

# DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

2|2019

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (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

Questo numero di Diacronia è stato curato da Francisco Javier Ansuátegui Roig.

© Copyright 2020 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 978-88-3339-347-6

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 Ansuátegui 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, Giuseppe Zaccaria, Gianfrancesco Zanetti.

**Comitato dei referees**

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado del Bò, Francesco Ferraro, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Andrea Porciello, Federico Puppò, 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](mailto:press@unipi.it)

[www.pisauniversitypress.it](http://www.pisauniversitypress.it)



# Indice

## Riflessioni sul metodo

*La storia del pensiero giuridico, fra “archivio” e “discipline”*  
Pietro Costa .....9

*Perché leggere i classici*  
Giulia Maria Labriola.....19

*La filosofia del diritto come metodo e l’oblio della riflessione sul diritto naturale*  
Mario Ricciardi .....43

*Norberto Bobbio e la storia della filosofia del diritto*  
Tommaso Greco.....77

## Saggi

*Esculpir el tiempo. Una mirada desde la filosofía del derecho a la construcción del orden y la sociabilidad*  
Maria José González Ordovás.....109

*Una ciudadanía nobiliaria frente al estado de igualdad: el momento Tocqueville*  
Julián Sauquillo .....143

*Il costituzionalismo vittoriano tra libertà e impero*  
Giorgio Scichilone.....185

*Il costituzionalismo tedesco da Weimar al nazionalsocialismo. Figure e problemi*  
Ulderico Pomarici .....209

*Lo Stato e la frontiera. Appunti sulla libertà di movimento*  
Lorenzo Milazzo.....273

**Note e discussioni**

*Forme e dimensioni urbane della paura*

Valerio Nitrato Izzo.....309

# LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO, FRA “ARCHIVIO” E “DISCIPLINE”

Pietro Costa

## *Abstract*

What is the purpose of the history of legal thought? One view holds that the history of legal thought is a historical narrative of the origins and development of the main principles and concepts developed by various legal disciplines. In this perspective, today's legal disciplines are the indispensable point of departure and final destination of the research strategy. However, it is possible to take a different path by appealing to the Foucauldian idea of “archive” and using the semiotic concepts of “topic” and “comment”.

## *Keywords*

Legal History; Semiotics; Hermeneutics; Jurisprudence; Historiographic Methodology.

Quali contenuti possiamo attribuire alla “storia del pensiero giuridico”? A questa impegnativa domanda, rivoltami dal direttore di «Diacronia» in occasione della presentazione del primo volume della rivista, non potrò dare risposte che abbiano un carattere generale e “prescrittivo”. Mi limiterò a offrire una testimonianza (per così dire, autobiografica) di un modo, fra i tanti, di intendere la “storia del pensiero giuridico”.

Voglio partire da una dichiarazione che avevo avuto la sfacciataggine di formulare nel lontano 1972: «Il pensiero giuridico non esiste». Questa secca affermazione era piuttosto provocatoria, dal momento che compariva in un saggio pubblicato nel volume inaugurale di una rivista,

i «Quaderni Fiorentini», programmaticamente dedicata alla “storia del pensiero giuridico” (tanto che proprio questo lemma figura anche nel sottotitolo della rivista stessa). Se però il pensiero giuridico non esiste, come è possibile farne la storia?

In realtà, questa frase non era farina del mio sacco: era il calco e l’adattamento *ad usum delphini* di un’analoga affermazione di Julia Kristeva: negli anni Sessanta-Settanta una dei *maîtres à penser*, in Francia, della semiotica di ispirazione strutturalistica. Era Kristeva che aveva sostenuto che «per la semiotica, la letteratura non esiste»; ed era questa la frase da me importata e riformulata<sup>1</sup>.

Davvero la «storia del pensiero giuridico non esiste»? Mi trovo davanti a un bivio: o confermo come ancora plausibile quella mia remota asserzione, ma allora non saprei proprio come giustificare i quaranta e passa anni che ho dedicato per l’appunto a qualcosa che sembra difficile non chiamare “storia del pensiero giuridico”; oppure difendo a spada stratta la mia corporazione e la mia specializzazione, ma allora sono costretto a una *retractatio* o palinodia della mia giovanile “provocazione”. Mi chiedo però: è proprio impossibile salvare le capre semiotiche e i cavoli storico-giuridici? Forse lo è, ma vorrei almeno provarci.

L’enunciato di Kristeva, al di là della sua apparente paradossalità, permetteva di fissare alcuni punti a mio avviso interessanti. Quanto meno, induceva a prendere sul serio l’oggettività (potremmo dire la “materialità”) del testo e a risolvere l’ineffabile categoria del “pensiero” in precise concatenazioni di segni. È difficile infatti immaginare di poter operare sul “pensiero” e sembra più comprensibile proporsi di lavorare sul significato di espressioni verbali, discorsi, testi. Ci troviamo concretamente di fronte a un’immane molteplicità di testi (a quel reticolo tendenzialmente sconfinato di testi che coincide con la “cultura” nella sua dimensione verbale-discorsiva) e dobbiamo presumere che in questo

---

<sup>1</sup> J. Kristeva, *Semeiotikè. Recherches pour une sémanalyse*, Seuil, Paris 1969, p. 41.

*mare magnum* di testi anche il pensiero giuridico abbia assunto una sua mondana e rintracciabile esistenza.

Come individuare i testi pertinenti, i testi nei quali sorprendere il pensiero giuridico *in action*? Credo che sia utile a questo scopo ricordare una regola generale di funzionamento di un testo: un testo funziona, è in grado di veicolare un messaggio, in quanto tutte le sue parti si organizzano coerentemente intorno a un nucleo centrale, intorno a un tema; il tema è ciò di cui parla un testo, è il suo punto di gravitazione. Leggere un testo implica individuarne il tema e ricondurre ad esso le singole componenti del testo stesso. Il testo trova nel tema – nel “ciò di cui parla” – la condizione della sua coerenza e della sua intelligibilità e si organizza dandosi un suo peculiare modo (volta a volta diverso) di parlare del tema, di illustrarlo, di commentarlo. Capire un testo è dunque individuarne il tema e intendere l’illustrazione che di esso offrono gli enunciati che compongono il testo: *ciò di cui* il testo parla e *come* esso parla di ciò di cui parla; *il tema* e *il tema*, o, se preferite, *il topic* e *il comment*; sono questi, in sintesi, gli elementi che rendono possibile il funzionamento di un testo.

Dato un testo, il tema che ne sorregge la coerenza è uno e uno soltanto? È facile intendere che, quanto più la formazione discorsiva è complessa, tanto più numerose sono le tematizzazioni disponibili. Quale è il tema de *I promessi sposi*? Le ambizioni matrimoniali di Renzo e Lucia? L’Italia del Seicento? Il malcostume del ceto forense? Ciascuno di questi e molti altri. Un macrotesto come il romanzo manzoniano presenta un’articolazione complessa, retta da un sofisticato intreccio fra temi variamente coordinati o subordinati e trova la sua unità in questo complesso *agencement*.

Traiamo da ciò una conseguenza. Se pure il testo ha una sua “oggettiva” strutturazione, esso al contempo permette di essere percorso dal lettore in lungo e in largo, permette di essere scomposto e ricomposto lungo una delle sue numerose linee tematiche. Ciascuna di esse presuppone l’intervento attivo di un lettore che mette a fuoco il tema sulla base di una sua domanda previa e intorno a quel tema raccoglie i *comments* con esso coerenti. Il lemma “pensiero giuridico” deve essere allora non

tanto immaginato come una sostanza che pervade di sé un testo in tutti suoi più minuti interstizi venendo perfettamente e senza residui a coincidere con esso, ma deve essere trasformato in una strategia di tematizzazione: nella messa a fuoco di un tema che operi come il nucleo di attrazione e di organizzazione di una formazione discorsiva.

Quale è il tema suggerito dal lemma “pensiero giuridico”? Se intendo per “pensiero giuridico” il “pensiero che pensa il diritto” (è solo uno dei possibili significati di questa espressione), il tema che assumo come punto di gravitazione del testo è “diritto” e la domanda che rivolgo a quel testo è la seguente: quali sono i *comments* che il testo raccoglie intorno al tema “diritto”? E quindi: quale rappresentazione, quali immagini del diritto (del diritto in generale o del diritto in una delle sue tante determinazioni e inflessioni) quel testo sta trasmettendo?

Non sfuggirà la circolarità del procedimento: il “diritto” è *nel* testo, è l’elemento che permette al testo di organizzarsi coerentemente intorno a un centro; al contempo però il “diritto” è un’espressione linguistico-concettuale *esterna* al testo: rende possibile al lettore le operazioni che egli intende condurre sul testo; permette al lettore di interrogare il testo, di porre ad esso una precisa domanda.

La circolarità del procedimento è inevitabile e proprio per questo inquietante: induce il fondato sospetto che ciò che io dichiaro di aver *trovato* nel testo sia in realtà qualcosa di pericolosamente vicino, se non identico, a ciò che ho preventivamente *immesso* nel testo; come il poliziotto disonesto che accusa il malcapitato di detenzione di quelle sostanze stupefacenti che il poliziotto stesso ha fatto scivolare nelle sue tasche. Temo proprio che non sia possibile essere un poliziotto storico-giuridico perfettamente onesto. E resta di conseguenza quanto mai fragile e precario il risultato della lettura cui sottoponiamo i testi per raccoglierne i *comments* sul tema “diritto”.

Non possiamo spezzare una volta per tutte il circolo, ma possiamo almeno tentare di diminuire quella sorta di *déjà vu* da che il circolo comporta: possiamo tentare di aprirsi come meglio possiamo alle sorprese che il testo può riservare. A questo scopo serve essere il più possibile disarmati di fronte a esso. Non possiamo esserlo del tutto, come

ricordavo: abbiamo bisogno di un concetto previo, che renda possibile la tematizzazione. Possiamo però far sì che lo strumento impiegato (il concetto previo) sia il meno invasivo possibile e sia usato soltanto per porre domande al testo, non per preconstituire le sue risposte. Il concetto previo insomma è tanto più efficace come strumento di tematizzazione, quanto è più indeterminato contenutisticamente. Se interrogo un testo intorno a “diritto”, il termine “diritto” non deve essere molto di più di una sorta di cartello indicatore o di scatola vuota, che attende di essere riempita dai contenuti veicolati dai testi interrogati. In questa prospettiva, “diritto” è un’espressione “indessicale”: ovvero un’espressione il cui contenuto varia a seconda del contesto ed è dettato dal contesto stesso<sup>2</sup>.

È facile intendere come una siffatta strategia euristica non è la strada maestra imboccata dalla storia del pensiero giuridico. La strada principale muove da un presupposto diverso: dall’assunzione di più o meno consolidate distinzioni e classificazioni disciplinari a partire dalle quali e intorno alle quali delineare un itinerario storico-diacronico. È questa la strada percorsa dalle più numerose e dalle più affidabili storie del pensiero giuridico, riconducibili all’una o all’altra delle canoniche partizioni dell’odierna enciclopedia del sapere giuridico: dalla storia della dogmatica privatistica alla storia del sapere giuspubblicistico, dalla storia della commercialistica alla storia della filosofia giuridica e così via enumerando. La storia, anzi le storie del pensiero giuridico, nella loro principale manifestazione, sono storie, per così dire, endo-disciplinari. È possibile studiare le zone di confine e di sovrapposizione fra discipline diverse, ma in ogni caso è il concetto di disciplina a determinare la regola del gioco.

---

<sup>2</sup> Mi permetto di rinviare a P. Costa, *In search of legal texts: Which texts for which historian?*, in D. Michalsen (ed.), *Reading Past Legal Texts*, Unipax, Oslo 2006, pp. 158-181.

È questa certamente la strada principale percorsa dalla storia del pensiero giuridico. È però forse possibile ipotizzare una diversa μέθοδος, una via obliqua e interstiziale che mette in parentesi le partizioni disciplinari e si chiede in che modo il “diritto” sia stato volta a volta rappresentato dalle più diverse formazioni discorsive. Potremmo parlare, nel primo caso, di una storia disciplinare, e, nel secondo caso, se vogliamo, di una storia che guarda al concetto foucaultiano dell’«archivio»: l’archivio come «l’insieme dei discorsi effettivamente pronunciati» e come «un insieme che continua a funzionare, a trasformarsi attraverso la storia, a dare possibilità di apparire ad altri discorsi»<sup>3</sup>.

Certo, niente impedisce di studiare, a partire dall’interazione fra *topic* e *comment*, il formarsi e lo strutturarsi di quella peculiare formazione discorsiva che è una disciplina: la disciplina non è però, in questa prospettiva, il presupposto dell’indagine e il suo punto di partenza, ma è solo uno dei tanti ambiti discorsivi nei quali prende forma la rappresentazione del “diritto”. In questa prospettiva (sia detto *incidenter tantum*) le interessanti ricerche che, ormai da più di un trentennio, vengono comprese sotto l’etichetta *Law and Literature*<sup>4</sup>, sono un’applicazione di quel processo di tematizzazione che ricordavo. Anche in questo caso (almeno quando *Law and Literature* viene intesa come *Law* in *literature*) interroghiamo una peculiare formazione discorsiva (la “letteratura”) intorno a un tema (il “diritto”) assunto come l’elemento unificante del *corpus* testuale prescelto. Cambiano i testi e quindi le modalità del *comment* (e ovviamente delle peculiarità dei diversi ambiti discorsivi il lettore-commentatore dovrà dar conto), ma le caratteristiche di fondo della lettura non cambiano.

---

<sup>3</sup> M. Foucault, *Michel Foucault explique son dernier livre. Entretien avec J.-J. Brochier* (in «Magazine littéraire», n° 28, avril-mai 1969, pp. 23-25), in Id., *Dits et écrits, I. 1954-1975*, Gallimard, Paris 2001, p. 800.

<sup>4</sup> Un obbligatorio punto di riferimento è *Law and Literature* (ISLL – Italian Society for Law and Literature), diretto da Carla Faralli e M. Paola Mittica (<https://www.lawandliterature.org>).

Mi sembra dunque che si possano immaginare due porte di ingresso al tempio del “pensiero giuridico”: la porta principale, l’ingresso solenne che conduce ai saloni, alle sale e ai salotti delle discipline e delle sub-discipline, e la porta di servizio, che immette in un dedalo di corridoi e disimpegni, debolmente illuminati, ma potenzialmente capaci di mostrare il palazzo da prospettive insolite.

Possiamo scegliere, a nostro gusto, l’una o l’altra porta. In ogni caso però dobbiamo sottolineare un elemento di importanza decisiva: la nostra collocazione di fronte ai testi. Se la nostra prospettiva è storico-ermeneutica, se come storici guardiamo al palazzo intitolato al “pensiero giuridico”, di questo palazzo siamo non i padroni e gli abitanti, ma semplici visitatori e ospiti. Lo storico, per così dire, abita in uno spazio “esterno” ai testi che egli intende interrogare intorno al diritto. I testi che egli a sua volta redige hanno una destinazione funzionale: servono a intendere altri testi, sono metatesti rispetto ai testi che egli va decifrando.

Certo, è possibile che la distanza strutturale fra i testi “tematizzati” e i testi “tematizzanti”, fra testi-oggetto e metatesti, si attenui o virtualmente scompaia quando lo storico assuma come punto di riferimento non l’archivio (nel senso foucaultiano del termine), ma l’una o l’altra tradizione giuridico-disciplinare. È possibile immaginare che il privatista o il tributarista che si dedica alla storia della propria disciplina (o lo storico del pensiero giuridico che illustri la storia della commercialistica o della tributaristica) siano inclini a non drammatizzare la differenza qualitativa fra storiografia e pensiero giuridico, fra testi interpretanti e testi interpretati, e vedano nella storiografia non la manifestazione di una distanza, ma un momento di esplicitazione riflessiva di una consolidata identità disciplinare. Chi invece scelga di passare dalla porta di servizio, non può non sottolineare la distanza fra un’attività costruttiva e un’attività ricognitiva, fra un testo (chiamiamolo il testo alfa) che risponde alla domanda *che cosa è il diritto* (sia esso un testo che risponde alla domanda *quid ius* oppure alla domanda *quid iuris*) e un testo (chiamiamolo il testo beta) che si chiede come venga *rappresentato* il diritto nel testo alfa.

Lo storico come lettore di testi costruiti sul “che cosa” del diritto (sul *quid ius* come sul *quid iuris*) è, al contempo, funzionalmente legato a quei testi e distante da essi: lo storico esiste in quanto interroga i testi, ma è al contempo costretto in una posizione insuperabilmente distante dai testi stessi<sup>5</sup>. Questo rapporto di distanza-vicinanza dell’interprete rispetto ai testi interpretati è caratteristico di qualsiasi attività ermeneutica, ma acquista una valenza ancora più forte se facciamo intervenire la dimensione della temporalità. Lo storico è uno specialista del passato ed è al contempo un individuo del suo tempo. L’operazione storiografica è racchiusa nel rapporto che si viene instaurando fra il lettore e il testo, fra il soggetto e l’oggetto dell’interpretazione, fra il presente e il passato; ed è proprio il cortocircuito che si viene sviluppando fra i due poli del campo ermeneutico (fra l’interprete e il testo) a far apparire problematici i risultati della storiografia. Nasce dall’esasperata consapevolezza di questa tensione la provocazione decostruzionista: secondo la quale l’interprete non decifra un testo, ma lo riscrive liberamente trasformandolo in una componente interna del discorso interpretante. Cade in questa prospettiva la possibilità di intendere un testo nel suo proprio spessore di senso; e cade quindi la possibilità di un’operazione autenticamente storiografica, capace di conoscere il passato in quanto realtà specifica e “altra” rispetto al nostro presente.

Possiamo reagire alla provocazione decostruzionista alleggerendo il più possibile (come ricordavo) i nostri concetti previ, i nostri strumenti metalinguistici per rendersi disponibili alle risposte del testo interpretato: per tentare di raggiungere quell’altrove che è la terra promessa dell’operazione storiografica. La tensione verso questo altrove è forse la principale (non voglio dire l’esclusiva) destinazione di senso della storiografia (e quindi anche della storia del pensiero giuridico), ma l’approdo a quella terra promessa è forse impossibile. Guardare ai testi del passato

---

<sup>5</sup> Cfr. D. Lowenthal, *The Past is a Foreign Country*, Cambridge University Press, Cambridge 1985.

è guardare a un teatro di ombre, che prendono ad animarsi nel momento in cui vengono contemplate. Lo storico è costretto a essere il regista di uno spettacolo di cui si dichiara spettatore. Sia egli regista o spettatore, in ogni caso lo storico ha a che fare con vicende remote e scomparse. Allo stesso tempo, tuttavia, difficilmente egli può identificarsi con il sapiente lucreziano ed epicureo<sup>6</sup>, che dalla terraferma guarda imperturbabile lo scatenarsi degli elementi. Egli sa bene che i naufragi di cui è regista/spettatore lo mettono in questione: «*vous êtes embarqués*», ammoniva Pascal, e proprio per questo la «incerta contesa di elementi primordiali» in «una guerra ingaggiata da tempo infinito», come scriveva Lucrezio<sup>7</sup>, è una *fabula* che ci coinvolge quotidianamente.

---

<sup>6</sup> Evocato dal celebre H. Blumenberg, *Naufragio con spettatore*, Il Mulino, Bologna 1985. Cfr. l'*Introduzione* di Remo Bodei, pp. 7 ss.

<sup>7</sup> Tito Lucrezio Caro, *De rerum natura*, trad. it. L. Canali, Rizzoli-Bur, Milano 2000, Libro II, vv. 569-580.