diciamo essere *Bene*» (p. 266): *la traduzione di Reale mantiene la tortuosità che caratterizza tanto il testo platonico quanto la versione kelseniana. Va, tuttavia, segnalato che il soggetto della frase che inizia con «così bisogna girarlo» sembra essere in Platone e nella traduzione di Reale l'«organo con cui ognuno apprende», laddove Kelsen usa come soggetto della sua traduzione il pronome sie, intendendo verosimilmente come soggetto la «facoltà presente nell'anima di ognuno».*
- «di incalcolabili sciagure [...] per l'intera società» (p. 268): *l'espressione greca ὅλαις πόλεισιν, tradotta da Reale con «per l'intera società», è invece tradotta da Kelsen con la locuzione für den Staat, dando ovviamente con ciò una particolare curvatura di significato alle intenzioni speculative di Platone.*
- «c'è e neppure [...] raffinato e svecchiato» (p. 273): *la frase che segue il punto, che in greco suona τὰ δὲ νῦν λεγόμενα Σοκράτους ἐστὶν καλοῦ καὶ νέου γεγονότος, viene tradotta in maniera piuttosto lineare da Reale con «quello che ora gli si attribuisce sono i pensieri di Socrate quando era bello e giovane». Per evidenti ragioni, si è preferito mantenere in traduzione la forma meno colloquiale utilizzata da Kelsen, che tra l'altro, contrariamente alla lettera del testo, fa parlare Platone in prima persona.*
- «Per Zeus [...] delle altre virtù» (p. 287): *la traduzione di Reale della parte che segue il secondo punto esclamativo è stata interpolata con le aggiunte presenti nella traduzione kelseniana. Le parole tra parentesi («non lo permetteremo») sembrano doversi intendere come un'aggiunta dello stesso Kelsen.*
- «Quando ci si occupa [...] stessa si alimenta» (p. 289): *l'inizio della citazione è tradotto da Reale con «dopo molte discussioni fatte su questi temi e dopo una comunanza di vita», frase che riprende in maniera piuttosto lineare il greco ἐκ πολλῆς συνουσίας γιγνομένης περὶ τὸ πρᾶγμα αὐτὸ καὶ τοῦ συζῆν. Si è dunque*

preferito lasciare nel testo la versione difforme di Kelsen, che però sembra non aver colto del tutto il senso delle parole di Platone.

La presente traduzione viene pubblicata con la cortese autorizzazione dello Hans Kelsen-Institut di Vienna, detentore di tutti i diritti sull'opera kelseniana.

Giorgio Ridolfi

I

La filosofia platonica è segnata da un radicale dualismo¹. Il mondo di Platone non è unitario; e l'abisso che lo scinde in tutti i suoi modi d'apparire riemerge continuamente e nelle forme più disparate. Platone non vede un solo mondo, ma due: quando pensa di guardare con gli occhi dell'anima il regno trascendente, senza spazio e tempo, dell'Idea, cioè la cosa in sé, la vera, assoluta realtà dell'essere in quiete; e quando oppone a questo regno [*Reich*] trascendente l'ambito [*Bereich*] spazio-temporale, percepibile tramite i suoi occhi sensibili, delle cose che semplicemente ci appaiono, come ambito dell'apparenza illusoria del movimentato divenire, che in realtà è un non-essere. Se uno dei due mondi è l'oggetto [*Gegenstand*] del pensiero puro e del sapere vero, cioè dell'epistéme, il che significa che è l'unico oggetto possibile di un'autentica conoscenza razionale, l'altro è l'oggetto [*Objekt*] estremamente dubbio della percezione sensibile, della semplice opinione, cioè della dóxa. Questo è lo stesso contrasto che emerge nella dottrina platonica del péras e dell'ápeiron. Nel primo, nella sfera del determinato, della forma, domina il principio della libertà, che sta sotto la legge della finalità o della normatività; nel secondo, nella sfera dell'indeterminato, della materia,

¹ Cfr. su questo E. Hoffmann, *Platonismus und Mittelalter*, Vorträge der Bibliothek Warburg 1923/4, 3. Bd., 1926, p. 17.

domina la necessità, la legge di causa ed effetto, la causalità. Un moderno parlerebbe del contrasto tra spirito e natura, tra valore e realtà. Si tratta del contrasto di *téchne* e *empeiría*, di *nóesis* e *aísthesis*, di ciò che crea attivamente e di ciò che riceve passivamente, di *poíesis* e *mímesis*, di unità e molteplicità, di totalità e somma, e – detto nella maniera più semplice possibile – dell’“uno” e dell’“altro”. Riferito all’umano, esso è tuttavia il contrasto, estremamente significativo per la dottrina platonica, tra l’anima immortale, che aspira al divino e alla ragione, e il corpo mortale imprigionato nella sensibilità; ed è infine il contrasto, che tutto comprende nella metafisica platonica, dell’Aldilà ultraterreno-divino e dell’aldiquà terreno-umano.

Inoltre, nel suo fondamento ultimo e secondo il suo senso originario, questo dualismo multiforme, proteiforme, che per esprimersi si serve anche della simbologia spazio-temporale dell’alto e del basso, della destra e della sinistra, del davanti e del dietro, del prima e dell’ora, è il contrasto tra Bene e Male². Questo senso etico non è l’unico possibile senso del dualismo platonico, ma è quello primario, è lo strato più profondo del pensiero platonico, nel quale tutto il resto si radica come in un terre-

² Poiché ogni speculazione etico-metafisica deve condurre, secondo una necessità immanente, a una concezione del mondo dualistica e, perciò, tutti i sistemi religiosi presentano un carattere dualistico che emerge in maniera più o meno chiara – la fantasia dei popoli più disparati, occupandosi del problema del Bene e del Male, giunge, anche senza reciproci influssi, a simboli molto simili –, non è certamente di significato decisivo per la comprensione della filosofia morale platonica, benché neanche di scarso significato, la questione se si possa dimostrare una diretta influenza su di essa della dottrina su Ormuzd e Ahriman di Zarathustra. Ha sostenuto per primo una tale influenza, dando di essa prove quantomeno verosimili, Werner Jäger, *Aristoteles*, 1923, pp. 133 ss. Ha poi reso considerevolmente più salda l’opinione di Jäger Richard Reitzenstein, *Plato und Zarathustra*, Vorträge der Bibliothek Warburg, 1924/25, 4. Bd., 1927, pp. 20 ss. Le osservazioni rivolte contro Reitzenstein da Leisegang (*Philologische Wochenschrift*, 48. Jahrg., 1928, Nr. 46/47, pp. 1412 ss.) non sono convincenti.

La concezione del dualismo platonico come di un contrasto etico-religioso tra Bene e Male viene respinta da Hoffmann, *loc. cit.*, p. 24.

no che lo nutre. Il dualismo etico di Bene e Male è, per così dire, l'anello più interno circondato dal dualismo della teoria della conoscenza e da quello ontologico, i quali si sviluppano insieme [*verwachsend*] a quello etico e da esso scaturiscono [*hervorwachsend*].

Che l'insieme dei contrasti all'interno del quale si muove il pensiero platonico – il *chórismos* platonico – trovi il suo senso autentico nel pensiero fondamentale del Bene e del Male, risulta non solamente dal fatto che il contrasto tra i due mondi, ovunque si presenti, appare nell'esposizione di Platone come un contrasto tra valori, come la separazione di un mondo superiore da uno inferiore, di una regione del valore e di una del non-valore; ma soprattutto dal fatto che il piano etico, nella filosofia di Platone, afferma incontestabilmente il proprio primato. Il concetto del pensiero puro, cioè liberato da ogni versante materiale dell'esperienza sensibile, è possibile solo nell'ambito dell'etico, quindi solo come il Bene. Tuttavia, anche nelle molteplici speculazioni, dedicate ai più svariati oggetti, che ci si presentano nei dialoghi platonici, e nelle molte deviazioni, per essi così caratteristiche, dal rispettivo argomento principale, l'Idea morale rimane sempre la salda stella polare. Solo essa, attraverso percorsi di pensiero spesso molto intrecciati, conduce con sicurezza al fine. E questo fine dell'intera filosofia platonica, il fine che, dai più svariati lati, Platone persegue con la più grande energia dalla prima all'ultima delle sue opere, è il *Bene assoluto*. Esso, tuttavia, non può essere assolutamente pensato senza il Male. Se il Bene deve costituire un oggetto per la conoscenza, quest'ultima deve rivolgersi anche al Male; e ciò avviene anche nella filosofia di Platone, che non è assolutamente – come solitamente la si rappresenta – una dottrina del Bene, bensì una speculazione sul Bene e sul Male [*Gut-Böse-Spekulation*]. Certamente l'Idea del Bene si manifesta nell'esposizione di Platone in maniera molto più distinta e chiara rispetto alla rappresentazione del Male; e i ragionamenti [*Gedanken*] rivolti al Bene si sviluppano in maniera molto più vigorosa e ricca di quelli che hanno per oggetto il Male. Non solo il pensiero [*Denken*] del moralista [*Ethiker*] è rivolto, infatti, al Bene, ma soprattutto il suo *volere*. Il Male non dovrebbe neanche essere pensato, se non fosse necessario pensarlo insieme al Bene come il suo

polo opposto; e tuttavia, se si trova appunto semplicemente a essere pensato insieme ad esso, viene subito coinvolto nella gloriosa apoteosi del Bene. E, poiché esso è solo l'ombra prodotta dalla luce del Bene, rimane in ombra anche nella rappresentazione di esso. Solo negli ultimi scritti di Platone anche il Male acquista una forma più salda, è reso sostanza come il Bene ed è personificato come un'essenza particolare. Il Male diventa, infatti, per Platone qualcosa di reale, un essere, solo in un periodo più tardo della sua attività, cioè dopo che in precedenza, nel dualismo ontologico, egli aveva dovuto riconoscere un essere al rappresentante del Male, ossia al divenire in qualità di non-essere. Anzi, il motivo ultimo per cui, in base alla concezione originaria del dualismo platonico, solo il mondo dell'Idea, che è il mondo del Bene – il Bene è, infatti, proprio l'Idea centrale, l'Idea per eccellenza – partecipa all'essere della realtà, mentre il mondo ad esso contrapposto delle cose, il divenire, deve avere valore di non-essere, è il seguente: perché questo mondo del divenire, il mondo empirico della realtà percepibile dai sensi, il mondo terreno di ciò che di fatto accade, proprio nella misura in cui si oppone all'Idea come mondo del Bene, è il mondo del Male e non può essere altrimenti (per quanto Platone non lo caratterizzi espressamente come tale). Solo il Bene – secondo il proprio senso – deve essere; il Male non deve essere. E il Male è ciò che non è, mentre solo il Bene è ciò che è, proprio perché, per un pensiero etico, il dover-essere è l'essere. Poiché il moralista *vuole* che il Male non debba essere, esso è per lui ciò che non è. Così egli soddisfa il volere con il conoscere. E questo primato del volere rispetto al conoscere – una caratteristica decisiva per l'etica – si presenta nella rappresentazione oggettiva come primato del dover-essere rispetto all'essere, del valore rispetto alla realtà. Nel sistema puro del Bene non c'è posto per il Male. Proprio questo si esprime nella speculazione platonica sul Bene e sul Male – e non solo in essa, ma parimenti anche in molti altri simili processi speculativi –, quando si contesta al Male o ai suoi rappresentanti ontici la qualità dell'essere. Ciò che deve essere è, ha un “vero” essere, sebbene ciò che ci sembra essere non debba essere – oppure, proprio perché ciò che ci sembra essere non deve essere. Si deve distinguere tra l'essere vero, reale, e l'es-

sere solo apparente; deve essere sminuito a mero essere di apparenza ciò che, per la visione ordinaria, ha un essere; deve essere posto, al di sopra della percezione sensibile di questo essere di apparenza, un pensiero orientato al vero essere; e deve essere posta l'etica al di sopra della scienza della natura. Tutto ciò proprio affinché il Bene, ossia ciò che deve essere, possa essere affermato come ciò che veramente è, mentre ciò che è secondo la visione ordinaria e non deve essere, perché non è bene e perché è male, viene affermato come ciò che non è; e quindi affinché il Male stesso possa essere affermato come ciò che non è. Così ogni speculazione sul Bene e sul Male e ogni tentativo di spiegare eticamente il mondo hanno fatto violenza alla visione naturale. La concezione del mondo della conoscenza esplicativa, orientata alla realtà dell'esperienza sensibile – il che però vuol dire, alla natura –, viene completamente rovesciata dalla riflessione giustificativa orientata al valore e, con ciò, allo spirito – il che però vuol dire, dalla riflessione etica.

Poiché il Male è la negazione per antonomasia del Bene, il dualismo etico è, secondo il suo senso originario, assoluto; e la tendenza a dare una forma assoluta ai contrasti concettuali è sintomo piuttosto sicuro di un'attitudine alla riflessione etico-normativa che ha come obiettivo finale il valore e non la realtà, il dover-essere trascendente e non l'essere empirico. Questo secondo tipo di riflessione – a differenza del primo – non lavorerà, dove è possibile, con contrasti assoluti, ma si sforzerà di relativizzare i contrasti che all'inizio gli si presenteranno, cioè di supporre stadi intermedi e graduali passaggi da una cosa all'altra, e di dissolvere la massa dei fenomeni in una serie di forme che trapassano l'una nell'altra in base a differenze quantitative. Esso mirerà, pertanto, soprattutto al concetto di sviluppo. Proprio la storia del pensiero greco mostra come la conoscenza della realtà naturale cominci a dividersi dalla speculazione etico-religiosa nel momento in cui relativizza quei contrasti assoluti, solo in base ai quali in generale la seconda, riconducendo tutti i contrasti a quello fondamentale tra Bene e Male, riesce a vedere il mondo. La relativizzazione del contrasto fondamentale tra Bene e Male è uno dei ponti che portano dall'etica alla scienza naturale. Qui la svolta decisiva sta nel fatto che non solo il Bene, ma anche

il Male, viene riconosciuto come qualcosa che è, come reale; dunque nel fatto che la realtà empirica viene riconosciuta non solo come cattiva, ma anche come buona, come una mescolanza di Bene e Male. Con questa relativizzazione del contrasto tra Bene e Male si è compiuto il primo passo verso l'autodissolvimento della speculazione sul Bene e sul Male; e così quest'ultima viene contestualmente respinta in favore di una conoscenza della realtà empirica.

Nella versione originaria della visione del mondo platonica si mostra chiaramente la tendenza ad assolutizzare il dualismo fondamentale. Tra i due mondi in cui si scinde l'intero universo, tra l'ambito della *dóxa* e quello dell'*epistéme*, Platone assume l'esistenza di un contrasto insormontabile. È necessario un completo distacco dal mondo dell'esperienza sensibile, un "capovolgimento" radicale, se si vuole percorrere la strada che conduce dal mondo della mera apparenza alla conoscenza del vero essere. Ma questo distacco dal mondo della sensibilità e questo incessante rivolgersi al mondo spirituale dell'Idée sarebbero incomprensibili, se non significassero il distacco dal Male e il rivolgersi al Bene. Ciò che Platone vuole dire con la famosa metafora della caverna è «che, questa facoltà presente nell'anima di ognuno e l'organo con cui ognuno apprende, proprio come l'occhio, non sarebbe possibile rivolgerli dalla tenebra alla luce se non insieme con tutto il corpo, così bisogna girarlo via dal divenire con tutta intera l'anima, fino a che non risulti capace di pervenire alla contemplazione dell'essere e al fulgore supremo dell'essere: ossia questo che diciamo essere *Bene*». Proprio in questo contesto, tuttavia, si può leggere che l'anima, che è certamente dotata di buona vista, non arriva al pieno "capovolgimento", di cui si è detto, e che «è *asservita alla malvagità*, di guisa che quanto più acutamente vede, tanto più maggiori mali produce»; e si può leggere anche che, «attaccandosi a tale natura», «questa specie di pesi di piombo collegati con il divenire» – cioè i desideri e i piaceri – «trascinano in basso il suo sguardo» (*Repubblica*, VII, 4, 518/519 St.). Solo se la sfera della percezione sensibile significa il Male e quella del pensiero significa il Bene, si può comprendere la rinuncia a legare il percepire e il pensare l'uno con l'altro. Nella dottrina del completo capovolgimento non si esprime

né una visione psicologica né una visione di teoria della conoscenza. Solo l'esperienza etica del peccatore che diviene santo conosce il vissuto, tipico di questo mutamento, di un capovolgimento radicale. La speculazione sul Bene e sul Male è ciò che lega il contrasto tra la percezione sensibile e il pensiero con quello tra la cosa singola e l'Idea; e così s'innalza fino all'Assoluto.

Ma la dottrina di Platone non mostra solo questa tendenza, bensì anche quella contraria, orientata alla relativizzazione dei contrasti. Il suo pensiero è tanto contraddittorio quanto il mondo che rispecchia. E pertanto, nelle sue opere, si scorge certamente un aspro dualismo che non tollera tra i due mondi alcun ponte sul quale la conoscenza dell'uno possa avanzare fino all'altro, un profondo pessimismo che nega il mondo dell'aldiquà e la possibilità di conoscerlo, per affermare – nell'essere come nel conoscere – solo quello dell'Aldilà; e si scorge, dunque, un dualismo pessimista che ha l'ardire di realizzare il più violento capovolgimento che un genio dell'etica, che disprezza la natura e la sua scienza, abbia mai osato tentare, mentre proclama non conoscibile ciò che è dato nell'esperienza e proclama oggetto della vera conoscenza solo ciò che sta al di là di ogni esperienza. Tuttavia egli pone, accanto a ciò, anche un chiaro sforzo di colmare in qualche modo l'abisso tra i due mondi, di inserire tra i risultati di una speculazione dualistica, che stanno inconciliabilmente l'uno di fronte all'altro, un termine medio, qualcosa che possa operare una mediazione. Anche questa dottrina di un *metaxý*, che è sempre sintomo di un allontanamento dal dualismo pessimistico verso una concezione di fondo che dà riconoscimento anche al mondo della realtà empirica, emerge in molteplici forme.

II

L'attività creativa spirituale del grande moralista è radicata, ancor più di ogni altra, nella sua vita personale; e ogni speculazione sul Bene e sul Male nasce dall'esperienza etica che sconvolge l'uomo nella sua totalità. E così anche il potente *páthos* che muove l'opera di Platone, il suo tragico dualismo e lo sforzo eroico di superarlo, sono profondamente

radicati nella particolare natura di questa individualità filosofica, nella peculiarità del suo destino e, in conseguenza di ciò, nella sua attitudine estremamente personale nei confronti della vita. La linea della vita platonica viene, però, fondamentalemente determinata dalla passione dell'amore, dall'eros platonico. L'immagine che ci possiamo fare dell'uomo Platone a partire dai documenti che ha lasciato non mostra una natura di freddo intellettuale contemplativo, che trova soddisfazione nell'aver un'esperienza conoscitiva del mondo; e non mostra un filosofo il cui sentire e le cui aspirazioni sono rivolti solamente a considerare e a comprendere il meccanismo degli avvenimenti umani ed extraumani, a spiegare in maniera chiara la sconcertante profusione di dati. Essi mostrano, invece, un'anima scossa dalle più violente eccitazioni, nella quale vive una volontà di potenza, di potenza sugli uomini, che – affratellata con il suo éros e da esso indivisibile – non può essere repressa. L'ardente aspirazione di questa vita è quella di educare gli uomini amandoli e di amarli educandoli, dando alla loro comunità la forma di una comunità d'amore; il suo fine è il modello [*Form*] dell'uomo e la riforma [*Reform*] della sua comunità. Per questo il suo pensiero non considera nient'altro allo stesso modo dell'educazione e dello Stato³, e per questo il più elevato dei suoi problemi diviene il Bene, ossia la giustizia, che è l'unica giustificazione per la signoria dell'uomo sull'uomo, l'unica legittimazione della paideía, così come della politeía. La passione politico-pedagogica di Platone sgorga, tuttavia, dalla fonte del suo éros. Se si riconosce che la dinamica del filosofare platonico nasce da questo éros, allora non si può neanche chiudere gli occhi di fronte alla particolarità di questo éros. Infatti, la particolarità di questo éros sta nel fatto che esso determina il rapporto personale di Platone con la società in generale e con la società democratica ateniese in particolare, e che determina la sua fuga

³ Cfr. W. Jäger, *Platons Stellung im Aufbau der griechischen Bildung. Ein Entwurf*, Sonderabdruck aus "Die Antike", IV, 1928.

da questo mondo e, contemporaneamente, la sua brama di dominarlo dandogli forma.

Questo éros, l'amore per i fanciulli, minaccia di mettere Platone in contrasto con la società e, perciò, col mondo in generale, giacché esso non si presenta in lui nella forma in cui era diffuso nei più aristocratici circoli di Atene – ma probabilmente solo in questi e non in più bassi strati sociali –; non si presenta cioè come ampliamento e arricchimento della vita sessuale normale, bensì come alternativo ad essa⁴. Gli amanti dei bei fanciulli, come ad esempio Socrate, avevano infatti, di solito, a casa moglie e figli. Ma, nella vita di Platone, non c'è mai stato posto per una donna. Il matrimonio, che anche per la religione greca era confuso di un'aura di santità, e la famiglia, questo elemento fondamentale anche per lo Stato greco, rimasero a lui, che passò la vita in una cerchia maschile, profondamente e intimamente estranei. Egli non si sentiva in grado di assolvere il più importante obbligo verso la Patria, quello di donare allo Stato nuovi cittadini con la procreazione di una discendenza all'interno del matrimonio; e ciò gli deve aver provocato un sentimento tanto più doloroso, in quanto tutto il suo atteggiamento spirituale si opponeva al declino morale del suo tempo ed era diretto al ristabilimento dei costumi degli antenati. In questo totale "essere diverso" stava il pericolo di un profondo conflitto con la realtà sociale, la cui legge di vita era estranea alle esigenze del filosofo. Al di fuori dell'ambito culturale dorico, e in particolar modo ad Atene, la pederastia era ritenuta un vizio contrario alla natura, nonostante la sua diffusione in determinati ambienti, o forse proprio in ragione di essa. In Omero non se ne trova ancora traccia. I grandi tragici Eschilo e Sofocle, nonostante le loro personali inclinazioni, sembrano non aver mai osato esporsi pubblicamente in suo favore. Euripide l'ha esplicitamente rifiutata, mentre la comme-

⁴ Sull'omosessualità nella società greca e sul significato di questo éros per la filosofia di Platone, si confronti il mio trattato *Die platonische Liebe* in «Imago», XIX. Jahrg., 1933, Heft 1, pp. 34 ss.

dia, soprattutto quella di Aristofane, l'ha fustigata con le più affilate armi dell'ironia e del sarcasmo; e i sofisti l'hanno combattuta con decisione. Anche la legislazione penale ateniese mostra chiaramente una tendenza contraria alla pederastia. Dell'atteggiamento aspramente contrario che la società ateniese assume contro questo éros possono essere rinvenute non poche prove, sebbene naturalmente solo indirette, persino nei dialoghi platonici *Simposio* e *Fedro*, nei quali Platone difende l'éros nei confronti dei fanciulli contro la visione ufficiale e si riconosce in esso – sebbene nella sua forma spiritualizzata. Ma il vecchio Platone, nella sua ultima opera, le *Leggi* (VIII, 5, 836 St.), cioè in un periodo in cui naturalmente era già libero dalla tirannia di questo éros, lo ha caratterizzato come pericoloso per lo Stato e come fonte «di incalcolabili sciagure non solo per la vita privata dei singoli ma anche per l'intera società». Un aperto conflitto viene evitato solo per il fatto che egli, da adolescente e da adulto, si è sforzato fin dal principio, con singolare energia e con la più alta forza morale, di spiritualizzare il suo éros. E, col mettere il suo éros al servizio della filosofia, con lo spiegare la visione del fanciullo amato come il primo passo sulla via della conoscenza del Bene, con lo spogliare, in questo modo, l'éros della sua natura intima e di ogni sensibilità, e col sublimarlo completamente sotto la pressione dell'opinione sociale e della propria convinzione morale, Platone arriva alla giustificazione, ardentemente desiderata, di esso. È nel *Simposio*, in questo alto canto dell'amore platonico, che il filosofo legittima moralmente di fronte a sé stesso e al mondo il suo éros, per il quale deve aver sofferto più di quanto tradiscano i suoi dialoghi; e con ciò legittima moralmente il mondo di fronte a sé stesso. Alla domanda di Socrate su cosa sia veramente l'éros, Platone lascia rispondere la veggente Diotima: «Un gran demone, o Socrate: infatti come tutto ciò che è demonico è intermedio fra dio e mortale», e, «stando in mezzo fra gli uni e gli altri, opera un completamento, in modo che il tutto sia ben collegato con se medesimo» (XXIII, 202 St.). Il mondo platonico riunisce ciò che ha diviso. Èros ha creato il chórismos, Èros lo annulla di nuovo.

In questo modo il dualismo platonico prende una piega ottimistica. La filosofia platonica, con la sua tendenza a relativizzare il contrasto tra

Bene e Male, assume una direzione che guarda di nuovo verso l'aldilà e ha come obiettivo una visione unitaria del mondo, che comprende anche la natura – non più interpretata solo eticamente, ma concepita come qualcosa che è, poiché non essenzialmente malvagia. Ma essa assume soprattutto una direzione che riconduce allo Stato e alla società. Rispetto a ciò è estremamente significativo il fatto che Platone, nel discorso di Diotima – come del resto anche nei discorsi di tutti i partecipanti al simposio – accentua il carattere sociale del suo éros, in modo da difenderlo contro il consueto biasimo riguardante la sua ostilità alla società, o meglio la sua pericolosità per lo Stato. Platone dà continue rassicurazioni sul fatto che anche l'éros verso i fanciulli, quando viene spiritualizzato – e solo esso è capace di essere spiritualizzato –, è un éros creatore, un éros in grado di generare. Egli lascia annunciare dalla bocca della veggente che i più bei figli dell'éros spirituale, che crea all'interno dell'anima, non sono solo poesie o opere d'arte figurativa, ma anche ordinamenti di società, costituzioni statuali, leggi, opere di giustizia. Tra i “figli immortali”, che è più pregevole lasciare in eredità rispetto a figli con un corpo mortale, egli nomina le leggi di Solone e i figli che «Licurgo lasciò a Sparta» per la salvezza dell'Ellade (XXVII, 209 St.). Questa è per Platone una confessione estremamente personale⁵, poiché i figli che il suo éros vuole destare in lui sono le migliori leggi, il giusto ordinamento dello Stato e la corretta educazione della gioventù. Qui si svela nella maniera più chiara l'intima connessione che sussiste tra l'éros platonico e la sua volontà di potenza sugli uomini, tra la sua passione erotica e la sua passione politico-pedagogica.

⁵ Cfr. l'introduzione di Kurt Hildebrandt alla sua traduzione del *Simposio* di Platone, Philos. Bibliothek, Bd. 81, 6. Aufl., 1922, p. 37.

III

La ricerca recente su Platone ha in qualche misura infirmato l'opinione secondo cui egli è stato un filosofo teoretico e la sua filosofia ha avuto come obiettivo la fondazione di una scienza rigorosa. Oggi si sa che Platone aveva complessivamente più una natura di politico che di teorico. Attualmente lo si qualifica come un «appartenente alla stirpe dei dominatori» [*einen "Herrenmenschen"*], come un «un uomo dotato di una natura imperativa»⁶, e in lui si vede soprattutto l'educatore e il fondatore. Del fatto che ciò sia vero, che egli avesse realmente in sé le caratteristiche di un uomo di volontà e le abilità di un genio pratico, si può forse dubitare. Certo è, però, che il suo ideale personale si orientava in questa direzione e che egli voleva essere ciò che, per qualche motivo, gli era esteriormente negato di essere. Tutto il suo atteggiamento spirituale è in ogni caso, più che uno sguardo [*Sicht*] sull'essere, un ri-guardo [*Rück-Sicht*] verso il dover-essere, che indica sempre un volere e non un conoscere. E, poiché il suo volere etico-politico era totalmente fondato su una posizione metafisica e si manifestava, conseguentemente, in un'ideologia esplicitamente religiosa, egli dà nei suoi scritti l'impressione di essere, piuttosto che un dotto sistematico della scienza morale, un profeta dello Stato ideale; e appare non tanto come psicologo o come sociologo della realtà sociale, quanto come predicatore della giustizia. Una testimonianza di ciò è offerta soprattutto dall'autobiografia di Platone, la cosiddetta *Lettera VII*, nella quale il vegliardo, in una delle sue ore di maggiore onestà, dà conto a sé e al mondo della sua vita. Qui Platone confessa che l'autentica brama della sua giovinezza era rivolta alla politica, e di aver aspettato per tutta la vita il momento giusto per agire. Ma, anche se non possedessimo questa confessione di Platone, rimarrebbe il fatto che, dai suoi dialoghi, emerge in maniera non meno chiara

⁶ E. Howald, *Die platonische Akademie und die moderne Universitas Litterarum*, 1921, p. 15; cfr. poi: Salin, *Platon und die griechische Utopie*, 1921, *passim*; Singer, *Platon der Gründer*, 1927, *passim*.

il primato della sua volontà politica rispetto alla conoscenza teoretica. Già il fatto che il problema fondamentale della sua filosofia, cui tutti gli altri sono per lui subordinati, sia la questione della giustizia, rivela che il suo principale interesse è quello di trovare un fondamento morale per l'agire. Da una gran mole di dettagli si percepisce, negli scritti di Platone, che il tono di fondo nell'accordo di questa grande vita è la passione politica, e che il suo più bruciante desiderio è di conquistare la sovranità nello Stato. Anche qualora ciò non si manifestasse in sintomi diretti e indiretti, dovrebbe comunque rivelarlo la tesi principale della filosofia platonica, secondo cui il compito del filosofo è di governare; nonché la richiesta che torna sempre ostinatamente a sollevare: Tutto il potere nello Stato alla filosofia! Ma mica a una filosofia qualunque, bensì all'unica vera filosofia, ossia a quella che solamente è in grado di condurre alla conoscenza della giustizia e che così si procura la legittimazione per la sua pretesa di dominio: la filosofia di Platone.

D'altra parte, non è solo l'opera di Platone a mostrarci la sua passione politica, ma è parimenti anche la sua vita. Essa è segnata da un'impresa politica di cui Platone si è fatto carico dal periodo in cui – a circa 40 anni – fece il suo primo viaggio in Sicilia fino quasi alla morte, e che ha rabbiato il tramonto della sua vita. Si tratta del tentativo di Platone di conquistare alle sue idee il tiranno di Siracusa Dionisio II. Anche a questo passo fatale lo condusse il suo éros demoniaco, cioè l'appassionato amore per Dione, un giovane parente del tiranno che – forse con le migliori intenzioni, forse solo per realizzare l'ideale politico di Platone – cercò di impadronirsi del potere a Siracusa. Questo tentativo ha, però, coinvolto l'Accademia platonica, o quantomeno molti dei suoi più celebri membri, in una sanguinosa guerra civile, nel corso della quale venne distrutto il grande regno siciliano fondato da Dionisio I – una delle più potenti entità statuali che la grecità abbia prodotto e, in generale, forse il suo ultimo baluardo nel mondo antico –; e il nome dell'Accademia platonica non si coprì propriamente d'onore.

Il ruolo giocato dall'Accademia, con la tacita tolleranza di Platone, nella dubbia impresa di Dione non è l'unico motivo che impedisce assolutamente di vederla come quella scuola di saggezza, quel posto tran-

quillo, lontano dai ritmi del mondo e in cui ci si occupava solamente della scienza pura, quale è stata ritenuta per così lungo tempo. L'Accademia, che Platone aveva fondato subito dopo essere tornato dal suo primo viaggio in Sicilia e che godette soprattutto del favore di alcuni circoli aristocratici, non è – come hanno mostrato recenti ricerche – una scuola di dotti, bensì una conventicola formata secondo l'esempio delle comunità pitagoriche, cioè una comunità fondata sulla religione platonica e sull'éros platonico⁷. Ciò che oggi si comprende più chiaramente rispetto a prima è soprattutto la funzione politica dell'Accademia, il suo carattere di istituzione per la preparazione alla professione di uomini di Stato. Sono le sue tendenze decisamente antidemocratiche e aristocratiche che l'hanno resa un centro d'iniziativa reazionaria. Essa, tuttavia, non era solo un vivaio di politici conservatori, ma anche – come mostra, in maniera particolare, l'avventura siracusana – un crogiolo per azioni di rilievo politico-statuale. Ciò corrisponde assolutamente all'atteggiamento spirituale di fondo di Platone, per il quale la Scuola sostituiva la politica ed era, allo stesso tempo, la cellula virtuale di un vero Stato⁸. Dal punto di vista della produzione letteraria, l'Accademia non era tanto orientata alla scienza esatta, quanto piuttosto alla speculazione etico-mistica; e, a buon diritto, la si è chiamata una “setta metafisica”⁹. Ciò consente indubbiamente di trarre una conclusione sull'atteggiamento di Platone nei suoi ultimi anni di vita. Esso è caratterizzato dal completo distacco dal razionalismo socratico tramite la sempre crescente consapevolezza della trascendenza dell'oggetto di ogni conoscenza etica, connessa con la convinzione dell'impossibilità di esporre razionalmente i risultati raggiunti. Proprio perché l'irrazionale si sottrae a un'esposizione razionale, Platone, quando vuole esprimere ciò che per lui è essen-

⁷ Cfr. Howald, *loc. cit.*, pp. 10 ss.

⁸ Cfr. P. Friedländer, *Platon I. Eidos, Paideia, Dialogos*, 1928, pp. 103, 107, 116, 118.

⁹ Cfr. P.L. Landsberg, *Wesen und Bedeutung der platonischen Akademie. Schriften zur Philosophie und Soziologie*, herausg. von Max Scheler, I., 1928, p. 31.

ziale, si serve in maniera sempre più privilegiata del mito. Qui non abbiamo un uomo di scienza. Colui che, come un veggente, non parla che con parole profeticamente oscure, più dall'Aldilà che dall'aldiquà, ha in mente qualcos'altro, forse qualcosa di più alto e di più importante, rispetto alla teoria esatta. Egli ha messo in grande imbarazzo i suoi lettori, dichiarando ripetutamente e in maniera inequivocabile che le opere da lui pubblicate non contengono affatto il suo vero pensiero, e che in fondo esse non devono essere affatto considerate come sue opere. Se è possibile ritenere autentica la seconda lettera, allora Platone ha detto di non aver ancora mai scritto nulla sull'autentico oggetto della sua filosofia, sul suo ultimo e più elevato problema. In quel passo si dice letteralmente che non «c'è e neppure ci sarà alcuna opera scritta di Platone. Per quanto riguarda, invece, gli scritti che ora mi vengono attribuiti, essi non sono altro che opera di Socrate, e precisamente di un Socrate raffinato e svecchiato». Non è costume di un intellettuale orientato alla conoscenza scientifica, né di un uomo di scienza che aderisca a una sua teoria, liberarsi semplicemente di lavori pubblicati nel corso di decenni e declinare la responsabilità per essi. Questo è il costume di un politico, per il quale la "teoria" non è un fine in sé, ma un mezzo per un fine del tutto diverso, cioè non un mezzo per soddisfare la sete di conoscenza degli uomini, ma per determinare il loro volere, per formare il loro carattere, per educarli, per governarli. Non esiste affatto – dobbiamo accettarlo – una teoria specificamente platonica, cioè una teoria che sarebbe inseparabilmente connessa al suo nome (ad ogni modo, nessuna che conosciamo). Platone stesso vuole che sia così. Questo è anche il senso più profondo della peculiare circostanza per cui Platone, nelle opere che portano il suo nome, non appare mai come rappresentante delle opinioni in esse sviluppate, per le quali egli manda avanti il più delle volte Socrate e, più tardi, altri personaggi come lo Straniero o l'Ateniense. Questo è il vero motivo per cui ha scelto la forma del dialogo. Certamente si atteggiava in modo particolare alla sua natura profondamente contraddittoria e lacerata da un tragico conflitto una forma letteraria nella quale, al contrario di quanto avviene nella struttura monologica delle trattazioni scientifiche, potesse non essere rappresentata *una* sola

opinione e, quindi, potesse non essere messo in piena luce solo un lato del problema. Chi poteva avere un maggior bisogno rispetto a Platone di far parlare non solo sé stesso, ma anche l'avversario, visto che, certamente, nessuno come lui portava questo avversario nel proprio petto e non poteva in altro modo liberarsene? Ma ancor più di questo bisogno di liberazione era importante l'altra possibilità che Platone trovava nel dialogo, quella di non identificarsi del tutto e incondizionatamente con nessuna teoria, per quanto essa potesse essere fondata. Come in un dramma nessuna delle opinioni esposte dai personaggi sulla scena corrisponde assolutamente a quella dell'autore – neppure quella che egli fa esporre al suo eroe con tutti i mezzi di una retorica convincente, facendogliela testimoniare con i fatti –, così anche Platone non vuole in definitiva fare propri i dogmi che mette in bocca al suo Socrate. E neanche pretende di aver detto, tramite quello che dice Socrate, le cose più essenziali, poiché queste, essendo irrazionali, sono indicibili. Neanche quello che dice il suo eroe è la sua ultima parola. Si è già ripetutamente affermato che Platone non è solo un filosofo, ma anche, anzi ancor di più, un poeta, che ha inteso alcune sue opere più come bei drammi che come risultato di ricerche scientifiche. E Platone è, nei fatti, un drammaturgo principalmente nel senso che non gli sembra così importante *ciò* che i suoi personaggi dicono: gli è indifferente se ciò sia più o meno giusto. Ciò che, invece, principalmente gli interessa è l'effetto che questi discorsi producono con il loro domandare e rispondere, con l'intensificarsi della conversazione fino ad arrivare a un vertice mozzafiato e alla liberatoria discesa da esso, che non conduce, però, in nessun modo a una soluzione scientifica. Platone è un drammaturgo, solo che, appunto, non ha intenzione di agire da un versante estetico, ma da uno etico-religioso. Perciò il sapere di Platone non è un fine in sé e la scienza – esattamente come per i pitagorici – è per lui solo un mezzo per raggiungere un fine. L'uomo ha bisogno del sapere per agire rettamente, e proprio perciò la sua conoscenza ha un senso solo se è rivolta al Bene, alla Divinità. Tutto un mondo divide tale scienza platonica da quella moderna, ai cui fondamentali presupposti appartiene il principio che la ricerca del sapere ha come obiettivo solo il conoscere e che questa conoscenza non

può dirigersi verso uno scopo al di fuori di essa; il principio, dunque, che i suoi risultati non possono essere determinati né dalla necessità del volere e dell'agire – il che però vuol dire, del comandare e dell'essere comandati –, né dalla politica. Perciò la scienza è soprattutto scienza della natura. Ma anche lo stesso sapere riguardante l'uomo che vuole e agisce, e i rapporti reciproci tra gli uomini, anche la moderna scienza che ha per oggetto lo Stato, il diritto e la società, sta sotto l'inflessibile postulato della sua separazione tanto dalla politica quanto dalla religione. *Conoscere* il mondo – della natura o della società – è uno scopo [*Zweck*] di pari importanza rispetto al fine [*Ziel*] di determinare il mondo *con la volontà*, di dargli forma o di riformarlo, di educarlo o di governarlo. La legge vitale di ogni conoscere puro è quella di essere esercitato in vista del proprio profitto. Ciò vale in particolare anche per la scienza sociale, poiché essa – posta al servizio della politica – non può più servire l'ideale della verità oggettiva, ma deve diventare un'ideologia del potere. Quanto avanti, però, la filosofia platonica si spinga proprio in questa direzione è dimostrato dalla concezione della *verità* di Platone, dalla *verità platonica*, che è così straordinariamente caratteristica da poter essere messa accanto all'amore platonico come segno distintivo dello spirito platonico.

IV

Essa si esprime nella dottrina – esposta principalmente nella *Repubblica* – della legittimità, anzi dell'opportunità della menzogna come mezzo del migliore governo, e nella distinzione della cattiva menzogna da quella “vera”, che è tale in quanto è benefica e che è una verità di Stato – la Ragion di Stato. Dice Platone che, nello Stato ideale – il che vuol dire, nello Stato in cui domina la filosofia platonica –, il Governo dovrà ricorrere “a continue bugie e inganni nell'interesse dei suoi stessi amministrati”. La necessità di una menzogna governativa risulta – per portare un solo esempio – dalla regolazione statale dell'educazione dei figli. Le coppie particolarmente adeguate alla riproduzione, scelte da chi dirige lo Stato, devono cioè essere ingannate rispetto al fatto di es-

sere solo strumenti nelle mani del Governo. Le persone accoppiate devono pensare che la sorte le abbia fatte l'una per l'altra; e, secondo la proposta di Platone, deve essere introdotto a questo scopo un sistema escogitato con astuzia. Ciò deve avvenire, non come ultimo motivo, affinché le coppie, i cui figli non vengono allevati a causa della loro natura inferiore, addossino la colpa al caso e non al Governo (*Repubblica* V, 8, 459 St.). Platone, che dal suo Stato ideale esclude la pittura, poiché essa simula qualcosa ed è dunque, come la poesia meramente imitativa, un'"illusione" (*Repubblica* X, 5, 602 St.), non ha il minimo scrupolo a intervenire con un inganno così scandaloso nella sfera più intima degli uomini. In questa sfera, però, si radica un interesse vitale per lo Stato. E l'interesse dello Stato, il quale nello Stato ideale coincide con la giustizia, passa sopra a tutto, anche alla verità. Nella teoria politica di Platone si presenta del tutto chiaramente, in qualità di una massima, il principio per cui il fine giustifica i mezzi; una massima che è, anzi, solo la conseguenza del primato del volere sul conoscere, della giustizia sulla verità. Poiché qui, da un punto di vista politico più elevato di tutti gli altri, non si tratta tanto della questione se quello che pensano i sudditi sia vero, quanto piuttosto se sia utile allo Stato e sia nell'interesse di un ordine ritenuto giusto, Platone concede al Governo il diritto di determinare l'opinione dei cittadini con tutti i mezzi che appaiono adatti. Nel dialogo sulle *Leggi* (II, 7-9, 622-666 St.) egli fa, in questo senso, una serie di proposte estremamente sorprendenti. Per citare anche in questo caso solo un esempio, si ricordi che Platone, per produrre tra la cittadinanza un adeguato modo di pensare, vuole dividerla in tre cori: un coro dei fanciulli, uno dei giovani e uno dei vecchi. E questi cori devono proclamare con i canti loro prescritti dal Governo le dottrine utili per lo Stato – soprattutto la dottrina secondo cui l'uomo giusto è felice, mentre quello ingiusto è infelice – e diffondere, in questo modo, la fede nella loro verità. Ma proprio di questa dottrina Platone dice qui: «Ammettiamo pure che le cose non stiano esattamente così; ebbene, in tal caso, un legislatore che abbia un minimo di astuzia, grazie alla quale in qualche caso ha osato ingannare... a fin di bene, non riterrebbe forse questo inganno come il più utile e il più efficace nella prospet-

va di far realizzare a ciascuno il bene in tutte le sue forme, non con la costrizione, ma spontaneamente?» (II, 8, 663 St.). Ma, poiché, come è comprensibile, si incorrerà nella resistenza degli uomini più anziani – ognuno sente certamente, con l'aumentare degli anni, una crescente vergogna nel farsi vedere pubblicamente mentre canta e balla –, proprio i membri del terzo coro, quello dionisiaco, devono essere fatti ubriacare per iniziativa dello Stato e sotto la guida di funzionari governativi. In stato di ebbrezza, essi si lasceranno facilmente guidare come bambini. Ciò è particolarmente degno di nota, perché Platone vede chiaramente i pericoli dell'alcolismo e, di conseguenza, vuole negli altri casi che sia estremamente limitato il consumo di vino. In questo contesto egli introduce la celebre similitudine tra l'uomo e una marionetta nella mani della Divinità, del burattinaio divino (*Leggi*, I., 13, 643 St.). Allo stesso modo anche al Governo, che è il rappresentante della Divinità, è lecito guidare l'uomo con fili che, nel limite del possibile, gli sono invisibili – ammesso che ciò sia fatto solo per il suo meglio e con ciò venga realizzata solo la giustizia. Vanno nella stessa direzione altre proposte, che intendono tutte dare alla religione, alla scienza e alla poesia la funzione di istanze produttrici di ideologia al servizio esclusivo dello Stato, e che intendono anzi costruire, con la totale eliminazione della libertà spirituale, un monopolio statale della produzione di ideologia e, quindi, una dittatura, che soggioga non solo il volere e l'agire degli uomini, ma anche le loro opinioni e le loro credenze.

Che Platone, come politico o teorico della politica, si ponga dal punto di vista di un pragmatismo per cui l'Utile dello Stato, e pertanto il Giusto, è contemporaneamente anche il Vero, non è forse così sorprendente. Ma, anche quando egli si presenta come un teorico della conoscenza e come uno psicologo, non ci si può talvolta sottrarre all'impressione che – sebbene non lo dica direttamente – ci parli in qualche modo con la riserva mentale dell'esistenza di una doppia verità. Come ci si può spiegare il fatto che egli, da un lato, sviluppa la sua dottrina delle Idee dandole in maniera del tutto esplicita una tendenza monoteistica, mentre, dall'altro, conserva nella maniera più salda la religione popolare ufficiale con la sua moltitudine di divinità antropomorfe, che è assolu-

tamente inconciliabile con l'altra posizione? Come ci si può spiegare il fatto che, in base alla sua dottrina delle Idee, solo all'universale compete un essere eterno e al particolare, invece, non compete assolutamente alcun essere, e che tuttavia la dottrina platonica dell'immortalità dell'anima riconosce un essere eterno alla personalità individuale dell'uomo nella sua massima particolarità? E che proprio in un'opera, in cui dice cose estremamente personali, cioè nel *Simposio*, egli non parla assolutamente dell'immortalità dell'anima nel senso della sopravvivenza di una sostanza spirituale individuale, ma, in senso figurato, come di una sopravvivenza del nome, della fama? Di fronte a uno spirito così grandioso, quale è Platone, si esita a vedere in ciò solo semplici contraddizioni. Si è piuttosto portati a supporre che Platone fosse ben conscio di queste discrepanze nella sua dottrina, ma che per lui, come c'erano diversi stadi dell'éros, c'erano anche diversi strati o gradi della verità; si è portati, in particolare, a supporre che per Platone accanto a una verità scientifico-razionale ce ne fosse una politico-pedagogica, e quindi religiosa, e che quest'ultima fosse per lui più importante e perciò stesse più in alto dell'altra. Descrivendo come l'anima arrivi dopo la morte nell'Aldilà, Platone dice nel *Fedone*: «Sostenere che le cose siano veramente così come io le ho esposte, non si conviene ad un uomo che abbia buon senso; ma sostenere che o questo o qualcosa simile a questo debba accadere delle nostre anime e delle loro dimore, dal momento che è risultato che l'anima è immortale: ebbene, questo mi pare che si convenga, e che metta conto arrischiarsi a crederlo, perché il rischio è bello! E bisogna che, con queste credenze, noi facciamo l'incantesimo a noi medesimi: ed è per questo che io, da un pezzo, protraggo questo mio mito» (LXIII, 114 St.). E, esponendo – nel *Menone* – la dottrina per cui il conoscere si fonda sul fatto che l'anima ricorda ciò che ha contemplato prima della nascita nell'Aldilà, Platone commenta: su tutto ciò che ho detto qui del conoscere come un ricordo dell'anima, «non vorrei troppo insistere» (XXI, 86 St.). E l'argomento decisivo che egli produce in favore della sua teoria che si oppone alla dottrina sofistica dell'impossibilità di ogni conoscere è il seguente: che la sua dottrina sarebbe da preferire, poiché quella dei sofisti rende pigri e ha un tono che seduce solo gli effemina-

ti. «Questa nostra, invece, rende operosi e stimola alla ricerca, se si ha fiducia che essa sia vera» (XV, 81 St.). Platone fonda la verità della sua dottrina sulla sua utilità nel dare sostegno alla vita. Questa è una verità politico-pedagogica, che egli – significativamente proprio in questo contesto – fa poggiare su un'antichissima saggezza sacerdotale e non sull'esperienza scientifica.

Solamente questi sono i presupposti a partire dai quali si può comprendere pienamente l'autentica dottrina della giustizia di Platone.

V

I dialoghi giovanili, che si trovano ancora sotto l'influsso di Socrate e che toccano, direttamente o indirettamente, il problema della giustizia, si perdono in infruttuose analisi concettuali, in tautologie senza contenuto. Essi si concludono più o meno senza risultati. Particolarmente caratteristico di questo periodo iniziale dell'attività di Platone, ancora affatto razionalista, è il *Trasimaco*, un'opera che probabilmente Platone ha iniziato ancor prima del suo primo viaggio a Siracusa, ma non ha concluso o, comunque, non ha pubblicato in maniera autonoma, rimaneggiandola successivamente all'interno del primo libro della *Repubblica*. Esso si conclude – dopo una discussione alquanto lunga e complicata – con Socrate che, dopo tutti i possibili tentativi di determinare il concetto della giustizia, spiega infine che, per lui, il risultato dell'intera conversazione è quello di non sapere assolutamente nulla, poiché – e questa è la cosa decisiva – la vera questione, cioè la questione sull'essenza della giustizia, non è stata assolutamente discussa. E, finché non si sa che cosa sia il Giusto, difficilmente si arriverà a sapere se esso sia o meno una virtù, e se colui che possiede la giustizia sia o meno felice. Se la congettura sulla formazione del primo libro della *Repubblica* è corretta, queste ultime parole costituiscono allora un passaggio con il quale Platone ha inserito i pensieri di un periodo della sua vita risalente a molti anni prima nell'opera dei suoi più maturi anni di uomo. Esse ci rivelano perché il *Trasimaco* sia rimasto incompiuto: con tutta la sua speculazione razionalistica sui concetti, Socrate non era stato in gra-

do di condurlo fino alla scoperta dell'essenza della giustizia. Quando Platone decise di non pubblicare il *Trasimaco*, si trovava di fronte alla grande svolta della sua vita, prima di quel viaggio che lo portò nell'Italia meridionale dai pitagorici e, quindi, verso la loro metafisica politico-religiosa, che divenne la sua nuova guida. Ad essa è rimasto fedele per tutta la vita. Nel pitagorismo egli credette di aver trovato la risposta alla questione per lui più bruciante: il segreto della giustizia.

Il nucleo della dottrina pitagorica, che concorda in questo punto con la saggezza dei misteri orfici, è la fede nel fatto che in un luogo al di là del mondo, oppure in una nuova incarnazione nell'aldilà, l'anima, dopo la morte dell'uomo, venga punita per il male che egli ha fatto e venga, invece, ricompensata per il bene. Il senso di questa rappresentazione etico-religiosa è qui – come ovunque essa si rinviene – quello di offrire una giustificazione del mondo presente, e in particolare degli avvenimenti sociali, per mezzo della convinzione nella vittoria finale del Bene sul Male. In base al suo significato politico, questa metafisica, che prevede un aldilà per le anime oppure una trasmigrazione di esse, è una dottrina della giustizia. L'essenza di questa giustizia è il contraccambio [*Vergeltung*] che, nella misura in cui, appunto, non si realizza nell'aldilà e nella vita stessa dell'uomo buono o cattivo, viene rinviato in un aldilà o in una seconda vita nell'aldilà. Questa dottrina Platone l'ha esposta nel *Gorgia*, opera che scrisse durante il suo primo grande viaggio oppure immediatamente dopo di esso. Le principali tesi etiche di quest'opera – che è meglio subire un'ingiustizia piuttosto che compierla, e che è meglio accettare una pena prevista dalla legge piuttosto che sottrarsi ad essa – ottengono il loro ultimo fondamento non propriamente tramite l'argomentazione – molto problematica – di Socrate, che è il personaggio principale anche di questo dialogo, ma tramite il grandioso mito che Platone fa raccontare in conclusione e in cui viene descritto come i buoni vengano ricompensati nell'Aldilà e come, invece, i cattivi vengano puniti. Questa verità di fede, esposta profeticamente per la prima volta nel *Gorgia*, secondo cui la giustizia significa contraccambio, e precisamente un contraccambio nell'Aldilà, domina da questo punto in poi l'intera opera di Platone, fino alla sua morte. Essa costituisce il motivo

conduttore soprattutto del secondo grande dialogo dedicato al problema della giustizia, l'opera principale che sta al centro di tutta la sua attività, la *Repubblica*. Essa comincia¹⁰ e finisce col mito del contraccambio nell'Aldilà, che così diventa la cornice riassuntiva e determinante di tutto quanto viene qui affermato sulla giustizia. Certamente potrebbe sembrare che Platone, proprio nella *Repubblica*, si mostri incline a staccare il pensiero della giustizia da quello del contraccambio. Qui, infatti, lascia rappresentare ad Adimanto, uno dei suoi interlocutori, il punto di vista per cui non si apprezzerrebbe correttamente la giustizia, se ci si riferisse sempre solo alla ricompensa che spetta ai buoni e alla punizione che spetta ai cattivi. Se si volesse lodare correttamente la giustizia, si dovrebbe rappresentare la sua essenza senza curarsi di nessun tipo di contraccambio. E Socrate non contraddice questa interpretazione. Ma, verso la fine del dialogo, egli revoca espressamente la concessione silenziosamente fatta. E Platone gli lascia chiudere la *Repubblica* con il resoconto fatto da un misterioso personaggio resuscitato dalla morte sulle esperienze che la sua anima ha potuto fare nell'Aldilà. Questa è, con alcune discrepanze, la stessa visione espressa dal mito finale del *Gorgia*: la realizzazione della giustizia divina come contraccambio nell'Aldilà. A questa rappresentazione Platone si è tenuto saldo anche nel suo ultimo dialogo, le *Leggi*.

La presupposizione di un contraccambio nell'Aldilà deve obbligatoriamente condurre a credere all'anima. Cercando la giustizia nell'Aldilà, Platone scopre nell'aldiquà, e precisamente all'interno degli uomini, l'anima, che, per poter essere oggetto del contraccambio, deve continuare a vivere dopo la morte del corpo in una sfera trascendente. In Platone è tangibile l'intimo legame tra la dottrina dell'anima e quella della giustizia. Non c'è solo il fatto che egli rappresenta l'una sempre in unione con l'altra, come ad esempio avviene nell'opera principale in cui esprime la sua dottrina dell'anima, il *Fedone*; ma anche tutte le pieghe

¹⁰ *Repubblica* I, 5, 330-331 St. Questo passo viene generalmente trascurato.

che assume la dottrina dell'anima – come, ad esempio, il passaggio dalla rappresentazione dell'anima come unità alla rappresentazione della sua tripartizione –, sono del tutto parallele alle corrispondenti pieghe assunte dalla dottrina della giustizia. E, come quest'ultima conduce alla dottrina dell'anima, la dottrina dell'anima, sotto la pressione esercitata dal problema della giustizia, conduce alla dottrina delle Idee. La fede nella realizzazione della giustizia nell'Aldilà costringe a presupporre una post-esistenza dell'anima; la necessità di conoscere questa giustizia conduce a presupporre una preesistenza dell'anima, cioè conduce alla teoria che vede la conoscenza come reminiscenza da parte dell'anima di ciò che ha contemplato nell'Aldilà prima della nascita. Questa dottrina viene sviluppata per la prima volta nel *Menone*, e così viene deposto il seme della dottrina delle Idee. Ciò che l'anima contempla nella preesistenza sono, infatti, le Idee, e, in primo luogo, l'Idea della giustizia.

Quando Platone identifica la giustizia con il contraccambio, non solo accetta la dottrina orfico-pitagorica, ma si pone anche sul terreno di una concezione estremamente risalente, propria del popolo greco. Potrebbe sembrare, e può essere sembrato anche allo stesso Platone quando ha scritto il *Gorgia*, che egli, con la formula del contraccambio, risponda alla domanda su *che cosa* propriamente sia la giustizia. Ma questa risposta è solo apparente e non dà nessuna informazione reale sull'essenza della giustizia. Essa descrive fondamentalmente solo la funzione effettiva del diritto positivo, che collega lo stato di fatto dell'ingiustizia a un atto coercitivo percepito dal colpevole come un male, quindi a una conseguenza dell'ingiustizia; essa riflette cioè solo la struttura esterna dell'ordine sociale dato, che è un ordinamento coercitivo, e la giustifica rappresentando il meccanismo di colpa e pena come un caso speciale di quella legge generale, che – in qualità di volere della Divinità – è il contraccambio. Solo che la formula del contraccambio è tanto priva di contenuto quanto quella dell'uguaglianza, in analogia con la quale solitamente si caratterizza la giustizia; anzi, è essa stessa una formula di uguaglianza, nella misura in cui non dice nient'altro se non che al buono deve spettare il buono, al cattivo il cattivo, e di conseguenza all'uguale l'uguale, o, si potrebbe anche dire – almeno nel senso originario di que-

sta frase –, che a ciascuno deve spettare il suo. Ma la domanda su *che cosa* sia buono, in che cosa propriamente consista il Bene e di che cosa, quindi, il Male debba valere come negazione, cioè la domanda decisiva, rimane senza risposta. La domanda sull'essenza della giustizia diventa così una domanda sull'essenza del Bene.

Proprio questa svolta attira il problema della giustizia nella dottrina delle Idee. Infatti l'Idea centrale, dalla quale tutte le altre vengono illuminate, l'Idea che sta ancora al di là dell'ambito di tutte le altre Idee, che è l'ambito dell'essere vero, è l'Idea del Bene. Come tale essa appare nell'esposizione della dottrina delle Idee che Platone offre nel suo grande dialogo sulla giustizia, la *Repubblica*. Proprio qui viene determinato il rapporto tra il Bene e il Giusto, dicendo che, solo per mezzo del primo, il secondo diventa “utile”, cioè praticabile (VI, 505 St.); il che ha lo stesso significato del dire che l'Idea della giustizia ottiene il suo contenuto solo tramite l'Idea del Bene. Il Bene è perciò il nucleo autentico della giustizia e questo è, anzi, il motivo per cui Platone identifica spesso l'uno con l'altra. Se, tuttavia, essi vengono separati, allora la giustizia – in quanto contraccambio – diviene solo la tecnica per la realizzazione del Bene, e quindi, nella misura in cui viene in questione per le cose terrene, essa è lo Stato, in cui il contraccambio funziona come apparato coercitivo. È lo Stato a dover garantire la vittoria del Bene sul Male nell'aldiquà. E, poiché il Bene è una categoria affatto sociale, è solo nello Stato che l'uomo può agire bene; anzi è solo nello Stato che l'uomo, in quanto suo organo, può in generale conoscere il Bene. Visto che il dialogo che porta lo Stato nel titolo sembra essere chiamato a dare una risposta alla domanda sul contenuto della giustizia, è la discussione del problema del Bene a costituire il punto più elevato della *Repubblica*. Perciò questo scritto sullo Stato culmina nella dottrina delle Idee, tra le quali la più elevata sembra qui essere l'Idea del Bene.

Ma *che cosa* sia il Bene non si viene a sapere neanche in questo dialogo, che si limita ad assicurare *che* esiste un Bene. Tutto il grandioso cielo delle Idee, che viene innalzato al di sopra del mondo terreno, è solo l'espressione filosofico-poetica di questa rassicurazione. Perciò anche l'immagine dello Stato ideale, che Platone disegna nella *Repub-*

blica, non è una soluzione del problema materiale della giustizia. È un equivoco pensare che Platone, con le sue argomentazioni sul vero Stato, abbia già offerto il progetto concluso di un ordine statale giusto. Per lui non si tratta assolutamente di ciò, almeno in prima linea. In generale, lo Stato ideale non è assolutamente l'obiettivo principale della *Repubblica*, che anzi è dedicata solo in piccolissima parte a questo argomento. Quando Platone fa «sorgere nel pensiero, di fronte ai nostri occhi», uno Stato, lo fa perché presuppone un'analogia tra lo Stato e l'uomo, ed è quindi più agevole comprendere, considerando le superiori dimensioni dell'uno, cosa cerchi Platone nell'altro: la giusta costituzione, cioè la relazione, ad essa corrispondente, delle singole parti dell'anima, che – come risulta più tardi – ancora non è propriamente la giustizia stessa, ma solo il presupposto in ragione del quale l'uomo agisce giustamente. E ciò che Platone descrive dello Stato è, nei fatti, prevalentemente la sua costituzione, la sua organizzazione, e non un ordinamento completo che regola materialmente i rapporti umani. Egli mostra, anche nel macroantropo, solo le condizioni organizzative al di sotto delle quali è prevedibile che la sua vita si strutturi in maniera giusta, e non questa vita strutturata in maniera giusta, né le norme stesse che regolano la molteplicità dei rapporti vitali umani e che formano il contenuto della giustizia. E anche la costituzione dello Stato ideale, dal punto di vista della tecnica del diritto, non è più che un frammento, che lascia nell'oscurità tutte le questioni decisive. In particolare non c'è traccia di una soluzione del problema socio-politico. Anche la comunanza delle donne, dei beni e dei figli, destinata solo a uno strato sociale relativamente ristretto, cioè alla classe dei guerrieri e a quella dei filosofi, ha solo un significato organizzativo, è cioè una misura che ha per obiettivo l'educazione e la selezione dei governanti, e che non ha assolutamente nulla a che fare neanche con un comunismo di tipo economico o politico. Per la vita del popolo, che costituisce la maggioranza dello Stato ed è sottoposto al dominio delle altre due classi, manca qualsiasi possibile norma. Qui tutto è lasciato alle decisioni individuali e alle disposizioni da parte del Governo. Quest'ultimo è formato da filosofi che, in forza della loro cultura, conoscono il Bene e che si immagina lo vogliono anche realizzare.

Ma in che cosa consiste questo Bene che si realizzerà nel Governo? Che contenuto avranno gli atti del Governo? Solo da essi si potrebbe desumere quale sia la natura della giustizia!

Che, con la descrizione della tripartizione dell'organismo sociale come della costituzione del vero Stato, non si possa assolutamente affermare di aver risposto alla domanda sull'essenza della giustizia, lo dice lo stesso Platone. Qui si manifesta la peculiarità del suo metodo, che sta nel rimandare continuamente la soluzione del problema. Proprio all'inizio della conversazione Platone fa fare a Socrate, che è colui che dovrebbe dare la risposta, un'osservazione che toglie, già da subito, ogni carattere di definitività e di sicurezza a ciò che in seguito esprimerà. «Ottimo amico, come potrebbe rispondere uno che, in primo luogo, non sa nulla e non si professa sapiente, e, in secondo luogo, quand'anche avesse una qualche convinzione, non potrebbe comunque manifestare le proprie opinioni, vietandoglielo un uomo di non poco prestigio?» (I, 11, 337 St.). Questa non è una semplice dichiarazione di modestia. La misteriosa allusione a un obbligo del silenzio significa che ciò che Platone è in grado di dire sulla giustizia – eccezion fatta per la confutazione delle opinioni false – non può essere una verità ultima, e che egli, con le sue enunciazioni, non può spingersi fino all'essenziale. Ciò viene confermato dal contenuto del dialogo. Dopo che è stata descritta la costituzione dello Stato ideale con le sue tre classi, non viene ad esempio detto: questa è la giustizia che si cercava. Neanche viene ammesso senza alcuna riserva il principio generale, che deriva da questa costituzione, per cui la giustizia significa che ognuno deve fare solo la sua parte, il principio, cioè, della divisione del lavoro – che, del resto, si adatta a questa come a ogni altra costituzione che divida le diverse competenze tra diversi organi. Viene più che altro solo proposto di esaminare se, paragonando lo Stato con l'anima individuale, lo stesso principio si conservi anche in quest'ultima. «Altrimenti, si dice, cercheremo qualcos'altro» (IV, 11, 434 St.). Come si vede, Platone fa i conti fin dal principio col fatto che il tentativo di cogliere l'essenza della giustizia nell'analogia tra Stato e individuo non ci conduce al nostro fine o, almeno, non completamente. Ed è vero! Dopo aver delineato questo parallelo; dopo che sono sta-

te rinvenute nell'anima dell'uomo le sue tre parti – corrispondenti alle tre classi dello Stato –; quando si pensa, di conseguenza, di avere tra le mani la risposta – certamente non molto dettagliata – alla domanda sull'essenza della giustizia, e cioè che ognuna delle tre parti dell'anima – la razionale, la coraggiosa e quella in cui hanno la loro sede i desideri – deve esercitare solo la funzione che le spetta e nessun'altra; a quel punto Socrate dichiara: «A mio giudizio, con il metodo che ora usiamo nel ragionamento, non riusciremo mai a cogliere l'oggetto della ricerca in modo esatto (ben più lunga e impegnativa è la via che ci dovrebbe condurre ad esso!)» (IV, 11, 435 St.). Certamente egli non comincia percorrendo questa via, ma si accontenta in un primo momento di un metodo inesatto. Esso conduce al risultato per cui l'uomo, nel quale l'anima razionale, con l'aiuto di quella animosa, domina sui desideri – così come nel vero Stato i filosofi, con l'aiuto dei guerrieri, dominano sul popolo lavoratore –, agirà giustamente. Agisce giustamente, quindi, chi agisce guidato dalla ragione. Per rispondere alla domanda sul contenuto della giustizia si rimanda al contenuto della ragione. Segue poi ancora un paragone tra la giustizia e la salute dell'anima, che non significa nient'altro che la corretta costituzione dell'anima; con la qual cosa non si esce dall'analogia tra l'anima e la costituzione dello Stato. E, dopo una più lunga digressione rispetto al vero e proprio tema della giustizia, Socrate ritorna alla sua osservazione secondo cui, in realtà, sarebbe necessaria una via più lunga e complicata per conoscere l'essenza della giustizia. E così – in uno stadio del dialogo relativamente molto avanzato, visto che siamo già nel sesto libro – si mette in questione quanto prima era stato dato per acquisito sull'essenza della giustizia. Viene qui alla luce, in maniera del tutto chiara, la particolarità del metodo di cui si serve Platone nel trattare il problema della giustizia. Quando si pensa già di aver risposto alla domanda, la posizione acquisita viene di nuovo abbandonata, la convinzione raggiunta viene ritrattata in quanto inesatta o erronea, il fine viene spinto di nuovo più avanti. A questo punto della discussione, Platone mette in azione la sua tecnica, sostituendo ora il concetto della giustizia con quello del Bene, così come prima lo aveva sostituito con quello della ragione. Al posto della domanda sull'essenza

della giustizia si insinua la domanda sull'essenza del Bene. Ma quando a Socrate si pone la necessità di rispondere alla domanda “che cosa intendi tu con il Bene?”, egli ripete la scena che aveva recitato all'inizio della conversazione, quando gli era stata rivolta per la prima volta la domanda sull'essenza della giustizia. Egli spiega di nuovo di non essere un sapiente e cerca di sottrarsi alla risposta, di modo che il suo interlocutore Glaucone grida: «Per Zeus, Socrate! Che non ti venga in mente di sparire proprio ora che siamo prossimi al traguardo! (Non lo permetteremo) a nessun costo, e in fondo a noi basterebbe che tu trattassi del Bene in maniera così provvisoria, come hai trattato della giustizia, della temperanza e delle altre virtù». Di nuovo il risultato che ci si aspettava viene screditato come non definitivo. E Socrate fa un utilizzo molto abbondante della sua ammissione di poter determinare il Bene solo in maniera inesatta. Egli spiega, infatti: «Che cosa effettivamente sia il Bene in sé lasciamolo per ora da parte – infatti la possibilità di giungere a quello che io ne penso ora mi sembra superiore a ciò che miriamo al presente» (VI, 18, 506 St.). Ma la questione di “che cosa effettivamente sia il Bene” Platone non l'ha affatto lasciata stare “per ora”, ma per sempre, e non solo, ad esempio, nella *Repubblica*, ma anche in tutti gli altri dialoghi. Egli non ha mai risposto alla domanda.

Invece che del Bene, Socrate vuole parlare solo del “figlio del Bene”, che è “simigliantissimo” al padre. E così mette il figlio al posto del padre, come aveva messo la ragione, e poi il Bene, al posto della giustizia. Questo metodo della sostituzione ha come fine quello di elevare l'oggetto originario della ricerca, la giustizia, al rango di una divinità, e con ciò di troncare la domanda sul suo contenuto. Proprio a questo punto si mostra che il Bene è per Platone la suprema, invisibile Divinità. In verità, è lei che noi cerchiamo. E, perciò, la domanda sulla sua essenza si vieta da sé stessa. Al massimo si può parlare del suo figlio visibile, forse dicendo che ci dà un'idea del padre. Questo figlio del Bene è il sole, che, proprio in quanto tale, è un dio. Platone, però, non può dire altro di questo dio, se non che egli è nel campo del visibile ciò che l'Idea del Bene è nel campo del pensabile. Ma, con ciò, non è stato ancora una volta detto nulla dell'essenza o del contenuto del Bene, ma solo qualcosa

sulla sua posizione di istanza suprema. Il Bene è, ed è la cosa più elevata di tutte. *Che cosa* esso sia, in cosa consista, quale sia il suo criterio e come si riconosca nelle azioni umane e negli ordinamenti sociali, tutto ciò, dunque, che è decisivo per la teoria e la prassi sociali, rimane non detto. Il filosofo che governa nello Stato ideale avrà la visione del Bene. E basta.

Platone progetta, comunque, un piano d'insegnamento per l'educazione dei filosofi chiamati a governare. Tra le discipline proposte, la dialettica assume il rango più elevato. Platone la caratterizza come un'arte della divisione e del collegamento di concetti, che fa astrazione da ogni esperienza sensibile. Essa deve condurre il filosofo fino al limite del conoscibile, ma appunto solo fino ad esso, e non fino al suo vero scopo, l'Idea del Bene. Questa sta, infatti, al di là di ogni essere e, perciò, al di là di ogni cosa conoscibile razionalmente o scientificamente. Quello di impadronirsi di essa è un compito riservato a forze dell'anima diverse dalla ragione scientifica. Se si tiene presente ciò che a questo proposito Platone ha detto nel *Simposio*, nel *Fedro* e soprattutto nella *Lettera VII*, ci si deve rappresentare la visione della suprema Idea del Bene come un atto intuitivo di improvvisa illuminazione, che arriva in una condizione di estasi. Platone descrive il processo nel modo seguente: «Quando ci si occupa proprio di ciò», cioè della speculazione sul Bene, «e se ne diventa pratici, improvvisamente, come luce che si accende dallo scoccare di una scintilla, essa nasce dall'anima e da se stessa si alimenta» (*Lettera VII*, 341 CD). È un'esperienza religiosa quella che Platone descrive. Le argomentazioni di Ernst Howald¹¹ hanno convincentemente chiarito che la speculazione razionale sui concetti della dialettica non apre un accesso diretto a tale esperienza; che essa, come la preghiera, deve essere interpretata solo come una sorta di esercizio spirituale; e che la conoscenza del Bene assoluto non si ottiene come conclusione logica

¹¹ Cfr. E. Howald, *Platons Leben*, 1923, p. 105; Id., *Die Briefe Platons*, 1923, p. 43.

del processo dialettico stesso, ma come una grazia per l'anima che si è purificata con il pensiero da ogni dato sensibile. Visto che non è possibile una conoscenza contenutisticamente riempita senza esperienza, quando Platone, per cogliere l'Idea suprema del Bene divino nella sua assolutezza, rinuncia a ogni esperienza mediata dai sensi esterni, deve appoggiarsi a un'esperienza diversa da quella sensibile, cioè all'esperienza di un senso interno che offra il vissuto specificamente religioso. Questa esperienza interna si distingue da quella esterna specialmente per il fatto di non essere, come quest'ultima, appannaggio di tutti, visto che solo pochissimi eletti possono viverla, e anzi forse solo una persona, che ha ricevuto la Grazia da Dio e che, in virtù di questo vissuto che lo porta al cospetto della Divinità, viene elevata al di sopra di tutti gli altri. Perciò neanche l'esperienza religiosa di chi possiede uno straordinario senso interno si lascia esprimere, come invece avviene nell'esperienza dei sensi esterni, col pensiero – cioè razionalmente – in concetti, e perciò in parole, né si lascia comunicare agli altri. Ed è, pertanto, ovvio che Platone non dia alcuna risposta alla domanda sul Bene assoluto che costituisce l'oggetto della sua esperienza religiosa, e che l'essenza del suo Dio rimanga inespressa. Bisogna intendere in questo senso il passo in cui Platone, nella *Lettera VII*, spiega che non esistono suoi scritti su questo argomento e sicuramente non ne esisteranno mai, «poiché esso non si lascia esprimere in parole come le altre scienze».

Il fatto che il filosofo nasconda il suo sapere intorno al Bene assoluto, dicendo che non è esprimibile, non dovrebbe avere un particolare significato nell'ambito di una filosofia esoterica. Ma cosa succede se il filosofo è chiamato a governare lo Stato, se deve diventare legislatore? Anche su questo punto Platone non indietreggia di fronte a nessuna conseguenza. Poiché non è né possibile né permesso scrivere qualcosa sulle cose ultime, cioè su quelle veramente importanti, bisogna supporre, anche rispetto alla leggi di un legislatore, che egli non vi inserisca ciò che in assoluto ritiene di maggiore importanza, ma che lo conservi nel più sacro reliquiario del suo cuore (344 C). Neanche nelle leggi del miglior legislatore può rivelarsi il mistero della giustizia. L'ultima conclusione della saggezza platonica, la risposta alla domanda sull'essenza

della giustizia, continuamente riproposta in tutti i dialoghi, è infatti questa: essa è il mistero divino.

E, poiché non esiste nessuna risposta alla domanda, anche la domanda deve essere, infine, rifiutata come non lecita. Ammesso che si possa far valere come fonte la seconda lettera, in essa Platone, rispondendo a una domanda sulla natura del Bene o della Divinità, ha scritto che la domanda sul carattere del Bene supremo riguarda la sua qualità, e che la Divinità non ha qualità. Questa domanda, con i dolori che procura all'anima, porta la colpa di ogni sciagura. Di essa ci si dovrebbe, dunque, liberare, se si volesse veramente partecipare alla verità. L'estrema conseguenza che risulta dalla trascendenza del Bene, dalla sua elevazione alla Divinità, è questa: persino la domanda sul suo contenuto diviene senza senso.

I sofisti avevano negato scetticamente l'esistenza di una giustizia assoluta, mentre Socrate l'aveva appassionatamente sostenuta da un punto di vista dogmatico, ma aveva dovuto ammettere alla fine di non sapere cosa propriamente fosse. Platone assicura che si può raggiungere questo sapere per mezzo della sua filosofia, ma spiega che i suoi risultati sono inesprimibili e che la domanda non può essere risposta, anzi neanche posta. Così la via che deve condurre dal relativismo razionalistico all'assolutismo metafisico termina, alla fine, nella mistica religiosa.

Si discute della questione se Platone sia un mistico. E se ne potrebbe nei fatti dubitare, visto che la sua filosofia ha un esplicito carattere sociale e la sua dottrina delle Idee, culminante nell'Idea della giustizia, è manifestamente orientata alla politica. La mistica autentica è, al contrario, asociale. L'esperienza mistica isola l'individuo da tutti gli altri. Se Dio e il mondo vengono risucchiati nel vissuto soggettivo di un individuo, va perduto il presupposto di ogni società, cioè il contrasto tra Io e Tu, e rimane solo un Io che abbraccia tutto e si eleva alla divinità. Qui sta la redenzione individuale che il mistico cerca. Egli non vuole migliorare il mondo, e in particolare il mondo sociale, né vuole dominarlo, ma vuole solo liberarsi di esso. In lui deve estinguersi ogni volontà e, in particolare, ogni volontà di potenza, se vuole essere in grado di accogliere in sé la Divinità. Il vissuto che egli ricerca, cioè la fusione dell'Io con Dio,

è il suo ultimo fine, ma non è un mezzo per uno scopo sociale. Nei suoi punti decisivi la dottrina di Platone è, certamente, un'autentica mistica. La visione dell'Eccelso [*des Höchstens*] si dà, infatti, come un'esperienza inesprimibile, cioè non trasmissibile, non comunicabile per via razionale. Essa isola colui che ha visto il Bene, l'eletto, il destinatario della Grazia, dai molti che non l'hanno visto e non possono vederlo. Proprio dove ci si aspetterebbe una soluzione concreta dalla filosofia di Platone, essa sembra non offrire altro che una redenzione personale. Ciò che, però, non entra affatto nella cornice di una speculazione mistica e va molto oltre i confini di una salvezza meramente individuale è il fatto che il fine dell'esperienza mistica – la verità sul Bene e sul Male –, l'oggetto di una visione che si spinge nel mistero – la giustizia –, e questa visione, che è la sola cosa a rendere colui che vede un filosofo, devono legittimarlo a guidare lo Stato escludendo tutti gli altri. Proprio nella *Lettera VII*, in cui sottolinea in maniera così energica il carattere esoterico della sua dottrina e la natura mistica del suo segreto, di modo che è costretto a negarle ogni funzione sociale, Platone mantiene la sua solita pretesa per cui il filosofo, e solo il filosofo, è chiamato a governare. Questa sembra una totale contraddizione. Come potrebbero trovare posto in uno stesso sistema l'anelito verso una redenzione individuale e la pretesa di governare? Ma, poiché esse hanno trovato posto in un solo petto, sono compatibili l'una con l'altra e si è arrivati a un accomodamento del tutto sensato tra questi contrasti. La salvezza dell'eletto, del destinatario della Grazia, cioè la visione del Bene, col divenire il segreto della guida [*des Führers*], diviene la salvezza anche per tutti gli altri, cioè per quelli che vengono guidati. Questi ultimi non possono seguire la guida sulla via della salvezza che porta alla visione del Bene e sono, perciò, totalmente esclusi dal Governo. Essi possono trovare la loro salvezza solo nella completa sottomissione all'autorità della guida, che è la sola a conoscere il Bene e, perciò, è la sola a volerlo. Poiché solo il filosofo che governa conosce il Bene divino [*das Gott-Gute*] e, conoscendolo, è reso dal possesso del segreto del tutto unico nel suo genere e assolutamente differente dal popolo, a quest'ultimo, in qualità di massa senza diritti politici, resta solo la fede – non propriamente la fede immediata in Dio,

la cui visione non è permessa al popolo, ma nel sapere di chi governa, nel suo carisma. Questa fede è la base dell'obbedienza incondizionata dei sudditi, sulla quale si costruisce l'autorità dello Stato platonico. La mistica di Platone, questa perfettissima espressione dell'irrazionalismo, è una giustificazione della sua politica antidemocratica, è l'ideologia di ogni autocrazia.

La problematica di questa filosofia, che si sviluppa sotto la pressione di una legalità immanente e che porta, attraverso la verità platonica, dall'amore platonico alla giustizia platonica, ci mostra che la scienza razionale non è mai in grado di dare una risposta positiva alla domanda sull'essenza della giustizia e che essa non è chiamata a risolvere il problema, ma solo a liquidarlo. La sua posizione, pur presentandosi sotto diverse forme, sarà sempre questa: qualcosa come una giustizia assoluta non esiste, non si lascia determinare concettualmente. Questo ideale è un'illusione. Ci sono solo interessi, conflitti d'interessi e la loro soluzione per mezzo della lotta o del compromesso. Al posto dell'ideale della giustizia si presenta inevitabilmente, nella sfera razionale, il pensiero della pace. Ma la necessità, la brama di una giustizia che sia più di un compromesso, più della semplice pace, e soprattutto la fede in un simile valore superiore, anzi supremo, assoluto, sono più forti del fatto che una qualunque considerazione razionale possa intaccarli. Questa fede è semplicemente indistruttibile – e di ciò la storia è una prova unica. Se questa fede è un'illusione, allora questa illusione è più forte di ogni realtà. Infatti, per la maggior parte degli uomini, anzi forse per l'intera umanità, la soluzione di un problema non sta necessariamente in un concetto, in una parola o nella risposta a una domanda della ragione. E perciò si può anche presupporre che mai l'umanità si accontenterà della risposta dei sofisti, ma che continuerà sempre a cercare – sia pure tra sangue e lacrime – la via percorsa da Platone: la via della religione.

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