

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

1 | 2021

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - (2019)- . - Pisa : IUS-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

uc3m

Universidad
Carlos III
de Madrid

La pubblicazione di questo numero di Diacronia è stata resa possibile da un finanziamento del Vicerrectorado de Política Científica de la Universidad Carlos III de Madrid (Convocatoria 2020 de ayudas para la organización de congresos y reuniones científicas y workshops).

© Copyright 2021 IUS - 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

ISSN 2704-7334

ISBN 978-88-3318-103-5

layout grafico: 360grafica.it

L'Editore resta a disposizione degli aventi diritto con i quali non è stato possibile comunicare, per le eventuali omissioni o richieste di soggetti o enti che possano vantare dimostrati diritti sulle immagini riprodotte.

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 Costerbosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Andrea Porciello, 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, Vincenzo Omaggio, Claudio Palazzolo, Baldassare Pastore, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Anna Pintore, Geminello Preterossi, 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, Daniele Cananzi, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado Del Bò, Filippo Del Lucchese, Francesco Ferraro, Tommaso Gazzolo, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Gianmarco Gometz, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Fabio Macioce, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Attilio Pisanò, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli

Redazione

Paola Calonico, Chiara Magneschi, 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

press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

Filosofia del derecho e historia: cuestionones metodológicas

a cura di Francisco Javier Ansuátegui Roig

Non solo i classici? La questione dell'invisibilità nella storia della filosofia del diritto
Thomas Casadei.....13

Appunti per una riflessione 'discronica' su potere e obbedienza: da Arendt a Epicuro
Lorenzo Milazzo.....45

βία: storie (filosofiche) del diritto
Francesco Mancuso.....81

Un classico dei classici della filosofia giuridica. Schmitt e Olivecrona lettori di Locke
Ilario Belloni.....117

Il diritto come fatto. Prime notazioni su Vico e la filosofia giuridica tra Otto e Novecento
Valeria Marzocco.....141

Las teorías críticas en la historia de los derechos humanos
María del Carmen Barranco Avilés.....163

Historia, memoria y justicia transicional
Cristina García Pascual.....189

Gli inizi di una visione storica del mondo nella filosofia del Novecento
Adriano Ballarini.....217

Saggi

Legge e giusto mezzo: la filosofia del diritto di Mosè Maimonide
Lucia Corso, Cosimo Nicolini Coen.....235

Tra antiquari e orologiai. Filosofia del diritto e dimensione storica
Andrea Porciello.....267

Note

La teologia politica moderna
Vincenzo Omaggio295

Per un'eredità del pluralismo classico. Politica e diritto in Romano, Schmitt e Mortati
Pier Giuseppe Puggioni311

Questo fascicolo di Diacronia è dedicato a Franco Bonsignori in occasione del suo ottantesimo compleanno

***BIA*: STORIE (FILOSOFICHE) DEL DIRITTO**

Francesco Mancuso

Abstract

The aim of this essay is both to critically examine the increasingly frequent reduction of realism and legal positivism to ideology, and to assess the heuristic productivity of “conceptual ambivalence” through an analysis of the relationship between law and violence in classical and contemporary authors. Only the awareness of the interminability of the analysis and the ambiguities of the concepts, of the specularity of the polarizations (pure technique is the other face of extreme politicization) and of the greater usefulness of the logic of *et/et* compared to that of *aut/aut*, can help us to rethink law in a humanistic way as a cultural phenomenon, recovering from legal positivism its most important legacy: the critical and demystifying orientation, relativistic but not sceptical.

Keywords

Legal Positivism; Realism; Law and Violence; Ambivalence.

1. Positivism come realismo critico

In questo intervento solleciterò la antica dicotomia/endiadi ‘diritto e violenza’ per scandagliare le condizioni di possibilità del superamento della alternativa ‘apologia-utopia’ – giusta la fortunata espressione di Martti Koskenniemi – in vista di un realismo che non precipiti nel cinismo e nella sconsolata e passiva accettazione della realtà, ma nemmeno si concluda in immaginazione normativa, irenistica e ide-

alistica, compiuta nel nitore e nella coerenza logica di catene argomentative¹.

Quanto più il diritto diventa un ambiente complesso e poco decifrabile non solo dai profani, tanto più forte si fa l'esigenza di quadri interpretativi netti, che però scontano il rischio esiziale del semplicismo e della ablazione di interi pezzi di realtà. Fare i conti con la crescente distanza tra diritti proclamati ed effettività degli stessi, con le contraddizioni dell'universalismo (la cui rilevazione per nulla può ridurre la tensione parenetica e politicamente progressiva dello stesso), con l'irrimediabile duplicità, ambiguità, storicità, polemicità, a volte contraddittorietà dei concetti giuspolitici, è però necessario se si pensa, come credo sia, il lavoro intellettuale necessariamente innervato di impegno civile e scelta pubblicamente espressa. Sia chiaro: la centralità euristica dell'ambivalenza, che qui si propone, non equivale in alcun modo allo sfumare della nettezza del «giudizio valutativo», bensì è funzionale ad una sua più forte strutturazione. La capacità di individuare le zone grigie, le sfumature dei concetti, gli slittamenti semantici e a volte morali, corrisponde esattamente al rifiuto deciso (uso le parole di Johann Huizinga, un grande sismografo della catastroficità dell'«indebolimento della passione critica, di un intorbidimento del potere critico, di un tramonto del bisogno di verità»)² di un pensiero intimamente antinomico e ambivalente, irresponsabile. In tal modo, mettendo a frutto la consapevolezza della complessità, il disincanto può non diventare, per una analisi necessariamente animata da passione civile, distacco; l'orientamento teorico può non tradursi in oblio della memoria storica, (il che comporterebbe lo scotto di una riduzione patologica a quel «presente permanente» di cui ci parlava Hobsbawm); l'intrinseca ambivalenza dei

¹ M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

² J. Huizinga, *La crisi della civiltà*, tr. it. (non menzionata) di L. Einaudi, Einaudi, Torino 1938, p. 52. Nella stessa opera una critica alla «sopravalutazione» schmittiana di un argomento logico, l'amico/nemico, che porta al circolo vizioso, «quasi sua ombra» della guerra civile, della «anarchia» (pp. 78-80).

concetti del diritto e della politica può non trasformarsi in sconsolata accettazione della fattualità (o in mero utopismo moraleggiante dove si sovradetermini una sorta di impoliticità distaccata dal reale).

Per quanto riguarda invece più direttamente la filosofia del diritto, il riconoscimento (non paralizzante) della complessità forse è la residuale condizione di possibilità di un positivismo giuridico che rifugge da un'impostazione paleolegalistica ed esclusivistica, ma anche dallo sfumare delle distinzioni tra etica e diritto, con conseguenti, e nefaste, giuridicizzazioni dell'etica ed eticizzazioni del diritto. Si tratta, in altri termini, di pensare/ripensare il positivismo come, essenzialmente, realismo critico, vale a dire alla stregua di un atteggiamento conoscitivo ma non indifferente che, pur marcando una necessaria distinzione tra diritto e morale, non ometta la centralità del nesso tra giustificazione e obbligatorietà delle norme; come un metodo che pur accentrando sull'elemento volontaristico del diritto, non ne occulti la necessaria dimensione normativa, conoscitiva, interpretativa e relazionale; infine, come 'presa di posizione', 'scelta politica', che rifugge da un nichilismo che troppo spesso, ingiustamente, gli è stato attribuito (e in certi casi rivendicato), anche dopo quella fortunata conciliazione con il giusnaturalismo risoltasi in costituzionalismo *tout court*, senza prefissi³. Positivismo che è, insomma, «rigore contro furore», direbbe Norberto Bobbio, ma che è anche, contro ogni disumanizzazione palese o nascosta, ricerca di quella che Eugenio Montale definiva la più «difficile delle virtù», la «decenza quotidiana»⁴.

³ «Il (neo)costituzionalismo teorico, se accetta la tesi della connessione solo contingente tra diritto e morale, non è affatto incompatibile con il positivismo metodologico, anzi, potremmo dire, ne è il figlio legittimo». Così P. Comanducci, *Forme di (neo)costituzionalismo: una analisi metateorica*, in T. Mazzaresse (a cura di), *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2002, p. 84.

⁴ Traggo le citazioni di Bobbio e Montale rispettivamente da T. Greco, *Norberto Bobbio e la scienza del potere*, in N. Bobbio, *Il problema del potere*, e da C. Galli, *Premessa. L'inumano e oltre*, in V.M. Bonito, N. Novello (a cura di), *Età dell'inumano*, Carocci, Roma 2005, p. 18.

Traggo l'espressione «realismo critico» da un bel saggio di Elisa Orrù, la quale, con riferimento al pensiero di Danilo Zolo e collegando questo al 'negativismo' di Judith Shklar e all'idea di 'critica immanente' di Rahel Jaeggi, ne ha disegnato i contorni rappresentati essenzialmente da quella 'tendenza' verso la pace, intesa come assenza di conflitto, che il diritto non può non avere. Il diritto ha una funzione essenzialmente catecontica, limitante, ordinante, neutralizzante. Per il 'negativismo' o realismo critico «il sistema politico deve concentrarsi sulla limitazione del danno, sull'assicurare le condizioni e i meccanismi istituzionali che, attraverso la dispersione e distribuzione del potere, possano contrastare arbitrii e brutalità»⁵, che vanno doverosamente accertate e registrate, per poter essere meglio contrastate e limitate. L'accertamento del 'negativo' non è quindi fine a se stesso, né è tanto meno malìa (semmai è, come ha scritto Franco Cassano in riferimento a Primo Levi, «capacità di contrastare ogni pigra presunzione del bene»)⁶: come la stessa Shklar ha notato, il senso di ingiustizia è forse il maggiore catalizzatore della ricerca «di norme migliori e potenzialmente più egualitarie»⁷. In assenza di ciò, che non è affatto un abbandono ad una antropologia irredimibile ma è la ricerca di una decenza troppe volte smarrita nella dissolvenza del senso 'pubblico' del diritto, rimane solo da registrare quel portato corrosivo dell'ingiustizia e delle esclusioni crescenti e perduranti (e ciò essenzialmente a causa della 'naturalizzazione', certo favorita da una certa pigrizia della critica, di decisioni umane e contingenti, la cui contingenza il positivismo giuridico contribuisce a svelare) che è il «veleno del risentimento»⁸.

⁵ E. Orrù, *Il realismo critico. Un programma di ricerca a partire da Danilo Zolo*, forthcoming in «Jura Gentium».

⁶ F. Cassano, *L'umiltà del male*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 27.

⁷ J.N. Shklar, *I volti dell'ingiustizia*, tr. it. di R. Rini, Feltrinelli, Milano 2000, p. 128.

⁸ R. Girard, *Il risentimento*, tr. it. di A. Signorini, Raffaello Cortina, Milano 1999, p. XI. Questa categoria è oggi illuminante per spiegare le ragioni per cui, dimentichi dei suggerimenti metodologici del positivismo, il senso critico venga offuscato nel

Non è certamente la sede per tracciare i contorni del sentiero stretto, ma necessario, che ha condotto e ancora deve condurre il positivismo a produrre una rappresentazione del diritto certamente scevra dalla staticità giusnaturalistica, ma nemmeno precipitante nel nichilismo giuridico di ogni Trasimaco presente e passato: questo esito è a mio parere negato alla radice da quella insopprimibile (e moderna) tensione essere/dover essere che innerva la prestazione intellettuale del suo più importante rappresentante, Hans Kelsen, dal quale mai è stata sostenuta la tesi della mera fattualità del diritto (semmai quella di un'origine fattualistica del diritto che necessita di essere inquadrata/imbrigliata da una rete di norme: l'intreccio tra conoscenza e volontà, molto spesso mal interpretato, è una delle chiavi d'accesso privilegiate al suo pensiero): lo scarto, la mai perfetta coincidenza tra diritto e realtà sociale è la chiave per la comprensione della perdurante presenza e del rilievo che ha la nozione di effettività nella analisi kelseniana della «potenza normativa del diritto»: l'effettività è il «realizzare l'ordine voluto ed esplicitato dalla norma»⁹, vale a dire la mai compiuta ma sempre *in fieri* realizzazione del progetto giuridico di neutralizzazione attiva del conflitto: il diritto è appunto, per Kelsen, tecnica e progetto (ma si noti che del suo pensiero è stato più valorizzato il primo aspetto, quello del diritto come 'tecnica', che non il secondo, il che spiega la circostanza per cui raramente vi è stata quella necessaria lettura unitaria di un quadro teorico che pare schizofrenicamente scisso tra teoria generale, diritto internazionale e scienza politica, e la proiezione di un'ombra di pura marca psicoanalitica).

considerare i vizi di un sottosistema sociale (prendiamo ad esempio l'università) come frutti marci di chissà quali fosche antropologie destinali e non, invece, come sarebbe certamente più utile considerare, il portato di leggi sbagliate e di una certa qual miopia della critica, tutta imbozzolata nel proprio *particolare*. Su «web, scuola e università» come «opifici di demenza» (laddove le ultime due dovrebbero essere, come ammoniva Calamandrei, organi della democrazia e della Costituzione) vedi S. Ferlito, *Il volto beffardo del diritto*, Mimesis, Milano 2019, cap. 3.

⁹ A. Catania, *Diritto positivo ed effettività*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, p. 11.

Il positivismo giuridico, nelle sue ultime evoluzioni, è stato molto adeguatamente definito come una sorta di ricerca dei limiti¹⁰, intesi questi ultimi sia come tracciamento dei confini epistemici del suo oggetto, il diritto, sia come limiti normativi interni, elemento sostantivo della validità giuridica, hartiano contenuto ‘minimo’ (anche delle ‘procedure’, secondo Fuller). Che tale elemento sostantivo sia rappresentato anche da valori, però, non deve fare velo sul fatto che la logica valoriale è potenzialmente conflittuale, non esclude – come ha opportunamente notato Francesco Riccobono – l’occorrenza, di cui il «giusmoralismo» non si avvede, del ‘valore cattivo’¹¹ né una problematica implementazione attraverso il diritto degli stessi se è vero, come rilevò Alfonso Catania, che «quanto più i valori sono specifici [...] tanto minore è la possibilità di mutamento e di dinamismo della società che ne viene regolata»¹².

D'altronde, il positivismo è una teoria che quasi strutturalmente si pone come una teoria dinamica, trasformativa del diritto. Il superamento della sua staticità, tuttavia, non è né facile né scontato: per usare le parole di Cass Sunstein, «il disaccordo politico è – negli ordinamenti contemporanei – la fonte sia del pericolo più grave sia della sicurezza più grande»¹³. Inoltre, e ciò nega ogni validità a forme esplicite o latenti di positivismo ideologico (*justum quia jussum*), non solo, *di per sé*, le istituzioni non realizzano società degne, non solo la forma-Stato non «predetermina alcunché», ma ciò che davvero conta nella valutazione del diritto e della sua piena validità sono «gli ideali politici sostanziali»

¹⁰ F.J. Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, tr. it. di M. Zezza, Giappichelli, Torino 2020, p. 91.

¹¹ F. Riccobono, *Riflessioni su un modello giuridico*, in Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, cit., pp. 211-214. Ma dello stesso Autore vedi anche *La vocazione critica della teoria del diritto europeo e la questione dei valori*, in F. Cerrato, M. Lalatta Costerbosa (a cura di), *L'Europa allo specchio. Identità, cittadinanza, diritti*, il Mulino, Bologna 2020.

¹² A. Catania, *Filosofia del diritto. Manuale*, Giappichelli, Torino 2020, p. 180.

¹³ C. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, tr. it. di V. Ottonelli, il Mulino, Bologna 2006, p. 331.

dai quali le istituzioni sono mosse e i cui scopi attuano¹⁴. Questa ambiguità strutturale della interrelazione di diritto, politica e valori, che segna anche la valenza di un concetto come il succitato ‘istituzione’¹⁵, pone una serie di questioni che interrogano sia sul senso della filosofia del diritto, sia sui suoi metodi. La prima che emerge, trattando di positivismo giuridico, è la sempre più ricorrente domanda sui confini della filosofia del diritto, che si traduce in una sorta di ripulsa verso le metodiche positiviste: la filosofia del diritto deve pertanto evolversi in una sorta di filosofia morale allargata; si assumono come trasimachee (o quanto meno alquanto insensibili e inservibili verso il parossismo mortifero del potere) tutte le forme, anche le più blande, di non-cognitivismo etico, che sono giudicate essere non compatibili con il costituzionalismo (in ciò riproponendo, aggiornandole, le critiche di Nicola Matteucci e di Sergio Cotta al positivismo giuridico)¹⁶; l’orientamento alla valenza storica e politica delle questioni giuridiche è accusato di generare forme più o meno consapevoli di storicismo e di pessimismo antropologico che destinano il diritto a una sorta di (contraddittorio) quietismo sfiduciato¹⁷, fondamentalmente nichilista.

¹⁴ M. Koskenniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni*, tr. it. di G. Gozzi, L. Grado-
ni, P. Turrini, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 219-220.

¹⁵ Sulla logica insieme coercitiva e integrativa delle istituzioni rimando a F. Mancuso, *Istituzione*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino 2019; nota opportunamente R. Esposito in *Istituzione*, il Mulino, Bologna 2021, p. 61, che le istituzioni sono «i luoghi, le procedure, le prassi entro cui si rapportano potere e conflitto».

¹⁶ Ritengo che al fondo di tale appunto vi sia l’equivoco della indistinzione tra scetticismo e relativismo, e tra relativismo *tout court* e relativismo moderato, dove quest’ultimo non è affatto impermeabile a forme di moderato oggettivismo. Sul diritto naturale nel ’900 imprescindibile il recentissimo *1900-2000. Una storia del diritto naturale* di Franco Viola (Giappichelli, Torino 2021).

¹⁷ Questo è il nucleo della critica di Massimo La Torre ad autori pur molto diversi tra loro come Zagrebelsky, Bobbio, Koskenniemi, presente in un libro che a mio parere si pone come la più seria e argomentata messa in discussione contemporanea del positivismo giuridico: M. La Torre, *Il diritto contro se stesso*, Olschki, Firenze 2020.

Ma è proprio sulla base di Kelsen e di Bobbio che si potrebbe, al contrario, negare ogni esito necessariamente nichilistico del non-cognitivismo metaetico: in fondo, anche in coloro che si professano non cognitivisti c'è l'assunzione morale di un valore che è quello della necessaria destinazione alla mediazione, e non allo scontro a morte, tra i valori plurali, o quanto meno l'assunzione di un metavalore istituzionale costituito proprio dal luogo di interazione e confronto tra i valori (ad esempio, per Kelsen, che è relativista, non scettico, e relativista moderato, il Parlamento): come ha scritto efficacemente Gian Enrico Rusconi, «'La verità' – se vogliamo usare questo impegnativo concetto – è contenuta nello scambio amichevole di argomenti che motivano le proprie convinzioni e nella lealtà di comportamenti che non sono reciprocamente lesivi»¹⁸. Su questo piano, che rimane assai sdruciolabile anche se opportunamente alleggerito, si articola la tensione tra la universalità dei diritti e particolarità e pluralità delle forme di vita, ma si gioca anche la possibilità di definire quella che Javier Ansuátegui ha definito una «strategia dei minimi» volta a individuare non solo, in negativo, le possibilità di una deflazione della carica polemica dei valori ma anche, in positivo, una approssimazione a un «minimo morale condiviso», dove però gli elementi della condivisione, della partecipazione e della empatia non siano solo un punto d'arrivo ma anche – esigendo un impegno culturale e di politica del diritto – una base di partenza¹⁹. Possiamo quindi, (e dobbiamo!) argomentare contro la pena di morte, ma ciò diventa poco rilevante allorquando l'orientamento sociale maggioritario (e non per questo tale orientamento diventa 'democratico') sia prevalente nel considerarla legittima²⁰. Allo stesso modo, una strategia siffatta può condurre la teoria democratica al di là dell'alternativa sec-

¹⁸ G.E. Rusconi, *Democrazia post-secolare*, in P.P. Portinaro (a cura di), *L'interesse dei pochi, le ragioni dei molti*, Einaudi, Torino 2011, p. 105.

¹⁹ Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, cit., p. 165.

²⁰ Opportunamente Ansuátegui insiste sull'importanza della «capacità di seduzione» dei valori universalizzabili (i quali, proprio in virtù di tale universalizzabilità, perderebbero l'intrinseca polemicità propria della logica del valore). Ivi, p. 166.

ca tra un proceduralismo spolicizzante e privo di respiro progettuale, da un lato, e la ricerca di inesistenti ‘sostanze’ perdute, magari con l’indigeribile condimento costituito da ridicole sacralizzazioni, magari a base psicoanalitica, dell’Uno teologico della volontà generale: in fondo, e come mi ha fatto opportunamente notare Luigi Alfieri, parlare di ‘postdemocrazia’ presuppone la certezza dell’esistenza di un mitologico ‘prima’ che parla con la voce gergale (e pericolosa) dell’autenticità, ma che di fatto occulta il *Wesen* della stessa democrazia: il sentimento antioligarchico che è alla base del difficile compromesso tra individuo e collettività, tra unità e pluralità, tra rappresentatività e rappresentazione.

Ma, tornando alla questione da cui ci eravamo mossi: la filosofia del diritto si salva solo compiendo il «salto» verso la filosofia morale? Il salto, ciò era noto già a Kierkegaard, non è un passaggio lineare, è bensì una cesura, un momento di rottura, uno spiccare il volo a volte senza reti di sicurezza, un *pari* pascaliano, ma non garantito. Integrare la legittimazione del diritto con la filosofia morale? Certamente, l’eteronomia specifica del diritto, fonte di «tormento» (ancora una volta Kelsen, la cui lettura di Rousseau andrebbe analizzata a fondo), va supportata da ragioni, va appunto legittimata, ma con il necessario rigore che non escluda, in linea di principio, contraddizioni, zone grigie, se non anche conseguenze perverse: anche la coerenza logica può portare a conclusioni inaccettabili. Una solida argomentazione morale, la quale non può certamente fare a meno della fattualità, ma la cui articolazione è oggi complicata da un contesto linguistico sempre più lesionato, incerto e ristretto da semplicismi strategici e postverità²¹, non esclude che un principio normativo vincolante e universale (e universale anche perché generico), ad esempio, la ‘dignità’, possa portare – con una catena argomentativa coerente e apparentemente laica, penso alle tesi bioetiche di E.-W. Böckenförde – alla proibizione senza eccezione – nemmeno nel caso di aspiranti genitori portatori sani di malattie genetiche – di

²¹ Su questi temi rimando a F. Mancuso, *Terribles simplificateurs. Le democrazie alla prova del populismo*, in «Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto», (2020), 3.

ogni forma di diagnosi preimpianto (laddove venga ammessa la liceità della diagnosi prenatale, fondata sulla possibilità del superamento, per i genitori, di un «limite ragionevole del sacrificio»)²². L'appello alla morale, il salto verso di essa, rischia insomma di allargare involontariamente uno spazio di conflitto la cui riduzione è tendenza propria del diritto, e può comportare l'occultamento di forme effettive di potere mediante la loro naturalizzazione/personificazione: come ha scritto Alfonso Catania, «la fuoriuscita dal diritto positivo pubblico rende i soggetti del conflitto non abbastanza tutelati dalla procedura giuridica e il conflitto stesso giocato da soggetti e poteri nascosti, con decisioni opache e non controllabili democraticamente»²³.

L'agire umano ha sempre un senso morale e culturale anche quando si esprime come uso della tecnica giuridica. La complessa e non scontata articolazione tra mezzi, scopi e conseguenze dell'azione produce ricadute pratiche, concrete, a volte cogenti. Ciò vale per le scelte e i comportamenti quotidiani, e a maggior ragione quando scelte sono difficili, o tragiche, ma obbligate, come quelle che si presentano sempre di più, con il progresso tecnico-medico, nel campo bioetico e biogiuridico, per la basilare ragione che non esiste una 'scienza' della morale o dell'agire dell'uomo in generale che riesca a fornire risposte *a priori*, algoritmi precostituiti e infallibili (e gli stessi algoritmi celano scelte orientate *ex ante*), alla dilemmaticità delle questioni umane, il che rende difficile, se non impossibile, elaborare un'etica o una giustizia o anche una legittimazione *more geometrico demonstrata*. Le contraddi-

²² Sulle discutibili argomentazioni del giurista tedesco rimando a F. Mancuso, *Il doppio volto del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 123-147.

²³ Catania, *Filosofia del diritto. Manuale*, cit., p. 185. «La realtà del diritto si fa ancora più dura e stringente se la potestà normativa è assunta dalla tecno-economia, da una forza uscita vincitrice nel conflitto tra visioni di interessi o nella concorrenza tra imprese. La parola concorrenza, con sussiego di neutralità, cela l'asprezza della lotta, gli inganni e le violenze che scuotono i mercati, le innumerevoli e anonime vittime». Così N. Irti, *Destino di Nomos*, in M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto*, La nave di Teseo, Milano 2019, p. 146.

zioni, i dilemmi, gli scarti, i conflitti, i paradossi (del pensiero e nella storia), le conseguenze inaspettate (della prassi), non sono un ostacolo da rimuovere preventivamente, contingenza da esorcizzare, né devono diventare sostegni alle varie ‘retoriche dell’intransigenza’ (intesa come conservazione, non come ‘indignazione’), ma sono il portato essenziale dell’esperienza, il terreno mobile e a volte franoso su cui questa si produce, e al tempo stesso il risultato complesso dell’interazione sociale, non sempre facile, più spesso conflittuale²⁴. Certamente, la pluralità e la complessità della storia, del mondo delle relazioni umane non equivalgono, né possono equivalere, all’impossibilità di conoscere, valutare e giustificare, tutt’altro: se moralità è (anche) giustificazione, o meglio, giustificabilità delle azioni, «solo una giustificazione può porre fine alla richiesta di giustificazioni»²⁵: ciò, tuttavia, non chiude la questione, né si può pensare che si ‘ponga fine’, una volta per tutte, alla richiesta di giustificazioni (o all’esigenza di ‘verità’) perché, tra l’altro, si può dare il caso di due o più giustificazioni confliggenti, ma egualmente sostenibili, o di giustificazioni insostenibili, inaccettabili, immorali.

Il positivismo giuridico, un positivismo evoluto e comprensivo, che consideri l’intreccio inestricabile di conoscenza e valutazione, che faccia i conti con la storia e con la violenza in essa presente *anche* veicolata dal diritto, rimane una guida, un metodo irrinunciabile per la comprensione di quelle oscillazioni tra volontà e ragione, tra pura forza e pura idealità, tra repressione e inclusione, tra tecnica e cultura, tra potere e autorità, che segnano il moto pendolare della giuridicità. «La qualifica

²⁴ Un sano esercizio di dubbio metodico (che non è il dubbio radicale dello scettico) mette in guardia da tutte le polarizzazioni concettuali e valoriali, inevitabilmente semplicistiche e retoriche: «chi informa la propria attività di uomo di cultura allo spirito scientifico non s’abbandona facilmente al gioco delle alternative radicali: al contrario, esamina, indaga, pondera, riflette, controlla, verifica. E trova alla fine che le antitesi non sono così nette come gli si vorrebbe far credere». N. Bobbio, *Politica e cultura*, Einaudi, Torino 1955, pp. 18-19.

²⁵ T. Nagel, *L’ultima parola. Contro il relativismo*, tr. it. di G. Bettini, Il Saggiatore, Milano 1997, p. 104.

di giuridico – scrive Francesco Riccobono – (e, aggiungo, di morale) non assolve preventivamente la mano di chi muove le leggi e non solleva gli attori dalle proprie responsabilità personali»²⁶. Solo una consapevolezza della interminabilità dell'analisi e delle ambiguità dei concetti, della specularità delle polarizzazioni (la pura tecnica è l'altra faccia delle estreme politicizzazioni) e della maggiore utilità della logica dell'*et et* rispetto a quella dell'*aut aut*, può aiutarci a ripensare e magari anche a ripensare umanisticamente il diritto spezzando «la trama intima» della nostra 'attualità' inumana e disumana, e del futuro postumano prossimo venturo²⁷.

2. Violenza e diritto

La questione della violenza è evidentemente proprio una di quelle che toccano – direbbe Santi Romano – «gli estremi confini del diritto», la sua genesi, la sua differenziazione, la sua retroazione volta a moderarne l'origine²⁸. Si tratta della stessa complicata, anche difficilmente pensabile questione specifica della interazione tra potere costituente e poteri costituiti: può un'origine violenta determinare il contenuto del diritto, o piuttosto quella origine, che avviene in un supposto *status naturalis*, dà vita, come diceva Kant, a qualcosa di diverso, a uno *status civilis* garantito dal postulato del diritto pubblico, volto ad assicurare l'inevitabile coesistenza degli individui in opposizione e per differenziazione proprio dalla violenza (intesa non solo come forza, ma come arbitrio senza

²⁶ F. Riccobono, *Soggetto Persona Diritti*, Terzo Millennio, Napoli 1999, p. 41.

²⁷ Rimando alle considerazioni di M. Revelli, *Umano Inumano Postumano*, Einaudi, Torino 2020.

²⁸ Nel suo *BIA. Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia antica*, Giuffrè, Milano 1983, p. X, F. D'Agostino ha notato che a fronte di una rimarchevole invarianza semantica della parola, permane nel pensiero greco una duplicità, quasi un «movimento pendolare» nel giudizio su essa: esso «trascorre da una polarità all'altra senza requie: ora condanna βία e vede l'uomo nella luce solare della perfetta e dispiegata giustizia; ora invece assolve e addirittura elogia la violenza, perché sa imporsi con la sua ferrea mano alla ferinità degli uomini».

legge: il che però non significa esorcizzare la presenza della violenza, ma soltanto che essa non è morfogenetica, non costituisce alcuna fonte di legittimità, non crea né obbligazione né diritto)?

Questa rappresentazione tipicamente moderno-hobbesiana trova nel Novecento un momento di culmine e insieme di profondissima crisi, che io vedo esemplificato nella prestazione teorica di Carl Schmitt: in un pensiero cioè, come il suo, nostalgico di una unità mitologicamente assunta come un 'prima' oramai corrotto, e incapace di mediarsi con quelle differenze che già Hegel pensava dovessero essere contenute e conservate nella loro relativa autonomia dall'istanza unitaria della sovranità, che rifugge pertanto dall'idea di mediazione, che concepisce il politico come ostilità assoluta, orientata al mero annichilimento dell'estraneo, con ciò riducendo la funzione di relativizzazione dei contrasti offerta proprio dal diritto e smarrendo – come notò Gerhard Ritter – la possibilità stessa della convivenza pacifica²⁹. Ma soprattutto, il pensiero di Schmitt rimane prigioniero di un limite epistemico che in fondo è, allo stesso tempo, una delle ragioni del suo perdurante fascino: ed è quello stesso limite che, come ha perfettamente colto Jean-François Kervégan, Hegel – anche in ciò tradito da Schmitt – denominava «unilateralità dell'intelletto», dogmaticamente ridotto ad *aut aut*³⁰ (e che è esattamente ciò che, come si vedrà, impedisce di strutturare criticamente il discorso sui nessi tra diritto e violenza).

Il reagente storico di questa vera e propria crisi della scienza giuridica e del diritto, che così si rovescia in ciò che costitutivamente vuole eliminare o ridurre, la violenza assoluta, è rappresentato dal male radicale del

²⁹ In *Der Dämonie der Macht* (tr. it di E. Melandri, il Mulino, Bologna 1958, p. 190), Ritter sosteneva: «Nessuna grande lotta politica è mai stata combattuta senza l'ira della tenzone e il reciproco odio. Ma dove, oltre al sussistere di tale odio succede che va perduta la possibilità stessa della convivenza pacifica, della reciproca comprensione e della ricostruzione di un durevole ordine, la lotta diventa senza fine e la potenza una maledizione, anziché mezzo per domare il caos».

³⁰ J.-F. Kervégan, *Che fare di Carl Schmitt?*, tr. it. di F. Mancuso, Laterza, Roma-Bari 2011, pp. 59-60.

totalitarismo novecentesco. Vera e propria istituzionalizzazione del ‘volto di Gorgone’ del potere; perversione eichmanniana degli imperativi morali kantiani – piegati, secondo la formulazione di Hans Frank, al *Führerprinzip* quale fonte di «obbedienza cadaverica» («*Kadavergehorsam*»)³¹; campo di dominio totale dove «si vede di giustizia orribil arte»: male radicale, assoluto, ossia non vampata di violenza per quanto cruenta, ma sterminio di masse umane reputate ‘superflue’, ‘prive di valore’, ideologicamente giustificato, scientificamente organizzato e tecnicamente attuato.

Quale dunque il rapporto tra la violenza parossistica esercitata dal Moloch totalitario, e il diritto, trasformatosi da limite e strumento di comunicazione, da mezzo di stabilizzazione delle relazioni umane in un insieme di «leggi di movimento» o di «eliminazione», inevitabilmente destinate a quella che un filosofo italiano, Guido de Ruggiero, definì «autofagia» del totalitarismo? Usando le parole di Michel Foucault, «con i nazisti ha preso corpo una coincidenza tra un bio-potere generalizzato e una dittatura assoluta che – grazie alla formidabile moltiplicazione del diritto di uccidere e dell’esposizione alla morte – si ritrasmette a tutto il corpo sociale. Assistiamo cioè all’emergenza d’uno stato assolutamente razzista, assolutamente omicida e assolutamente suicida» (in questi passi, come è noto, Foucault lesse specularmente la *Endlösung* e il telegramma 71 di Hitler, che «dava ordine di eliminare le condizioni che tenevano in vita lo stesso popolo tedesco»)³², dove l’esito finale – per usare le parole di Hart – è la trasformazione di «istituzioni sociali volte alla continuazione dell’esistenza» in «club» di omicidi-suicidi. Il regime totalitario «sfida tutte le leggi positive, persino quelle che ha promulgato [...] o che non si è curato di abrogare»: «La sua noncuranza per il diritto positivo pretende di essere una forma superiore di legittimità che, ispirandosi alle fonti, può fare a meno della meschina legalità. *Esso si*

³¹ H. Arendt, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme*, tr. it. di P. Bernardini, Feltrinelli, Milano 1964, pp. 142-145.

³² M. Foucault, *Difendere la società*, tr. it. di A. Ferrara, M. Bertani, Ponte alle Grazie, Firenze 1990, pp. 169-170.

vanta di aver trovato il modo per instaurare l'impero della giustizia sulla terra, qualcosa che la legalità del diritto positivo non è mai riuscita ad ottenere [...]. Disprezzando la legalità. Il regime totalitario pretende di attuare la legge della storia o della natura»³³: esso fa a meno della legalità, non crea un nuovo corpo di leggi, si sbarazza anche del *consensus juris* (conseguentemente, sottintende Arendt, fa a meno anche del concetto di legittimità, utilizzato solo come maglio, come nel caso di Schmitt, da contrapporre all'idea di legalità), e «promette giustizia sulla terra perché pretende di fare dell'umanità stessa l'incarnazione del diritto»³⁴, sicché «colpevolezza e innocenza diventano concetti senza senso; 'colpevole' è chi è d'ostacolo al processo naturale o storico»³⁵. Per i regimi totalitari così come sono irresistibili i processi naturali o storici che ne diventano parte essenziale dell'ideologia, allo stesso modo è ineluttabile una concezione dell'uomo compiutamente reificata per cui esso diventa una 'cosa': a tal fine, preliminare e necessaria all'eliminazione fisica dell'uomo è l'eliminazione dell'idea di soggetto di diritto (e portatore di diritti). Come ha efficacemente notato Alain Supiot, «la politica di sterminio intrapresa dai nazisti non è consistita soltanto nel sopprimere milioni di uomini, donne e bambini in nome della lotta fra le razze. Essa è consistita anche nello *spogliarli dei diversi involucri giuridici* che ne facevano dei soggetti di diritto, nel negare loro la capacità civile, nel privarli di uno statuto professionale (e non soltanto di una professione), di un patrimonio (e non soltanto dei loro beni), di una nazionalità (facendone degli apolidi) e di un nome (riducendoli a dei numeri), in una parola nel negare la loro natura di esseri umani prima di togliere loro vita»³⁶.

³³ H. Arendt, *Le origini del totalitarismo*, tr. it. di A. Guadagnin, Comunità, Milano 1996, pp. 632-633.

³⁴ *Ibidem*. E più avanti: «nell'interpretazione del totalitarismo, tutte le leggi sono diventate leggi di movimento. La natura e la storia non sono più fonti stabilizzatrici di autorità per le azioni dei mortali, ma esse stesse dei movimenti, dei processi» (p. 634).

³⁵ *Ivi*, p. 636.

³⁶ A. Supiot, *Homo juridicus*, tr. it. di B.X. Rodriguez, Bruno Mondadori, Milano 2006, p. 80. La spoliazione 'giuridica' si tradurrà in quel denudamento che, come dis-

La deumanizzazione è significativamente preceduta dalla privazione di diritti; l'annichilimento del soggetto in carne e ossa è anticipato dalla scomparsa della sua soggettività giuridica: «Il fallimento o il successo del governo totalitario dipende [...] dalla sua capacità di trasformare gli esseri umani in animali degeneri. [...] Perché ciò avvenga, gli individui devono essere privati delle ultime vestigia della loro individualità e trasformati in collezioni di reazioni identiche; devono essere tenuti separati da tutto ciò che li ha resi unici, individui identificabili all'interno della specie umana»³⁷. Il senso dell'affermazione del soggetto di diritto è stato storicamente uno dei modi per «attribuire pienezza alla persona»³⁸, tanto che già in Leibniz vi era equivalenza tra «*subjectum juris*» e persona in quanto «*subjectum qualitatis moralis*». Per converso, la 'nientificazione' totalitaria della persona concreta abbisognava della soppressione della figura del soggetto astratto di diritto, dell'individuo come categoria giuridica: l'*Untermensch*, non è né soggetto né persona, non ha diritti né doveri, non ha dignità e la sua 'colpa' prescinde dalle sue azioni od opinioni. Dominio sulla vita, sul diritto e sulle parole, sulla comunicazione (e il diritto è anche 'comunicazione'), potestà assoluta di morte, fuoriuscita dai codici della sovranità classica: «*Hier ist kein Warum*», «qui [nel campo] non ci sono perché»³⁹.

Ciò che rende peculiare il totalitarismo nella sua intima essenza, al di là di ogni contrapposizione possibile tra governo degli uomini/governo delle leggi, tra tirannide e libertà politica, tra illegalità e legalismo, è esattamente la distruzione del senso, la negatività assoluta. Non, quindi, una enfasi parossistica del principio di legalità tale da giustificare quella che poi sarà, dopo la seconda guerra mondiale, una messa in stato di accusa

se Primo Levi, rende l'uomo «preda inerme», non un essere umano ma un «lombrico: nudo, lento, ignobile, prono al suolo».

³⁷ H. Arendt, *Archivio Arendt 2 1950-1954*, tr. it. di P. Costa, Feltrinelli, Milano 2003, p. 76.

³⁸ S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Editoriale scientifica, Napoli 2007, p. 12.

³⁹ C. Lanzmann, cit. da R. Esposito, *Nove pensieri sulla politica*, il Mulino, Bologna 1993, p. 191.

del positivismo giuridico, ma una alterazione, da parte di quello che Ernst Fraenkel ha definito uno «Stato discrezionale»⁴⁰, dell'idea stessa di legalità, che andava di pari passo con una trasfigurazione dei principi di legittimità tale che questi ultimi diventavano, fondandosi su un dato biologico-razziale, l'alterazione di quel presupposto fondamentale dell'associazione civile (e della sua legittimazione prima) che è costituito dalla protezione della vita e della libertà, anche dal potere. Come ha scritto Franz Neumann, la *ratio* sparisce completamente dal diritto nazista, schiacciata da una *voluntas* senza freni, senza limiti giuridici: «il sistema legale nazionalsocialista non è altro che una tecnica di manipolazione delle masse mediante il terrore»⁴¹.

In questo senso, la giuridicità intimamente corrotta e trasfigurata del totalitarismo, inscenata dalle stridule grida di boia di Roland Freisler, si palesa come torsione antipositivistica (così come – non a caso – teoricamente antipositivista è Carl Schmitt negli anni del suo avvicinamento al nazismo): una «interpretazione senza limiti delle norme giuridiche esistenti condotta alla luce dell'ideologia nazionalsocialista, intesa a sua volta come una sorta di diritto naturale [*Blut und Boden*] al di sopra della legge»⁴². Anche le leggi emanate dai regimi totalitari, per quanto cariche di discriminazione e ingiustizia, non rappresentano pertanto, compiutamente, il parossismo del terrore totalitario: per tali regimi, come ha più volte notato Arendt, «tutte le leggi, comprese quelle bolsceviche e naziste, diventano una facciata il cui fine è non far mai scordare alla

⁴⁰ «L'essenza dello Stato discrezionale va individuata nella rinuncia a quei vincoli formali, garantiti giuridicamente, da cui possono derivare restrizioni nell'esercizio di prerogative di sovranità», E. Fraenkel, *Il doppio Stato*, tr. it. di P.P. Portinaro, Einaudi, Torino 1983, p. 69.

⁴¹ F. Neumann, *Behemoth. Struttura e politica del nazionalsocialismo*, tr. it. di M. Baccianini, Feltrinelli, Milano 1977, p. 408. Fondamentali le descrizioni, presenti nel testo, dell'annullamento di tutti i principi giuridici fondamentali durante gli anni del terrore nazista, dalla terzietà all'*habeas corpus*, al *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

⁴² H. Hofmann, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, tr. it. di L. Basso e M. Tomba, Laterza, Roma-Bari 2003, p. 124.

popolazione che le leggi, quali che siano la loro origine e natura, in verità non contano nulla»⁴³. Il totalitarismo, interpretato così, come enfasi assoluta del nesso tra potere e sopravvivenza in cui prevale la pulsione di morte, e al contempo come negazione catastrofica dalla *ratio* minimale dell'ordine, è pertanto un fenomeno che va ben al di là di quella «barbarie» che Kant intravedeva nel «potere senza libertà e senza legge».

3. «Terrificanti ambiguità» o produttive ambivalenze?

Volontarismo, decisionismo, *nichilismo giuridico* dispiegato al suo grado estremo nel paradigma totalitario, quindi? Oppure il totalitarismo esprime un diritto non naturale ma biologico posto al di sopra del diritto stesso?⁴⁴ Assenza di diritto o diritto che, in quanto sovranità assoluta (sovranità che «decide dell'eccezione e ha il diritto eccezionale di sospendere il diritto, mantenendosi così [...] come le bestie o il lupo mannaro, a modo suo fuori dalla legge, al di sopra della legge»)⁴⁵ svela il suo volto di Gorgone? Sono queste letture che si escludono vicendevolmente, ovvero possono essere appaiate, complessificando necessariamente un oggetto di analisi che per natura, radicalità di effetti ed epocalità storica si sottrae ad interpretazioni unilaterali? Di fronte all'estremo si cade nella tentazione del paradigma totalizzante, come mi pare sia dimostrato dalla analisi agambeniana dello Stato e del diritto, che rigetta l'ambiguità dei concetti per giungere a posizioni apparentemente radicali, in realtà politicamente ambigue. Tra i materiali adoperati da Agam-

⁴³ H. Arendt, *Archivio Arendt 2 1950-1954*, cit., p. 72.

⁴⁴ «La Shoah non fu l'effetto di un 'atto volontaristico', bensì l'esito più estremo del modello di integrazione-esclusione connaturato alla comunità popolare e fondato sulla persecuzione e sulla privazione di diritti per tutti gli estranei a questa comunità, nonché della sua estensione e della sua radicalizzazione al di fuori dei confini del *Reich* durante la seconda guerra mondiale». Così C. Natoli in H. Mommsen, *Lager, totalitarismo, modernità*, B. Mondadori, Milano 2002.

⁴⁵ J. Derrida, *La bestia e il sovrano. II.*, tr. it. di G. Carbonelli, Jaca Book, Milano 2010, p. 31.

ben figura quell'espressione, «nuda vita», che compare in un saggio, *Zur Kritik der Gewalt* di Walter Benjamin, a sua volta profondamente influenzato dalle *Réflexions sur la violence* di Sorel. L'«arduo» saggio di Benjamin è un contributo fondamentale per due motivi. Innanzitutto, il suo rappresentare l'interpretazione novecentesca più celebre del nesso tra diritto, forza e violenza, e celebre anche perché centrata sulla loro essenziale indistinzione: la violenza e la forza non solo sono il mezzo specifico del diritto ma lo costituiscono (ossia lo originano e ne sono sostanza). Il secondo motivo riguarda il fatto che il saggio dell'autore tedesco apre uno squarcio, in parallelo con le contemporanee riflessioni di Schmitt, sul momento istitutivo del diritto stesso: il potere costituente, presenza assente di ogni istituzionalizzazione, forza costruttiva e distruttiva, intersecazione tra politica e diritto, emerso e teorizzato nel periodo rivoluzionario (Sieyès), neutralizzato-esorcizzato nell'Ottocento, nuovamente riemerso durante la crisi d'inizio Novecento.

Nelle *Riflessioni sulla violenza* di Sorel il tradizionale rapporto tra violenza (illegittima) e forza (legittima, e destinata ad arginare la violenza, secondo la classica raffigurazione dei loro rapporti) era stato ribaltato, anche assiologicamente, a favore della prima, «guerra sociale» che «può produrre gli elementi di una civiltà nuova»⁴⁶ e che ha un ruolo «di eccezionale grandezza nella storia»⁴⁷, «ideologia della scissione» che possiede una sua propria moralità, «espressione brutale e chiara della lotta di classe»⁴⁸: «io sono del parere – scriveva Sorel – che sarebbe tanto di guadagnato adottare una terminologia che non desse luogo a nessuna ambiguità, e che bisognerebbe riservare il termine *violenza* per la seconda accezione; diremo dunque che la forza ha per oggetto di imporre la organizzazione di un certo ordine sociale nel quale governa una minoranza, mentre la violenza tende alla distruzione di questo ordine.

⁴⁶ G. Sorel, *Riflessioni sulla violenza*, in Id., *Scritti politici*, tr. it. di R. Vivarelli, UTET, Torino 1963, p. 406.

⁴⁷ Ivi, p. 170.

⁴⁸ Ivi, p. 171.

La borghesia ha fatto uso della forza sino agli inizi dei tempi moderni, mentre il proletariato reagisce adesso con la violenza contro di essa e contro lo Stato»⁴⁹.

Costruito su questa base essenziale, il saggio di Benjamin scansiona in tre fasi il rapporto fra diritto e violenza. La prima riguarda il nesso tra mezzi e fini, che disvela la coappartenenza di violenza e diritto e nel diritto naturale, e nel diritto positivo: per il primo, i fini giusti (e incondizionati) legittimano mezzi violenti; per il secondo, i mezzi 'giusti' (condizionati, legali, che sono violenza qualificata come 'forza') conducono a fini altrettanto giusti: se i mezzi sono 'legittimi', lo saranno altrettanto i fini. Successivamente, l'analisi dei fini giusti, ossia della giustizia e dei suoi criteri, viene accantonata (né Benjamin segue Sorel sul piano della distinzione assiologica tra violenza e forza), in favore della analisi della «distinzione di principio [operata dal diritto positivo] dei vari generi di violenza»⁵⁰: la violenza sarà legittima solo quando i fini naturali perseguiti dagli uomini non entrino in conflitto con i fini giuridici dell'ordinamento (e Benjamin fa a tal proposito l'esempio del caso della legittima difesa). Il contrasto potenziale tra individuo e società politica e l'idea che la violenza sia un 'mezzo' tiene il discorso di *Zur Kritik der Gewalt* ancora interno alla logica della sovranità moderna: è l'ordinamento a stabilire cosa possa esser qualificato come forza legittima e cosa invece sanzionato negativamente come violenza. L'esercizio del potere sanzionatorio non è 'altro' dalla violenza, ma è violenza qualificata giuridicamente che persegue l'obiettivo di contrastare la violenza straordinaria, il che non equivale affatto a quella neutralizzazione della violenza che è inscritta nelle matrici della moderna statualità per la semplice ragione che, nello scontro potenziale tra «violenza nelle mani di una persona singola» (che è «minaccia di scalzare l'ordinamento giuridico») e difesa dell'ordinamento tramite «violenza più o meno grande», la violenza non scompare affatto. Ma è proprio qui che si dispiega la tesi

⁴⁹ Ivi, p. 276.

⁵⁰ W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, in Id., *Angelus novus*, cit., p. 7.

centrale di Benjamin, che spezza, per cercare di superarlo, sia il dualismo tra forza e violenza, sia l'equilibrio difficile tra legalità e legittimità.

La violenza è qualcosa di più e di altro rispetto ad un mezzo per ottenere dei fini: essa è necessaria alla sopravvivenza del diritto, consustanziale ad esso (il quale appare dunque, all'autore, come illuminato da una «equivoca» luce morale: e non è un caso che Benjamin giochi con le assonanze tra *Recht* e *Vorrecht*, privilegio), in quanto non sia interamente monopolizzata da esso; essa è inoltre «in grado di fondare e modificare rapporti giuridici»⁵¹. Ma la violenza, in quanto 'guerra' («violenza originaria e prototipica»), è intima al diritto, anzi, ne è «creatrice», «fondatrice»: la stessa pena capitale, massima violenza legale, è orientata non già meramente a «punire l'infrazione giuridica», ma a «statuire il nuovo diritto»: essa è «diritto stesso nella sua origine»⁵², in quanto, appunto, violenza che fonda e che 'conserva' proprio il potere supremo, quello di vita e di morte (Benjamin fa riferimento anche all'aspetto «ignominioso» del potere 'informe' di polizia, particolarmente nelle democrazie, dove si confondono «la violenza che pone e [la] violenza che conserva la legge»)⁵³ svela le origini dell'ordinamento, e contemporaneamente quanto di «guasto», di 'marcio' («*Marsch*»), vi sia – per l'autore – nel diritto, al punto che anche il compromesso parlamentare appare a Benjamin come 'violenza', ma non perché essa sia, o venga presentata come tecnica di «civile intesa» ma perché la «violenza giuridica è penetrata» anche in questa regione⁵⁴: e difatti

⁵¹ Ivi, p. 11.

⁵² Ivi, pp. 14-15.

⁵³ Ivi, p. 15.

⁵⁴ Derrida ha notato che «*Zur Kritik der Gewalt* non è soltanto una critica della rappresentazione in quanto perversione e caduta del linguaggio ma della *rappresentazione* come sistema politico della democrazia formale e parlamentare. Da questo punto di vista, questo saggio 'rivoluzionario' (rivoluzionario in uno stile a un tempo marxista e messianico) appartiene, nel 1921, alla grande ondata antiparlamentare e anti-*Aufklärung* sulla quale è come affiorato il nazismo, cavalcandola negli anni Venti e all'inizio degli anni Trenta. Carl Schmitt, che Benjamin ammirò e con il quale scambiò una corrispondenza, si congratulò con lui per questo saggio». J. Derrida, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"*, tr. it. di A. Di Natale, Bollati Boringhieri, Torino 2003, p. 88.

la ‘conversazione’ viene evocata dall’autore come prova della possibilità di un «accordo non violento». Non per questo, tuttavia, in questo passaggio potrebbero prefigurarsi le riflessioni habermasiane sulla comunicazione, nominata ‘ideale’ in quanto espungente ogni forma di strategicità, potremmo dire di violenza: in fondo per Benjamin le relazioni umane private non sono violente solo perché, come l’esempio che apporta, la menzogna non è punita dal diritto, quindi solo perché non ‘contaminate’ dal diritto. In questo senso la non-violenza equivale semplicemente a non-giuridicità, e rousseuvianamente pare quasi adombrarsi nelle pagine del filosofo berlinese una naturale ‘innocenza originaria’ dell’umanità che viene corrotta dal diritto.

I diritti, quali il diritto di sciopero, alla luce della lettura sopra esposta, in tanto sono ammessi in quanto «ritarda[no] e allontana[no] azioni violente a cui esso teme di doversi opporre». È per questo che viene evocata la figura mitica dello ‘sciopero generale’ soreliano: perché esso non mira a «creazioni giuridiche», bensì alla *distruzione* dello Stato. «Creazione di diritto – afferma Benjamin – è creazione di potere, e in tanto un atto di immediata manifestazione di violenza. *Giustizia è il principio di ogni finalità divina, potere il principio di ogni diritto mitico*»⁵⁵. Da qui, ed è questa l’ultima scansione del saggio di Benjamin, la distinzione tra violenza mitica, quella che creando, fondando il diritto, è però ancora ‘contaminata’ dal diritto stesso, impuro, e una violenza ‘pura’, la *violenza divina*, che non è tetica ma solo distruttiva, e che si sottrae al circolo vizioso della demolizione di un apparato giuridico in vista della fondazione di un altro apparato giuridico: al di là di ogni oriz-

⁵⁵ E poco prima: «La funzione della violenza nella creazione giuridica è [...] duplice nel senso che la creazione giuridica, mentre persegue ciò che viene instaurato come diritto, come scopo con la violenza come mezzo, pure – nell’atto di insediare come diritto lo scopo perseguito – non depone affatto la violenza, ma ne fa solo ora in senso stretto, e cioè immediatamente, violenza creatrice di diritto, in quanto insedia come diritto, col nome di potere, non già uno scopo immune e indipendente dalla violenza, ma intimamente e necessariamente legato ad essa», W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, cit., p. 24.

zonte giusnaturalistico la ‘giustizia’, nella sua inattingibilità, è assoluta alterità, è umanamente incommensurabile e l’apparizione della violenza divina, che è in sé priva di «carattere sanguinoso», che non è violenta – o meglio, sanguinosa – con la «vita del vivente», e che appare messianicamente nella storia (o meglio, nella ‘filosofia della storia’), è forse l’*unica* chiave di accesso ad una sottrazione della giustizia al nesso violento e giuridico, per Benjamin, tra i mezzi e i fini: per Benjamin la giustizia può apparire solo all’esterno del perimetro di un diritto che è «solo un residuo dello stadio demonico di esistenza degli uomini»⁵⁶.

In questo senso, il parallelismo con Carl Schmitt risulta più adeguato, perché se per quest’ultimo il nucleo della sovranità è ciò che è fuori-legge, eccezione; se dunque dietro la forma del *nomos* si cela l’informe anomico, per Benjamin l’essenza della giustizia è di essere in altra dimensione rispetto al diritto: non è né la legge, né fuori-legge (né il ‘prima’ della legge). Il solo vettore della giustizia è dunque, per il filosofo berlinese, la ‘violenza divina’. Non si tratta in apparenza di una violenza ancora più esacerbata, né lo stesso Sorel è, come riconosce Benjamin, un cantore del terrore e dello scontro ‘alla morte’ di ostilità irriducibili: si tratterebbe invece, in apparenza, di un sottrarsi alla violenza insita nell’esserci naturale-relazionale dell’uomo che equivarrebbe, come è stato più volte notato, ad una «omissione di azioni», ad un «non agire» alla Bartleby, potremmo dire ad un’etica la quale si sottrae dalla interazione mezzi-fini nell’attesa messianica dell’evento.

L’indeterminatezza e il messianismo della nozione di ‘violenza divina’, con la quale Benjamin conclude il suo saggio, genera però due conseguenze non di poco conto: la prima è quella di non far fuoriuscire, al contrario di quanto si produce in un’altra critica, quella di Andrea Caffi, dalla dimensione della violenza: non è un caso che l’esito della critica di Caffi alla violenza sia l’individuazione della necessaria, aristotelica, *philia* come forma di relazione interumana non ostile, nonché l’ostina-

⁵⁶ W. Benjamin, *Destino e carattere*, in Id., *Angelus novus*, tr. it. di R. Solmi, Einaudi, Torino 1962, p. 32.

zione nella ricerca di una relazione possibile e non giusnaturalistica tra diritto e giustizia⁵⁷. Nel testo di Benjamin si attua la scomparsa della mediazione in favore della immediatezza: che si tratti della speranza in quelli che Ágnes Heller chiama «i gesti redentori» nella storia, «nei quali il mondo trasforma se stesso passando dal mondo del peccato al mondo vero e reale»⁵⁸ (da qui la critica benjaminiana nell'idea di progresso), o che sia semplicemente una critica di quelle coincidenze tra valore e fatto che si verificano nella storia, la dimensione della storicità, della relazionalità, e quindi della giuridicità, di fatto, *scompare, deve scomparire* nelle pagine di Benjamin. E, aggiunge Derrida, emerge una fascinazione per la «distruzione» tale per cui il fantasma latente nello scritto di Benjamin è l'idea, «pericolos[a]», di «una sorta di giustizia senza diritto», di «una giustizia al di là del diritto», la quale potrebbe essere incarnata in un individuo, ma anche in un «popolo» o in una «lingua»⁵⁹.

La «terrificante ambiguità etico-politica» del saggio benjaminiano si cela, secondo la lettura di Derrida, non solo nelle affinità che esso «mantiene con il peggio»: «critica dell'*Aufklärung*, teoria della caduta e dell'autenticità originaria, polarità tra linguaggio originario e linguaggio decaduto, critica della rappresentanza e della democrazia parlamentare»⁶⁰; l'ambiguità si nasconde soprattutto nella 'rabbrividente' tentazione, sulla scorta delle evocazioni benjaminiane, di una «violenza pura giusta per assenza», che annienta senza spargere sangue, che distrugge senza costruire, che non rispetta la sacralità della vita ma il «valore» della vita umana in

⁵⁷ «La giustizia implica l'eguaglianza, la felicità esclude ogni oppressione. V'è dunque un contrasto irriducibile fra l'aspirazione alla socievolezza e la volontà di potenza. Ogni violenza è per definizione, antisociale», A. Caffi, *Critica della violenza*, Bompiani, Milano 1966, p. 81. Vedi M. La Torre, *Sobre derecho y utopía*, Res Publica, Murcia 1999, p. 153.

⁵⁸ Á. Heller, *Per un'antropologia della modernità*, tr. it. di U. Perone, Rosenberg & Sellier, Torino 2009, p. 24.

⁵⁹ J. Derrida, *Forza di legge. Il "fondamento mistico dell'autorità"*, cit., p. 127.

⁶⁰ Ivi, pp. 141-142. Per un inquadramento più adeguato di tali ambiguità, molte delle quali vertenti sulla figura del 'mito', necessario un rimando a F. Jesi, *Cultura di destra*, Garzanti, Milano 1993.

quanto ‘potenzialità di giustizia’, di «pensare l’olocausto come una manifestazione ininterpretabile» (indicibile, se pensiamo alle testimonianze sulla *Shoah*) «della violenza divina: questa violenza divina sarebbe al tempo stesso annientatrice, espiatrice e non cruenta [...], una violenza divina che distruggerebbe il diritto nel corso, cito Benjamin, di un ‘processo non cruento che punisce e fa espiare’»⁶¹. D’altronde, se è stato possibile, a mio avviso con piena ragione, leggere in Schmitt – il quale comunque nutriva la ferrea convinzione che anche la peggiore forma di istituzionalizzazione del potere fosse preferibile all’anarchia – i rischi, peraltro da lui consapevolmente accettati, di un privilegiamento del potere costituente (metagiuridico) rispetto ai limiti e alle ‘impurezze’ del diritto, della decisione rispetto alla norma, dell’eccezione rispetto alla legalità, a più forte ragione è possibile, se non doveroso, segnalare le possibili conseguenze perverse di una fuoriuscita dal circolo vizioso ‘violenza-diritto’ mediante la mistica della «violenza sacra». Ciò ci conduce alla seconda conseguenza, che in questa sede ci interessa maggiormente di una più o meno adeguata interpretazione dello scritto di Benjamin: il profondo antiggiuridismo, che eccede anche le osservazioni sulla latenza della violenza nella struttura di quel meccanismo – che si autolegittima come sua neutralizzazione – che è il diritto. Il diritto, questa sorta di meccanismo di autoriproduzione della violenza nelle due forme della conservazione e della distruzione, di sé stesso e della vita, della ‘nuda vita’ umana, celerebbe, secondo Benjamin, la violenza anche nelle sue figure essenziali, come il contratto: «l’origine di ogni contratto rinvia alla violenza. Anche se non è necessario che essa sia immediatamente presente nel contratto come violenza creatrice di diritto, vi è tuttavia pur sempre *rappresentata*, in quanto il potere che garantisce il contratto è a sua volta di origine violenta, quando non è insediato giuridicamente con la violenza in quello stesso contratto. Se vien meno la consapevolezza della presenza latente della violenza in un istituto giuridico, esso decade»⁶². Una siffatta critica-denuncia del diritto (‘critica’ che però,

⁶¹ J. Derrida, *Forza di legge. Il “fondamento mistico dell’autorità”*, cit., p. 142.

⁶² W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, cit., p. 17.

per quanto riguarda la violenza, non significa per Benjamin opposizione, rifiuto, rigetto ma nel senso kantiano ‘analisi’: l’autore contesta duramente, ad esempio, le posizioni pacifiste di ripudio della violenza e termina il suo saggio con un appello, quasi un’invocazione, alla «violenza che regna») così radicale, stressata sino alle estreme conseguenze, diventa così negazione, uniformazione, indistinzione, dai tratti politicamente ambigui, così come ambigua, è noto, fu al tempo la teoria soreliana, sorta nel seno del marxismo ma utilizzata da tutte le apologetiche fasciste della violenza.

Non siamo più, in altri termini, in presenza di una ‘critica’ intesa come esplorazione realistica delle insufficienze del diritto, delle sue ambiguità, del suo nesso ineliminabile con la violenza e il male radicale (e ogni realismo può essere funzionale sia alla conservazione che al progresso); e nemmeno siamo in presenza della constatazione della difficile, se non impossibile, riempibilità dello scarto sussistente tra «comunità reale della sopraffazione» e «comunità ideale della comunicazione»⁶³ ovvero, in senso ampio, tra essere e dover essere (ed è appena il caso di dire che la grandezza e la tragicità dell’intera prestazione intellettuale kelseniana si gioca su questa soglia). Si tratta invece di una ‘critica’ che, nello sforzo di elaborare un quadro dove le forme del male sono ricondotte ad un male originario, e questo male originario non è altro che il diritto, scivola lentamente ma inesorabilmente nella teologia, se non nel manicheismo o nella paralisi e nella inanità di ogni forma di azione progressiva e anche di ogni forma di resistenza: se tutto è violenza; se la giustizia è inattuabile proprio perché connessa al diritto; se la forma più alta del diritto moderno, lo Stato, è letta solo nel suo volto ferocemente repressivo, e non anche integrativo; se il dominio è la caratteristica di ogni socialità; se l’eccezione è la norma della norma, è il suo ‘a che’, è l’orientamento di ogni normatività; e se, infine, il contenuto dell’eccezione è il dominio e la violenza sulla nuda vita inerme, la conseguenza più immediata è quella di cancellare la complessità dell’analisi, la quale

⁶³ P.P. Portinaro in *La rondine, il topo, il castoreo. Apologia del realismo politico*, Marsilio, Venezia 1993, p. 34.

però deve tener conto necessariamente che il diritto non è solo violenza, ma anche inclusione; non è solo repressione, ma anche emancipazione e riconoscimento; non è solo coercizione, ma anche protezione.

Il potere e il diritto vengono così ammantati di un alone diabolico, e circoscritti in una visione unilaterale troppo schiacciata sul versante negativo e irrazionalistico, gerarchico e repressivo, laddove invece essi costituiscono anche un universo simbolico nel quale non c'è solo l'assoggettamento, ma anche la soggettivazione; non vi è solo la linea – per usare un gergo della scienza politica – *top down*, ma anche *bottom up*; non vi è solo la ‘decisione’ sovrana, ma anche la ‘decisione’ riconoscimentale da parte dei consociati; non vi è solo la *potestas*, ma anche la *auctoritas*. Come è stato molto efficacemente notato, a proposito della statualità e della sua funzione in una prospettiva di analisi antropologica (dove la complessità prima richiamata emerge ancora più evidente), «un modello di Stato come apparato puramente repressivo delle libertà e dei diritti individuali [è] dimentico del fatto che storicamente lo Stato è anche costitutivo di tali diritti e libertà. Un modello, per così dire, di Stato-che-uccide, unica radice e causa del male sociale, dell'oppressione, dell'ingiustizia e della violenza»⁶⁴. Si tratta della stessa possibilità di leggere in modo necessariamente ambivalente i grandi concetti della politica moderna, si tratti di quello di ‘legalità’ o del concetto di ‘sovranità’, di cui è nota la valenza a un tempo ordinatrice, razionalizzatrice, anche limitatrice, ma anche eslege, conflittualistica, irrazionalistico-volontaristica: in fondo, quando Kelsen rigettava *in toto* il principio di sovranità, ciò era dovuto ad una lettura di quest'ultimo tutta centrata sulla sua faccia potestativa, cioè sulla convinzione nella permanenza di un principio extragiuridico alla base del diritto stesso: l'idea cioè dell'esistenza dello

⁶⁴ F. Dei, *Premessa*, in F. Dei, C. Di Pasquale (a cura di), *Stato, violenza, libertà*, Donzelli, Roma 2017, p. 5. Spicca in questa collettanea il contributo di Dei intitolato *Di Stato si muore? Per una critica dell'antropologia critica*, che è una ottimamente strutturata e pungente critica a quelle teorie «autoreferenziali e grandiosamente distaccate dal buon senso» perché argomentate come «stile di pensiero che non ama le ambivalenze o le vie di mezzo» (pp. 13 e 14).

Stato (politico) prima del diritto. Ma lo Stato, per Kelsen, è diritto, e pensare, come tradizionalmente era stato fatto dalla dottrina pubblicistica dell'800, al primato di quell'attributo della statualità fondamentale che è la sovranità equivale, per Kelsen, a pensare contraddittoriamente il diritto come qualcosa di «illimitato», non come un «limite»: «uno Stato senza limiti e illimitabile sarebbe ordinamento senza ordine, limite non limitato»⁶⁵. In questo senso, l'interpretazione kelseniana della sovranità, apparentemente riduttiva, era dovuta ad una ben più ampia visione dei rapporti tra politica e diritto che, tra l'altro, non era affatto inconsapevole della latenza di quello che Kelsen stesso chiamava «il volto di Gorgone del potere». L'altra conseguenza invece, nefasta solo non da un punto di vista scientifico ma, in senso lato, politico, è quella di indicare come prospettiva esclusiva per una prassi umana *libera* dalla violenza quella di una fuoriuscita dal diritto, che però può darsi, ed è questo il nuovo orizzonte, solo come violenza, violenza *divina*, tanto più catastrofica quanto più sciolta da quell'idea fondamentale di limite che è connessa al diritto stesso⁶⁶.

Non è certamente questo il caso dell'altro testo richiamato prima, suggestivo ma anche rivelativo dei limiti e dei rischi di una lettura monodimensionale del rapporto diritto-violenza: si tratta di *Homo sacer* di Agamben, un'opera che, contrariamente alla critica benjaminiana, è stata accusata di veicolare una visione 'inoperosa' e 'ripiegata', de-stituente – ma nel senso del disingaggio (se non del disimpegno) – del 'politico'. In esso troviamo però affermazioni di pura marca benjaminiana concentrate sulle «libertà formali» e sui diritti, fonte di legittimazione di «stati totalitari nelle società postdemocratiche spettacolari», che *non*

⁶⁵ H. Kelsen, *Società e natura*, tr. it. di L. Fuà, Einaudi, Torino 1953, p. 65.

⁶⁶ Come nota opportunamente J.-F. Kervégan, *Politique, violence, normativité*, in J.-F. Kervégan, M. Plouviez, P.-Y. Quiviger (éds.), *Norme et violence*, Olms, Hildesheim 2015, p. 202, «on peut et on doit sortir du 'cercle magique' de la violence et du droit autrement que par une mystique de la violence sacrée». Nella stessa collettanea ho cercato di individuare i rischi di una estremizzazione del concetto di 'legittimità': F. Mancuso, *La légitimité du premier usurpateur: violence, pouvoir, droit*.

tutelerebbero la nuda vita uccidibile. Culmine di questo cortocircuito interpretativo di ‘totalitarismo’ e ‘democrazia’ è il seguente passo: «Finché, tuttavia una politica integralmente nuova – cioè non più fondata sull’*exceptio* della nuda vita – non sarà presente, ogni teoria e ogni prassi resteranno imprigionate in un’assenza di via, e la ‘bella giornata’ della vita otterrà cittadinanza politica solo attraverso il sangue e la morte o nella perfetta insensatezza cui la condanna la società dello spettacolo»⁶⁷, dove, si badi, non vengono criticate specifiche politiche della ‘vita’ o della morte (si pensi ad esempio alla figura contraddittoria, e catastrofica, degli interventi bellici e umanitari), ma *tout court* ‘la politica’ (o, come direbbe Benjamin, ‘il diritto’). In questo caso la ‘critica’ non è un «ammonimento nei confronti di una visione pacificata del diritto»⁶⁸, radicalmente alterato però l’assunto positivistico, non ideologico bensì scientifico e conoscitivo, della riempibilità di qualsiasi contenuto delle norme del diritto: sembra cioè che si passi dalla attestazione e della inesistenza di un contenuto delle norme giuridiche esistente al di fuori di quanto sanzionato giuridicamente, e del fatto che, essendo il diritto un prodotto storico e umano, non vi è nulla che garantisca dalle alterazioni del diritto stesso che sia altro dall’agire e dalla responsabilità degli uomini, alla affermazione – netta e senza sfumature – per cui il contenuto essenziale del diritto, il suo ‘a che’, sia l’*eccezione sovrana*, ossia, in sostanza, la mera uccidibilità del vivente: il diritto insomma è violenza anche nelle sue manifestazioni più miti (anzi, si potrebbe dire che secondo le prospettive prima richiamate, quanto più ‘mite’ – e, aggiungerebbe il vecchio Tocqueville, previdente – è il diritto, tanto più esso sarà una pervasiva macchina di dominio e assoggettamento). L’impianto della tesi del testo di Agamben da un lato è riferito a quella connessione tra politiche tanatologiche e politiche della vita che vedeva già stabilita, come in Canetti, una linea di continuità nella logica del potere (e dei ‘potenti’) tra morte e sopravvivenza (il contenuto del potere «è

⁶⁷ G. Agamben, *Homo sacer*, Einaudi, Torino 2005, p. 15.

⁶⁸ J.-F. Kervégan, *Che fare di Carl Schmitt?*, cit., p. 221.

la brama di sopravvivere a grandi quantitativi di uomini)⁶⁹; dall'altro è volto utilizzare le riflessioni di Schmitt intorno al tema dell'eccezione, estremizzandone i risultati e, come è stato notato, producendo «una rappresentazione talmente riduttiva da risultare falsante»⁷⁰. Il potere è dominio, la nuda vita è completamente assoggettata al dominio della sovranità, e il diritto stesso non è altro che una gabbia d'acciaio che non contiene, ma schiaccia solo: il potere giuridico è solo *dominium* e non anche *imperium* (dove quest'ultimo è, come scrive Kelsen nel suo primo libro dedicato a Dante, ciò che costituisce la visione moderna della sovranità: *l'imperator* è organo dell'*imperium*).

Chiavi interpretative del tipo *pars pro toto* – ciò lo si può cogliere in alcuni interventi recenti del filosofo, più orientati alla decifrazione dell'attualità – faticano a nascondere il capovolgimento della ipercritica in indifferenzialismo, rivelando piuttosto come uno strumento analitico possa diventare narrazione (per alcuni) suggestiva ma parziale, perfettamente speculare a quelle che irenicamente avanzano una pretesa di diritti senza Stato, smarrendo così l'intreccio storico e tipicamente novecentesco tra Stato e diritti, e soprattutto negando in fondo la legittimità dello spazio pubblico del conflitto e della mediazione.

⁶⁹ E. Canetti, *Potere e sopravvivenza*, tr. it. di F. Jesi, Adelphi, Milano 1979, p. 25. Non è ben chiara nei testi di Agamben una questione centrale: se *homo sacer* e nuda vita siano fenomeni di una realtà pregiuridica ovvero esiti di una giuridizzazione, di un *instituere* da parte del diritto.

⁷⁰ B. De Giovanni, *Elogio della sovranità politica*, Editoriale scientifica, Napoli 2015, p. 68. Su quella che L. Alfieri ha precisamente definito «strutturale instabilità concettuale» di un pensiero del politico come quello schmittiano «che può solo oscillare tra i due poli della guerra esterna e della guerra civile», e che antihobbesianamente è orientato verso un'idea persecutoria di violenza, estrema nel senso della lettura di Girard del pensiero di Clausewitz, vedi il suo acutissimo *L'ombra della sovranità*, Treccani, Roma 2021. Sul nesso problematico guerra esterna/interna, in Schmitt e nella tradizione giunaturalistica, rimando anche a considerazioni in F. Mancuso, *Le verità del diritto*, Giappichelli, Torino 2013, spec. cap. 2 e a F. Mancuso, *Le Droit des Gens come apice dello Jus publicum europaeum. Nemico, guerra, legittimità nel pensiero di Emer de Vattel*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38 (2009).

Non vorrei tanto far cenno a recenti prese di posizione del filosofo dove misure pubbliche di igiene e prevenzione della malattia sono lette come una sorta di autoritario spossessamento della specificità del volto degli individui; né all'accusa, di cui il meno che si possa dire è che è profondamente ingiusta, rivolta ai docenti impegnati nella cosiddetta 'DAD' (didattica a distanza) di procedere a una sorta di inconsapevole giuramento di fedeltà al regime, quanto piuttosto a un precedente intervento dedicato allo *ius culturae*, quest'ultimo confuso da Agamben col fenomeno più generale delle migrazioni e rifiutato sulla base della sua ripulsa dell'idea in sé, evidentemente oppressiva, di cittadinanza, la quale, accomunerebbe la «Germania nazista, [la] Repubblica italiana, [la] Spagna falangista [e gli] Stati Uniti d'America». La cittadinanza non è affatto inclusione (anche escludente) ma, senza alcuna modulazione di un'affermazione così netta, strumento di dominio e permanente «bando sovrano».

Ora, questa prospettiva impedisce esattamente di cogliere le faglie della violenza e dell'esclusione che permangono nelle pieghe delle istituzioni proprio perché volutamente l'analisi omette di considerare sia il contesto culturale e storico, sia le forme in cui si strutturano sistemi di norme che alle volte sono criminogeni. L'effetto è solo quello di fornire una rappresentazione delle istituzioni non solo unilaterale, ma anche controproducente, se non reazionaria. All'interno di una prospettiva di filosofia della storia com'è quella che funge da cornice teorica al pensiero di Agamben, emerge un appiattimento fra la dimensione pregiuridica della violenza, e quella pienamente giuridica dell'orientamento del diritto alla definizione dei mezzi per ridurre la vita umana a nuda vita, e dominarla, che decifra il potere come mero potere di uccidere, e appaia, ad esempio, democrazia e totalitarismo, regolamento di Birkenau e proclamazione in costituzione dei diritti. E tuttavia già Kelsen avvisava che l'individuo non 'appartiene' all'ordinamento come un tutto, e anche quando il potere si fa tutto, e il diritto limita il parossismo del potere già solo concependolo come ordinamento, rimangono degli scarti, si producono frizioni, si nascondono spazi di libertà rispetto a quello che Simone Weil chiamava «il gelo metallico dello Stato»: anche nella stra-

ordinaria fenomenologia del potere composta da Heinrich Popitz, dove non sembra esserci un momento di differenza da quella eliminazione dei limiti che è propria della violenza, dove non sembra esserci un riparo dal potere, la stessa dimensione antropologica che è hobbesianamente il fattore del male della violenza fa sì che «la cosa estrema che gli uomini possono farsi è anche qualcosa che chiunque può arrecare a ciascuno» e dunque «il potere è incompiuto perché la decisione di eseguire l'azione estrema non si lascia monopolizzare (chiunque può uccidere), e perché agli altri non può essere sottratta la decisione di lasciarsi uccidere» (dove il riferimento a tale, seppur minimale, «contropotere» rimanda a Jean Amery e a Primo Levi)⁷¹.

A mio parere, tutte le rappresentazioni che negano anche solo un'evoluzione del potere in potere impersonale, giuridico, delle leggi (sebbene poi le stesse leggi possano non solo veicolare violenza ma anche esercitare violenza sul caso concreto)⁷², e inquadrano ogni forma storica di potere *sub specie dominationis*, rivelano una ispirazione e una a volte inconsapevole funzione essenziale: quella di essere indici di una ormai incistata diffidenza nei confronti di un'idea pubblica del diritto, che oggi mi pare interamente compatibile con una visione neoliberale della società e dei suoi sottosistemi: non solo negazione del ruolo dello Stato come promotore di politiche che implementino i diritti fondamentali, o l'auspicio di una sua atrofizzazione, ma anche omissione del rapporto di proporzione diretta tra destituzzazione, decostituzionalizzazione e crisi.

Da un lato, la progressiva delegittimazione dello Stato ha coinvolto anche la dimensione democratica e costituzionalistica – “Stato” “costituzionale” “democratico” sono termini che *simul stabunt simul cadent*: i diritti senza politica, avvisava già Hannah Arendt, sono labile cosa –;

⁷¹ H. Popitz, *Fenomenologia del potere*, tr. it. di P. Volonté, il Mulino, Bologna 1990, p. 77.

⁷² Sull'evoluzione del diritto rimando al recentissimo volume di M. La Torre, *Pre-tesa di progresso. Sull'evoluzione nel diritto*, ESI, Napoli 2009, p. 9: «la fenomenologia del diritto può [...] essere tematizzata ed esaminata come progetto d'uno stato di cose che risulti normativamente migliore dello stato di cose presente».

dall'altro, la stessa ipoteca antistatale, alle volte sancita da espressioni di 'volontà popolare' referendarie, altre volte da freni tecnocratici, è stato il principale impedimento alla costituzione di una salda Unione politica della pluralità civile europea, fondata sulla radice umanistica e giuridica, orientata alla libera fioritura di tutti gli individui: il che in qualche modo spiega come mai il cosiddetto 'sovranoismo' (in qualunque modo si definisca questa deformazione di un concetto complesso e irriducibile a semplicismi) sia frontalmente ostile ad una piena costituzionalizzazione politica europea, vale a dire su una costruzione federalistica di un potere pubblico, sovranità-Stato nella sua forma più alta, politica e giuridico-costituzionale: nell'emergenza inquietante di modelli alternativi anche dentro di sé, «occorre che l'Europa non sia un'entità geografica o un mercato privilegiato, ma sia una *polis*, composita ma unitaria, disposta a impiegare tutte le sue forze per permettere ai propri membri (cittadini e ospiti) di vivere una vita pienamente 'umana'»⁷³.

4. Iperdialettica della violenza

Pietro Costa è uno degli esponenti più illustri della cosiddetta scuola fiorentina di storia del diritto, ed è autore di testi fondamentali – dall'ispirazione demistificante e kelseniana – come *Lo Stato immaginario, metafore e paradigmi dello Stato tra 800 e 900*, di studi sulla cittadinanza e lo stato di diritto e pure, per «Diacronia», di un saggio fondamentale sulla categoria metastorografica di transizione, essenziale per cogliere l'interazione tra staticità e dinamicità del diritto, e per interpretare nell'esperienza giuridica – con la dovuta apertura metodologica – il mutamento dei paradigmi. Un punto fermo della riflessione di Costa è quella nozione di *ambivalenza* che a me pare essenziale, come spero di aver argomentato anche *a contrario*, per un pensiero del diritto e della politica che possa dirsi realista e critico (dunque anche normativo). In

⁷³ P. Costa, *Chi ha paura della sovranità? A proposito di un'opera recente di Carlo Galli*, in «Parole-chiave: *sovranoismi*», 3 (2020).

un libro tanto denso quanto breve, intitolato *I diritti di tutti e i diritti di alcuni*, la parola ‘tensione’ ricorre numerose volte: tensione tra opposti concetti di rivoluzione, tensione tra universalismo dei diritti proclamati e oggettive differenze, di condizione, di genere, spesso ‘naturalizzate’ (esemplare la vicenda dei dispositivi razziali e della rivolta haitiana) tensioni nella struttura stessa dei diritti (che hanno una portata per così dire universale, ma che «divengono forze storicamente operanti nel momento in cui un gruppo sociale se ne serve per dare voce e senso alla propria esigenza di riconoscimento») ⁷⁴, tensione tra i diritti di tutti e i diritti di alcuni e tra diverse concezioni dell’eguaglianza, tra diritti dell’uomo e diritti del cittadino, tra diritti e doveri, tra «ciò che è e ciò che deve essere», in vista di diritti insieme ‘naturali’ e ‘artificiali’, dichiarati e progettati; tensione, o meglio, ‘doppia valenza’ dei diritti ‘anteriori’ rispetto allo Stato e dei diritti ‘fondamento dell’ordine giuridico-costituzionale’, tensione, infine, tra dentro e fuori, tra cultura giuridica che nel secondo ‘900 si è aperta a prospettive della cittadinanza postnazionali, e opinione pubblica orientata verso l’identità, il sospetto, la paura. Questi campi di tensione, tuttavia, non sono rivelativi affatto dell’essere, quello dei diritti, un dispositivo di inganno, una derivazione paretiana, bensì delle interminabili, inestinguibili istanze di riconoscimento veicolate: esso è dunque una forma dell’interazione sociale e di un conflitto non distruttivo, è una proiezione della democrazia nel suo orientamento costitutivo verso il superamento di gerarchie, dominazioni e violenze. Una lotta per i diritti il cui valore non cessa dinanzi al ‘perdurare delle esclusioni’.

Insomma, analisi, quella di Costa, che non è né irenismo né decostruzione fine a sé stessa di un discorso centrale nella modernità, bensì individuazione della (purtroppo decrescente) dimensione deontica propria della giuridicità in un tempo che vede la rinaturalizzazione di forme di dominio di soggetti opachi. Diritto non tanto e non solo come strategia di conservazione ma come progetto democratico, in tensione costante con la realtà sociale da cui emana e a cui si rivolge. Sta in ciò

⁷⁴ P. Costa, *I diritti di tutti e i diritti di alcuni*, Mucchi, Modena 2018, p. 23.

la alterità del diritto rispetto alla violenza. Non un'alterità assoluta, ma tendenziale e caratterizzante: come ha scritto Eligio Resta, «il diritto che si presenta diverso dalla pura vendetta, dalla pura violenza, *non può permettersi il lusso di contraddirsi, di sviarsi dalla legittimità*»⁷⁵. Il senso della differenza del diritto (dalla violenza, dall'arbitrio, dalla ostilità) non può essere pregiudicato dalla percezione dei momenti di evanescenza di tale costitutivo differenziarsi.

Nei confronti della violenza Costa adotta modalità di scandaglio simili a quelle adoperate per la questione della evoluzione dei diritti: la violenza nella modernità può essere colta appieno inquadrandola giuridicamente nel campo di tensione della sovranità moderna: potere illimitato e insieme limite e vincolo. È il paradigma hobbesiano che esplicita il pendolo moderno della violenza: monopolizzata dal potere sovrano, essa genera il diritto (e la società); il diritto, a sua volta, ha la funzione essenziale di immunizzare i soggetti dalla violenza.

Ogni elaborazione teorica non nicodemistica, non catechistica e non opportunistica⁷⁶, che intenda cioè fare seriamente i conti con una modernità stretta tra la persistenza di antiche categorie già sottoposte a vaglio critico nel primo Novecento, da un lato, e un contesto radicalmente mutato che produce a sua volta trasformazioni semantiche e terminologiche (si pensi a 'guerra'), non può mai smarrire l'intrinseca ambivalenza del diritto, esplicita in quel «purgatorio» dove, secondo Supiot, lavorano i giuristi (Mario Dogliani ha coniato l'efficace espressione «diritto come ragnatela», efficacissima nel catturare piccole cose, fragilissima con le altre). Il diritto è però, e soprattutto, anche *phármakon*: esso, «in quanto medicina e veleno, esorcismo della violenza e suo tramite, conserva in tutto l'arco della modernità la sua intrinseca ambivalenza»⁷⁷. La metodo-

⁷⁵ E. Resta, *La certezza e la speranza*, Laterza, Roma-Bari 1992, p. 55, corsivo mio.

⁷⁶ F. Mancuso, E. Sferrazza Papa, *Fantasma del popolo™: dal presente pandemico al Rousseau di Schmitt*, in A. Cavaliere, G. Preterossi (a cura di), *Capitalismo senza democrazia*, Giappichelli, Torino 2021.

⁷⁷ P. Costa, *Lo Stato tra violenza e diritto: una parabola moderna*, in F. Tomasello (a cura di), *Violenza e politica*, il Mulino, Bologna 2020, p. 47.

logia aperta di Costa, la consapevolezza della complessità e delle frizioni, il realismo critico degli idealismi astratti non comportano mai abbandoni a ‘principii disperazione’. Ciò anche in virtù di chiavi interpretative che, come per i diritti, mettono in luce la dimensione iperdialettica della violenza (l’aggettivo vien tratto da Merleau-Ponty): «un rapporto che non sfocia hegelianamente in una sintesi superiore e pacificata, ma si sviluppa come un’insuperabile compresenza di contrari»⁷⁸. E questi contrari, come «il dispiegarsi della violenza del potere e le istanze di contenimento dell’eccedenza sovrana», sono «un tratto ricorrente della modernità», la cui oscillazione tra violenza estrema e «istanze di controllo» non rende queste ultime una «illusione auto-legittimante» o un travestimento del fatto brutale del dominio e dell’oppressione: considerarle così «rischia di lasciarci privi di un importante strumento di resistenza»⁷⁹. Considerare i «fondamenti infondati dello Stato costituzionale democratico («l’esistenza di un nesso immediato tra la persona e i diritti; il carattere originario dei diritti, la loro indipendenza dallo Stato, e il loro proporsi non già come una emanazione, ma come il criterio della sua legittimità»)»⁸⁰ come paravento funzionale al dominio o come labile legittimazione di promesse eudemonistiche non mantenibili, significa precipitare la teoria nell’indistinta nera notte schellinghiana, ma anche, ed è più grave, rinchiudere per sempre, in una camera anecoica priva di suoni e di memoria, quello che Hasso Hoffman ha chiamato «il grido silenzioso delle vittime del potere totalitario», insieme a tutte le invocazioni di inermi spogliati anche della loro qualità di ‘vittima’ («*collateral damage*», «vite di scarto»). Ammoniti da ciò, possiamo insieme comprendere e difendere più efficacemente quel nucleo, naturalisticamente infondato, controfattuale, storicamente determinato, di valori opponibili alla sovrapproduzione, alla violenza, alle umiliazioni, alle reificazioni dell’umano.

⁷⁸ Ivi, p. 36.

⁷⁹ Ivi, p. 47.

⁸⁰ P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale scientifica, Napoli 2006, p. 47.