



1 | 2021

# DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

IUS PISA  
UNIVERSITY PRESS

# 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 Omaggio.....295

*Per un'eredità del pluralismo classico. Politica e diritto in Romano, Schmitt e Mortati*  
Pier Giuseppe Puggioni.....311

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

**FILOSOFÍA DEL DERECHO  
E HISTORIA: CUESTIONES  
METODOLÓGICAS**

a cura di Francisco Javier Ansuátegui Roig



El 30 de junio de 2016, en la Universidad de Pisa, y bajo la dirección del Profesor Tommaso Greco, se reunió un grupo de investigadores y profesores italianos y españoles, interesados en cuestiones propias de la historia de la filosofía del derecho. En aquella ocasión la actividad se estructuró en torno a una serie de intervenciones académicas y a una reunión en la que se adoptaron determinadas decisiones en torno a la estructuración y programación de actividades futuras. Entre ellas, se decidió la organización anual de un seminario sobre historia de la filosofía del derecho y la puesta en marcha de una revista internacional sobre la misma materia, *Diacronia*. Posteriormente, en febrero de 2017 tuvo lugar una segunda sesión del seminario, que con el título *Metodi e prospettive della filosofia del diritto* se celebró también en la Universidad de Pisa. La tercera sesión del seminario se celebró en noviembre de 2017, también en la Universidad de Pisa, y se dedicó al tema *Interrogando i classici*. La cuarta sesión se celebró en junio de 2019, también en la Universidad de Pisa, con el título *Giustizia e bene comune*. En esa ocasión se presentó el nº 1 de *Diacronia*. La quinta reunión del grupo tuvo lugar en la Universidad Carlos III de Madrid, los días 10 y 11 de diciembre de 2019 y, organizada por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (hoy Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba), tuvo como título *La filosofía del Derecho en perspectiva histórica*.

La voluntad de continuidad de estas reuniones y seminarios se vio dificultada, a lo largo del año 2020, por la pandemia, que hizo imposibles las reuniones presenciales creando una situación de impasse en las actividades universitarias, al menos en los primeros meses. Por fin, y en esta ocasión a través de un encuentro on line, pudimos celebrar el semi-

nario, originariamente previsto para meses anteriores, los días 10 y 11 de mayo de 2021. En esta ocasión el tema general fue *Filosofía del Derecho e historia: cuestiones metodológicas*. Las intervenciones que tuvieron lugar en esa ocasión son las que se incluyen en este número de la revista.

A lo largo de este tiempo, tanto el grupo de investigadores como la revista se han consolidado. Dicha consolidación se ha reflejado recientemente en el reconocimiento del carácter científico de la revista por parte de la Anvur. En todo caso, y más allá de reconocimientos oficiales, lo cierto es que a estas alturas estamos ya frente a un núcleo reconocido de reflexión y discusión en relación con problemas y temas que se pueden encuadrar en el marco genérico de la historia de la filosofía del derecho. Hablo de marco genérico desde el momento en que no se han establecido rígidos criterios metodológicos, temáticos o temporales que condicionen las discusiones que tienen lugar en los sucesivos encuentros y seminarios, muchas de las cuales son publicadas posteriormente en la revista. La ausencia de estos condicionantes puede constatarse en la pluralidad de aproximaciones que se refleja en las contribuciones que se incluyen en esta sección monográfica, que tratan desde la cuestión de la ausencia del reconocimiento del protagonismo de las mujeres en la filosofía del derecho, a Heidegger, pasando por Locke, por problemas de justicia transicional, de teoría crítica, o del sentido de la modernidad, por poner algunos ejemplos.

En efecto, si el lector repasa el contenido de la sección podrá constatar lo que se acaba de afirmar. De lo que se trata es de potenciar la perspectiva histórica en el análisis de los problemas iusfilosóficos. Esto permite, en ocasiones, retornar los autores que podríamos considerar clásicos como, en otras ocasiones, rastrear y profundizar en las raíces históricas que son las que nutren problemas, planteamientos y teorías contemporáneas, en las que podemos identificar ámbitos compartidos entre la filosofía del derecho y otras aproximaciones jurídicas. Todo ello es expresión de la idea de fondo que es compartida por todo el grupo de investigadores. Se trata de reconocer el carácter histórico no solo de la reflexión filosófica en torno al derecho, sino del derecho como objeto de análisis e investigación. Es precisamente esta dimensión históri-

ca la que permite comprender el sentido del derecho como producto cultural generado por las comunidades humanas. El desconocimiento de esta dimensión posiblemente contribuye a empobrecer el discurso iusfilosófico, dificultando la comprensión del fenómeno jurídico en la amplitud de sus diferentes dimensiones.

En todo caso hay una circunstancia que me gustaría poner de relieve para cerrar esta breve nota introductoria. Se trata del hecho de que *Diacronia* es el resultado de intereses científicos compartidos por parte de una comunidad académica compuesta por investigadores y docentes italianos y españoles. Me parece que la filosofía del derecho y, en particular, la historia de la filosofía del derecho, constituye un ámbito propicio para una aventura académica como esta, que es posible a partir de los lazos que históricamente han vinculado a la academia italiana y española. Lazos que no sólo son académicos: también son humanos. La vocación es la de no quedarnos reducidos a este ámbito, pero sin duda estamos frente a un proyecto que a estas alturas ya no puede considerarse como un mero inicio, sino como una realidad.

*Francisco Javier Ansuátegui Roig*



# NON SOLO I CLASSICI? LA QUESTIONE DELL'*INVISIBILITÀ* NELLA STORIA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO\*

Thomas Casadei

## *Abstract*

The aim of this article is to lay the foundations for restoring voice and visibility to some women who made significant contributions to the development of legal and political thought, but who remain overshadowed and outside of the disciplinary canon and the select group of thinkers considered “classics”. In addition to offering the possibility of exploring “marginal” themes and texts beyond legal and political theory (including explorations in literature and sociology), it enables us to uncover the potentially distorting effects of one way (neutral in appearance only) of reconstructing the history of the philosophy of law, which is traditionally organized around the classics. Another aim is to suggest avenues for inquiry, marginal perspectives, paths rarely taken, and new research terrain to explore.

---

\* Ringraziamenti doverosi e affettuosi rivolgo a Mari-Carmen Barranco, a Francisco Javier Ansuátegui Roig e a Tommaso Greco per la bella occasione di dialogo su *Filosofía del Derecho e historia: cuestiones metodológicas*, promossa grazie all’Istituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” e alla rivista «Diacronia», il 10 e 11 maggio 2021, in occasione del VI *Seminario de Historia de la filosofía del derecho*. La modalità di svolgimento a distanza non ha impedito una lunga e assai proficua discussione. Ringrazio altresì, oltre a tutti gli studiosi e tutte le studiose che hanno partecipato ai lavori, Marina Lalatta Costerbosa, Giulia Maria Labriola e Francesco Mancuso, per alcune loro osservazioni che mi hanno consentito di precisare taluni passaggi della mia argomentazione e Annamaria Loche, Lorenzo Milazzo e Serena Vantin per la loro attenta lettura del saggio. Un ringraziamento porgo anche ai due *referee* anonimi per la generosità delle loro puntuali indicazioni.

## ***Keywords***

Invisibility; Women; Classics; Legal Theory.

### **1. Una premessa più che necessaria (in sei punti)**

Questo contributo rappresenta un esercizio che si muove entro un progetto di ricerca, ancora allo stato embrionale, maturato a partire da altre esperienze di studio, ma che mira – in modo forse eccessivamente audace – a cimentarsi con possibili approdi di cui ancora è difficile stabilire, con esattezza, i contorni.

Una premessa metodologica diviene pertanto doverosa.

Dal momento che discutiamo di *metodo*, mi sia consentito, a tal riguardo, prendere spunto da una metafora che rinvia efficacemente alla manualità, alla strumentazione, nonché alle “difficoltà di presa” con le quali deve fare i conti chi si cimenta con questioni metodologiche che tendono a rifuggire dalle consuete impostazioni:

Immaginiamo dei marinai che, in mare aperto, stiano modificando la loro goffa imbarcazione da una forma circolare a una più affusolata. Per trasformare lo scafo della loro nave essi fanno uso di travi alla deriva assieme a travi della vecchia struttura. Ma non possono mettere la nave in bacino per ricostruirla da capo. Durante il loro lavoro stanno sulla vecchia struttura e lottano contro violenti fortuali e onde tempestose. Questo è il destino degli scienziati<sup>1</sup>.

La metafora, di grande potere suggestivo, si deve, come è noto, a Otto Neurath (1882-1945), economista, sociologo e filosofo austriaco che fu, negli anni '20 del secolo scorso, uno dei fondatori del Circolo di Vienna.

---

<sup>1</sup> O. Neurath, *Fondamenti delle scienze sociali* (1944), in Id., *Sociologia e neopositivismo*, a cura di G. Statera, Ubaldini, Roma 1968, p. 122. Per una discussione di taglio metodologico applicata, in particolare, alla filosofia politica si veda D. Zolo, *Scienza e politica in Otto Neurath: una prospettiva post-empiristica*, Feltrinelli, Milano 1988. Cfr., anche, F. Fistetti, *Neurath contro Popper. Otto Neurath riscoperto*, Edizioni Dedalo, Bari 1985.

Se è vero che in questo caso ci si intende muovere in mari certamente diversi rispetto a quello di Neurath e del Circolo di Vienna (che rappresenta, per inciso, la fucina del neopositivismo logico, e cioè di quella corrente di pensiero che considera la riflessione sul metodo scientifico il compito principale – per non dire l’unico – della filosofia), d’altro canto, lo stato d’animo è indubbiamente assai simile a quello descritto.

Una iniziale precisazione va dunque svolta, in primo luogo, rispetto alla *forma* di questo scritto: quelli che qui si espongono e condividono sono dei *primi appunti*. Come tali essi conterranno certamente lacune, percorsi solo abbozzati, riferimenti incompleti. L’auspicio, tuttavia, è che possano risultare utili al fine di tratteggiare l’itinerario di ricerca che mi propongo di svolgere ma anche, in qualche modo, per animare una discussione e un confronto in tema di metodo: in generale, con riferimento alla storia della filosofia del diritto, e, più in particolare, con riferimento alla questione dei “classici”.

In secondo luogo, l’oggetto di questi appunti, il loro *contenuto*, è la *questione dell’invisibilità* che cercherò di affrontare, lo anticipo sin d’ora, a partire da sollecitazioni che provengono da saperi disciplinari altri rispetto alla filosofia del diritto e alla storia della filosofia del diritto: *in primis*, letteratura e sociologia (intesa come sociologia critica della conoscenza) (§ 2).

Al di là delle sollecitazioni da cui prende le mosse la riflessione, è comunque bene precisare, in terzo luogo, che il *contesto*, il perimetro sul quale intende provare ad incidere la suddetta riflessione, è quello della storia della filosofia del diritto, entro un arco temporale molto ampio, potremmo addirittura azzardare dall’antichità al Novecento, per quanto – in questa sede – si sarà costretti solo a pochi esempi riferiti ad alcune epoche storiche che si collocano prevalentemente nell’età moderna.

Le riflessioni che si intende condividere, in quarto luogo, sono frutto, come già si accennava, di un’*esperienza* ormai più che ventennale, scandita in diversi momenti e mediante varie attività e progetti editoriali<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Le loro origini rinviano al primo aggiornamento bibliografico, coordinato da Carla Faralli, dell’opera in tre volumi di Guido Fassò dedicata, appunto, alla *Storia*

Nell'ambito di questo percorso interno alla storia della filosofia del diritto per quanto attento anche ai suoi confini, in anni recenti, si è determinata la necessità di attingere, in quinto luogo, ad *approcci e strumenti messi a punto nell'ambito di altre discipline*, come si è accennato, *in primis* la letteratura (in particolare sono autrici-chiave, da questo punto di vista, Virginia Woolf ma anche Jane Austen) e la sociologia (il riferimento decisivo è a Pierre Bourdieu), senza trascurare anche recenti opere con taglio interdisciplinare e di carattere divulgativo, di grande successo internazionale (è il caso di una recente opera di Caroline Criado Perez dedicata, appunto, all'«invisibilità»).

Dalla combinazione di questi elementi, e questa è la sesta e ultima notazione, mi pare discendano alcune *implicazioni* che proverò a tratteggiare nella parte conclusiva dell'articolo dedicata alle «visioni» che possono scaturire da punti di vista inediti (§ 3): esse rimandano ad un possibile *diverso* – o, in altri termini, forse impreveduto – sguardo sui classici e, al contempo, su figure che, senza essere riconosciute come tali, possono contribuire a dare *nuova linfa* alle trattazioni della storia della filosofia del diritto non solo in termini di inediti spazi di approfondi-

---

*della filosofia del diritto* (3 voll., Laterza, Roma-Bari 2001), in cui nella ripartizione tra giovani interessati a cimentarsi con il mondo della ricerca mi toccarono in sorte, oltre ad un “classico” come Montesquieu e a una figura sicuramente centrale come Montaigne, non solo autori ritenuti – nell'ambito degli studi giusfilosofici – “minori” (Giordano Bruno e Giovanni Gentile) ma anche alcune tradizioni giuridiche non sempre approfondite nelle ricostruzioni storiche della filosofia del diritto (l'ebraismo antico e il socialismo giuridico a cavallo tra Otto e Novecento). Esse si sono poi sviluppate mediante lo studio di alcune categorie-chiave del lessico giusfilosofico come eguaglianza e cittadinanza, ma anche di istituti giuridici come la schiavitù e di correnti interpretative come le teorie critiche del diritto, a cominciare dal giusfemminismo, sino a confrontarsi, nell'ambito di una stretta collaborazione con Gianfrancesco Zanetti, con la progettazione e scrittura di un *Manuale di Filosofia del diritto* (Giappichelli, Torino 2020) e con la partecipazione al gruppo di lavoro da lui coordinato per la realizzazione della sezione «History of Philosophy of Law» della *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy* (edita da Mortimer Sellers e Stephan Kirste per la casa editrice Springer), un progetto che consta di 300 voci e che coinvolge studiosi e studiose di varie aree del pianeta.

mento su autori e autrici «nascosti» ma anche rispetto a categorie che si possono ritenere rilevanti entro trattazioni di carattere specificamente teorico-giuridico (§ 4).

## 2. Sul contenuto «nascosto»: la questione dell'*invisibilità*

Scrive Pierre Bourdieu in un testo a mio avviso fondamentale per generare alcuni interrogativi sul modo stesso di concepire le *storie* delle diverse discipline:

In realtà, è tutta la cultura, veicolata dall'istituzione scolastica, che [...] non ha cessato di imporre [...] modi di pensiero e modelli arcaici [...] nonché un discorso ufficiale sul secondo sesso cui collaborano teologi, giuristi, medici e moralisti, e che mira a limitare l'autonomia della moglie, in particolare per quanto riguarda la sfera del lavoro, in nome della natura 'puerile' e minorata di essa [...]<sup>3</sup>.

Quello che Bourdieu intende dire è che le varie discipline hanno immagini di sé che sono sedimentazioni della loro storia, che *non sono affatto neutre*: nel presentare sé stesse in un certo modo, si rivolgono implicitamente – con specifico riferimento ai «generi» – a maschi o femmine, creano attese differenziate e quindi orientano le scelte degli studenti e delle studentesse.

Inoltre, tutto il modo in cui si insegna, l'ambiente scolastico, le interazioni con i pari e con gli/le insegnanti possono trasmettere significati impliciti legati alle aspettative nei confronti di maschi e femmine, e questo è ciò che egli chiama «curriculum nascosto»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> P. Bourdieu, *Il dominio maschile* (1993), Feltrinelli, Milano 2020, p. 102.

<sup>4</sup> P. Bourdieu, J.C. Passeron, *La riproduzione: per una teoria dei sistemi di insegnamento* (1970), Guaraldi, Rimini 1972, n.e. 2006. Cfr., sul punto, F. Bonichi, *Istituzioni educative e riproduzione dell'ordine sociale*, in G. Paolucci (a cura di), *Bourdieu dopo Bourdieu*, Utet, Torino 2010, pp. 219-251, la quale sottolinea come lo scopo principale dell'analisi del sistema scolastico di Bourdieu fosse quello di stabilire «quale sia il ruolo del sistema educativo nella riproduzione delle relazioni di dominio e

Naturalmente, anche il curriculum «ufficiale», manifesto, ha un peso: se nelle discipline il ruolo delle donne e un'analisi di genere sulle loro rappresentazioni non trovano spazio, le ragazze assorbiranno solo lo sguardo maschile sulla realtà. Per questo è così importante non solo introdurre le donne nella storia, nella scienza, nella letteratura, nell'arte e, potremmo dire, nella storia della filosofia del diritto e del diritto<sup>5</sup>, ma anche sottoporre a sguardo critico i discorsi degli uomini (nel caso di specie, dei *filosofi del diritto*) che si studiano riguardo alle donne.

Va rilevato, in questa sede anche solo sinteticamente, come Bourdieu sottolinei all'interno del «censimento dei fattori istituzionali che favoriscono il riprodursi della divisione dei generi», il ruolo dello *stato*, «che ratifica e rafforza le prescrizioni e le proscrizioni del *patriarcato privato* con quelle di un *patriarcato pubblico*, inscritto in tutte le istituzioni incaricate di gestire e regolare l'esistenza quotidiana dell'unità domestica»<sup>6</sup>.

---

dei rapporti di potere simbolico tra le classi sociali» (ivi, p. 219). Nello scritto sul dominio maschile, l'autore francese richiama questa funzione della scuola anche con riferimento alla distinzione tra i sessi: cfr., in particolare, pp. 102-104. Su queste stesse tematiche si veda anche A. De Feo e M. Pitzalis (a cura di), *Produzione, riproduzione e distinzione: studiare il mondo sociale con (e dopo) Bourdieu*, con scritti di P. Bourdieu e L. Wacquant, CUEC, Cagliari 2015.

<sup>5</sup> Il diritto, come puntualmente osserva il sociologo francese, tende, insieme all'inerzia degli *habitus*, «a perpetuare, al di là delle trasformazioni della famiglia reale, il modello dominante della struttura familiare e, con esso, quello della sessualità legittima, eterosessuale e orientata verso la riproduzione, modello rispetto al quale si organizzano tacitamente la socializzazione e, contemporaneamente, la trasmissione dei principi di divisione tradizionali» (ivi, p. 105).

<sup>6</sup> Ivi, p. 103. Bourdieu definisce lo Stato in maniera molto efficace: «lo Stato è ciò che fonda l'integrazione logica e morale del mondo e, di conseguenza, il consenso fondamentale sul senso del mondo sociale che, a sua volta, rappresenta la condizione dei conflitti rispetto al mondo sociale» (P. Bourdieu, *Sullo Stato*, Feltrinelli, Milano 2013, p. 19). Sulla definizione di Stato in Bourdieu: F. Mancuso, *Istituzione*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, p. 197. Più in generale su Bourdieu: G. Paolucci, *Introduzione a Bourdieu*, Laterza, Roma-Bari 2011; J.F. Lane, *Pierre Bourdieu: a critical introduction*, Pluto, London 2000; K. Robson,

Si tratta di un riferimento decisivo al fatto che le leggi possono essere, non solo esplicitamente ma implicitamente, patriarcali in quanto espressione e prodotto di una cultura patriarcale e androcentrica.

È siffatta cultura che determina il dato che la vulnerabilità delle donne non è affatto naturale bensì *costruita*: anzi, la circostanza reiterata che ogni uomo si veda imporre «il dovere di affermare in qualsiasi circostanza la sua virilità» concorre, per le donne, «a fare dell'ideale impossibile della virilità il principio di un'immensa vulnerabilità»<sup>7</sup>.

L'insieme delle istanze che contribuiscono alla riproduzione della gerarchia dei generi dovrebbe permettere, questo l'auspicio assai fecondo di Bourdieu, di delineare il programma di un'analisi storica – aggiungiamo, anche nell'alveo della filosofia del diritto – delle costanti e delle trasformazioni di tali istanze, l'unica capace di fornire gli strumenti indispensabili per capire sia le permanenze, spesso sorprendenti, che si possono rilevare nella condizione delle donne sia i cambiamenti, visibili o invisibili, che tale condizione ha conosciuto negli ultimi decenni. Il che significa, mi pare, poter mostrare l'utilità di un approccio storico alla filosofia del diritto che, lungi dal ritrarsi in una sorta di culto del gusto antiquario, consenta di cogliere, in profondità, anche alcune trasformazioni, tensioni e dinamiche del tempo e della società presente<sup>8</sup>.

---

C. Sanders (eds.), *Quantifying theory: Pierre Bourdieu*, Springer, Dordrecht 2010; M. Grenfell (ed. by), *Pierre Bourdieu: key concepts*, Routledge, London, New York 2014. Con specifico riferimento alla dimensione giuridica si veda il testo di P. Bourdieu, *La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico*, a cura di C. Rinaldi, Armando, Roma 2017, di cui Anna Simone ha offerto un'interessante interpretazione: *Bourdieu e il Femminismo giuridico. Note su «La forza del diritto. Elementi per una sociologia del campo giuridico» di Pierre Bourdieu*: <http://www.iaphitalia.org/bourdieu-e-il-femminismo-giuridico-note-su-la-forza-del-diritto-elementi-per-una-sociologia-del-campo-giuridico-di-pierre-bourdieu-a-cura-di-cirus-rinaldi-armando-editore-pp-12/>.

<sup>7</sup> P. Bourdieu, *Il dominio maschile*, cit., pp. 62-63. Sul carattere «situato» della vulnerabilità si veda Gf. Zanetti, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, diritto, discriminazione*, Carocci, Roma 2019.

<sup>8</sup> Per alcune considerazioni, entro questa prospettiva, rinvio a F.J. Ansuátegui Roig, *Storia e pluralità nella comprensione moderna del diritto*, in «Diacronia. Rivista di storia

Bourdieu describe, a partire da questo approccio, la *forza dell'ordine maschile*, che è ordine giuridico, sociale, politico, economico, culturale: «La forza dell'ordine maschile si misura dal fatto che *non deve giustificarsi*: la visione androcentrica si impone in quanto neutra e non ha bisogno di enunciarsi in discorsi miranti a legittimarla»<sup>9</sup>.

Ne consegue che: «La divisione tra i sessi sembra rientrare nell'ordine delle cose» – precisa Bourdieu – «come si dice talvolta per parlare di ciò che è normale, naturale, al punto da risultare inevitabile».

Ancora:

Essa è presente, allo stato oggettivo, nelle cose (per esempio nella casa, le cui parti sono “sessuate”) in tutto il mondo sociale e, allo stato incorporato, nei corpi, negli habitus degli agenti, dove funziona come sistema di schemi, di percezione, di pensiero e di azione [...]. Questa esperienza coglie il mondo sociale e le sue divisioni arbitrarie, a cominciare dalla divisione socialmente costruita tra i sessi, come naturali, evidenti, e in quanto tali, portatori di un riconoscimento pieno di legittimità<sup>10</sup>.

Sotto questo profilo, e in una chiave che riconnette il diritto alle altre dimensioni dell'agire umano, «l'ordine sociale funziona come un'immensa macchina simbolica tendente a ratificare il dominio maschile sul quale esso si fonda»: è «la divisione sessuale del lavoro»; è la «struttura dello spazio»; è la «struttura del tempo»<sup>11</sup>.

Significativi sono i richiami che a questo riguardo Bourdieu fa alle intuizioni di Virginia Woolf a proposito della «dimensione propriamente simbolica del dominio maschile»<sup>12</sup>.

Woolf, del resto, ha riposizionato la critica femminista mettendo in discussione direttamente e interamente la cultura occidentale, smasche-

---

della filosofia del diritto», 1 (2017), pp. 79-96. Cfr. anche G.M. Labriola, *Perché leggere i classici*, in «Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto», 2 (2019), pp. 19-42.

<sup>9</sup> P. Bourdieu, *Il dominio maschile*, cit., p. 17 (il corsivo è mio).

<sup>10</sup> Ivi, pp. 17-18.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

<sup>12</sup> Ivi, pp. 8-9, p. 97.

rata in quanto prodotto del dominio maschile<sup>13</sup>. La politica, il diritto, il sapere, il mondo del lavoro retribuito vengono denunciati come storicamente costituiti su valori, proclamati universali e “neutri”, che in realtà privilegiano gli uomini mortificando le capacità e i saperi femminili<sup>14</sup>.

E sempre a Woolf si è richiamata la scrittrice, di origini brasiliane, Caroline Criado Perez nel suo libro *Invisibili*<sup>15</sup>, opera di grande successo (è stata pubblicata in 22 paesi del mondo) che mira esplicitamente «a far vedere il mondo con altri occhi».

Nel lontano 1929 la scrittrice inglese affermava: «Ecco un libro importante, pensa il critico, perché parla di guerra. Quest’altro invece è un libro insignificante perché ha che fare con i sentimenti delle donne in un salotto»<sup>16</sup>.

A ben vedere, per inciso, è nel salotto di Sophie Marie Louise de Grouchy (1764-1822), intellettuale e scrittrice nonché moglie del marchese Condorcet (matematico ma anche leader girondino ed estensore di un testo costituzionale importante), che prende corpo quell’idea di «simpatia»<sup>17</sup> che gioca un ruolo-chiave in tutte le concezioni della politica e del diritto

---

<sup>13</sup> Fondamentale è in proposito V. Woolf, *Una stanza tutta per sé* (1929), Feltrinelli, Milano 2011.

<sup>14</sup> Il riferimento è, in questo caso, a V. Woolf, *Le tre ghinee* (1938), Feltrinelli, Milano 1992.

<sup>15</sup> C. Criado Perez, *Invisibili* (2019), Einaudi, Torino 2020.

<sup>16</sup> V. Woolf, *Una stanza tutta per sé*, cit. Sviluppando una riflessione in chiave giusfilosofica, Emilia Bea Pérez ha individuato, tra le altre cose, in Woolf uno dei riferimenti più significativi della «genealogía femenina del pensamiento pacifista»: *Pensar la paz desde el exterior de las instituciones patriarcales. Ecos de la escritura de Virginia Woolf*, in «Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho», 34 (2016), pp. 35-45: <https://ojs.uw.es/index.php/CEFD/article/view/8933/8808>.

<sup>17</sup> S. Condorcet, *Sulla simpatia* (1798), a cura di M.A. Sarti, Sellerio, Palermo 1995 (raccolte lettere scritte, si crede, a partire dal 1790). Cfr. T. Boissel, *Sophie de Condorcet: Femme des Lumières (1764-1822)*, Presses de la Renaissance, Paris 1988; M.A. Sarti, *Sophie de Condorcet: per l’instaurazione di una società etica*, in M. Forcina, A. Prontera, P.I. Vergine (a cura di), *Filosofia donne filosofie*, Atti del Convegno internazionale, Lecce, 27-30 aprile 1992, Milella, Lecce 1994, pp. 623-641. Sull’importanza dei salotti, all’interno della cultura sei-settecentesca, si veda l’ampio lavoro di B. Craveri, *La civiltà della conversazione*, Adelphi, Milano 2001. Ringrazio Giulia Maria Labriola per lo spunto offertomi in questa direzione.

alternative a quelle fondate sulla paura e il bisogno di sicurezza e, dunque, al concetto stesso di guerra come tratto costitutivo del consorzio umano.

E, ancora, è proprio sui «sentimenti» che si fonda esplicitamente la *Dichiarazione di Seneca Falls* del 1848 spesso considerata come l'avvio della prima fase del femminismo. La prima parte consiste in una ricognizione degli abusi, delle offese e delle usurpazioni attuate dall'oppressione maschile nei confronti delle donne; la seconda parte in una dichiarazione di eguaglianza e nella rivendicazione di tutti i diritti civili e politici, sulla parità di trattamento giuridico e della partecipazione alla vita pubblica da parte delle donne<sup>18</sup>.

Criado Perez, appoggiandosi alla riflessione di una filosofa del diritto di primo piano come Catharine MacKinnon, elabora una tematizzazione dell'idea di *invisibilità* che mi pare assai efficace e che dunque mutuo come perno di queste mie riflessioni.

Associando bianchezza e maschilità, ella sottolinea come la fede nell'obiettività, nella razionalità – che di fatto ottendono la soggettività femminile ma, più in generale, degli asserviti (si pensi, paradigmaticamente, agli schiavi) – in quello che MacKinnon chiama «il non-punto-di-vista» [*point-of-viewlessness*] del maschio bianco sia assolutamente mal riposta<sup>19</sup>. «Quella prospettiva *non* è dichiarata come maschile e

---

<sup>18</sup> Cfr. C. Faralli, *Introduzione storica*, in Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, Giappichelli, Torino 2015, p. 3. Cfr. R. Baritono (a cura di), *Il sentimento delle libertà: la Dichiarazione di Seneca Falls e il dibattito sui diritti delle donne negli Stati Uniti di metà Ottocento*, La Rosa, Torino 2001. Sul carattere fondativo della Dichiarazione si veda A. Verza, *The Legal and Political Contributions Challenging Discrimination against Women. From the Seneca Falls Convention to the Current Feminist Blogosphere*, in «Rechtstheorie», 1 (2017), pp. 1-41. Si veda anche A. Sagredo Santos, *Las promotoras de los derechos de la mujer en los Estados Unidos: el Congreso de “Seneca Falls” como legado de la “querrela de las mujeres” en América*, in M.D. Ramírez Almazán, M. Martín Clavijo, J. Aguilar González, D. Cerrato (ed. lit.), *La querrela de las mujeres en Europa e Hispanoamérica*, 2 voll., Arcibel, Sevilla 2011, vol. II: pp. 291-310.

<sup>19</sup> In un testo del 1991 intitolato *Feminism, Marxism, Method, and the State: Toward Feminist Jurisprudence*, MacKinnon descrive il sistema del dominio maschile

bianca per la semplice ragione che non ce n'è bisogno: *è la norma*, e in quanto tale la si presume non soggettiva. Quella norma è oggettiva. Addirittura universale»<sup>20</sup>.

Torna dunque qui l'argomento della non necessità di legittimazione del dominio maschile di cui parlava Bourdieu<sup>21</sup>.

---

come «metafisicamente quasi perfetto»: «il suo punto di vista è lo standard del non-punto-di-vista [*point-of-viewlessness*], la sua particolarità è il significato dell'universalità. La sua forza si esercita come consenso, la sua autorità come partecipazione, la sua supremazia è il paradigma dell'ordine, il suo controllo è la definizione della legittimità». Per una visione d'insieme del pensiero della giurista statunitense rinvio a C.A. MacKinnon, *Le donne sono umane?*, a cura di A. Besussi, A. Facchi, Feltrinelli, Milano 2012 (nel saggio introduttivo, *Le donne sono umane?* [1999], pp. 3-5, l'idea di dominio/subordinazione è posta alla base del nuovo realismo giuridico proposto dall'autrice: questo paradigma giuridico permetterebbe di «smascherare» gli interessi dei gruppi dominanti che attualmente sono ricoperti dal velo falsificante della «neutralità»).

<sup>20</sup> C. Criado Perez, *Invisibili*, cit., p. 33. Per un'analisi del pensiero di MacKinnon nell'ambito delle riflessioni femministe sul diritto si veda A. Facchi, *Il pensiero femminista sul diritto: un percorso da Carol Gilligan a Tove Stang Dahl*, in Gf. Zanetti (a cura di), *Filosofi del diritto contemporanei*, Raffaello, Milano 1999, pp. 129-153, in part. pp. 139-144. Cfr., anche, A. Facchi, *Stereotipi, discriminazioni, diritti. A proposito delle tesi di Catharine MacKinnon*, e L. Re, *Lo stereotipo della "differenza sessuale". A proposito di un fraintendimento in Catharine MacKinnon*, in Th. Casadei (a cura di), *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo*, cit., rispettivamente pp. 63-75 e pp. 77-94. Una ricognizione sistematica sul pensiero giusfilosofico di MacKinnon è quella di J.-F. Gaudreault-Desbiens, *Le sexe et le droit: sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Y. Blais Liber, Montreal 2001. Si veda, anche, con particolare riguardo alla sua teorizzazione in merito alle funzioni del diritto S. Vantin, *Law as a Weapon. Substantive Equality in the Legal and Philosophical Thought of Catharine MacKinnon*, in «Materiales de Filosofía del Derecho», Seminario Gregorio Peces-Barba, Grupo de investigación "Derechos humanos, Estado de Derecho y Democracia", 1 (2019), pp. 1-17.

<sup>21</sup> Nel 1977, come ricorda Criado Perez, egli scriveva che «ciò che è essenziale rimane implicito perché è indiscutibile: la tradizione rimane silente, non da ultimo sul suo essere una tradizione» (P. Bourdieu, *Outline of a Theory of Practice*, Cambridge University Press, Cambridge 1977 [si tratta della versione riveduta e ampliata di *Esquisse d'une théorie de la pratique. Précédé de «Trois études d'ethnologie kabyle»*, Librairie Droz, Gnève 1972]; la citazione è tratta da *Invisibili*, cit., p. 32).

La presunzione che ciò che è maschio sia universale – l’assunto centrale che già Olympe de Gouges (1748-1793) mette radicalmente in discussione all’epoca della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*<sup>22</sup> – è una diretta conseguenza del vuoto, della mancanza, di una prospettiva e «dei dati di genere».

Qui sta la *radice dell’invisibilità*, una questione che non riguarda solo le donne, come fa intendere Criado Perez, alludendo ad altre forme di esclusione come quelle riconducibili alla discriminazione razziale:

Bianchezza e maschilità sono date per scontate per la semplice ragione che la maggior parte delle altre identità non viene mai presa in considerazione. D’altro canto, però, l’universalità maschile è anche una *causa* del vuoto dei dati di genere: poiché le donne non sono né viste né ricordate, poiché i dati declinati al maschile formano gran parte del nostro sapere, ciò che è maschile finisce per essere considerato universale e le donne, ovvero l’altra metà della popolazione globale, assumono il ruolo di minoranza: una minoranza con un’identità di nicchia e un punto di vista soggettivo. Il loro destino è di essere dimenticabili, ignorabili, eliminabili: dalla cultura, dalla storia, dai repertori dei dati. E così diventano *invisibili*<sup>23</sup>.

Per queste ragioni, i manuali – di letteratura, di storia, di storia dell’arte, ma anche di storia della filosofia del diritto e, più in generale, di filosofia del diritto – ignorano il contributo di chi è invisibile<sup>24</sup>.

Quella che è stata icasticamente definita come *obliterazione del femminile* è rinvenibile in vari ambiti disciplinari.

---

<sup>22</sup> Cfr. L. Hunt, *La forza dell’empatia: una storia dei diritti dell’uomo* (2007), Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 138-139.

<sup>23</sup> C. Criado Pérez, *Invisibili*, cit., p. 34.

<sup>24</sup> Con riferimento alla letteratura si veda, da ultimo, lo studio, assai ben documentato, di Marianna Orsi: *Donne invisibili. Come i manuali di Letteratura ignorano il contributo femminile*, 5 febbraio 2021: <https://radicidigitali.eu/2021/02/05/donne-invisibili-come-i-manuali-di-letteratura-ignorano-il-contributo-femminile-prima-parte/>. Cfr., anche, T. Plebani, *Le scritture delle donne in Europa. Pratiche quotidiane e ambizioni letterarie (secoli XIII-XX)*, Carocci, Roma 2019; Á. Caso, *Las olvidadas. Una historia de mujeres creadoras*, Editorial Planeta, Barcelona, 2005.

Del resto, come conferma un recente studio della studiosa di Harvard Sharon Strocchia, nella prima età moderna le donne raggiungevano alti livelli di specializzazione nelle professioni mediche dando anche un grande contributo al progresso scientifico e tecnologico. La loro presenza, tuttavia, è stata *dimenticata* dalla storia ufficiale. Non a caso, l'interessante volume di Strocchia si intitola *Forgotten healers*, «Guaritrici dimenticate»<sup>25</sup>.

Peraltro le donne e il loro contributo intellettuale e professionale vengono *costantemente* dimenticati, se non addirittura *cancellati* dalle storie ufficiali.

In *Women and Power: a Manifesto*<sup>26</sup>, la classicista (dell'Università di Cambridge) Mary Beard, parla, appunto, dell'obliterazione delle donne e del silenziamento della voce femminile.

Beard parte dall'esempio di Telemaco che impone il silenzio a Penelope (in *Odissea*, I, 325-64), definito «the first recorded example of a man telling a woman to 'shut up'» («la prima occorrenza registrata di uomo che dice a una donna di stare zitta»), per arrivare alle variazioni contemporanee sul tema<sup>27</sup>.

Il silenzio era quello che veniva richiesto e imposto alle donne, in virtù della loro natura ritenuta “inferiore” – quando non persino “dannata” – ogni qualvolta si ritrovassero in un consesso in cui erano presenti anche gli uomini.

Come è noto, San Paolo intimava alla donna di tacere all'interno della Chiesa: nella Prima lettera a Timoteo si legge «la donna impari rimanendo quieta, totalmente sottomessa». Il teatro tragico in precedenza

<sup>25</sup> S. Strocchia, *Forgotten Healers: Women and the Pursuit of Health in Late Renaissance Italy*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2019. Cfr. C. Valls Albert, *Mujeres invisible para la medicina*, Madrid, Capitan Scurij libros, 2020.

<sup>26</sup> M. Beard, *Women & Power: A Manifesto*, Liveright Publishing Corporation, W.W. Norton, New York 2017; tr. it. di C. Lazzari, *Donne e potere: per troppo tempo le donne sono state messe a tacere*, Mondadori, Milano 2018.

<sup>27</sup> Sul punto sia consentito rinviare a Th. Casadei, *Un classico misconosciuto? In compagnia di Olympe de Gouges*, Postfazione a A. Loche, *La liberté ou la mort. Il progetto politico e giuridico di Olympe de Gouges*, Mucchi, Modena 2021, pp. 109-129.

aveva sancito, basti pensare ai *Sette contro Tebe* di Eschilo (vv. 230-232), che il dovere della donna è «fare silenzio e starsene in casa»<sup>28</sup>.

Anche nel mondo romano il silenzio era un dovere, un obbligo, il culto della dea Tacita per le donne ne rappresentava icasticamente il significato costitutivo all'interno della comunità: perfetta era la donna «che non cade in nessun discorso», sia perché non parlava sia perché «nessuno parlava di lei»<sup>29</sup>.

La medesima postura disciplinare si ritrova in Shakespeare, nel monologo finale della protagonista della *Bisbetica domata*: «Ogni donna dovrebbe a suo marito ossequio non diverso di quel che deve un suddito al suo principe. Se invece ella è testarda, pervicace, scontrosa, arcigna, acida, riottosa, disobbediente agli onesti doveri, che altro è se non una ribelle, contestatrice stolta, traditrice dell'amoroso suo sposo e signore?».

Dopo secoli, questa era ancora la concezione dominante, anche dopo gli avvenimenti della Rivoluzione francese. Nel maggio del 1792, *La Révolution de Paris*, organo dei giacobini, scrive: «l'onore politico delle donne consiste nel coltivare in silenzio le virtù del loro sesso, sotto il velo della modestia e all'ombra della solitudine»<sup>30</sup>.

La già menzionata drammaturga Olympe de Gouges (1748-1793), con la sua presa di parola nello spazio di discorso pubblico, politico e anche giuridico – con la sua *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* – genera sconcerto ma determina, suo malgrado, anche

---

<sup>28</sup> Cfr. P. Ercolani, *Contro le donne. Storia e critica del più antico pregiudizio*, Marsilio, Venezia 2016, p. 186.

<sup>29</sup> Cfr. E. Cantarella, *L'ambiguo malanno: condizione e immagine della donna nell'antichità greca e romana*, n.e. Feltrinelli, Milano 2014<sup>4</sup> (prima edizione: Editori Riuniti, Roma 1981); E. Cantarella, *Tacita Muta. La donna nella città antica*, Editori Riuniti, Roma 1985, pp. 12-18, 55-57; C. Petrocelli, *La stola e il silenzio. Sulla condizione femminile nel mondo romano*, Sellerio, Palermo 1989, pp. 49-57; E. Cantarella, *Passato prossimo. Donne romane da Tacita a Sulpicia*, Feltrinelli, Milano 1996, pp. 14-15, 47-48.

<sup>30</sup> Sull'antifemminismo dei rivoluzionari si vedano D. Godineau, *Cittadine tri-coteuses. Le donne del popolo a Parigi durante la rivoluzione francese*, La tartaruga, Milano 1989; P. Viola, *Il trono vuoto. La transizione dalla sovranità nella rivoluzione francese*, Einaudi, Torino 1989, pp. 76-88.

la causa della sua decapitazione. Ella sarà consegnata alla storia successiva come prostituta, nonché come «personalità delirante», colpita da «paranoia reformatoria».

Una *presenza drasticamente minoritaria di autrici* nei volumi dedicati alla letteratura, in particolare a poesia e teatro, dimostra *l'esclusione delle donne dal canone*, testimoniata anche dall'assenza delle autrici come oggetto di studio nei corsi e nei manuali universitari. Lo stesso discorso vale per la storia del pensiero politico<sup>31</sup> e penso possa valere, anche, per l'ambito che qui ci interessa specificamente: quello della filosofia del diritto.

Sotto questo profilo allora si può accogliere il suggerimento, maturato con riferimento alle discipline letterarie, che viene da Adriana Chemello: l'approccio – e potremmo dire lo sguardo – alla storia della filosofia del diritto dovrebbe essere non tanto quello di «un patrimonio da trasmettere quanto [quello di] un territorio da esplorare»<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Su questo aspetto nodale: P. Weiss, *Canon Fodder: Historical Women Political Thinkers*, Pennsylvania State University Press, University Park, PA 2009. Cfr. T. Akkerman, S. Stuurman (eds.), *Perspectives on Feminist Political Thought in European History: From the Middle Ages to the Present*, Routledge, London, New York 1998; S. Stuurman, *The Canon of the History of Political Thought: Its Critique and a Proposed Alternative*, in «History and Theory», 39 (2000), pp. 147-166; M. Grever, S. Stuurman (eds.), *Beyond the Canon. History for the Twenty-first Century*, Palgrave MacMillan, Basingstoke 2007, in particolare G. Mak, *Gender in and beyond the Canon, or how to make Women (In)visible in History*, pp. 128-142. Quest'ultimo scritto, ma più in generale l'opera che lo contiene, è particolarmente utile nel contesto argomentativo delle pagine di questo studio poiché riannoda alcuni suoi elementi cardine: la questione del canone, la questione dell'invisibilità delle donne, la questione della schiavitù, i problemi della storiografia. Per quanto riguarda il dibattito italiano si vedano: P. Persano, S. Rodeschini, *Dalla revisione del canone al femminismo come metodo*, in «Storia del pensiero politico», (2014), 2, pp. 311-324, e E. Cappuccilli, R. Ferrari, R., *Il discorso femminista. Storia e critica del canone politico moderno*, in «Scienza & Politica. Per una Storia delle dottrine politiche», 28(54), (2016), pp. 5-20.

<sup>32</sup> A. Chemello, *Oltre il recinto*, in A.M. Crispino (a cura di), *Oltrecanone. Generi, genealogie, tradizioni*, Iacobelli, Guidonia (RM) 2015, p. 59.

Più che procedere *per aggiunte* al canone tradizionale o tentare di smantellarlo e fondare un *canone alternativo* (questione che, come si vedrà, chiama in causa l'idea dei classici, la loro concezione e il loro uso) occorre credo guardare in altra direzione: quella di una revisione del canone per cui agli "autori di precetto" si possono affiancare altre esperienze di lettura, di analisi, di problematizzazione (in seguito si vedranno alcuni esempi in tal senso).

Si tratta allora di condurre inedite esplorazioni che vadano alla scoperta di *contenuti nascosti*, di figure da approfondire e da sottoporre a vaglio critico non come mero atto di erudizione (in qualche modo aggiuntiva al già noto e, in quanto tale, veramente rilevante) o di mera decostruzione del canone stesso.

Uno spunto interessante in questa direzione è venuto proprio da una studiosa di de Gouges come la filosofa della politica Annamaria Loche<sup>33</sup>, sempre attenta anche a temi e problemi di filosofia del diritto, la quale insieme ad alcune colleghe storiche della filosofia<sup>34</sup> ha posto all'attenzione l'importanza di occuparsi di figure che, come recita il titolo del libro di Sheila Rowbotham, *Hidden from History* (1973)<sup>35</sup>, «sono rimaste nascoste dalla storia, passate sotto silenzio in una storia filosofica e intellettuale in senso lato che ha privilegiato altre figure, altri pensieri».

Appare convincente, specie in chiave prospettica, ciò che muove questo tipo di approccio atto a sondare il «pensiero nascosto»: l'idea di fondo non è quella di farlo riemergere per mera «curiosità erudita» e

---

<sup>33</sup> Si vedano, da ultimo, A. Loche, *La liberté ou la mort. Il progetto politico e giuridico di Olympe de Gouges*, cit., nonché la sua voce dedicata a de Gouges nella sezione «History of Philosophy of Law» della *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*: [https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0\\_579-1](https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_579-1).

<sup>34</sup> M.T. Marcialis, R. Fanari, A. Loche, G. Lamonica, *Il pensiero nascosto. Filosofe e intellettuali tra il XVII e il XXI secolo*, estratto da «Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Cagliari», Cagliari, n.s. XXVIII, vol. LXX, (2010-2011), pp. 79-114.

<sup>35</sup> S. Rowbotham, *Hidden from History: 300 years of women's oppression and the fight against it*, Pluto, London 1973; ed. it., *Esclusa dalla storia: trecento anni di lotte della donna per la sua liberazione*, Editori Riuniti, Roma 1977.

neppure – o, per lo meno, non solo – per una «rivindicazione di genere» ma per portare alla luce nuovi ambiti, per comprendere più in profondità alcuni contesti e alcuni autori (nonché taluni profili delle loro elaborazioni e sistematizzazioni teoriche).

Come scrivono le autrici, del «tessuto della storia» – e potremmo aggiungere, credo, della *storia della filosofia del diritto* – «conosciamo soltanto le trame più larghe e i nodi più evidenti; ma quel tessuto è fitto, costituito da trame sottili, molte delle quali sfuggono e sono sfuggite alla rappresentazione consueta del divenire»<sup>36</sup>.

Riprendendo l'argomentazione critica di Bourdieu, sappiamo che tale rappresentazione consueta era frutto, innanzitutto, di una *tradizione di dominio*, aspetto che non va affatto trascurato ma che può, in seconda battuta, dopo essere stato messo a tema, lasciare spazio ad alcuni esiti e progetti di ricerca, ad alcune implicazioni a proposito dell'idea stessa di “classici” e ad alcune considerazioni conclusive (in realtà, più propriamente, considerazioni ad uso di possibili percorsi di indagine per un prossimo futuro).

### **3. “Ricavare visioni”. Implicazioni e possibili percorsi per la storia della filosofia del diritto (e per la nozione di “classici”)**

La questione di cosa siano i classici è altamente controversa ed è stata oggetto di rilevanti dibattiti, ai quali in Italia, con particolare riferimento alla storia del pensiero politico e giuridico, ha fornito un contributo fondamentale Norberto Bobbio, dal canto suo puntualissimo e rigorosissimo «cultore di concetti classici»<sup>37</sup>, o forse ormai classico, a sua volta.

---

<sup>36</sup> M.T. Marcialis, R. Fanari, A. Loche, G. Lamonica, *Il pensiero nascosto. Filosofe e intellettuali tra il XVII e il XXI secolo*, cit., p. 79.

<sup>37</sup> P. Portinaro, *La lezione di un classico*, in Id., *Introduzione a Norberto Bobbio*, Laterza, Roma-Bari 2008, pp. 163-174. Cfr. M. Cuono, *Norberto Bobbio e la lezione dei classici antichi. Un percorso di metodo*, in *Piemonte antico. L'antichità classica, le élites, la società fra Ottocento e Novecento*, a cura di A. Balbo, S. Romani, Edizioni dell'Orso, Torino 2015, pp. 227-244.

Per Bobbio «classico» è un pensatore che:

a) è considerato come l'interprete autentico e unico del proprio tempo, la cui opera viene adoperata come uno strumento indispensabile per comprenderlo; b) è sempre attuale, onde ogni età, addirittura ogni generazione, sente il bisogno di rileggerlo e rileggendolo di interpretarlo; c) ha costruito teorie-modello di cui ci si serve continuamente per comprendere la realtà, anche la realtà diversa da quella da cui le ha derivate e a cui le ha applicate, e sono diventate nel corso degli anni vere e proprie categorie mentali<sup>38</sup>.

Anche in questo caso però mi pare interessante fare ricorso alla letteratura e, in particolare, a due figure come Italo Calvino e Gianni Celati, il quale propone di leggere i classici (e non solo) con una sensibilità simile a quella di Calvino<sup>39</sup>.

Sosteneva Calvino, nel suo fondamentale *Perché leggere i classici*: «D'un classico ogni rilettura è una lettura di scoperta come la prima». Anche perché «un classico è un libro che non ha mai finito di dire quel che ha da dire». Ancora: «Un classico è un'opera che provoca incessantemente un pulviscolo di discorsi critici su di sé, ma continuamente se li scrolla di dosso»<sup>40</sup>.

Dal canto suo Celati, e ciò è rilevante in particolare ai fini del discorso che si sta svolgendo in questa sede, sostiene che leggere un classico significa «ricavare visioni»<sup>41</sup>.

---

<sup>38</sup> N. Bobbio, *La teoria dello Stato e del potere*, in P. Rossi (a cura di), *Max Weber e l'analisi del mondo moderno*, Einaudi, Torino 1982, pp. 251 e ss. Cfr. T. Greco, *Norberto Bobbio e la storia della filosofia del diritto*, in «Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto», 2 (2019), pp. 77-108.

<sup>39</sup> Così E. Menetti, *Gianni Celati e i classici italiani. Narrazioni e riscritture*, FrancoAngeli, Milano 2020, p. 18.

<sup>40</sup> I. Calvino, *Perché leggere i classici*, Arnoldo Mondadori editore, Milano 1991. Sulla riflessione di Calvino e sulle sue implicazioni con riferimento alla storia della filosofia del diritto si veda ora il bel saggio di G.M. Labriola, *Perché leggere i classici*, cit., in part. pp. 19-21.

<sup>41</sup> G. Celati, *La lettura dei classici come terapia*, intervista a S. Nobili, in «L'inchiesta letteratura», XXV, 110, ottobre-dicembre 1995, pp. 10-13, p. 12.

In tal senso, un libro classico riguarda la «vita pratica» delle persone, «perché avere delle visioni è una questione pratica, che ci orienta nei fatti dell'esperienza»<sup>42</sup> e, potremmo aggiungere, ci aiuta, anche, a scriverla e ri-scriverla, nonché a interpretarla e re-interpretarla.

Ecco allora che giungiamo ad un esito rilevante per il nostro ragionamento: ci sono certamente i classici di precetto (Platone, Aristotele, Tommaso d'Aquino, Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, Kant, Hegel, Mill fino a Kelsen e a Hart, solo per citarne alcuni), ma poi a queste figure possiamo aggiungerne altre senza ricorrere necessariamente all'espressione "minori": si tratta di figure, appunto, «nascoste» capaci di fornirci e interpretazioni, e non meramente informazioni su un'epoca o un contesto storico.

In particolare, alcune figure nascoste possono fornirci – con riferimento all'orizzonte di riferimento di questo contributo – indicazioni sui rapporti tra i sessi all'interno della società e del sistema culturale e istituzionale. Ma – è bene precisarlo – ciò vale, più in generale, per la condizione degli esclusi nei diversi contesti storici, politici e giuridici<sup>43</sup>.

Si scorgono così, mutuando l'espressione di Chemello, nuove «esplorazioni», nuovi sguardi sulle figure di classici e sul diritto stesso, ma anche, come ulteriore ambito di ricerca, su alcuni movimenti che possono proficuamente divenire oggetto di studio analitico.

Fornire qualche esempio, a questo punto della trattazione, diventa d'obbligo.

### 3.1. Christine de Pizan e Margaret Cavendish

Con riferimento alle nuove esplorazioni: pensiamo, per esempio, a Christine de Pizan (1364-1430?), forse la prima scrittrice di professione, e a Margaret Cavendish (1623-1673), contemporanea di Hobbes e Cartesio.

---

<sup>42</sup> *Ibidem.*

<sup>43</sup> Devo questa puntualizzazione a Marina Lalatta Costerbosa, della quale si può vedere con riferimento ad una forma di esclusione spesso sottaciuta: *Il bambino come nemico: l'eccezione humboldtiana*, DeriveApprodi, Roma 2019.

In *La città delle dame* e in *Bell in Campo*, de Pizan e Cavendish immaginano, analogamente, la partecipazione delle donne alla guerra come metafora del conflitto sessuale che esse devono praticare per conquistare visibilità nella storia.

Come è stato osservato, «mentre Pizan riscrive la storia dal punto di vista delle donne, conferendo alla differenza sessuale un valore universale nel disegno della salvezza, Cavendish si muove in un orizzonte moderno e pensa la storia come il risultato dell'azione umana»<sup>44</sup>.

In entrambi i casi, il racconto della partecipazione delle donne alla guerra permette di contestare le implicazioni morali e normative del riferimento alla natura ma, soprattutto, consente – elemento che mi preme portare all'attenzione in questa sede – una tematizzazione inedita di una categoria-chiave come quella della guerra e della sua concezione entro un approccio giusfilosofico, oltre che filosofico-politico.

Nel 1405 De Pizan, con quattro secoli di anticipo rispetto alla prima apparizione delle donne come soggetto collettivo sul teatro della storia<sup>45</sup>, ingaggia una battaglia solitaria per la sua riscrittura. *La città delle dame* costituisce una novità assolutamente radicale perché, per la prima volta, una donna s'incarica di ripercorrere vicende e racconti già noti per conferire loro un *diverso* significato in nome del suo sesso.

Così facendo, Pizan interrompe il monologo maschile che per secoli aveva condannato le donne a una «naturale» inferiorità<sup>46</sup>, inaugurando

---

<sup>44</sup> P. Rudan, *Riscrivere la storia, fare la storia. Sulla donna come soggetto in Christine de Pizan e Margaret Cavendish*, in «Scienza & Politica. Per una Storia delle Dottrine Politiche», 28(54), (2016), pp. 21-41: <https://doi.org/10.6092/issn.1825-9618/6202>.

<sup>45</sup> Su questo aspetto rinvio a A. Cavaliere, *La comparsa delle donne: eguaglianza, differenza diritti*, Fattore umano edizioni, Roma 2016. Cfr., da ultimo, P. Rudan, *Donna. Storia e critica di un concetto polemico*, il Mulino, Bologna 2020. In precedenza: A. Rossi Doria, *Dare forma al silenzio. Scritti di storia politica delle donne*, Viella, Roma 2007.

<sup>46</sup> Sulla costruzione giuridica del genere e sulla storia delle ideologie di legittimazione dell'inferiorità delle donne si vedano le puntuali notazioni contenute in M. Graziosi, *Infirmis sexus. La donna nell'immaginario penalistico*, in «Democrazia e diritto», 2 (1993), pp. 99-143; Ead., *Fragilis sexus. Alle origini della costruzione*

quello scontro sulle implicazioni morali e normative del riferimento alla natura che ha attraversato la cultura europea e occidentale per secoli (e che tuttora riemerge in molteplici forme): la differenza sessuale diviene visibile e come tale consente di gettare uno sguardo nuovo sulle relazioni di potere e tra i sessi<sup>47</sup>.

L'analisi dei romanzi di Cavendish consente, dal canto suo, una rilettura di Thomas Hobbes mostrando sia come dietro alla pretesa di assolutezza del soggetto giuridico-politico moderno si nasconda la subordinazione delle donne sia come la figura stessa del contratto sia permeata di aporie<sup>48</sup>.

---

*giuridica dell'inferiorità delle donne*, in N.M. Filippini, T. Plebani, A. Scattigno (a cura di), *Corpi e storia. Donne e relazioni di genere dal mondo antico all'età contemporanea*, Viella, Roma 2002, pp. 19-38. Della stessa autrice si veda infine *Disparità e diritto. Alle origini della disuguaglianza delle donne*, in S. Scarponi (a cura di), *Diritto e genere. Analisi interdisciplinare e comparata*, Cedam, Padova 2014, 2016<sup>2</sup>, pp. 7-50.

<sup>47</sup> Un elenco completo delle opere, dei manoscritti, delle edizioni e traduzione delle sue opere si trova sul website Arlima: [https://www.arlima.net/ad/christine\\_de\\_pizan.html](https://www.arlima.net/ad/christine_de_pizan.html). La sua opera più celebre, *The Book of the City of Ladies* (1404-1407), edita in italiano per la prima volta nel 1997 grazie alla casa editrice Luni di Trento, è ora disponibile anche nell'edizione Carocci, Roma 2007: entrambe le edizioni sono a cura di P. Caraffi. Per alcuni percorsi di indagine si vedano: B.K Altmann, D.L. McGrady (eds.), *Christine of Pizan. A Casebook*, Taylor & Francis, New York 2015; R. Brown-Grant, *Christine de Pizan and the Moral Defence of Women: Reading Beyond Gender*, Cambridge University Press, Cambridge 1999; L. Dulac, B. Ribémont (eds.), *Une femme de lettres au Moyen Âge. Études autour de Christine de Pizan*, Paradigme, Orléans 1995; K. Langdon Forhan, *The Political Theory of Christine de Pizan*, Ashgate, Aldershot 2002; K. Green, C.J. Mews (eds.), *Healing the Body Politic: The Political Thought of Christine de Pizan*, Brepols, Turnhout 2005; A. Mairey, *Christine de Pizan dans l'Angleterre du XV<sup>e</sup> siècle: une autorité en matière de bon gouvernement?*, in «Revue Historique», (2016), 3, pp. 491-512; G.K. McLeod (ed.), *The Reception of Christine de Pizan from the Fifteenth Through the Nineteenth Centuries: Visitors to the City*, The Edwin Mellen Press, Lewiston 1991; B. Ribémont, *Christine de Pizan, la justice et le droit*, in «Le Moyen Âge», (2012), 1, pp. 129-168; M. Zimmermann, D. De Rentiis, (dir.), *The City of Scholars. New Approaches to Christine de Pizan*, Walter de Gruyter, Berlin et New York 1994.

<sup>48</sup> Oltre al saggio già menzionato di P. Rudan si vedano anche *Tanto difficili da comprendere quanto l'universo. Margaret Cavendish e l'arte sessuale della retorica*, in

### 3.2. Marie de Gournay

Ancora un'altra figura nascosta è, ad esempio, Marie de Gournay (1565-1645), che solo grazie ai movimenti femministi della fine del XX secolo è stata riconosciuta come scrittrice, filologa, traduttrice, poetessa e filosofa a pieno titolo; in precedenza era essenzialmente nota per la sua relazione con il filosofo Michel de Montaigne e per essere stata – quasi a conferma di questa lettura interpretativa marginalizzante – la mera curatrice dei suoi *Essais*.

Ad attestare la sua piena autonomia (e la sua originalità) è il fatto che nel 1622 de Gournay pubblicò *Égalité entre les hommes* e nel 1626 *Les femmes et Grief des Dames*, testi nei quali auspicava l'uguaglianza tra i sessi. Le sue idee sulla questione del matrimonio sono invece illustrate nel suo primo scritto, *Le Promenoir de Monsieur de Montaigne*, un romanzo pubblicato in 1594, in cui ella discute la condizione di ineguaglianza delle donne e la posizione dominante che gli uomini hanno da

---

«Filosofia politica», 2 (2015), pp. 251-260, e *Una distanza civile e politica. Master Hobbes e Margaret Cavendish*, in M.L. Lanzillo, R. Laudani (a cura di), *Figure del potere. Studi in onore di Carlo Galli*, il Mulino, Bologna 2020, pp. 163-169. Come sintetizza Rudan, con riferimento alle tesi di quest'ultimo scritto, «[i]l carattere assoluto del potere, che Hobbes garantisce attraverso il dispositivo del patto, per Cavendish non dipende dalla sua origine, ma dalla sua capacità di produrre efficacemente l'obbedienza che ne assicura la continuità. Il livellamento prodotto dalla finzione hobbesiana dello stato di natura è insufficiente a pensare le condizioni del comando politico, perché cancella l'ordine della distinzione – l'insieme di differenze e gerarchie che organizzano i rapporti tra gli individui – e con esso le leve attraverso cui il potere politico può operare per suscitare nella mente dei sudditi il senso della legittimità dei rapporti di sovranità e subordinazione. Per questa ragione, Cavendish pensa il contratto nella storia, a partire dai rapporti di potere che distinguono gli individui e rende evidente, a partire dalla posizione delle donne e dalla loro immaginata iniziativa, l'impossibilità di conseguire una volta per tutte l'unità politica». Su Cavendish: K. Whitaker, *Mad Madge: The Extraordinary Life of Margaret Cavendish, Duchess of Newcastle, the First Woman to Live by Her Pen*, Basic Books, New York 2002. Interessanti considerazioni, a partire dal testo utopico *Blazing World* (1666), sono contenute anche in M.T. Marcialis, *Un'utopia al femminile: il Blazing World di Margaret Cavendish*, in *Il pensiero nascosto. Filosofi e intellettuali tra il XVII e il XXI secolo*, cit., pp. 81-101.

sempre all'interno del matrimonio inteso, prima di tutto, come monopolio sul corpo.

L'autrice rimase nubile<sup>49</sup>, badando da sola a tutti i suoi bisogni, ossia pensò e agì – diremmo oggi – in maniera indipendente, perseguendo un'ideale di autodeterminazione: per questo venne calunniata senza sosta, sia sul piano personale sia con riferimento ai suoi scritti<sup>50</sup>.

Riconoscere la rilevanza della sua elaborazione – ciò che consegue l'atto del vedere – consente non solo di coglierne i tratti significativi ma anche di comprendere le ragioni tali per cui la sua figura riveste un ruolo centrale in quella *Querelle de Femmes*<sup>51</sup> che per secoli, dal Quattrocen-

---

<sup>49</sup> Definita dai contemporanei «the French Minerva», «the tenth Muse» e anche «the Mermaid of France», nonché «the siren of France» (M. Isley, *A Daughter of the Renaissance: Marie Le Jars de Gournay, her Life and Works*, Mouton and Co., The Hague 1963, p. 11), sin da giovanissima de Gournay cercò, con grandissime difficoltà, di dedicarsi allo studio, praticando diverse vie per rendere possibile questa condizione in una società in cui libri, lettura e scrittura erano un affare maschile. Per una recente raccolta dei suoi scritti: M. de Gournay, *Escritos sobre la igualdad y en defensa de las mujeres*, Edición y notas Montserrat Cabré i Pairet y Esther Rubio Herráez, CSIC, Madrid 2014.

<sup>50</sup> Sul punto: M. de Montaigne, *La fame di Venere*, a cura di F. Ferraguto, Fazi, Roma 2015.

<sup>51</sup> Per un'ampia ricognizione si vedano: É. Viennot (dir.), *Revisiter la "querelle des femmes": discours sur l'égalité-inégalité des sexes. De 1750 aux lendemains de la Révolution*, avec la collaboration de N. Pellegrin, Publications de l'Université de Saint-Étienne, Saint-Étienne 2012; A. Dubois-Nayt, N. Dufournaud, A. Paupert (dir.), *Revisiter la "querelle des femmes": discours sur l'égalité/inégalité des sexes, de 1400 à 1600*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, Saint-Étienne 2013; A. Dubois-Nayt, M.-É. Henneau, R. von Kulesa, *Revisiter la "querelle des femmes": discours sur l'égalité/inégalité des sexes en Europe, de 1400 aux lendemains de la Révolution*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, Saint-Étienne 2015. Cfr., anche, M. Arriaga Flórez, D. Del Mastro, M. Martín Clavijo, E.M. Moreno Lago (a cura di), *Debating the Querelle des Femmes: Literature, theatre and education*, Volumina pl, Szczecin (Poland) 2018; E.C. Francomano, *The Early Modern Foundations of The Querella De Las Mujeres*, in N. Baranda, A.J. Cruz (eds.), *The Routledge Research Companions to Early Modern Spanish Women Writers*, Routledge, London and New York 2018, pp. 41-60. Si veda, inoltre, A. Vargas Martínez, *La Querella de las Mujeres. Tratados hispánicos en defensa de las mujeres (siglo XV)*, Editorial Fundamentos, Madrid 2016.

to sino alla fine del Settecento<sup>52</sup>, ha costituito un grande repertorio di spunti sulle relazioni tra i sessi<sup>53</sup>: un patrimonio, un vero e proprio «giacimento»<sup>54</sup>, che meriterebbe di essere indagato a fondo, oltre che con riferimento alla sua dimensione letteraria, anche in chiave giusfilosofica<sup>55</sup>.

Del resto, come è stato osservato, «Gournay's influence on the knowledge and transmission of Montaigne's work has traditionally

---

<sup>52</sup> Cfr. J. Kelly, *Early Feminist Theory and the Querelle des Femmes, 1400-1789*, in «Signs», 1 (1982), pp. 4-28.

<sup>53</sup> Nel primo capitolo, *La querelle des femmes: una disputa europea sui sessi*, del suo *Le donne nella storia europea. Dal Medioevo ai nostri giorni* (Laterza, Roma-Bari 2001) la storica del pensiero politico Gisela Bock scrive: «La storia europea è ricca di testimonianze di quanto diversamente possano venir recepiti e interpretati i due sessi, le loro peculiarità e i loro rapporti. Nella *querelle des sexes* si discusse per secoli, spesso in forma di lamento e di accusa (*querelle*), su cosa e come siano, debbano e possano essere le donne e gli uomini. Le prese di posizione su questo argomento si moltiplicarono nel primo Rinascimento, soprattutto in Italia, in Francia, in Spagna e ben presto anche negli altri paesi europei. Alla loro diffusione contribuì la crescente importanza della parola scritta e della forma scritta acquisita dalle lingue volgari europee, nonché la stampa, la riproduzione di immagini e gli innumerevoli fogli volanti. Alla *querelle* parteciparono sia scrittori che scrittrici: gli autori scrissero sia opere ostili alle donne (invettive contro le donne, disprezzo delle donne, misoginia) sia opere a favore delle donne (difesa delle donne, lode delle donne, filoginia); i testi conservati scritti da donne sono per lo più a loro favore o contro le donne dipendeva di volta in volta dal contesto. Fra le voci della *querelle* che sono giunte fino a noi, quelle femminili sono in minoranza, ma costituiscono una notevole percentuale di tutti gli scritti di donne di quell'epoca. La disputa ebbe origine nel Medioevo, si sviluppò nel Rinascimento, sotto l'influsso dell'Umanesimo e della riforma religiosa, e proseguì fino all'Illuminismo. La *querelle* annoverò varie migliaia di titoli se si risale alle traduzioni e alle ristampe e ai testi che nel Sei Settecento presero posizione nei confronti della querelle. Un migliaio di libri sarebbero stati scritti fra Quattrocento e Cinquecento. Gli autori erano in maggioranza uomini ma c'erano state autrici e donne, le quali protestavano apertamente perché «si sentivano discriminate» (ivi, p. 9). «L'ampia diffusione della disputa nella prima età moderna dimostra che essa era parte integrante della mentalità di quell'epoca, del suo mondo dell'immaginario» (ivi, p. 16).

<sup>54</sup> Mutuo qui l'efficace espressione adottata da Giulia Maria Labriola per identificare il valore dei «classici»: *Perché leggere i classici*, cit., in part. pp. 23-27.

<sup>55</sup> Va da sé che questo approccio, detto per inciso, potrebbe consentire sviluppi fecondi anche nell'ambito delle ricerche di «diritto e letteratura».

been valued, but not her unique and rich contribution to the history of philosophical thought which goes beyond her work as an editor. As it has happened with the ideas of other women thinkers throughout history, until the emergence of the women's movement in the nineteenth and twentieth centuries, her contribution to the history of philosophical thoughts or philosophical western tradition has not been highlighted and her legacy has not been given *visibility*<sup>56</sup>.

### 3.3. Mary Astell, Olympe de Gouges e Mary Wollstonecraft

Un'altra figura a lungo nascosta è poi certamente Mary Astell (1666-1731) la quale sosteneva l'idea che le donne avessero la capacità di ragionare così come gli uomini, e, di conseguenza, poneva una domanda

---

<sup>56</sup> J. Kelly, *Early Feminist Theory*, cit. Nel XVII secolo la *querelle des sexes* era già ampiamente dibattuta ed era incentrata soprattutto sulla questione dell'educazione femminile: allora alle «dame di cetò» era consentito di istruirsi il tanto sufficiente a diventare delle buone conversatrici, ossia di apparire «colte senza troppo studiare», attraverso un curriculum limitato che non includeva il latino e il greco, impedendo loro di accedere così alla cultura e alla scienza alte; tuttavia, sempre più curiose e studiose, alcune figure di spicco iniziarono a reclamare il loro diritto all'istruzione, incontrando un'inattesa alleata nella filosofia cartesiana. Già Descartes aveva pubblicato il suo *Discorso sul metodo* in francese e non in latino anche affinché «le donne potessero comprendere qualche cosa» (lettera del 22 febbraio 1638 a padre Vatier), ma il più radicale sostenitore della loro battaglia fu François Poullain de la Barre (1647-1723), un filosofo cartesiano che in due brevi opere uscite sotto pseudonimo, *De l'égalité des deux sexes* (1673) e *De l'éducation des Dames* (1675), intese dimostrare, con il rigore del metodo appreso dal maestro, l'infondatezza dei pregiudizi sull'inferiorità femminile. Su questi aspetti si veda K. Detlefsen, *Cartesianism and Its Feminist Promise and Limits*, in S. Gaukroger, C. Wilson (eds.), *Descartes and Cartesianism: Essays in Honour of Desmond Clarke*, Oxford University Press, Oxford 2017, pp. 191-206. Cfr., anche, D. Clarke, *The Equality of the Sexes: Three Feminist Texts of the Seventeenth Century*, Oxford University Press, Oxford (UK) 2013 (i testi in questione sono quelli di Marie le Jars de Gournay, Anna Maria van Schurman e, appunto, François Poulain de la Barre). Nella letteratura italiana: M.C. Corrias, *Alle origini del femminismo moderno. Il pensiero politico di Poullain de la Barre*, FrancoAngeli, Milano 1996.

dirompente per il contesto nel quale maturò: «Se tutti gli uomini sono nati liberi, perché tutte le donne nascono schiave?»<sup>57</sup>.

Astell sosteneva che le donne avrebbero dovuto ricevere un'istruzione uguale a quella degli uomini e che sarebbero dovute essere in grado di astenersi dallo sposarsi se lo avessero desiderato, criticando argutamente le basi filosofiche dell'istituzione del matrimonio nell'Inghilterra del Settecento<sup>58</sup>.

Ancora, richiamando figure che da qualche tempo stanno pian piano incontrando una maggior attenzione nell'ambito degli studi di storia del pensiero politico, il riferimento a de Gouges consente di mettere in discussione la concezione del matrimonio come fondamento della civilizzazione proposta, per esempio, dal campione dell'utilitarismo – ma anche sostenitore dei diritti delle donne – Jeremy Bentham e suggerisce che la critica del soggetto titolare di diritti, sviluppata nel fuoco della rivoluzione francese, mette in questione, al contempo, l'ordine sovrano e la società che esso struttura a partire dalla dimensione giuridica<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Si veda da ultimo l'ampia ricostruzione offerta in E. Cappuccilli, *La critica impreveduta: politica, teologia e patriarcato in Mary Astell*, Eum, Macerata 2020. Cfr., anche, P. Springborg, *Mary Astell: Theorist of Freedom from Domination*, Cambridge University Press, Cambridge 2005; J. Bread, *The Philosophy of Mary Astell: an Early Modern Theory of Virtue*, Oxford University Press, Oxford 2015; A. Sowaal, P. Weiss (eds.), *Feminist Interpretations of Mary Astell*, Pennsylvania State University Press, 2016. Significativo di P. Weiss è anche il saggio *Mary Astell: Including Women's Voices in Political Theory*, in «Hypatia: A Journal of Feminist Philosophy», 3 (2004), pp. 63-84.

<sup>58</sup> Benché avesse fatto esperienza di un'unione felice, già de Pizan aveva affermato che molte donne, «a causa della crudeltà dei loro mariti, passano una vita matrimoniale disgraziata, in più grave penitenza che se esse fossero schiave dei Saraceni [...] Dio! Quante botte senza causa né ragione, quante infamie, oltraggi, offese, servitù e ingiurie devono sopportare tante nobili e oneste donne, senza che nessuna di loro protesti» (C. De Pizan, *La città delle dame*, cit., p. 255).

<sup>59</sup> In questa prospettiva, oltre alla recentissima monografia, già menzionata, di Annamaria Loche, si veda il monumentale studio di I.C. Mensel, *Sprachliche Strategien der Überzeugung: Metaphern des revolutionären Diskurses, dargestellt am Beispiel Olympe de Gouges*, P. Lang, Frankfurt am Main 2016. Considerazioni molto accurate sono contenute anche in P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 4

Ma, più ampiamente, è la sua elaborazione sul piano prettamente giusfilosofico – in tema di cittadinanza, abolizione della schiavitù, libertà di espressione, diritto di resistenza, diritti dei soggetti resi più vulnerabili dalla società (bambini, anziani, disoccupati, ecc.) – a sollecitare un approfondimento sistematico<sup>60</sup>.

Un discorso analogo può essere esteso a Mary Wollstonecraft (1759-1797)<sup>61</sup> che nei suoi scritti pone all'attenzione, entro una più

---

voll., Laterza, Roma-Bari 1999-2001, vol. II: pp. 71-74. Cfr., inoltre, L. Hunt, *La forza dell'empatia. Una storia dei diritti dell'uomo*, cit., pp. 135-141; M.P. Paternò, *Donne e diritti. Percorsi della politica dal Seicento ad oggi*, Carocci, Roma 2012, pp. 101-128.

<sup>60</sup> Una prima messa a fuoco delle implicazioni teoriche dell'opera di de Gouges è contenuta negli scritti raccolti nell'opera *Il dilemma della cittadinanza. Diritti e doveri delle donne*, a cura di G. Bonacchi e A. Groppi (Laterza, Roma-Bari 1993), che trae origine da un incontro organizzato dalla Fondazione Lelio e Lisli Basso in collaborazione con la Società italiana delle storiche, a Roma il 22 novembre 1991, in coincidenza con il bicentenario della *Dichiarazione dei diritti della donna e della cittadina* (il titolo del Convegno era "Asimmetrie della cittadinanza: diritti e doveri delle donne"). Sul piano prettamente giusfilosofico la riflessione di de Gouges è stata oggetto di un Convegno promosso, il 25 giugno 2021, dal dottorato in Scienze giuridiche dell'Università di Pisa in collaborazione con la collana "Rifrazioni. Studi critici di storia della filosofia del diritto" e con l'Archivio storico-giuridico "Anselmo Cassani", istituito presso il CRID – Centro di Ricerca Interdipartimentale su Discriminazioni e vulnerabilità, Università di Modena e Reggio Emilia.

<sup>61</sup> Si vedano, in proposito, i due recenti studi monografici di S. Vantin, *«Il diritto di pensare con la propria testa». Educazione, cittadinanza e istituzioni in Mary Wollstonecraft*, Aracne, Roma 2018 e di C. Cossutta, *Avere potere su sé stesse: politica e femminilità in Mary Wollstonecraft*, ETS, Pisa 2020. In precedenza: M. Diurisi D'Agostino, *Mary Wollstonecraft e la rivendicazione dei diritti della donna*, Messapica, Lecce 1975; R.A. Modugno, *Mary Wollstonecraft: diritti umani e Rivoluzione francese*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ) 2002. Con riferimento al contesto internazionale, in una letteratura ormai molto vasta, si vedano, *ex multis*, C.L. Johnson (ed. by), *The Cambridge Companion to Mary Wollstonecraft*, Cambridge University Press, Cambridge 2002; L. Halldenius, *Mary Wollstonecraft and Feminist Republicanism: Independence, Rights and the Experience of Unfreedom*, Pickering & Chatto, London 2015; S. Bergès, A. Coffee (eds.), *The Social and Political Philosophy of Mary Wollstonecraft*, Oxford University Press, Oxford 2016; S. Berges, E. Hunt Botting, A. Coffee (eds.), *The Wollstonecraftian Mind*, Routledge,

ampia teorizzazione sui diritti<sup>62</sup>, il diritto all'istruzione, oltre che una riflessione critica sull'istituto matrimoniale. Le sue tesi del resto offrono anche, come è stato opportunamente suggerito, la possibilità di un raffronto con quelle di un campione del costituzionalismo conservatore come Edmund Burke<sup>63</sup>.

#### 4. Conclusioni (provvisorie)

L'elenco, appena abbozzato, potrebbe continuare ed estendersi per successive esplorazioni: dalle sorelle Sarah e Angelina M. Grimké (1792-1873 e 1805-1879), interpreti di un'idea estesa di eguaglianza nonché, *contra* la tutela maritale asserita da William Blackstone, fautrici della capacità giuridica della donne<sup>64</sup>, a Lucretia Mott (1793-1880) ed Eliza

---

New York 2019 e, da ultimo, E. Hunt Botting (ed. by), *Portraits of Wollstonecraft*, 2 voll., Bloomsbury, New York 2021. Per un raffronto tra Wollstonecraft e de Gouges, sovente indicate come pensatrici «profemministe», si vedano, nella letteratura italiana, A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani. Dai diritti dell'uomo ai diritti delle donne*, il Mulino, Bologna 2013, pp. 62-64, e, da ultimo, V. Fiorino, *Il genere della cittadinanza: diritti civili e politici delle donne in Francia (1789-1915)*, Viella, Roma 2020, pp. 31-39.

<sup>62</sup> Per una sistematica ricostruzione si veda S. Vantin, *La teoria dei diritti in Mary Wollstonecraft*, in «Governare la paura», aprile 2019, pp. 125-146.

<sup>63</sup> Cfr. S. Vantin, *Gli eguali e i diversi: diritto, manners e ordine politico in Edmund Burke*, Mucchi, Modena 2018.

<sup>64</sup> S.M. Grimké, «*Poco meno degli angeli*». *Lettere sull'eguaglianza dei sessi*, a cura di Th. Casadei, tr. it. di I. Heindorf, con una nota bibliografica di S. Vantin, Castelvecchi, Roma 2016 (l'opera raccoglie alcune lettere che le sorelle si scambiavano nel 1838). Cfr. S. Vantin, *I «segreti di Blackstone» rivelati. Abolizionismo, riforma dell'educazione e suffragio femminile in Sarah Moore Grimké (1792-1873)*, in «Percorsi storici», 4 (2016), pp. 1-17, nonché la sua voce, pubblicata nel 2019, nell'*Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*: [https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0\\_766-1](https://link.springer.com/referenceworkentry/10.1007/978-94-007-6730-0_766-1). I *Commentaries on the Laws of England* (1765-1769) di Blackstone – che costituirono per decenni un'autorità indiscussa per la *common law* inglese ma anche statunitense – erano imperniati sulla dottrina della «tutela maritale», secondo cui la moglie è soggetta «a protezione» da parte del marito, con riferimento a tutte le sfere sociali.

beth Cady Stanton (1815-1902)<sup>65</sup>, esponenti del suffragismo americano con la *Seneca Falls Convention*<sup>66</sup> ma anche di una peculiare configurazione del costituzionalismo (il *quaker constitutionalism*<sup>67</sup>); da Harriet Taylor (1807-1858)<sup>68</sup> a Mathilde Fibiger (1821-1884), pioniera in area scandinava della questione femminile<sup>69</sup>, o, ancora, Sojourner Truth (1797-1883) che da schiava divenne sostenitrice dell'abolizionismo e dei diritti delle donne, solo per citare alcune figure cui di recente è stata dedicata attenzione anche con studi di natura monografica.

Quel che qui interessa è sottolineare come in queste autrici emerga espressamente, riprendendo l'intuizione sui classici di Celati, una *visione* della società, del diritto, delle istituzioni che non solo merita di essere presa in esame per la sua specificità ma anche per almeno altre tre ragioni.

L'attenzione alle loro opere consente, in primo luogo, di approfondire – da un *diverso* punto di vista rispetto a quello del dominio maschile – istituti fondamentali come il *matrimonio* (e, ad esso correlato, l'istituto giuridico del divorzio), la *capacità giuridica*, il *contratto* e la *proprietà*<sup>70</sup>

---

<sup>65</sup> Si veda, in proposito, L.P. Vetter, *The Political Thought of America's Founding Feminists*, New York University Press, New York 2017.

<sup>66</sup> Si veda, a titolo esemplificativo, A. Rossi-Doria (a cura di), *La libertà delle donne: voci della tradizione politica suffragista*, Rosenberg & Sellier, Torino 1990.

<sup>67</sup> Su questa peculiare prospettiva si veda: J.E. Calvert, *The Quaker Theory of a Civil Constitution*, in «History of Political Thought», (2006), 4, pp. 586-619. Cfr., anche, Id., *Quaker Constitutionalism and The Political Thought of John Dickinson*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

<sup>68</sup> Si veda, al riguardo, J.S. Mill, H. Taylor, *Sull'eguaglianza e l'emancipazione femminile*, a cura di N. Urbinati, Einaudi, Torino 2001, in cui è raccolto anche il fondamentale *Sull'asservimento politico delle donne* (1869).

<sup>69</sup> Si veda per un'attenta analisi del pensiero di questa autrice A. Serpe, *Le ali fragili di Mathilde Fibiger. La questione femminile nella Danimarca dell'âge d'or*, Giappichelli, Torino 2019, il quale esamina anche il commento dell'autrice alla traduzione danese, nel 1869, di *The Subjection of Woman* di John Stuart Mill, mettendo a fuoco «le difficili consonanze» nonché «le sicure differenze» (pp. 110-117).

<sup>70</sup> Su questi aspetti pare particolarmente promettente l'approccio dei *Feminist Law and Literature Studies*: per un'ottima esemplificazione delle sue potenzialità si veda O.

ma anche diritti come quello all'*istruzione*<sup>71</sup>, nonché alcune rivendicazioni che rimandano a quelli che oggi definiremmo come *diritti sociali*<sup>72</sup> o, ancora, all'elaborazione sugli stessi *diritti umani*<sup>73</sup>.

Non solo: mediante alcune di queste figure, in secondo luogo, si può rinvenire una precisa connessione tra la teorizzazione individuale e l'innesto delle idee entro una dimensione "di movimento": basti pensare all'influenza delle argomentazioni di Sarah M. Grimké sulla *Convenzione di Seneca Falls* e sul successivo movimento suffragista. Quest'ultimo, peraltro, si combina *ab origine* quasi sempre, così negli Stati Uniti, in

Giolo, *Jane Austen è femminista. La critica di genere nell'ottica dei Feminist Law and Literature Studies*, in M.G. Bernardini, O. Giolo (a cura di), *Critiche di genere. Percorsi su norme, corpi e identità nel pensiero femminista*, Aracne, Roma 2015, pp. 31-56.

<sup>71</sup> Quel che per esempio de Gournay condivide «with other thinkers of *Querelle des Femmes* such as the 15<sup>th</sup> century writer Christine de Pizan, leads her to claim women's right to education – not just any kind of education, but a quality education that allows them to be independent, free, and also to have the possibility to choose their life path under the same conditions as men» (J. Kelly, *Early Feminist Theory and the Querelle des Femmes, 1400-1789*, cit.). L'educazione è la chiave di ogni questione femminile presa sul serio: per un'attestazione, assai ben documentata, si vedano – a titolo esemplificativo – i già menzionati studi di Alessandro Serpe, *Le ali fragili di Mathilde Fibiger*, cit., p. 46, e di S. Vantin, *Il diritto di pensare con la propria testa*, cit. Per un excursus in chiave giusfilosofica si veda anche S. Vantin, *Prospettive di genere. L'educazione da attività filantropica a diritto universale*, in «La società degli individui», 58 (2017), pp. 43-55.

<sup>72</sup> Sul punto si veda, da ultimo, A. Cavaliere, *La rivoluzione incompiuta. Il rapporto controverso tra femminismo e diritti sociali*, in «Ragion Pratica», 2 (2019), pp. 563-588.

<sup>73</sup> Cfr., oltre al già citato testo di A. Facchi, *Breve storia dei diritti umani*, M.C. Barranco Avilés, *Feminismos del siglo XX*, in F.J. Ansuátegui Roig, J.M. Rodríguez Uribe, G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García (coord.), *Historia de los derechos fundamentales*, vol. 4, t. 2, Dykinson, Madrid 1998 («Ideologías políticas y Derechos Humanos en el siglo XX»), pp. 731-772. Utili spunti sono contenuti anche in D.C. Fernández Matos, *Evolución histórica de los derechos humanos de las mujeres*, in F. Pattaro Amaral, M.N. González Martínez (comps.), *Género y Ciencias sociales. Arqueología y cartografías de fronteras*, Ediciones Universidad Simón Bolívar, Barranquilla 2015, pp. 87-136.

Inghilterra e in Francia, con l'abolizionismo: due storie inizialmente connesse che meriterebbero di essere indagate entro una chiave, appunto, di storia della filosofia del diritto<sup>74</sup>.

In terzo luogo, la lettura degli scritti di queste pensatrici nascoste consente di rileggere, problematizzandone alcuni aspetti, alcuni classici: dagli esempi che abbiamo addotto Hobbes, ma pure Montaigne, Blackstone e Burke, o ancora lo stesso John Stuart Mill<sup>75</sup>.

Risulta così possibile ampliare – oltre allo sguardo sulla storia della filosofia del diritto – anche i profili metodologici da cui abbiamo preso le mosse, nonché i riferimenti stessi alla metafora dei marinai dell'*incipit* di questo scritto. Il lavoro di esplorazione e ricognizione può essere condotto alla luce di una precisa consapevolezza: «Una storia di cui le donne siano protagoniste è sempre la storia di un rapporto e di uno scontro, di un ordine e della sua contestazione, e impone una complessiva riconsiderazione dei termini attraverso i quali quell'ordine ha giustificato sé stesso»<sup>76</sup>.

In altri termini, rendere visibili le donne, nonché le figure che ne hanno rivendicato la piena e concreta soggettività giuridica e politica

---

<sup>74</sup> Come ha suggerito Orsetta Giolo: *Sulla libertà delle donne*, in «La società degli individui», 58 (2017), pp. 11-21. A Sarah M. Grimké, per richiamare una figura emblematica sul piano della teorizzazione di questi profili, i due grandi muri, quello della schiavitù e quello della discriminazione sessuale, apparivano un tutt'uno, essendo la loro edificazione riconducibile alla logica di fondo del dominio, della sopraffazione e dello sfruttamento. Alienato è lo schiavo, alienata è la donna privata dell'accesso al 'sacrosanto' suffragio universale, privata del diritto di partecipazione alla cosa pubblica (e di parlare in pubblico) e, come nel caso biografico dell'autrice stessa, privata dell'opportunità di conseguire studi accademici. Gli schiavi e le donne, insomma, in questo contesto, sono visti nella stessa condizione di alienazione, privati della possibilità di avere una voce, di essere *visibili*.

<sup>75</sup> Da questo punto di vista è per esempio interessante la correlazione che Eileen Hunt Botting individua tra Wollstonecraft e Mill con riferimento alla teorizzazione sui diritti umani: *Wollstonecraft, Mill, and Women's Human Rights*, Yale University Press, New Haven 2016.

<sup>76</sup> P. Rudan, *Riscrivere la storia, fare la storia. Sulla donna come soggetto in Christine de Pizan e Margaret Cavendish*, cit., p. 21.

significa cogliere la «*lotta cognitiva* sul senso delle cose del mondo e in particolare delle realtà sessuali» per la quale, osserva Bourdieu, «c'è sempre posto» («per quanto sia stretta la corrispondenza tra le realtà o i processi del mondo naturale e i principi di visione e di divisione a essi applicati»<sup>77</sup>).

Pertanto, il tentativo di una nuova costruzione, quale quello ipotizzato con riferimento alla metafora di Neurath, può essere dunque perseguito, ricorrendo ancora alla medesima metaforologia marina, «non solo con materiali di scarto da altre navi tentate, riutilizzati e frutto di precedenti, falliti tentativi; ma anche di materiali del tutto altri, cioè non provenienti da precedenti naufragi, ma in braccio al mare perché portati da correnti, onde e venti». Si può trattare di materiali ancora grezzi, «almeno in origine, o semilavorati, comunque non già utilizzati per vari o navigazioni riflessive»: quel che è certo è che si tratta di materiali che vanno, prima di tutto, visti e poi raccolti con cura. Seguendo questo approccio la «ri-strutturazione può dunque mescolarsi a una strutturazione che certamente non sarà mai nuova o originaria, ma neppure necessariamente l'ennesima»<sup>78</sup>.

---

<sup>77</sup> P. Bourdieu, *Il dominio maschile*, cit., p. 22.

<sup>78</sup> L. De Fiore, *Anche il mare sogna. Filosofie dei flutti*, Editori internazionali riuniti, Roma 2013, p. 226.

# APPUNTI PER UNA RIFLESSIONE ‘DISCRONICA’ SU POTERE E OBEDIENZA: DA ARENDT A EPICURO

Lorenzo Milazzo

## *Abstract*

In this article, I will discuss some established positions on “modernity” and “tradition”. My hypothesis is that 1) the ways in which political power has legitimised itself, in different ages, have constant characteristics; 2) these ways are related to the very logic of the concept of political power.

## *Keywords*

Political power; Authority; Violence; Modernity; Tradition.

## **1. Una premessa, in prima persona...**

Siamo ormai tutti consapevoli del rischio che si corre quando si presentano le idee delle quali si vuole fare la storia come «grandezze costanti pronte ad articolarsi in figure storiche diverse, senza modificare il loro nucleo»<sup>1</sup>. Semmai oggi tendiamo a trascurare troppo spesso che le ‘età’ variano al variare dei ‘concetti’, e che le une e gli altri non sono che

---

<sup>1</sup> R. Koselleck, *Vergangene Zukunft. Zur Semantik geschichtlicher Zeiten*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1979; tr. it. di A Marietti Solmi, *Futuro passato. Per una semantica dei tempi storici*, Marietti, Genova 1986, p. 96.

«strumenti del pensiero»<sup>2</sup>, categorie delle quali ci avvaliamo per interpretare fatti ed eventi che non hanno altro significato se non quello che conferiamo loro agendo e interpretando il nostro e l'altrui agire.

Max Weber lo chiarì forse meglio di ogni altro<sup>3</sup> e Norberto Bobbio lo insegnava ancora negli anni Ottanta del secolo passato quando osservava, ad esempio, che «chi ritiene che possa parlarsi di Stato solo a proposito degli ordinamenti politici di cui hanno trattato Bodin o Hobbes o Hegel, si comporta in questo modo perché vede più le discontinuità che le continuità, più le differenze che le analogie. Chi parla indifferentemente di Stato sia per lo Stato di Bodin sia per la *πόλις* greca, vede più le analogie che le differenze, più le continuità che le discontinuità»<sup>4</sup>.

Tutto dipende, notava Bobbio, dalla determinazione del concetto, e aveva ragione, perché non si può fare la storia di un concetto, né *paradossalmente* si può stabilire se esso abbia o meno una storia, se prima non lo si è determinato<sup>5</sup>.

---

<sup>2</sup> D. Greaber, *Fragments of an Anarchist Anthropology*, Prickly Paradigm Press, Chicago 2014; tr. it. di A. Prunetti, *Frammenti di antropologia anarchica*, Elèuthera, Milano 2015, p. 47.

<sup>3</sup> Cfr. M. Weber, *Die "Objektivität" sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», XIX (1904), pp. 22-87; tr. it., *L'oggettività conoscitiva della scienza sociale e della politica sociale*, in Id., *Il metodo delle scienze storico-sociali*, a cura di P. Rossi, Einaudi, Torino 2003, in particolare pp. 59 e ss.

<sup>4</sup> N. Bobbio, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 1995, pp. 59-60.

<sup>5</sup> Come è noto, secondo Nietzsche «definibile è soltanto ciò che non ha storia» (F. Nietzsche, *Zur Genealogie der Moral. Eine Streitschrift*, Naumann, Leipzig 1887; tr. it. di F. Masini, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Adelphi, Milano 2017, p. 69. Cfr. R. Koselleck, *Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung*, in W. Conze (hrsg.), *Theorie der Geschichtswissenschaft und Praxis des Geschichtsunterrichts*, Klett, Stuttgart 1972 e ora in R. Koselleck, *Begriffsgeschichten. Studien zur Semantik und Pragmatik der politischen und sozialen Sprache*, Suhrkamp, Frankfurt a. M. 2006, p. 374; G. Duso, *Storia dei concetti come filosofia politica*, in «Filosofia politica», XI (1997), 3 e ora in Id., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica* (1999), Polimetrica, Milano 2007, pp. 22 e ss.; S. Chignola, *Aspetti*

Che senso ha chiedersi, ad esempio, se vi sia o meno una teoria dei diritti soggettivi in Francisco de Vitoria, se non si è stabilito, prima, che cosa si intende per “diritto soggettivo”? Che senso ha chiedersi se per Aristotele o per Epicuro gli esseri umani hanno il libero arbitrio, se prima non si chiarisce cosa si intende per “libero arbitrio”?<sup>6</sup> O ancora, e più chiaramente, come si può concludere che prima della modernità non vi fosse ‘potere’ bensì ‘governo’, se non si ha ben chiaro in mente cosa si intende rispettivamente per ‘potere’ e per ‘governo’?<sup>7</sup>

Gli appunti che seguono sono stati presi raccogliendo materiali e idee per una storia del potere politico, o meglio, più modestamente (si fa per dire...), di una sua certa *rappresentazione* filosofico-giuridica. Una storia, il lettore merita di essere rassicurato, che non avrò mai la sfrontatezza di scrivere davvero e la cui fine in ogni caso neppure si intravede. Perciò mi è sembrato opportuno condividere questi appunti, nella speranza che la ricerca in sé possa risultare di qualche interesse al di là dei suoi eventuali risultati.

Andando in cerca di una determinazione del concetto di ‘potere politico’ adeguata alle finalità teoriche che mi prefiggevo, benché ancora forse non del tutto consapevolmente, sono tornato sul corso che Michel Foucault tenne nel 1976 al Collège de France e che fu poi pubblicato con

*della ricezione della Begriffsgeschichte in Italia*, in S. Chignola, G. Duso (a cura di), *Sui concetti giuridici e politici della Costituzione dell'Europa*, FrancoAngeli, Milano 2010, pp. 89-90.

<sup>6</sup> Cfr., d'altra parte, E. Spinelli e F. Verde, *Alle radici del libero arbitrio? Aporie e soluzioni nelle filosofie ellenistiche*, in M. De Caro, M. Mori e E. Spinelli (a cura di), *Libero arbitrio. Storia di una controversia filosofica*, Carocci, Roma 2014, secondo i quali «sarebbe pretesa vana, metodologicamente scorretta e anacronistica, interrogare le pagine di un Epicuro o quelle di un Crisippo o i poveri resti del pensiero di un Carneade avendo già ben chiaro e operante un precostituito concetto, ad esempio quello moderno, di libero arbitrio» (ivi, p. 60). Cfr. anche C. Natali, *Introduzione*, in Alessandro di Afrodisia, *Il destino. Trattato sul destino e su ciò che dipende da noi. Dedicato agli imperatori*, Academia Verlag, Sankt Augustin 2009<sup>2</sup>, p. 16, nota 14.

<sup>7</sup> Cfr., ovviamente, G. Duso, *Fine del governo e nascita del potere*, in «Filosofia politica», VI (1992), 3, ora Id., *La logica del potere*, cit., pp. 83 e ss.

il titolo *Bisogna difendere la società* e sullo scritto di Hannah Arendt di qualche anno prima *Sulla violenza*, confidando di potervi trovare la descrizione più efficace della rappresentazione del potere sulla quale ritenevo di volermi soffermare, proprio perché sia Arendt che Foucault, anche se per ragioni contrastanti, avevano avvertito chiaramente l'esigenza di mettere in discussione l'egemonia di quella rappresentazione per accedere a una più «profonda comprensione dell'esperienza del potere»<sup>8</sup>.

Benché non vi abbia trovato in realtà quel che cercavo, rileggerli insieme criticamente mi ha consentito di pervenire a una ridefinizione di “potere politico” che molto probabilmente in Weber (e in chissà quanti altri...) era già più o meno esplicitamente formulata. Una ridefinizione nella quale autorità e potere coercitivo si combinano in una sintesi coerente che permette di individuare piuttosto chiaramente l'insieme delle pratiche sulle quali mi premeva richiamare l'attenzione.

È stato possibile a questo punto ipotizzare che il concetto di potere politico cui ero pervenuto fosse un concetto di tipo “tradizionale”, ossia uno di quei concetti ai quali corrispondono «correlati empirici» anche nell'età antica e in quella intermedia, oltre che nella situazione attuale<sup>9</sup>, e che le modalità con le quali, di volta in volta, si è tentato di legittimare *razionalmente* il potere politico abbiano caratteristiche costanti che dipendono dalla ‘natura’ stessa del concetto.

«Praticare impunemente» la ‘discronia’<sup>10</sup> è sembrato necessario tanto per verificare questa ipotesi quanto, a maggior ragione, per falsificarla.

---

<sup>8</sup> S. Forti, *I nuovi demoni. Ripensare oggi male e potere*, Feltrinelli, Milano 2012, p. 139. Cfr. P.P. Portinaro, *Il lessico del potere. L'arte di governo dall'antichità alla globalizzazione*, Carocci, Roma 2021, p. 47.

<sup>9</sup> R. Koselleck, *Futuro passato*, cit., pp. 99-100. Sulla distanza che separa la *Begriffsgeschichte* koselleckiana dalle sue «declinazioni» italiane cfr. L. Scuccimarra, *Storia dei concetti ed ermeneutica epocale. Su alcune declinazioni della Begriffsgeschichte in Italia*, in M.L. Lanzillo-R. Laudani (a cura di), *Figure del potere. Saggi in onore di Carlo Galli*, il Mulino, Bologna 2020, pp. 181-196.

<sup>10</sup> Come osserva una/uno dei due valutatori, a cui va tutta la mia gratitudine e alle cui osservazioni preziosissime si deve questa premessa.

Altrove ho avuto modo di soffermarmi diffusamente sulle relazioni intercorrenti fra l'intellettualismo aristotelico-tomistico e la dottrina politica hobbesiana, rilevando, laddove generalmente si ritiene possibile osservare più chiaramente la frattura che separerebbe la 'modernità' dalla 'tradizione', continuità e intrecci argomentativi sorprendenti che sembrerebbero comprovare l'ipotesi piuttosto che falsificarla.

Gli appunti che seguono si concentrano invece prevalentemente, nella loro parte conclusiva, sulla dottrina della giustizia di Epicuro, nella quale motivi eudemonistici d'indole schiettamente platonica e aristotelica si legano a elementi contrattualistici non estranei alla tradizione classica i quali, d'altra parte, si rivelano incapaci di sostenere il peso dell'obbligazione giuridica e politica senza appoggiarsi a loro volta, ancorché in modo incerto e non risolutivo, a presupposti antropologici tradizionali e ad argomenti consueti della filosofia politica platonica poi ripresi e sviluppati da Aristotele, dei quali a quanto pare, quasi duemila anni dopo, neppure Hobbes ancora poteva fare del tutto a meno.

## 2. Potere, autorità, violenza

Secondo Foucault «la filosofia del diritto» avrebbe insignito Hobbes del «titolo senatoriale di padre della filosofia politica»<sup>11</sup> – guardandosi bene, a quanto pare, dal riconoscere in lui il suo stesso padre – in considerazione degli alti servigi che le avrebbe reso erigendo il suo Leviatano a difesa della «teoria dello stato»<sup>12</sup> e del «discorso filosofico-giuridico»<sup>13</sup>, contro un «discorso storico-politico» che avrebbe ravvisato nella guerra una «relazione sociale permanente» e il «sostrato incancellabile di tutti i

---

<sup>11</sup> M. Foucault, *“Il faut défendre la société”*. Cours au Collège de France. 1976, Édition établie, dans le cadre de l'Association pour le Centre Michel Foucault, sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par M. Bertani e A. Fontana, Seuil/Gallimard, Paris 1997; ed. it., *Bisogna difendere la società*, Feltrinelli, Milano 2009, p. 88.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> Ivi, p. 55.

rapporti e di tutte le istituzioni di potere»<sup>14</sup>. Eliminando la guerra «dalla genesi della sovranità»<sup>15</sup>, Hobbes avrebbe voluto indurre a credere che «i diritti legittimi della sovranità» e «l'obbligazione legale all'obbedienza»<sup>16</sup> non sono mai fondati «su rapporti di forza [...] reali, storici e immediati»<sup>17</sup>, ma sulla «volontà impaurita»<sup>18</sup> dei sudditi e sugli impegni che essi stessi hanno volontariamente assunto<sup>19</sup>.

Un lettore *enragé* potrebbe forse avere l'impressione che tre secoli più tardi Arendt prosegua con altri mezzi la lotta di Hobbes contro gli epigoni dello «storicismo politico», il cui discorso alla fine degli anni Sessanta alimentava, fra le altre, le rivendicazioni «violente» degli studenti neri del Black Power – che secondo Arendt, va ricordato, avevano soltanto il fine di abbassare il «livello accademico» di università alle quali la maggior parte di loro era stata ammessa senza avere i requisiti necessari<sup>20</sup> – inducendo, per altro verso, «il potere accademico a mostrarsi più remissivo con le [loro] richieste [...], anche se chiaramente assurde

---

<sup>14</sup> Ivi, p. 48.

<sup>15</sup> Ivi, p. 86.

<sup>16</sup> Ivi, p. 31.

<sup>17</sup> Ivi, p. 84.

<sup>18</sup> Ivi, p. 88.

<sup>19</sup> Cfr. A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello stato. Elementi di analisi e interpretazione* (1962), prefazione di E. Resta, postfazione di E. Rigo, Giappichelli, Torino 2009, p. 162: «Hobbes vede nel problema dello Stato, prima che un problema di potere, un problema di autorità. È possibile spiegare, in termini che non siano di pura descrizione fattuale, l'esistenza dello Stato: spiegare, cioè, oltre che sotto l'aspetto della forza o della regolarità dei comportamenti, il rapporto di comando e di obbedienza che costituisce il dato fondamentale del rapporto politico? [...] La spiegazione proposta da Hobbes si presenta come un tutto rigoroso e coerente, in cui le conseguenze più estreme sono tratte con logica implacabile da poche, fondamentali premesse circa la natura dell'uomo e la sua capacità di conoscere e di operare».

<sup>20</sup> H. Arendt, *On Violence*, Harcourt, Brace & World, New York 1970; tr. it. di A. Chiaruttini, *Sulla violenza*, Mondadori, Milano 1971, p. 28. Cfr. anche, ivi, p. 98 e E. Young-Bruehl, *Hannah Arendt: For Love of The World*, Yale University Press, New Haven-London 1982; tr. it. di D. Mezzacapa, *Hannah Arendt 1906-1975. Per amore del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino 1990, pp. 465 e ss.

ed eccessive, che con le rivendicazioni dei ribelli bianchi, pur se disinteressate e di solito altamente morali»<sup>21</sup>. Del resto, che altro ci si sarebbe dovuto attendere in un simile contesto, nel quale pressoché tutti, «dalla destra alla sinistra, da Bertrand de Jouvenel a Mao Tse-tung», sembravano avere dimenticato la fondamentale differenza che intercorre fra il «potere» e la «violenza»<sup>22</sup>.

Benché nella modernità avesse finito per imporsi ovunque la tradizione deteriore alla quale si doveva questa confusione (alla cui diffusione, in realtà, per Arendt avrebbe contribuito la stessa dottrina politica hobbesiana)<sup>23</sup>, sarebbe esistita un tempo anche «un'altra tradizione», nella quale l'essenza del «concetto del potere e della legge [...] non si fondava sulla relazione comando-obbedienza» e «potere e norma o legge e comando» non erano identificati<sup>24</sup>.

Richiamandosi a questa tradizione – proprio come avevano fatto, prima di lei, «i rivoluzionari del XVIII secolo quando [erano andati] a rovistare negli archivi dell'antichità per costituire una forma di governo, la repubblica, in cui il dominio della legge, fondandosi sul potere del popolo, ponesse fine al dominio dell'uomo sull'uomo»<sup>25</sup> – Arendt ravvisa, come è noto, nel potere «la capacità umana non tanto di agire, quanto di agire di concerto»<sup>26</sup>, facendo per converso della «capacità dell'uomo di

<sup>21</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 26.

<sup>22</sup> Ivi, p. 48.

<sup>23</sup> Ivi, p. 49. Cfr. C. Galli, *Strauss, Voegelin, Arendt lettori di Thomas Hobbes: tre paradigmi interpretativi della forma politica della modernità*, in G. Duso (a cura di), *Filosofia politica e pratica del pensiero. Eric Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt*, FrancoAngeli, Milano 1988, pp. 44 e ss. e S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica* (1996), Bruno Mondadori, Milano 2006, pp. 143 e ss.

<sup>24</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 51. Cfr. S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., p. 309. Sulla lettura arendtiana di Montesquieu, in particolare, si può vedere Th. Casadei, *Il senso del 'limite'. Montesquieu nel pensiero di Hannah Arendt*, in D. Felice (a cura di), *Montesquieu e i suoi interpreti*, Ets, Pisa 2005, tomo II, pp. 805-838.

<sup>25</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 51.

<sup>26</sup> Ivi, p. 55. Cfr. J. Habermas, *Hannah Arendts Begriff der Macht*, in «Merkur», 1976, 341; tr. it., *La concezione comunicativa del potere in Hannah Arendt*, in «Comunità», XXXV

determinare la condotta dell'uomo»<sup>27</sup>, anche quando si attui attraverso relazioni di comando e obbedienza, una mera questione di violenza<sup>28</sup>.

Per la verità Arendt chiarisce che «quando diciamo di qualcuno che è “al potere” (“*in power*”) di fatto ci riferiamo alla sua investitura da parte di un certo numero di persone ad agire per loro conto»<sup>29</sup>, ma da queste ultime chi è “al potere” non sembra doversi attendere «obbedienza» bensì «appoggio», che, come ricorda Habermas, per Arendt «non è altro che la continuazione del consenso che inizialmente ha dato origine alle leggi»<sup>30</sup>.

(1981), 183, pp. 56-73 e S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., pp. 14 e ss. Come ha osservato Pier Paolo Portinaro, Arendt «definisce il suo concetto di politica facendo ricorso a una concezione puramente orizzontale del potere, prodotto dall'interazione discorsiva e pratica di individui liberi e eguali, interessati al bene pubblico, e rifiutando come non-politico quanto invece configuri una struttura verticale di potere, organizzata sul nesso comando-obbedienza e istituzionalizzata nel governo come forma di organizzazione degli affari pubblici» (P.P. Portinaro, *La politica come cominciamento e la fine della politica*, in *La pluralità irrepresentabile. Il pensiero politico di Hannah Arendt*, a cura di R. Esposito, QuattroVenti, Urbino 1987, p. 32. Cfr. anche Id., *Hannah Arendt e l'utopia della polis*, in «Comunità», XXXV, 1981, 183, p. 48 e *Il lessico del potere*, cit., p. 48). Secondo F. Menga, *La mediazione e i suoi destini. Profili filosofici contemporanei fra politica e diritto*, Ombre corte, Verona 2012, p. 148: «il potere arendtiano inteso, in quanto potere della comunità tutta, o anche di tutti nella comunità, assume una connotazione esclusivamente “orizzontale” o intransitiva, nel senso che qui esso non può essere inteso come passaggio da un soggetto all'altro, come nel caso, per esempio, della dinamica di transizione intersoggettiva e “verticale” di comando e obbedienza, bensì unicamente come capacità diffusa, comune, trasversale».

<sup>27</sup> M. Stoppino, *Potere e teoria politica*, ECIG, Genova 1982, p. 11 e Id., *Potere*, in N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di Politica* (1976), UTET, Torino 2004, p. 740. Cfr. P.P. Portinaro, *Il lessico del potere*, cit., p. 10.

<sup>28</sup> Cfr. S. Lukes, *Power: A Radical View* (1974), Palgrave MacMillan, New York 2005, p. 32 e S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., p. 303. Si veda anche A.A. Novellino, *Pensiero anarchico e questione criminale*, Tesi di dottorato, Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro - Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia, Catanzaro 2021, pp. 5 e ss.

<sup>29</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 55.

<sup>30</sup> Ivi, p. 5 e J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt a.M. 1992<sup>2</sup>, ed. it., *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. Ceppa, Laterza, Roma-Bari 2013, p. 168.

E benché riconosca «che forte è la tentazione di pensare il potere in termini di comando e obbedienza», Arendt ritiene di dovervi resistere anche quando si tratti del «potere di governo», perché crede che cedendovi si finirebbe indebitamente per «eguagliare il potere alla violenza»<sup>31</sup>.

Ne risulta una ridefinizione del tutto peculiare di 'potere', e del potere *politico* in particolare<sup>32</sup>, che lo discosta da ogni relazione di *comando* e di *obbedienza*<sup>33</sup> senza riuscire tuttavia a evitare che l'azione plurale che ne costituisce l'oggetto possa consistere nel sopraffare i singoli<sup>34</sup>, e che ne lascia le modalità peculiari d'esercizio indeterminate al punto che quando Arendt non può fare a meno di farvi riferimento deve tornare suo malgrado, nonostante il carattere «orizzontale» e «intransitivo» della capacità che vi ravvisa<sup>35</sup>, al 'modo imperativo' e al lessico corrispondente<sup>36</sup>.

Per quanto deprecabile possa apparirle la confusione fra potere e violenza, Arendt non è disposta a concedere alla «teoria dello stato» l'auto-revolezza che Hobbes (stando a Foucault, almeno) le aveva procurato,

<sup>31</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 59.

<sup>32</sup> Cfr. S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., pp. 302, 311-312 e M. La Torre, *Hannah Arendt and the Concept of Law. Against the Tradition*, in «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie», XCIX (2013), 3, p. 407.

<sup>33</sup> Cfr. A. Cavarero, *Democrazia sorgiva. Note sul pensiero politico di Hannah Arendt*, Cortina, Milano 2019, p. 16: «La parola politica, così come la usa la tradizione riferendosi al problema del governo o del potere, è infatti da Arendt considerata indebita e falsa nella misura in cui nasconde proprio l'esperienza originaria della polis e la soppianta [...]. Secondo la visione arendtiana, non c'è politica dove in gioco sono chi comanda e chi è comandato, chi governa e chi è governato».

<sup>34</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 63: «nella politica interna, la violenza ha la funzione di estrema risorsa del potere contro criminali e ribelli, cioè contro singoli individui che [...] rifiutano di venir sopraffatti dal consenso della maggioranza».

<sup>35</sup> Cfr., *supra*, nota 26.

<sup>36</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 60: «in un contesto di violenza contro violenza la superiorità del governo è sempre stata assoluta: ma tale superiorità permane soltanto finché la struttura di potere del governo (*the power structure of the government*) è intatta – cioè fintanto che si obbedisce agli ordini e l'esercito e le forze di polizia sono preparate a usare le loro armi». Cfr. J. Habermas, *Fatti e norme*, cit., p. 169 e G. Preterossi, *Autorità*, il Mulino, Bologna 2002, p. 162.

ed è forse anche per questo che implicitamente rifiuta di distinguere tra potere *coercitivo* e violenza, ben sapendo che il primo si esercita minacciando di fare ricorso alla seconda<sup>37</sup>. Ma escludendo che la relazione di comando e di obbedienza possa essere descritta come relazione di potere senza eguagliare, per ciò solo, il potere alla violenza, Arendt finisce forse per trascurare il fatto che esistono relazioni di comando e di obbedienza che si basano su presupposti del tutto differenti dalla minaccia dell'uso della forza, per contraddistinguere le quali potrebbe forse essere opportuno dire che si 'obbedisce' a qualcuno *in senso stretto* quando si fa quello che comanda perché si crede di dover fare quello che domanda<sup>38</sup>.

Arendt non si discosta dagli usi linguistici comuni quando osserva che una simile obbedienza non è dovuta che all'*autorità*, la cui caratteristica peculiare dovrebbe cercarsi proprio nel «riconoscimento indiscusso da parte di coloro a cui è richiesto di obbedire», senza che sia «necessaria alcuna coercizione né persuasione»<sup>39</sup>. Ma sebbene ammetta che «il potere istituzionalizzato appare spesso, nelle comunità organizzate, sotto la forma dell'*autorità*»<sup>40</sup>, diversamente ad esempio da Weber non sembra disposta affatto a considerare quest'ultima una forma pe-

---

<sup>37</sup> Come nota tuttavia M. Stoppino, *Violenza*, in N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di Politica*, cit., p. 1034: «la distinzione fra violenza in atto e minaccia della violenza [...] è importante: poiché nei rapporti di potere coercitivo la violenza interviene, sotto forma di punizione, quando la minaccia non ha raggiunto il suo scopo, e sanziona perciò in quel caso il fallimento del potere». Cfr. anche M. Stoppino, *Potere e teoria politica*, cit., p. 16 e p. 162 e *Potere*, cit., p. 741.

<sup>38</sup> Cfr. A. Schiavello, *Autorità*, in M. Ricciardi, A. Rossetti e V. Velluzzi (a cura di), *Filosofia del diritto. Norme, concetti, argomenti*, Carocci, Roma 2015, p. 56 e R.P. Wolff, *In Defense of Anarchism* (1970), University of California Press, Berkeley 1998<sup>2</sup>; tr. it. di G. Accolti Gil e A. Bertolo, *In difesa dell'anarchia*, Elèuthera, Milano 2020, p. 47.

<sup>39</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 57. Cfr. ad esempio H.L.A. Hart, *Commands and Authoritative Reasons*, in Id., *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford 1982, p. 258, ma anche M. Stoppino, *Potere e teoria politica*, cit., pp. 76-77 (Id., *Autorità*, in N. Bobbio, N. Matteucci e G. Pasquino [a cura di], *Dizionario di Politica*, cit., pp. 60-61) e R.P. Wolff, *In difesa dell'anarchia*, cit., pp. 40 e ss.

<sup>40</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 58.

culiare di *potere*<sup>41</sup>. Forse anche per questo nella filosofia politica arendtiana, ammesso che sia possibile ridurla ad una sintesi coerente, i contorni dell'autorità sfumano nell'opposizione fra i poli opposti di potere e violenza, fra i quali essa sembra destinata a oscillare senza costruito tanto che, a quanto pare, la modernità avrebbe potuto addirittura farne a meno<sup>42</sup>. Benché sia chiaro, in ogni caso, che «l'autorità esige sempre obbedienza»<sup>43</sup>, è altrettanto chiaro che per Arendt di essa non richiede la sua forma «più immediata e perfetta», che a suo avviso può nascere soltanto dalla canna del fucile<sup>44</sup>.

---

<sup>41</sup> M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, hrsg. von J. Winckelmann, Mohr, Tübingen 1972<sup>5</sup>; tr. it. di T. Baggiotti, F. Casablanca e P. Rossi, *Economia e società. I. Teoria delle categorie sociologiche*, introduzione di P. Rossi, Edizioni di Comunità, Milano 1995, p. 207. Si veda, nella prima edizione dell'opera, *Wirtschaft und Gesellschaft (Grundriss der Sozialökonomik III. Abteilung)*, J.C.B. Mohr-Paul Siebeck, Tübingen 1922, p. 122. Cfr. A. Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello stato*, cit., pp. 17-18; N. Bobbio, *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della politica* (1966), a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino 2020, p. 67; M. Stoppino, *Potere e teoria politica*, cit., pp. 11-41 e pp. 71-102 nonché, più recentemente, M. Palma, *Il dominio in Weber. La parola e gli elementi*, in «Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto», 2020, 1, pp. 79-110 e F. Ferraresi, *Potere e soggettivazione in Max Weber e Michel Foucault*, in M.L. Lanzillo-R. Laudani (a cura di), *Figure del potere*, cit., pp. 78-79. Su «potere» e «autorità» in Arendt si vedano almeno L. Bazzicalupo, *Hannah Arendt. La storia per la politica*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1995, pp. 208 e ss. e S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., pp. 201 e ss., secondo la quale «il contenuto del *power* arendtiano [...] si qualifica proprio nel distinguersi e nell'opporci alla *Herrschaft* weberiana» (ivi, p. 302).

<sup>42</sup> H. Arendt, *What Was Authority?* (1958), in Ead., *Between Past and Future: Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, New York 1961; tr. it. di T. Gargiulo, *Che cos'è l'autorità?*, in Ead., *Tra passato e futuro*, introduzione di A. Dal Lago, Garzanti, Milano 1991, pp. 130 e ss. Cfr. C. Galli, *Hannah Arendt e le categorie politiche della modernità* e P.P. Portinaro, *La politica come cominciamento e la fine della politica*, entrambi in R. Esposito (a cura di), *La pluralità irrepresentabile*, cit., p. 20 e pp. 33-34, nota 11.

<sup>43</sup> H. Arendt, *Che cos'è l'autorità*, cit., p. 132.

<sup>44</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 66. Cfr. S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., p. 311.

Ma in questo modo Arendt finisce forse per sottovalutare la rilevanza specifica che all'autorità è stata attribuita dalla rappresentazione «giuridico-politica»<sup>45</sup> che nonostante tutto continua a costituire «il codice con cui [il potere] si presenta e con cui ordina che lo si pensi»<sup>46</sup>, come del resto appare ampiamente confermato dalla teoria del diritto del secolo passato, la quale per la verità non sembra sia mai stata neanche sfiorata dall'idea che il potere possa essere confuso con la violenza.

Alf Ross, ad esempio, dopo aver rilevato, seguendo Hans Kelsen, che «il rapporto delle norme giuridiche con la forza sta nel fatto che le norme concernono l'applicazione della forza e non che esse sono sanzionate dalla forza»<sup>47</sup>, ne desumeva *realisticamente* la conclusione che le direttive del potere politico non sarebbero osservate se non fosse viva e attiva, nella mente dei giudici e degli altri funzionari dello stato, una specifica «ideologia politica» che li induca ad applicarle, «indipendentemente dal fatto [...] che possano essere approvate come moralmente corrette o giuste», anche quando non siano né possano essere costretti a farlo<sup>48</sup>. E assai significativamente H.L.A. Hart considerava necessario

---

<sup>45</sup> M. Foucault, *La volontà di sapere*, Gallimard, Paris 1976; tr. it. di P. Pasquino e G. Procacci, *La volontà di sapere. Storia della sessualità 1*, Feltrinelli, Milano 2010, pp. 73, 78.

<sup>46</sup> Ivi, p. 78. Cfr. Y.C. Zarka, *Foucault et le concept non juridique du pouvoir*, in «Cités», 2000, 2, *Michel Foucault: de la guerre des races au biopouvoir*, p. 47; P. Napoli, *Le arti del vero. Storia, diritto e politica in Michel Foucault*, La Città del Sole, Napoli 2002, p. 303; A. Dilts, *Law*, in L. Lawlor, J. Nale (Eds.), *The Cambridge Foucault Lexicon*, Cambridge University Press, New York 2014, p. 244. Come Alexandre Kojève scriveva in *La nozione di autorità*, «in tutta evidenza, è impossibile trattare del potere politico e della struttura stessa dello Stato senza sapere che cosa è l'Autorità in quanto tale» (A. Kojève, *La notion de l'autorité*, Gallimard, Paris 2004; ed. it., *La nozione di autorità*, a cura di M. Filoni, Adelphi, Milano 2011, p. 13).

<sup>47</sup> A. Ross, *On Law and Justice*, Steven & Sons, London 1958; ed. it., *Diritto e ingiustizia*, a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino 2001, p. 52.

<sup>48</sup> Ivi, pp. 53-54. Cfr. F. Riccobono, *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 2021, pp. 134-135. Più in generale, come è noto, secondo Ross un ordinamento giuridico 'vigente' (*Gældende*)

per l'esistenza di un ordinamento, per un verso che, *per una ragione o per l'altra*, siano generalmente *osservate* dai privati le sue norme di comportamento e, per altro verso, che siano *accettate* dai funzionari dello stato le sue norme di riconoscimento, di mutamento e di giudizio<sup>49</sup>.

Non deve stupire, d'altra parte, che proprio Arendt sposti l'attenzione sull'attitudine all'obbedienza di polizie ed eserciti e sulla loro disponibilità a usare le armi quando ricevano l'ordine di farlo. Per Arendt «dove non si obbedisce più agli ordini, i mezzi di violenza sono inutili» perché «tutto dipende dal potere che sta dietro la violenza»<sup>50</sup>, almeno finché non saranno inventati «robot soldati» grazie ai quali un solo uomo «potrà distruggere chiunque voglia con la semplice pressione di un pulsante»<sup>51</sup>. Come assai chiaramente ha scritto Mario Stoppino, «anche nella società diretta nel modo più tirannico i governanti non possono fare a meno del consenso, se non di altri, dei membri dell'apparato specializzato all'impiego della violenza»<sup>52</sup>.

Arendt è convinta che, da qualche parte, per qualche breve momento, alcuni estimatori della politica ne abbiano colto la «vera natura»<sup>53</sup> ritenendo che essa cominciasse quando uscivano di casa – dopo essersi lavati via dalle mani il sangue versato per guadagnarsi la libertà di «sancire-un-ini-

consiste nell'«insieme delle norme effettivamente operanti nella mente del giudice perché egli le sente come socialmente vincolanti e perciò le osserva» (ivi, p. 34). Per una trattazione più ampia della questione rinvio a L. Milazzo, *Scienza giuridica e concetto di diritto in Diritto e giustizia*, in L. Milazzo e A. Porciello (a cura di), *Un dialogo su Alf Ross. Scienza giuridica, validità e concetto di diritto*, ETS, Pisa 2019, in particolare pp. 65-66.

<sup>49</sup> H.L.A. Hart, *The Concept Of Law*, Oxford University Press, London 1961; tr. it. di M. Cattaeo, *Il concetto di diritto*, introduzione di M. Cattaeo, Einaudi, Torino 1974, pp. 137-138.

<sup>50</sup> H. Arendt, *Sulla violenza*, cit., p. 61.

<sup>51</sup> Ivi, pp. 62-63.

<sup>52</sup> M. Stoppino, *Violenza*, cit., p. 1036 e Id., *Potere e teoria politica*, cit., p. 167. Cfr. anche, ivi, pp. 210, 213, 215.

<sup>53</sup> H. Arendt, *Was ist Politik? Fragmente aus dem Nachlass*, hrsg. von U. Ludz, Piper, München 1993; tr. it. di M. Bistolfi, *Che cos'è la politica?*, prefazione di K. Sontheimer, Einaudi, Torino 2006, p. 62.

zio-e-cominciare-qualcosa» coi loro pari<sup>54</sup>, da liberi fra liberi<sup>55</sup> – e finisse quando giungevano alle mura della *polis*, oltre le quali di nuovo subentrava violenza<sup>56</sup>. Ma sa anche, forse, di non potersi sottrarre a quella che Roberto Esposito considera la «domanda decisiva: l'origine della politica

---

<sup>54</sup> Ivi, p. 37. Cfr. L. Boella, *Hannah Arendt. Agire politicamente. Pensare politicamente*, Feltrinelli, Milano 1995, p. 120.

<sup>55</sup> H. Arendt, *Karl Marx and the Tradition of Western Political Thought* (1953), edizione a cura di J. Kohn, in «Social Research», LIX (2002), 2; ed. it., *Marx e la tradizione del pensiero politico occidentale*, a cura di S. Forti, Cortina, Milano 2016, pp. 50-51: «La politica nel senso greco del termine, che, in molte variazioni, è rimasto lo stesso per quasi tremila anni, iniziava con la liberazione dal lavoro. E ciò, come sappiamo, era possibile soltanto grazie all'istituzione della schiavitù. La schiavitù, per tanto, non faceva parte della politica greca, ma ne era la precondizione. Essa costituiva la condizione del *politeuèin*, di quell'attività che per i greci realizzava la vita del cittadino. Come tale, questa attività si basava sul dominio sugli schiavi, ma non era essa stessa segnata dalla divisione tra chi domina e chi è dominato. Per i greci, il dominio degli schiavi era una condizione prepolitica della politica». Cfr. anche, ivi, pp. 56, 63, 66, 84-85, 88-89 e *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago 1958; tr. it. di S. Finzi, *Vita attiva. La condizione umana*, introduzione di A. Dal Lago, Bompiani, Milano 2020, pp. 60-61: «Ciò che tutti i filosofi greci, anche se contrari alla vita della *polis*, tenevano per certo è che la libertà risiede esclusivamente nella sfera politica, mentre la necessità è soprattutto un fenomeno prepolitico, caratteristico dell'organizzazione domestica privata, e che la forza e la violenza sono giustificate in questa sfera perché sono i soli mezzi per aver ragione della necessità – per esempio, mediante il dominio sugli schiavi – e diventare liberi». Si vedano al riguardo almeno L. Boella, *Hannah Arendt*, cit., p. 126, pp. 129-130, p. 135, pp. 141-142; J. Butler, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 2015; tr. it. di F. Zappino, *L'alleanza dei corpi. Note per una teoria performativa dell'azione collettiva*, Nottetempo, Milano 2017, pp. 76-77, 123, 126-128; A. Cavarero, *Ombre aristoteliche sulla lettura arendtiana di Marx*, in H. Arendt, *Marx e la tradizione del pensiero politico occidentale*, cit., pp. 155-158 e Ead., *Democrazia sorgiva*, cit., p. 70 e pp. 82-86.

<sup>56</sup> H. Arendt, *On Revolution* (1963), Viking Press, New York 1965<sup>2</sup>; tr. it. di M. Magrini, *Sulla rivoluzione*, Edizioni di Comunità, Milano 1983, p. 41: «Al di là delle mura della *polis*, ossia al di là del campo della politica nel senso greco del termine, 'i forti facevano ciò che potevano, i deboli soffrivano ciò che dovevano' (Tucidide)». Cfr. anche H. Arendt, *Marx e la tradizione del pensiero politico occidentale*, cit., p. 87. Sul «carattere topologico del pensiero arendtiano» si veda L. Bazzicalupo, *Hannah Arendt*, cit., p. 126.

va intesa come qualcosa che, sia pure auroralmente, *già* faccia parte di essa e dunque necessariamente la caratterizzi, o come qualcosa che la preceda restandone fuori?»<sup>57</sup>. Tanto è vero che, pur ritenendo che guerre e rivoluzioni, le quali non sono «nemmeno concepibili fuori dal dominio della violenza», si trovino «al di fuori del campo politico in senso stretto», non può fare a meno di pensare che siano anch'esse, in qualche modo, «fenomeni politici»<sup>58</sup>. Se è vero, infatti, che per Arendt «coercizione e violenza, pur essendo sempre state mezzi per tutelare o fondare o ampliare lo spazio politico, non sono esse stesse politiche»<sup>59</sup>, è vero anche che, per quanto «la violenza *di per sé* non [sia] politica [...], è pur sempre ciò che la “fonda”, la “tutela” e la “amplia”. Vale a dire che l'accompagna lungo l'arco di tutta la sua estensione»<sup>60</sup>. Molto probabilmente Arendt ne era

---

<sup>57</sup> R. Esposito, *L'origine della politica. Hannah Arendt o Simone Weil?*, Donzelli, Roma 1996, p. 27. Ma si veda anche L. Bazzicalupo, *Hannah Arendt*, cit., p. 127 e pp. 180-181.

<sup>58</sup> H. Arendt, *Sulla rivoluzione*, cit., pp. 11-12.

<sup>59</sup> H. Arendt, *Che cos'è la politica?*, cit., p. 41.

<sup>60</sup> R. Esposito, *L'origine della politica*, cit., p. 45. Cfr. H. Arendt, *Marx e la tradizione del pensiero politico occidentale*, cit., p. 85: «La vita politica si basava sul dominio, ma il dominare e l'essere dominati non ne costituivano il contenuto». Poco oltre, nella stessa pagina: «L'eguaglianza universale non può coesistere con la libertà, intesa come la condizione prepolitica della vita politica, e con il dominio assoluto di quei lavoratori che permettono ai liberi cittadini di sfuggire alle necessità impellenti della vita biologica, almeno nella misura in cui queste richiedono all'uomo delle attività specifiche». Perciò secondo Arendt «l'eguaglianza universale, quando fece la sua comparsa come ineludibile richiesta di giustizia per tutti, come assetto politico e sociale dove tutti sono liberi e nessuno viene dominato, aveva tutti i tratti di una contraddizione in termini» (ivi, p. 99). Ma ciò significa che, come conclude Adriana Cavarero, per Arendt «lo schiavo è un elemento essenziale del discorso originario sul politico» (A. Cavarero, *Ombre aristoteliche sulla lettura arendtiana di Marx*, cit., p. 57). Se l'accostamento non risultasse urtante verrebbe da dire che, come in Schmitt «l'eguaglianza universale» è incompatibile con la *neutralizzazione* del politico, in Arendt essa appare incompatibile con la stessa possibilità della sua *affermazione*, nei significati divergenti che attribuiscono al 'politico'. Per qualche ulteriore riflessione al riguardo mi permetto di rinviare a L. Milazzo, *Perdere il tempo senza ritrovare lo spazio. Francisco de Vitoria secondo Carl Schmitt*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVII (2007), 1, pp. 77-97.

consapevole<sup>61</sup>. Certo era consapevole del fatto che qualcosa nella ‘politica’ fosse «andato storto», anzi, che ad andare storto fosse stata proprio la ‘politica’<sup>62</sup>: da quando, a partire da Platone<sup>63</sup>, il potere politico ha smesso di apparire un fine per il quale valesse la pena esercitare la violenza ed è a sua volta divenuto un «male necessario»<sup>64</sup>, la violenza si è collocata «al centro di ogni agire politico» tradendone il concetto<sup>65</sup>.

Non sorprende, pertanto, che sia la stessa Arendt a suggerire suo malgrado, implicitamente e come trattavi a forza dalla realtà dei fatti o, più probabilmente, dal peso della tradizione, che perché vi sia «potere di governo», ossia potere politico nel modo in cui ordinariamente lo si intende<sup>66</sup>, devono essere inclini a obbedire spontaneamente quanti

<sup>61</sup> Cfr. L. Boella, *Hannah Arendt*, cit., p. 142.

<sup>62</sup> H. Arendt, *Che cos'è la politica?*, cit., p. 144: «Quello che è andato storto è la politica, e cioè noi, per quanto esistiamo al plurale». Cfr. L. Boella, *Hannah Arendt*, cit., p. 11 e p. 100.

<sup>63</sup> Cfr., ad esempio, L. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., p. 302; T. Serra, *Virtualità e realtà delle istituzioni. Ermeneutica, diritto e politica in H. Arendt*, Giappichelli, Torino 1997, p. 138; A. Cavarero, *Democrazia sorgiva*, cit., pp. 18-19.

<sup>64</sup> H. Arendt, *Marx e la tradizione del pensiero politico occidentale*, cit., p. 99 e Ead., *Che cos'è la politica?*, cit., p. 23 e p. 52.

<sup>65</sup> H. Arendt, *Che cos'è la politica?*, cit., p. 60. Cfr. anche Ead., *Marx e la tradizione del pensiero politico occidentale*, cit., p. 51 e pp. 86-87. Si vedano al riguardo L. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., p. 310 e A. Cavarero, *Ombre aristoteliche sulla lettura arendtiana di Marx*, cit., pp. 149-150 e Ead., *Democrazia sorgiva*, cit., p. 26. Sul concetto arendtiano di «felicità pubblica», cfr. ivi, pp. 55 e ss.; O. Guaraldo, *Public Happiness: Revisiting an Arendtian Hypothesis*, in «Philosophy Today», LXIII (2018), 4, pp. 397-418; T. Serra, *Virtualità e realtà delle istituzioni*, cit., pp. 77 e ss. ma anche, e soprattutto, pp. 107 e ss., nonché ovviamente H. Arendt, *Action and the «Pursuit of Happiness»*, in *Politische Ordnung und Menschliche Existenz. Festgabe für Eric Voegelin zum 60. Geburtstag*, hrsg. von A. Dempf, H. Arendt und F. Engel, Janosi, München, Beck 1962; tr. it. di G. Rametta, *L'azione e la “ricerca della felicità”*, in G. Duso (a cura di), *Filosofia politica e pratica del pensiero*, cit., pp. 333-348 e *Sulla rivoluzione*, cit., pp. 124 e ss.

<sup>66</sup> Cfr. M. Stoppino, *Potere e teoria politica*, cit., p. 193: «quando si parla nel linguaggio comune di “potere politico” ci si riferisce, nella stragrande maggioranza dei casi e quasi invariabilmente, al potere di governo latamente inteso: che è appunto quel particolare tipo di potere che assume un'importanza primaria e centrale nel dominio della politica».

dispongano dei mezzi necessari a esercitare sugli altri efficacemente la violenza. Le sue conclusioni a questo riguardo appaiono, dunque, meno distanti di quanto possa sembrare da quelle, ben note, di Weber, che pure fu il «vero bersaglio» delle sue «distinzioni»<sup>67</sup>. Nessuno, infatti, vide forse più chiaramente di lui che «l'esercizio di qualsiasi potere che richieda un'amministrazione di tipo continuativo ha bisogno per un verso di poter contare sull'agire di uno specifico gruppo di persone disposte a obbedire a coloro che pretendono di essere investiti del potere legittimo, e per un altro verso di poter disporre, per mezzo di tale obbedienza, di quei beni oggettivi che sono all'occorrenza necessari per porre in essere l'esercizio della forza fisica»<sup>68</sup>.

Ora, per quanto chi ha in odio «il dominio dell'uomo sull'uomo» dovrebbe avere appreso che ci sono buone ragioni per diffidare anche del «dominio della legge», a maggior ragione quando sia fondato «sul potere del popolo», certo non è possibile decostruire l'ideologia che lo sostiene contrapponendole la rappresentazione del potere offerta dal discorso storico-politico del quale Foucault parlava, fra le molte altre cose, nel suo corso del 1976. Questa rappresentazione, infatti, risolvendo il potere nella violenza, finisce per generare a sua volta l'illusione che sia possibile emanciparsi dal potere quando in realtà non si fa che asservirsi a nuovi padroni, come capita frequentemente a chi crede che la posta in gioco non sia che l'esito di una battaglia, quando in realtà

---

<sup>67</sup> S. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., p. 306.

<sup>68</sup> M. Weber, *Politik als Beruf*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1919; tr. it. di F. Tuccari, *La politica come professione*, in Id., *La scienza come professione. La politica come professione*, introduzione di W. Schluchter, Einaudi, Torino 2004, p. 52 (ma si veda anche in *Scritti politici*, introduzione di A. Bolaffi, tr. it. di A. Coriolato e E. Fongaro, Donzelli, Torino 1998, p. 180). Riguardo al rapporto fra legittimità ed effettività in Weber cfr. N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, a cura di M. Bovero, Einaudi, Torino 1999, p. 80: «nessun ordinamento diventa legittimo per il solo fatto di essere effettivo, cioè di durare come ordinamento coattivo che ottiene obbedienza, ma al contrario un ordinamento è effettivo soltanto se può contare sulla legittimità del potere che lo ha costituito e continua a sostenerlo con i suoi comandi».

il problema sta più spesso nel principio che tiene uniti i ranghi negli opposti schieramenti<sup>69</sup>.

### 3. Una ridefinizione di “potere politico”

Nella rappresentazione che ne offre il discorso giuridico-politico, il potere *politico* assume la duplice forma dell'*autorità* e del *potere coercitivo*, perché solo grazie alla prima è possibile l'esercizio del secondo. Il potere politico si esercita *autoritativamente* sulla parte della comunità politica che è disposta ad obbedire, perché grazie alla sua obbedienza possa esercitarsi *coercitivamente* sui riottosi e i renitenti<sup>70</sup>.

Il potere politico, in questa rappresentazione, non è «potere bruto», ma neppure soltanto «potere deontico», come sostiene John Searle<sup>71</sup>, bensì l'una e l'altra cosa insieme<sup>72</sup>. È senz'altro vero che «il potere politico [...] è diverso dal potere militare, dal potere della polizia o dal bruto potere fisico che il più forte ha sul più debole»<sup>73</sup>, ma lo stesso Searle

---

<sup>69</sup> Sofocle, *Antigone*, tr. it. di F. Ferrari, in *Il teatro greco. Tragedie*, BUR, Milano 2009, p. 338: «No, a chiunque la città abbia affidato il potere, a costui si deve obbedienza nelle cose piccole e grandi, giuste o non giuste. [...] Non c'è male più grave dell'anarchia, che rovina le città, turba le famiglie, spezza i ranghi e provoca la fuga nel corso della battaglia».

<sup>70</sup> «Vi sono società politiche – ricorda Stoppino – nelle quali a un intenso consenso da parte di una esigua minoranza fa riscontro una dominazione sulla grande maggioranza basata in larga misura sulla forza e sulla coercizione» (M. Stoppino, *Potere e teoria politica*, cit., p. 215).

<sup>71</sup> J.R. Searle, *Ontologia sociale e potere deontico*, in P. Di Lucia (a cura di), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*, Quodlibet, Macerata 2004, p. 35: «Il potere del motore della mia automobile è un potere bruto. Invece i poteri che sono fatti istituzionali sono sempre una questione di diritti, doveri, obblighi, impegni, autorizzazioni, requisiti, permessi e privilegi. Si noti che tali poteri esistono solo in quanto siano ammessi, riconosciuti, o altrimenti accettati. Propongo di chiamare tutti i poteri del genere *poteri deontici*»; ivi, p. 38: «Tutto il potere politico è una questione di funzioni-di-status, e per questa ragione tutto il potere politico è potere deontico».

<sup>72</sup> F.E. Oppenheim, *Potere bruto e potere deontico. Una risposta a Searle*, in P. Di Lucia (a cura di), *Ontologia sociale*, cit., p. 105.

<sup>73</sup> J.R. Searle, *Ontologia sociale e potere deontico*, cit., p. 38.

intuisce chiaramente che il primo non può fare a meno del secondo: «il paradosso dell'autorità politica», secondo Searle, starebbe proprio nel fatto che essa «trova fondamento nell'accettazione collettiva, ma l'accettazione collettiva, quantunque non sia basata anch'essa sulla violenza può continuare a funzionare se e solo se c'è una permanente minaccia di violenza (ad opera dell'esercito o della polizia). Anche se il potere militare e il potere di polizia sono diversi dal potere politico non esiste né qualcosa come il governo, né qualcosa come il potere politico senza il potere della polizia e il potere militare»<sup>74</sup>. Questo paradosso, tuttavia, può forse essere evitato se si è disposti ad ammettere che il potere politico non si basa sulla «accettazione collettiva», bensì su quella di coloro che, di volta in volta, in un modo o nell'altro, siano in grado di esercitare efficacemente la violenza sulla parte restante della collettività.

Resta comunque il fatto che, perché il potere politico si stabilisca e sia efficace, è necessario che alcuni credano di dovere obbedire ad altri indipendentemente da quello che, di volta in volta, sia loro comandato e a prescindere dal fatto che possano essere costretti a farlo. La questione della *legittimità* del potere politico, dunque, coincide, in questa prospettiva, con quella della «forza vincolante» della norma che lo conferisce, ossia con la questione della sua validità, in una almeno delle possibili accezioni di «validità»<sup>75</sup>.

---

<sup>74</sup> Ivi, p. 37. Sulle relazioni complesse e non univoche che intercorrono fra accettazione, effettività e efficacia si veda E. Rippepe, *La questione della crisi del diritto e dello Stato come messa in questione dell'obbligazione giuridica e dell'obbligazione politica*, in Id., *Riforma della costituzione o assalto alla costituzione*, Cedam, Padova 2000, pp. 113 e ss.

<sup>75</sup> La letteratura al riguardo è tale e di tale rilevanza che non è possibile darne conto qui neanche sommariamente, ma ovviamente è indispensabile rinviare almeno a M. Weber, *Economia e società. I. Teoria delle categorie sociologiche*, cit., p. 29; H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.) 1945; tr. it. S. Cotta e G. Treves, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, prefazione di E. Gallo, introduzione di G. Pecora, Etas, Milano 2000, p. 30; A. Ross, *Validity and the Conflict between Legal Positivism and Natural Law*, in «Revista jurídica de Buenos Aires», 1961; tr. it., *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, in Id., *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, a cura di A. Febbrajo e R. Guastini, il Mulino,

Poiché, d'altra parte, come è ben noto, la validità può essere apprezzata da più punti di vista e in diversi modi, quando si dice che una norma è valida, generalmente (a) si sostiene che essa deve essere osservata, oppure (b) si constata che secondo alcuni dev'essere osservata o, ancora, (c) si rileva che, se si ritenesse di dover osservare una norma ulteriore, allora anche quella in questione dovrebbe essere osservata. E molto probabilmente chi afferma che una norma dev'essere osservata, che secondo alcuni dev'essere osservata, che accogliendo certe premesse dovrebbe essere osservata, probabilmente intende dire che ci sono, che alcuni hanno (o ritengono di avere), o che potrebbero esservi, ragioni «rilevanti» ed «esaurienti» per fare quello che prescrive<sup>76</sup>.

Un potere apparirà legittimo, pertanto, a chi riterrà che ci siano o che potrebbero esservi, per sé o per altri, ragioni decisive per obbedire a coloro ai quali è stato conferito, ossia per fare quello che abbiano ordinato per il solo fatto che l'hanno ordinato, nei limiti stabiliti dalla norma che li ha autorizzati ad ordinarlo<sup>77</sup>. E se si assume la prospettiva della teoria 'classica' dell'azione e del ragionamento pratico riportata in auge nel secolo passato da Elizabeth Anscombe, Peter Geach, Philippa

---

Bologna 1982, pp. 137-158; A.G. Conte, *Studio per una teoria della validità*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», XLVII (1970), pp. 331-354; J. Wróblewski, *Three Concepts of Validity of Law*, in «Särtryck ur Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland», 1982, 5-6; tr. it. di C. Faralli, *Tre concetti di validità*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XXXVI (1982), 2, pp. 584-595; E. Bulygin, *Valid Law and Law in Force* (1999), in Id., *Essays in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 2015, pp. 284-292; B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna 1999, pp. 257 e ss. Cfr., in particolare, ivi, p. 267: «Affermare che una norma giuridica è valida equivale ad affermare che ci si deve comportare così come essa prescrive: che la norma giuridica deve essere osservata».

<sup>76</sup> B. Celano, *La teoria del diritto di Hans Kelsen*, cit., p. 293.

<sup>77</sup> Cfr. M. Stoppino, *Potere*, cit., p. 741: «Per definire un certo potere, non basta specificare la persona o il gruppo che lo detiene e la persona o il gruppo che vi è sottoposto: occorre anche determinare la sfera di attività alla quale il potere si riferisce, o *sfera del potere*. [...] La sfera del potere può essere più o meno ampia e più o meno chiaramente delimitata» (in Id., *Potere e teoria politica*, cit., p. 13).

Foot, Alasdair MacIntyre<sup>78</sup>, nella quale solamente risulta intellegibile il discorso filosofico-giuridico del potere e può porsi *razionalmente* il problema della sua legittimazione (ma si tratta di una premessa molto impegnativa, da cui dipendono in realtà molte delle conclusioni a cui si arriverà nelle pagine che seguono), ha una ragione per *obbedire* colui al quale l'obbedienza appaia, «in virtù di un valore o di una caratterizzazione di desiderabilità, *sub specie boni*»<sup>79</sup>. È stato osservato che «il *dover essere* penetra nella natura attraverso la porta del desiderio»<sup>80</sup>, ed è certamente questo il fondamento classico (e forse il solo fondamento possibile) di ogni obbligazione, compresa quella politica: «una risposta rilevante, comprensibile e ragionevole alla domanda 'Perché devo fare A?' può essere solo una risposta che faccia riferimento a volontà, desideri, inclinazioni, interessi, bisogni, scopi, ecc. di chi si pone la domanda»<sup>81</sup>.

'Legittimare' il potere politico significa pertanto, in questa prospettiva, mostrare a chi si intende assoggettare che egli stesso, in fondo, desidera obbedire, ossia persuaderlo che vuole agire come altri vogliono che agisca per il solo fatto che glielo hanno comandato, quando in realtà è convinto di voler agire diversamente.

Per farlo si devono compiere invariabilmente alcune operazioni: innanzitutto deve essergli assegnato un fine che prevalga su ogni altro, dal

---

<sup>78</sup> Cfr. B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino 1994, p. 652, nota 377, al quale si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici.

<sup>79</sup> B. Celano, *Pluralismo etico, particolarismo e caratterizzazioni di desiderabilità: il modello triadico*, in «Ragion pratica» LVI (2006), 1, p. 143. Cfr. G.E.M. Anscombe, *Intention* (1957), Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London 2000, pp. 72-73. Sulla «Teoria dell'azione» si veda almeno M. De Caro, *Azione*, il Mulino, Bologna 2008, pp. 11 e ss.

<sup>80</sup> F. Viola, *Dalla natura ai diritti. I luoghi dell'etica contemporanea*, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 151.

<sup>81</sup> B. Celano, *Dialettica della giustificazione pratica*, cit., p. 563. Cfr. P.T. Geach, *Good and Evil* (1956), in P. Foot (Ed.), *Theories of Ethics*, Oxford University Press, London 1967, p. 70: «We must allow in the first place that the question, 'Why should I?' or 'Why shouldn't I?' is a reasonable question, which calls for an answer, [...]; and I think that the only relevant answer is an appeal to something the questioner *wants*».

quale possa essere desunto il suo desiderio d'obbedire. Poi gli si deve spaccare l'anima in più parti e si deve stabilire fra loro un ordine gerarchico che corrisponda a quello, politico o sociale, che si vuol giustificare e, infine, se ne deve ricomporre l'unità nel segno dell'obbedienza spontanea e incondizionata<sup>82</sup>.

#### 4. L'ipotesi della continuità

Giovanni Sartori ha rilevato che nel discorso classico e medievale «la politica e la politicità non sono mai percepite verticalmente, in una proiezione altimetrica che associ l'idea di politica all'idea di potere, di comando e, in ultima analisi, di uno Stato sovraordinato alla società. Il punto è che la problematica verticale è del tutto estranea al discorso basato sulla nomenclatura greca – *polis*, *polítes*, *politikós*, *politiké* e *politía* – alla sua traduzione latina, e anche al suo svolgimento medievale»<sup>83</sup>. «Per gli autori medievali e rinascimentali – prosegue Sartori – [...] la voce *politicum* designava la “visione orizzontale”, laddove il discorso verticale veniva svolto mediante le voci regalità, dispotismo e principato. Talché il miglior modo di rendere l'idea di *dominium politicum* nella

---

<sup>82</sup> Forse proprio dalla constatazione del fatto che, esercitando la propria autorità, alcuni inducono altri ad agire diversamente da come 'avrebbero voluto', Searle desume che «gli esseri umani hanno la capacità di essere motivati da ragioni per l'azione indipendenti-dal-desiderio» ed è indotto a credere che «una delle chiavi per comprendere l'ontologia politica e il potere politico [sia] comprendere che l'intero sistema delle funzioni-di-*status* è un sistema di imposizioni di ragioni per l'azione indipendenti-dal-desiderio. Il riconoscimento della validità di una funzione-di-*status* da parte di un agente [...], conferisce a quell'agente una ragione per fare qualcosa indipendente-dal-desiderio» (J.R. Searle, *Ontologia sociale e potere politico*, cit., pp. 39-40). La prospettiva 'classica' o 'neo-aristotelica', nella quale non v'è *ragione* che non sia riconducibile a una *caratterizzazione di desiderabilità*, rivela d'altra parte che la legittimazione del potere esige che i desideri del soggetto siano 'divisi' e 'messi gli uni contro gli altri'.

<sup>83</sup> G. Sartori, *La scienza politica*, in *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, VI. *Il secolo ventesimo*, UTET, Torino 1989<sup>3</sup>, p. 740.

terminologia contemporanea sarebbe di dire “la buona società”<sup>84</sup>. Una rapida ricognizione delle fonti è sufficiente a confermare in larga parte le sue conclusioni<sup>85</sup>, le quali sembrano deporre a loro volta a favore dell’intuizione su cui si basa la concezione della politica di Arendt.

Cionondimeno, non è insensato ipotizzare che il concetto di potere politico inteso come forma peculiare di autorità o dominio legittimo che si esercita su una parte della comunità politica perché suo tramite possa essere esercitata efficacemente sull’altra la violenza abbia “correlati empirici” anche nell’età classica e in quella intermedia<sup>86</sup>. E a ben vedere, come molto autorevolmente si è osservato, la stessa «analisi arendtiana delle esperienze politiche dell’antichità» sembra sia in fondo «basata sulla premessa che, se si vuole parlare di un filo che lega il mondo antico a quello moderno, esso consiste [...] nell’idea di dominio e nella corrispondente distinzione di governanti e governati»<sup>87</sup>.

Né, in effetti, sembra insensato ipotizzare che le modalità con le quali, in età diverse, il potere si è legittimato abbiano caratteristiche costanti

---

<sup>84</sup> Ivi, p. 741.

<sup>85</sup> Cfr., ad esempio, Tommaso d’Aquino, *Summa theologiae*, III, q. 85, a. 3 co., in *Opera omnia iussu impensaue Leonis XIII P.M. edita*, tt. 4-12, Ex Typographia Polyglotta S.C. de Propaganda Fide, Romae 1888-1906, il cui testo può essere consultato in internet all’indirizzo: [www.corpusthomisticum.org](http://www.corpusthomisticum.org). Sul *dominium politicum* in Fortescue si può vedere, ora, S. Simonetta, *Il pensiero di John Fortescue. Costituzione, legge e teoria della proprietà nell’Inghilterra del Quattrocento*, Carocci, Roma 2021, pp. 23 e ss.

<sup>86</sup> R. Koselleck, *Futuro passato*, cit., pp. 99-100.

<sup>87</sup> L. Boella, *Hannah Arendt*, cit., p. 147. Cfr. anche L. Forti, *Hannah Arendt tra filosofia e politica*, cit., p. 308: «Da qualunque parte muova la sua indagine, la Arendt sempre ritorna all’elemento centrale della sua *Grundfrage*: al problema della continuità di un pensiero del dominio, di una teoria che sin da Platone vede nel potere soltanto uno strumento di coercizione. Così Max Weber è soltanto l’espressione ultima e più esaustiva di quella *Main Tradition* in cui campeggia incontrastata l’idea di dominio. Una tradizione di pensiero che è l’altra faccia di quella continuità istituzionale di governo che unisce gli imperi antichi allo stato per ceti, lo stato assoluto al “*rule of nobody*”». Più genericamente, sugli «argomenti a favore della continuità», si veda N. Bobbio, *Stato, governo, società*, cit., pp. 60 e ss.

e che esse siano connesse alla logica del discorso che lo inverte. Appare significativo, a quest'ultimo riguardo, il fatto che neppure Hobbes, a cui «dobbiamo l'invenzione del paradigma propulsivo dell'autorità e del diritto moderni»<sup>88</sup>, abbia potuto fare a meno di ricorrere ai dispositivi etici e antropologici elaborati dall'intellettualismo classico e medievale per fondare l'autorità e il domino.

Al di là delle sue indubbie finalità ideologiche, Hobbes escluse la guerra dalla genesi della sovranità perché fu consapevole del fatto che risolvere la sovranità nella violenza non è che un modo per negarla, trascurando la specificità del “fenomeno normativo” in cui essa consiste<sup>89</sup>. Perché vi sia sovranità è necessario che alcuni credano di dover obbedire ad altri e, come si è visto, credere di avere il dovere di obbedire significa essere convinti che farlo in fondo sia desiderabile. Perciò probabilmente per Hobbes il dominio sulle altrui persone si instaura ed è esercitato sempre con il loro assenso.

Hobbes sapeva bene, d'altra parte, che per legittimare il potere del sovrano non basta convincere i suoi sudditi che loro stessi si sono obbligati ad obbedirgli, ma bisogna mostrare loro anche perché poi effettivamente debbano farlo. Né l'uno né, a maggior ragione, l'altro risultato poteva essere conseguito senza rinnovare e rimettere al lavoro i dispositivi classici dell'intellettualismo etico, ossia senza conferire a ciascuno di loro un fine necessario e preminente rispetto ad ogni altro dal quale la desiderabilità dell'obbedienza potesse essere desunta e poi spezzarne l'anima e ordinare le sue parti in modo da convincerlo ad adeguare i suoi desideri contingenti al fine ascrittogli. Il fatto che il fine qui consista nell'autoconservazione, anziché nella felicità dei medievali e degli antichi, da un certo punto di vista può apparire irrilevante, così come può apparire irrilevante per taluni versi il fatto che non sia in virtù della sua sapienza che chi comanda potrà offrire, in cambio dell'obbedienza, la salvezza: se gli esseri umani vogliono necessariamente prima e più di ogni altra cosa

---

<sup>88</sup> G. Preterossi, *Autorità*, cit., p. 55.

<sup>89</sup> Cfr. H.L.A. Hart, *Commands and Authoritative Reasons*, cit., p. 256. Ma si veda anche A. Kojève, *La nozione di autorità*, cit., p. 14 e p. 22.

rifuggire dalla morte, chi abbia compreso che il solo modo per evitarla è assoggettarsi a qualcun altro indipendentemente dal fatto che 'veda meglio' e 'più lontano'<sup>90</sup> di lui, acconsentirà a obbedire ed effettivamente lo farà fintanto che continuerà a credere che sia necessario per salvarsi.

Proprio a questa altezza del discorso hobbesiano appare d'altra parte chiaramente il suo punto di rottura. L'autorità del sovrano è tanto più estesa quando più la forza dei suoi ordini è perentoria e indipendente dal loro contenuto<sup>91</sup>. Ma il fine dell'autoconservazione si presta alla legittimazione di un potere che, per quanto esteso, non potrà mai essere 'assoluto': i sudditi hobbesiani forse potranno anche essere convinti che obbedire 'ciecamente' sia necessario per avere salva la vita, ma di sicuro riacquisterebbero la vista se il sovrano ordinasse loro di buttarsi giù da un ponte. Nessun fine, in effetti, è tale da legittimare un potere davvero 'assoluto', se non forse, la beatitudine celeste, ma a quanto pare i tempi non erano più quelli nei quali effettivamente fu possibile convincere la gente a credere di volere la salvezza eterna più di ogni altra cosa, fino al punto di scommettere la vita stessa pur di ottenerla.

Il sovrano hobbesiano, d'altra parte, non ha bisogno che il suo potere sia considerato legittimo da tutti in ogni circostanza: esercitando opportunamente l'autorità di cui dispone sulla parte della moltitudine che, di volta in volta, sia disposta ad obbedire saprà infatti assicurarsi il controllo della violenza necessaria a consentirgli di imporre coercitivamente all'altra la propria volontà<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Cfr. A. Kojève, *La nozione di autorità*, cit., p. 31.

<sup>91</sup> Cfr. F. Schauer, *Thinking Like a Lawyer. A New Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.)-London 2009; tr. it. di G.B. Ratti e V. Velluzzi, *Il ragionamento giuridico. Una nuova introduzione*, Carocci, Roma 2016, pp. 106-107, 110, 112 e, ovviamente, H.L.A. Hart, *Commands and Authoritative Reasons*, cit., pp. 244 e 253-254.

<sup>92</sup> Riguardo ad Hobbes devo qui necessariamente rinviare a L. Milazzo, *Dall'infelicità all'insicurezza. Etica classica e potere moderno*, in T. Greco (a cura di), *Dimensioni della sicurezza*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 61 e ss. e a Id., *Dominio di sé e assoggettamento fra tradizione e modernità. Una introduzione*, in «Rivista di filosofia del diritto», X (2021), 1, pp. 83 e ss., anche per i necessari riferimenti bibliografici.

## 5. Uno sguardo sul fondamento etico e antropologico del contrattualismo epicureo

Un intreccio per alcuni versi analogo fra intellettualismo etico e contrattualismo si rinviene, ad esempio, nella dottrina di Epicuro e può essere messo adeguatamente in luce confrontandola con quelle di Platone e di Aristotele.

Con Platone e Aristotele Epicuro condivide l'idea che agli esseri umani sia assegnato per natura un fine ultimo per conseguire il quale ciascuno compie, bene o male, le sue scelte. Platone lo asserisce chiaramente nell'*Eutidemo*<sup>93</sup> e ancor più chiaramente nel *Simposio*<sup>94</sup>, Aristotele lo ribadisce nell'*Etica Nicomachea*<sup>95</sup> ed Epicuro consiglia, nelle *Massime capitali*, di «porre attenzione al fine realmente dato»<sup>96</sup> cui tendiamo naturalmente<sup>97</sup> e, nell'*Epistola a Meneceo*, di «meditare [...] su ciò che procura la felicità, poiché invero se essa c'è abbiamo tutto, se essa non c'è facciamo tutto per possederla»<sup>98</sup>. Infatti, «è in vista [della

---

<sup>93</sup> Platone, *Eutidemo*, 282a; tr. it. di F. Adorno, in *Opere*, I, Laterza, Roma-Bari 1974, p. 1021.

<sup>94</sup> Platone, *Simposio*, 205a; tr. it. di P. Pucci, in *Opere*, I, cit., p. 700: «Le persone felici sono felici perché posseggono il bene; e non occorre più chiedersi a quale fine intenda essere felice chi così desideri, perché la risposta mi par definitiva». Cfr. F. Trabattoni, *Libertà, libero arbitrio e destino in Platone*, in M. De Caro, M. Mori e E. Spinelli (a cura di), *Libero arbitrio*, cit., p. 27.

<sup>95</sup> Cfr., ad esempio, *Etica Nicomachea*, X, 6, 1176b; tr. it. di C. Natali, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 427: «noi scegliamo ogni cosa per qualcos'altro, tranne la felicità, infatti essa è fine». È opinione comune, generalmente condivisa, che l'etica aristotelica sia un'etica eudemonistica (cfr., ad esempio, G. Zanetti, *Il pensiero politico di Aristotele* [1999], in Id., *Ragion pratica e diritto. Un percorso aristotelico*, Giuffrè, Milano 2001, p. 15). Si veda, tuttavia, F. Trabattoni, *L'etica di Aristotele è eudemonistica?*, in A. Fermani, M. Migliori (a cura di), *Attività e virtù. Anima e corpo in Aristotele*, Vita & Pensiero, Milano 2009, pp. 449-468.

<sup>96</sup> Epicuro, *Ratae Sententiae*, XXII, in Id., *Opere*, a cura di G. Arrighetti, Einaudi, Torino 1973, pp. 128-129.

<sup>97</sup> Ivi, XXV, in Id., *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 128-129.

<sup>98</sup> Epicuro, *Epistula ad Menoeceum*, 122, in Id., *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 106-107.

felicità] che compiamo tutte le nostre azioni, per non soffrire né aver turbamento»<sup>99</sup>.

In apparenza, i tre filosofi sembrano anche convenire che non sia possibile conseguire il fine ultimo – consista esso nel bene, nel vivere una vita buona e virtuosa, in una qualche attività teoretica e contemplativa o, più semplicemente, nella salute del corpo e nella tranquillità dell'anima – se non vivendo 'giustamente'.

Proprio questo sembra sia il significato più profondo della replica di Socrate a Trasimaco; proprio questo è quanto Glaucone e Adimanto chiedono a Socrate di provare, mostrando che «l'ingiustizia è il peggiore di tutti i mali dell'anima, la giustizia invece il massimo bene», in modo che ognuno divenga «il miglior guardiano di sé»<sup>100</sup> e «liberi e schiavi» smettano finalmente di «odiarsi» e «contrastarsi»<sup>101</sup>. Se Archelao lo

<sup>99</sup> Ivi, 128, in Id., *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 110-111. Cfr., ad esempio, J.M. Rist, *Epicurus: An Introduction*, Cambridge University Press, Cambridge 1972; tr. it. di L. Bertoldi Lenoci, *Introduzione a Epicuro*, Mursia, Milano 1978, pp. 116-118 e F. Verde, *Epicuro*, Carocci, Roma 2013, p. 51 e pp. 162 e ss.

<sup>100</sup> Platone, *La Repubblica*, II, IX, 366e-367a, introduzione di M. Vegetti, tr. it. di F. Sartori, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 74. Cfr. M. Vegetti, *L'etica degli antichi*, Laterza, Roma-Bari 1989, p. 92 e C. Galli, *Platone. La necessità della politica*, il Mulino, Bologna 2021, pp. 30-31, 44, 54, 113.

<sup>101</sup> Platone, *La Repubblica*, I, XXIII, 351d-351e, p. 57. Cfr. anche IX, XIII, 590c-590d, pp. 312-313. Secondo Gianfrancesco Zanetti, se «è vero che Socrate, nella *Repubblica*, confuta il sofista nel libro I», è vero anche «che l'intero dialogo può essere interpretato come una confutazione di Trasimaco in larga scala» (G. Zanetti, *Giustizia e amicizia come categorie ordinanti a partire da Aristotele* [1993], in Id., *Ragion pratica e diritto*, cit., p. 82). Sulla relazione che intercorre in Platone fra giustizia e felicità cfr. M. Vegetti, *L'etica degli antichi*, cit., p. 123 e Id., *Glaucone*, in Platone, *La Repubblica*, traduzione e commento a cura di M. Vegetti, II, Libri I e II, Bibliopolis, Napoli 1998, pp. 157-158: «Né la tradizione culturale cui Platone apparteneva né lo stesso asse principale del suo pensiero gli avrebbero mai consentito di rescindere il nesso tra la desiderabilità autonoma della giustizia e la condizione di felicità (*eudaimonia*) che a essa si accompagna». Come Vegetti chiarisce poco oltre, «la ricompensa eudaimonistica della giustizia non significa del resto per Platone una infrazione in senso utilitaristico o consequenzialistico alla richiesta di Glaucone di lodare la giustizia in sé: come molti interpreti hanno variamente messo in luce, la felicità non è una conse-

avesse saputo, dobbiamo ad esempio immaginare, avrebbe certamente voluto agire giustamente, e perciò si sarebbe ben guardato dal farsi re di Macedonia e sarebbe stato assai contento di «essere schiavo di Alceta», a cui sua madre apparteneva, perché è giusto che il figlio di una schiava appartenga al padrone di sua madre<sup>102</sup>.

Aristotele, come è noto, crede che la giustizia consista in uno «stato abituale» che rende gli uomini capaci di agire giustamente e di fare ciò che è giusto<sup>103</sup>, ossia «ciò che produce e preserva la felicità, e le parti di essa, nell'interesse della comunità politica»<sup>104</sup>. Ma poiché «ciò che viene stabilito dall'arte del legislatore è secondo la legge, e ciascuna di tali disposizioni la diciamo giusta»<sup>105</sup>, se ne deve dedurre che, essendo «lo stesso [il bene] per il singolo e per la città»<sup>106</sup>, per vivere una vita buona è necessario obbedire all'autorità e rispettare la legge<sup>107</sup>. Chi non

guenza 'esterna' della giustizia, bensì è legata a essa da un nesso immediato e sintetico (proprio come la funzione della visione e il piacere del suo esercizio sono legati al possesso della facoltà della vista)».

<sup>102</sup> Platone, *Gorgia*, XXVI, 471a, traduzione e introduzione di F. Adorno, Laterza, Roma-Bari 2010, pp. 59-61. Come ricorda Francesco Adorno nell'apparato critico (nota 112, p. 203), Platone chiarisce quale dovrebbe essere a suo avviso la migliore disciplina della materia in *Leggi*, XI, 930d-930e, introduzione di F. Ferrari, tr. it. di F. Ferrari e S. Poli, BUR, Milano 2007, p. 983: «qualora una schiava si sia unita a uno schiavo o a un libero o a un affrancato, il figlio della schiava appartenga del tutto al suo padrone; qualora invece una donna libera si unisca a uno schiavo, il figlio dello schiavo sia del suo padrone».

<sup>103</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 1, 1129a, p. 171.

<sup>104</sup> Ivi, V, 3, 1129b, p. 175.

<sup>105</sup> Ivi, V, 3, 1129b, pp. 173-175.

<sup>106</sup> Ivi, I, 1, 1094b, p. 5.

<sup>107</sup> Per Aristotele «il potere, se correttamente esercitato, assume una forma caratteristica: esso è rivolto all'utile di "tutti", sia dei governanti che dei governati» (G. Zanetti, *Il pensiero politico di Aristotele*, cit., p. 23, ma si vedano anche le pagine seguenti). Come ha osservato Aldo Schiavello, «una chiara eco della concezione aristotelica dell'autorità» si avverte nella «concezione dell'autorità come servizio (*service conception of authority*) di Raz» (A. Schiavello, *Autorità*, cit., p. 63), sulla quale si può vedere in particolare A. Schiavello, *Autorità legittima e diritto nel pensiero di Joseph Raz*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXIV (2004), 2, pp. 363-384.

lo fa viene meno a sé stesso e alla propria umanità e per lui non c'è altro rimedio, come ricorda Mario Vegetti, che la «correzione da parte del medico o della società»<sup>108</sup>.

Neppure Epicuro, a quanto pare, può fare a meno di collegare felicità e giustizia: «il piacere – scrive a Meneceo – è principio e fine del vivere felicemente»<sup>109</sup>, ma «la prudenza», da cui «provengono tutte le altre virtù, [...] ci insegna che non è possibile vivere piacevolmente se non vivendo saggiamente e bene e giustamente «e di contro che non è possibile vivere saggiamente e bene e giustamente» se non anche piacevolmente»<sup>110</sup>. Nelle *Massime capitali*, similmente: «Non è possibile vivere felicemente senza anche vivere saggiamente, bene e giustamente, «né saggiamente e bene e giustamente» senza anche vivere felicemente. A chi manchi ciò da cui deriva la possibilità di vivere saggiamente, bene, giustamente, manca anche la possibilità di una vita felice»<sup>111</sup>.

È del tutto ovvio, d'altra parte, che i tre autori intendono diversamente non solo la 'felicità' ma anche la 'giustizia'. Per Platone la giustizia non è in fondo, per utilizzare una felicissima espressione di Vegetti, che «ordine gerarchico di parti differenziate»<sup>112</sup>, nel quale si realizza la salute tanto dell'anima individuale quanto della comunità politica; *di per sé* essa non è che «comandare ed esser comandati [...] secondo la rispettiva natu-

<sup>108</sup> Aristotele, *Etica Eudemia*, I, 3, 1214b, tr. it. di P. Donini, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 7: «una cura con farmaci – spiega Aristotele – è una correzione non minore delle percorse». Cfr. M. Vegetti, *L'etica degli antichi*, cit., p. 185.

<sup>109</sup> Epicuro, *Epistula ad Menoecum*, 128. Cito questa volta dall'edizione delle opere a cura di M. Isnardi Parente (*Opere*, UTET, Torino 1974, p. 191; in Id., *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 112-113).

<sup>110</sup> Ivi, 132, in Id., *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 192; in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 114-115.

<sup>111</sup> Epicuro, *Ratae Sententiae*, V, in *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 196 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 122-123). Cfr., ad esempio, J. Annas, *The Morality of Happiness*, Oxford University Press, New York-Oxford 1993; tr. it. di M. Andolfo, *La morale della felicità in Aristotele e nei filosofi dell'età ellenistica*, prefazione di G. Reale, Vita & Pensiero, Milano 1997, pp. 405 e ss.

<sup>112</sup> M. Vegetti, *L'etica degli antichi*, cit., p. 115.

ra»<sup>113</sup>, nell'interesse condiviso di chi comanda e di chi è comandato<sup>114</sup>. E altrettanto vale per Aristotele, secondo il quale la giustizia, che nella sua accezione più ampia è «virtù completa, non in generale, ma rispetto al prossimo»<sup>115</sup>, sembra risolversi nella disposizione stabile a osservare regole socialmente condivise o statuite da un legislatore che, esercitando la sua arte specifica, abbia stabilito come ciascuno debba comportarsi nei confronti dei suoi concittadini per vivere una vita buona insieme a loro<sup>116</sup>. In entrambi i casi il nesso fra la giustizia e il fine è manifesto e l'obbligo giuridico e politico può esse fondato sul desiderio di ciascuno di essere felice. Ma che dire della relazione che intercorre in Epicuro fra felicità e giustizia e fra quest'ultima e l'«obbligazione legale all'obbedienza»<sup>117</sup>.

Subito dopo aver stabilito che «il giusto secondo natura è l'espressione dell'utilità che consiste nel non recare né ricevere reciprocamente danno»<sup>118</sup>, Epicuro inanella una dopo l'altra le sue tre massime terribili:

Per tutti gli esseri viventi che non ebbero la capacità di stringere patti reciproci circa il non recare né ricevere danno, non esiste né il giusto né l'ingiusto; e altrettanto si deve dire per quei popoli che non poterono o non vollero stringere patti per non recare né ricevere danno.

---

<sup>113</sup> Ivi, p. 136.

<sup>114</sup> Per Howard Zinn Platone fu in effetti un vero e proprio «apostolo dell'obbedienza civile» (H. Zinn, *Perils of Plato* [1988], in Id., *The Zinn Reader. Writings on Disobedience and Democracy*, Seven Stories Press, New York 1997; tr. it. di A. Costa, P. Modola e L. Sgorbati Buosi, *Platone, idolo infranto*, in Id., *Disobbedienza e democrazia. Lo spirito della ribellione*, Il Saggiatore, Milano 2006, p. 315). Cfr. C. Galli, *Platone*, cit., p. 59.

<sup>115</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea*, V, 3, 1129b, p. 173. Cfr. G. Zanetti, *Il pensiero politico di Aristotele*, cit., p. 10.

<sup>116</sup> Cfr. M. Vegetti, *L'etica degli antichi*, cit., pp. 164 e ss. e p. 197 e G. Zanetti, *Il pensiero politico di Aristotele*, cit., pp. 12-14 e 18.

<sup>117</sup> M. Foucault, *Bisogna difendere la società*, cit., p. 31.

<sup>118</sup> Epicuro, *Ratae Sententiae*, XXXI, in Id., *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 201 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 132-133). J. Annas, *La morale della felicità*, cit., p. 407: «La giustizia naturale è una garanzia del vantaggio che deriva dal non recarsi reciprocamente danno».

La giustizia non esiste di per sé, ma solo nei rapporti reciproci, e in quei luoghi nei quali si sia stretto un patto circa il non recare né ricevere danno.

L’ingiustizia non è di per sé un male, ma consiste nel timore che sorge dal sospetto di non poter sfuggire a coloro che sono stati preposti a punirla<sup>119</sup>.

L’interpretazione più plausibile di queste massime – al di là del fatto che Epicuro «sembra aver “rianimato” la teoria contrattualistica» senza rinunciare a intendere «la giustizia come stato dell’agente»<sup>120</sup> – potrebbe essere forse la seguente.

Gli esseri umani naturalmente aspirano a una vita tranquilla e priva, per quanto possibile, di turbamento e sofferenza. Coloro che sappiano ragionare rettamente converranno che per conseguire il fine è necessario evitare di danneggiarsi reciprocamente<sup>121</sup>, non solo perché è spiacevole essere danneggiati, ma anche perché lo è altrettanto danneggiare il proprio ‘prossimo’: come ha evidenziato Phillip Mitsis, infatti, il saggio epicureo non gode affatto, a differenza dei bruti di cui parla Glaucone, nell’arrecare danno agli altri, ed anzi trova la cosa molto sgradevole e se ne astiene volentieri<sup>122</sup>.

Ma non danneggiare chi convenga che danneggiarsi reciprocamente sia dannoso è senz’altro giusto per natura e *perciò*, secondo Epicuro, per essere felici si deve vivere giustamente<sup>123</sup>. È in questo modo che,

<sup>119</sup> Epicuro, *Ratae Sententiae*, XXXII, XXXIII, XXXIV, in Id., *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., pp. 201-202 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 132-133).

<sup>120</sup> J. Annas, *La morale della felicità in Aristotele e nei filosofi dell’età ellenistica*, cit., p. 408.

<sup>121</sup> Cfr. F. Verde, *Epicuro*, cit., p. 193.

<sup>122</sup> P. Mitsis, *Epicurus’ Ethical Theory. The Pleasures of Invulnerability*, Cornell University Press, Ithaca-London 1988; ed. it., *La teoria etica di Epicuro. I piaceri dell’invulnerabilità*, a cura di E. Piergiacomi, L’Erma di Bretschneider, Roma 2019, pp. 118-120.

<sup>123</sup> Cfr. A. Alberti, *The Epicurean theory of law and justice*, in A. Laks, M. Schofield (Eds.), *Justice and Generosity. Studies in Hellenistic Social and Political Philosophy. Proceedings of the Sixth Symposium Hellenisticum*, Cambridge University Press, New York 1995, pp. 169 e ss. e M. Erler, M. Schofield, *Epicurean ethics*, in K. Algra, J.

proprio come avviene secondo Foucault per l'amicizia, il «rapporto di reciprocità» in cui sembra consistere anche la giustizia può essere localizzato «all'interno dell'obiettivo generale della salvezza di sé stessi e della cura di sé»<sup>124</sup> senza risolversi interamente in uno scambio egoistico di utilità.

Il problema, tuttavia, è che a quanto pare il mondo non è popolato solamente da saggi epicurei ma è pieno di persone che ignorano in cosa consista il loro vero bene e come conseguirlo, e anche con costoro, anzi forse *soprattutto* con costoro, il saggio deve venire a patti. Può capitare allora che la legge, anche quando sia stabilita in base ai patti, «non risulti coerente all'utilità nei rapporti reciproci» e dunque non possieda «la natura del giusto»<sup>125</sup>. Forse anche per questo, benché «in senso generale il giusto [sia] uguale per tutti, in quanto è un accordo di utilità reciproca nella vita sociale», la legge prescrive a volte cose diverse a seconda dei luoghi e delle circostanze<sup>126</sup>.

Che cosa deve fare, allora, il saggio qualora si trovi di fronte a una legge che, in ipotesi, sia stata stabilita sulla base di un contratto la cui sti-

Barnes, J. Mansfeld and M. Schofield (Eds.), *The Cambridge History of Hellenistic Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge-New York 1999, p. 667.

<sup>124</sup> M. Foucault, *L'herméneutique du sujet. Cours au Collège de France 1981-1982*, édition établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana par F. Gros, Seuil/Gallimard, Paris 2001; tr. it. di M. Bertani, *L'ermeneutica del soggetto. Corso al Collège de France (1981-1982)*, Feltrinelli, Milano 2011, p. 173. Sulla concezione epicurea della amicizia e la «complessa articolazione che coinvolge utilità e desiderabilità» legando la sua reciprocità «con la singolarità della felicità» (*ibid.*), cfr. *ivi*, pp. 170-173.

<sup>125</sup> Epicuro, *Ratae Sententiae*, XXXVII, in *Id.*, *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 202 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 134-135).

<sup>126</sup> *Ivi*, XXXVI, in *Id.*, *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 202 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 132-133). Cfr. F. Verde, *Epicuro*, cit., p. 194: «una norma che non rispetti il criterio fondamentale dell'utile comune perché né si subisca né si riceva danno non può dirsi giusta [...]. Di conseguenza, se, per un verso, il giusto come utile comune rimane immutabile perché è il fondamento ineliminabile a cui ogni accordo (ammesso che voglia essere giusto) deve rapportarsi, per un altro, il giusto muta perché le stesse istituzioni storiche non rimangono sempre le stesse ma, appunto, divengono nel tempo».

pulazione, date le circostanze, *in sé* sia stata conveniente, ma che altresì prescriva di agire in modo sconveniente?

Con ogni evidenza, il patto non costituisce di per sé una ragione decisiva per adempiere e probabilmente è a casi come questi e a questo genere di 'giusto' che Epicuro si riferisce quando afferma che «l'ingiustizia non è di per sé un male, ma consiste nel timore che sorge dal sospetto di non poter sfuggire a coloro che sono stati preposti a punirla».

Il saggio non trarrebbe alcun piacere nell'arrecare danno ad altri né danneggiando altri potrebbe procurarsi vantaggi sufficienti a compensare il disagio che gli provocherebbe danneggiarli. Ma perché mai dovrebbe osservare una legge che gli prescrivesse di agire in modo sconveniente, ossia in modo tale da procurarsi dispiacere e sofferenza? La risposta di Epicuro, per alcuni versi almeno, è desolante: non certo perché si sia obbligato a farlo, bensì perché, per quanto l'azione prescritta possa apparire *in sé* dannosa, *tutto considerato* sarà conveniente compierla *comunque* per evitare di essere puniti o comunque di doversi assumere il rischio della pena, che in nessun caso sarebbe possibile azzerare<sup>127</sup>. Ed è desolante perché presuppone che non vi sia nulla che possa compromettere la tranquillità del saggio epicureo più del timore di subire la violenza della pena. Di sicuro non la paura della morte<sup>128</sup>, ma neppure, forse, il turbamento che potrebbe provocare l'osservanza

---

<sup>127</sup> Epicuro, *Ratae Sententiae*, XVII, in Id., *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 198 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 126-127): «Il giusto è privo in assoluto di turbamento, mentre l'ingiusto è ricolmo del turbamento più grande». Cfr. J.M. Rist, *Introduzione a Epicuro*, cit., p. 120.

<sup>128</sup> Epicuro, *Epistula ad Menoeceum*, 124, in Id., *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 189 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 108-109): «Abituati a pensare che la morte non è nulla per noi, perché ogni bene e ogni male risiede nella facoltà di sentire, di cui la morte è appunto privazione. Perciò la retta conoscenza che la morte non è niente per noi rende gioiosa la stessa condizione mortale della nostra vita, non prolungando indefinitamente il tempo, ma sopprimendo il desiderio dell'immortalità». Cfr. P. Mitsis, *La teoria etica di Epicuro*, cit., p. 124. Si veda, tuttavia, J.M. Rist, *Introduzione a Epicuro*, cit., p. 121, secondo il quale per Epicuro la «ricerca di sicurezza fornisce l'unico tipo di obbligo che l'uomo possa dire di avere».

quando la legge prescrivesse di esercitare ai danni altrui a propria volta la violenza. Del resto, come escludere che possa esservi chi sia disposto a esercitarla di buon grado su di lui, punendolo, senza esservi costretto?

Si potrà osservare che, finché la legge possieda «la natura del giusto», il saggio che la osserva agisce proprio come avrebbe fatto se la legge non fosse esistita, e dunque, in effetti, non obbedisce né la osserva. Epicuro non avrebbe potuto essere più chiaro: come si legge in una sua massima notissima riportata da Stobeo, «le leggi esistono per i saggi, non perché possano commettere ingiustizia, ma perché non la subiscano»<sup>129</sup>. Quando la legge non abbia invece «la natura del giusto», il saggio si piega solamente alla violenza della pena: dunque, neppure in questo caso sta obbedendo in senso stretto. Né in un caso né nell'altro, a quanto pare, il saggio obbedisce veramente<sup>130</sup>. Ma in questo in realtà non c'è nulla di nuovo: il punto di vista di Epicuro forse può essere mutato, ma né Platone né Aristotele avrebbero avuto difficoltà a sottoscriverne a questo riguardo le conclusioni: per nessuno dei tre l'obbedienza è 'fatta' per il saggio, che fa quello che *deve* volentieri, bensì per chi, pur non essendolo, vuole vivere, per quanto possibile, una vita buona, o tutt'al più aspira a diventarlo.

Per Hobbes le cose non sembrerebbero stare diversamente: non è vero, del resto, che anche per lui solo gli stolti possono contravvenire alla legge naturale e che ogni sua violazione «consiste in un falso ragionamento, cioè nella stupidità di uomini che non considerano necessario alla propria conservazione l'adempimento dei loro doveri verso gli al-

---

<sup>129</sup> Giovanni Stobeo, *Florilegium*, I, 143, in Epicuro, *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., p. 557 (in *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 469). Cfr. P. Mitsis, *La teoria etica di Epicuro*, cit., p. 125.

<sup>130</sup> Plutarco ricorda nell'*Adversus Colotem*, 34, 1127d, che «scrivendo a Idomeneo, [Epicuro] afferma che non si deve vivere da schiavi delle leggi e delle consuetudini, fino al punto almeno in cui non procurano paura della punizione» (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., p. 432. In *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 518). E Filodemo in *Pragmatiae*, col. XXXII, riporta un passo di una lettera nella quale Epicuro si compiace del fatto che colui al quale era indirizzata si fosse «mostrato degno di una vita veramente libera, non secondo le leggi» (in Epicuro, *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 131. In *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., p. 447).

tri»?<sup>131</sup> Anche se poi, in effetti, è l'obbedienza in sé a rivelarsi qui *doverosa*, perché, nei limiti che si sono visti, è essa stessa, ed essa solamente, a procurare la salvezza. Il saggio di Platone, di Aristotele, e anche quello di Epicuro fa quello che deve senza alcun bisogno di obbedire ad altri, mentre quello hobbesiano, a ben vedere, non deve far altro che obbedire, e la differenza certo non è di poco conto.

Resta in ogni caso il fatto che, a differenza dello *spoudaios* aristotelico<sup>132</sup> e, a maggior ragione, del filosofo platonico, il saggio epicureo non sembra preoccuparsi, per loro fortuna, di rendere felici gli altri (se non, forse, i suoi allievi, dai quali pare che Epicuro esigesse obbedienza incondizionata<sup>133</sup>) e soprattutto non pretende di farlo tramite la legge, perché per vivere bene non ha bisogno di esercitare il potere su di loro se non nei limiti in cui sia necessario per evitare che gli sia arrecato danno. Le sue sorti sono in larga parte indipendenti da quelle dei suoi concittadini e della sua stessa comunità politica: perciò forse non avverte l'esigenza di governarla. Certo, quando siano indispensabili «al fine di procurarsi sicurezza nei riguardi degli altri uomini, anche i beni del comando e del regno sono beni secondo natura, in quanto si sia capaci di procurarsela»<sup>134</sup>, ma «se la sicurezza nei riguardi degli altri uomini deriva fino a un certo punto da una ben fondata situazione di potenza e di ricchezza, la sicurezza più pura proviene dalla vita serena e dall'appartarsi dalla folla»<sup>135</sup>.

Il saggio di Epicuro non riprova di per sé il potere e il suo esercizio, ma se ne avvale solamente se ritiene che sia necessario per evitare che gli sia tolta la sua tranquillità e, con essa, il suo giardino, i suoi fichi, qualche pezzo di formaggio e i suoi tre o quattro amici, perché l'esercizio del potere e della violenza (alla quale, d'altra parte, sembra disposto a pie-

---

<sup>131</sup> T. Hobbes, *De cive*, II, 1, tr. it., *De cive. Elementi filosofici sul cittadino*, a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma 1992, p. 90.

<sup>132</sup> Cfr. M. Vegetti, *L'etica degli antichi*, cit., pp. 182, 185, 200-201.

<sup>133</sup> Cfr. J.M. Rist, *Introduzione a Epicuro*, cit., p. 16.

<sup>134</sup> Epicuro, *Ratae Sententiae*, VI, in *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 196 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 122-123).

<sup>135</sup> Ivi, XIV, in Id., *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., p. 198 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 124-125).

garsi sempre piuttosto facilmente), anche quando non abbia altro fine oltre a quello di preservare la propria tranquillità, è esso stesso fonte del più grave turbamento<sup>136</sup>.

Tutto sta a vedere, per inciso, se il saggio sia disposto a sudarsi quel poco che gli serve per vivere felice o se ritenga in ogni caso più conveniente farsi carico del turbamento che comporta costringere altri a lavorare per lui. Ci si attenderebbe, in teoria, che propenda per la prima soluzione, a meno che, ben inteso, non si tratti di asservire chi sia privo della «capacità di stringere patti reciproci circa il non recare né ricevere danno» o appartenga a uno di «quei popoli che non poterono o non vollero» farlo. Fichi e formaggio, dunque, purché a portarli a tavola fossero gli schiavi...<sup>137</sup>.

Sta di fatto che, per concludere, in Epicuro come in Hobbes, il contratto non può che essere dedotto da una data antropologia filosofica, o filosofico-politica, e non è comunque sufficiente di per sé a fondare l'obbligo di adempiere alle sue stesse prescrizioni, i cui presupposti di validità devono essere cercati, ammesso che lo si voglia fare, risalendo nuovamente alle inclinazioni primigenie della volontà dei 'contraenti' e ai loro fondamenti 'naturali', prescindendo dai quali, a quanto pare, non sembra sia possibile fondare in alcun modo l'obbligazione giuridica e politica né legittimare razionalmente alcun potere.

---

<sup>136</sup> Cfr., ad esempio, Epicuro, *Ratae Sententiae*, XV e XXI e *Epistula ad Menoecium*, 133, in Id., *Opere*, a cura di M. Isnardi Parente, cit., pp. 198-199 e 193 (in *Opere*, a cura di G. Arrighetti, cit., pp. 126-129 e pp. 114-115) e F. Nietzsche, *Menschliches, Allzumenschliches*, Neue Ausgabe, Fritsch Leipzig 1886; tr. it. di S. Giametta, *Umano, troppo umano II. Parte seconda* (1886), n. 192, nota introduttiva di M. Montinari, Adelphi, Milano 2003, p. 215: «Il filosofo della sontuosità. Un giardino, fichi, piccoli formaggi e insieme tre o quattro buoni amici: questa fu la sontuosità di Epicuro». Si veda al riguardo M. Erler, M. Schofield, *Epicurean ethics*, cit., p. 643.

<sup>137</sup> Cfr., su questo punto nodale, G. Farrington, *The Faith of Epicurus*, Basic Books, New York 1967, p. 12 e M. Isnardi Parente, *Introduzione*, in Epicuro, *Opere*, cit., pp. 61-62.

# ***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. Positivismo 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 argomentative<sup>1</sup>.

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»)<sup>2</sup> 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

---

<sup>1</sup> M. Koskenniemi, *From Apology to Utopia*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

<sup>2</sup> 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 prefissi<sup>3</sup>. 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»<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> «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.

<sup>4</sup> 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»<sup>5</sup>, 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»)<sup>6</sup>: come la stessa Shklar ha notato, il senso di ingiustizia è forse il maggiore catalizzatore della ricerca «di norme migliori e potenzialmente più egualitarie»<sup>7</sup>. 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»<sup>8</sup>.

---

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

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

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

<sup>8</sup> 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»<sup>9</sup>, 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.

<sup>9</sup> 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 limiti<sup>10</sup>, 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’<sup>11</sup> 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»<sup>12</sup>.

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»<sup>13</sup>. 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»

---

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

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> A. Catania, *Filosofia del diritto. Manuale*, Giappichelli, Torino 2020, p. 180.

<sup>13</sup> 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 attuano<sup>14</sup>. Questa ambiguità strutturale della interrelazione di diritto, politica e valori, che segna anche la valenza di un concetto come il succitato ‘istituzione’<sup>15</sup>, 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)<sup>16</sup>; 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 sfiduciato<sup>17</sup>, fondamentalmente nichilista.

---

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

<sup>15</sup> 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».

<sup>16</sup> 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).

<sup>17</sup> Questo è il nucleo della critica di Massimo La Torre ad autori pur molto diversi tra loro come Zagrebelsky, Bobbio, Koskeniemi, 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»<sup>18</sup>. 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 partenza<sup>19</sup>. 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 legittima<sup>20</sup>. Allo stesso modo, una strategia siffatta può condurre la teoria democratica al di là dell'alternativa sec-

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, cit., p. 165.

<sup>20</sup> 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 postverità<sup>21</sup>, 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

---

<sup>21</sup> 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»)<sup>22</sup>. 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»<sup>23</sup>.

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-

---

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

<sup>23</sup> 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 conflittuale<sup>24</sup>. 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»<sup>25</sup>: 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

---

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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»<sup>26</sup>. 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 venturo<sup>27</sup>.

## 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'origine<sup>28</sup>. 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

---

<sup>26</sup> F. Riccobono, *Soggetto Persona Diritti*, Terzo Millennio, Napoli 1999, p. 41.

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

<sup>28</sup> 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 pacifica<sup>29</sup>. 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*<sup>30</sup> (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

---

<sup>29</sup> 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».

<sup>30</sup> 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*»)<sup>31</sup>; 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»)<sup>32</sup>, 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*

---

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

<sup>32</sup> 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»<sup>33</sup>: 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»<sup>34</sup>, sicché «colpevolezza e innocenza diventano concetti senza senso; 'colpevole' è chi è d'ostacolo al processo naturale o storico»<sup>35</sup>. 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»<sup>36</sup>.

---

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

<sup>34</sup> *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).

<sup>35</sup> *Ivi*, p. 636.

<sup>36</sup> 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»<sup>37</sup>. Il senso dell'affermazione del soggetto di diritto è stato storicamente uno dei modi per «attribuire pienezza alla persona»<sup>38</sup>, 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»<sup>39</sup>.

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».

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

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

<sup>39</sup> 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»<sup>40</sup>, 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»<sup>41</sup>.

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»<sup>42</sup>. 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

---

<sup>40</sup> «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.

<sup>41</sup> 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*.

<sup>42</sup> 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»<sup>43</sup>. 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?<sup>44</sup> 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»)<sup>45</sup> 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-

---

<sup>43</sup> H. Arendt, *Archivio Arendt 2 1950-1954*, cit., p. 72.

<sup>44</sup> «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.

<sup>45</sup> 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»<sup>46</sup> e che ha un ruolo «di eccezionale grandezza nella storia»<sup>47</sup>, «ideologia della scissione» che possiede una sua propria moralità, «espressione brutale e chiara della lotta di classe»<sup>48</sup>: «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.

---

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

<sup>47</sup> Ivi, p. 170.

<sup>48</sup> 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»<sup>49</sup>.

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»<sup>50</sup>: 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

---

<sup>49</sup> Ivi, p. 276.

<sup>50</sup> 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»<sup>51</sup>. 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»<sup>52</sup>, 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»)<sup>53</sup> 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 regione<sup>54</sup>: e difatti

---

<sup>51</sup> Ivi, p. 11.

<sup>52</sup> Ivi, pp. 14-15.

<sup>53</sup> Ivi, p. 15.

<sup>54</sup> 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*»<sup>55</sup>. 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-

---

<sup>55</sup> 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»<sup>56</sup>.

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-

---

<sup>56</sup> 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 giustizia<sup>57</sup>. 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»<sup>58</sup> (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»<sup>59</sup>.

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»<sup>60</sup>; 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

---

<sup>57</sup> «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.

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

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

<sup>60</sup> 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’»<sup>61</sup>. 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»<sup>62</sup>. Una siffatta critica-denuncia del diritto (‘critica’ che però,

---

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

<sup>62</sup> 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»<sup>63</sup> 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

---

<sup>63</sup> 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»<sup>64</sup>. 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

---

<sup>64</sup> 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»<sup>65</sup>. 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 stesso<sup>66</sup>.

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*

---

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

<sup>66</sup> 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»<sup>67</sup>, 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»<sup>68</sup>, 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

---

<sup>67</sup> G. Agamben, *Homo sacer*, Einaudi, Torino 2005, p. 15.

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

la brama di sopravvivere a grandi quantitativi di uomini)<sup>69</sup>; 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»<sup>70</sup>. 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.

---

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> 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)<sup>71</sup>.

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)<sup>72</sup>, 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 –;

---

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

<sup>72</sup> 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'»<sup>73</sup>.

#### 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

---

<sup>73</sup> 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») <sup>74</sup>, 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

---

<sup>74</sup> 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*»<sup>75</sup>. 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 opportunistica<sup>76</sup>, 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»<sup>77</sup>. La metodo-

---

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

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> 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»<sup>78</sup>. 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»<sup>79</sup>. 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»)»<sup>80</sup> 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 sovrappaffazione, alla violenza, alle umiliazioni, alle reificazioni dell’umano.

---

<sup>78</sup> Ivi, p. 36.

<sup>79</sup> Ivi, p. 47.

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

# UN CLASSICO DEI CLASSICI DELLA FILOSOFIA GIURIDICA. SCHMITT E OLIVECRONA LETTORI DI LOCKE

Ilario Belloni

## *Abstract*

This paper addresses the study of the classics of legal philosophy through an examination of the readings of classics offered by scholars who are themselves considered classics. Specifically, some passages of John Locke that were studied by both Carl Schmitt and Karl Olivecrona are considered for their importance with regard to legal-philosophical aspects of Lockean thought.

## *Keywords*

Philosophy of Law; Legal Classics; History of Legal Culture; John Locke; Carl Schmitt; Karl Olivecrona.

## 1. Una *classica* questione

Trattare di *come* e del *perché* studiare i classici – e, ancor prima, di *cosa* considerare “classico” – nella filosofia del diritto non sembra essere affatto impresa semplice. La questione, come hanno chiarito voci autorevoli intervenute a tal riguardo proprio sulle pagine della rivista che ospita gli atti di questo convegno, è tanto affascinante quanto complessa<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Mi riferisco, in particolare, ai contributi di S. Amato, *Reali presenze* e G.M. Labriola, *Perché leggere i classici*, apparsi rispettivamente nel numero 1, 2019 (pp. 159-

Non la affronterò cercando in tutti i modi di dipanarla, bensì offrendo un mio punto di vista su di essa, basato, come mostrerò a breve, su una esperienza di studio e di ricerca del tutto “personale”.

A mio avviso, il filosofo del diritto che si confronta con i classici instaura con essi una duplice relazione. Ad un primo livello viene sviluppato un rapporto che potremmo definire “formativo”: il filosofo del diritto *legge* i classici e qualcosa di essi – molte cose, a dire il vero – si sedimenta in lui, determinandovi una specie di *forma mentis*. Vi è poi un rapporto di secondo livello che il filosofo del diritto intrattiene coi classici: è quello dello *studio* di (uno o più) classici. È questo un momento in cui si ritorna su un classico in particolare, lo si *ri-legge*, facendolo però questa volta con una tesi interpretativa da vagliare.

È capitato a me, come a tanti, di vivere questo secondo tipo di rapporto in modo particolarmente impegnativo – si tratta di ricerche che si protraggono a lungo. Nel mio caso specifico è successo con un classico come Locke: ma da dove proveniva e come si era determinata in me una tesi interpretativa del pensiero di questo autore? Penso di poter affermare con una buona dose di convinzione che sia stato frutto delle letture dell’opera lockiana fatte da due autori a loro volta considerati dei classici nel nostro campo di studi, ossia Carl Schmitt e Karl Olivecrona; e anzi, debbo constatare come le loro letture siano state per me motivo della “scelta” del classico da studiare. In definitiva, si potrebbe dire che dopo aver letto i classici quasi fossero romanzi di formazione, si sceglie di seguirne alcuni piuttosto che altri anche e soprattutto in considerazione delle letture di quei classici proposte da altri autori che, a loro volta, finiscono per essere letti essi stessi come dei classici della formazione.

Non indugierò troppo sui contenuti delle letture dell’opera lockiana compiute da Schmitt e Olivecrona; cercherò, più che altro, di segnalare e approfondire quei passaggi di esse che valgono a fare di Locke, come

---

189) e nel numero 2, 2019 (pp. 19-42) di «Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto», ai quali queste riflessioni devono molto.

si vedrà in conclusione, un classico *anche* rispetto all'ambito della storia della filosofia giuridica. La quale – sia consentito notare per inciso – dà l'impressione, ancor più che la storia della filosofia *tout court*, di procedere sovente in base allo schema del “classico dei classici”<sup>2</sup> appena segnalato: si potrebbero enumerare diversi casi, basti pensare solo a Bentham e Austin letti da Hart o a Platone letto da Kelsen.

Sempre in quest'ottica, non vorrei tralasciare di precisare come molte altre letture, provenienti da classici della filosofia giuridica, siano valse ad approfondire e interpretare variamente l'opera lockiana: una su tutte, quella di Bobbio – peraltro recentemente ripubblicata – relativa alla trattazione lockiana del diritto naturale<sup>3</sup>. E tuttavia, pare di poter considerare in quest'ambito come più rilevanti le due letture a cui farò di seguito riferimento perché, appunto, più aderenti allo scopo della costruzione di una storia *particolare* della filosofia giuridica (mentre, anche se non si ha qui il modo e lo spazio necessari per trattare la questione in profondità, la lettura bobbiana si muove – e fa muovere l'opera lockiana – sui binari più tradizionali e consolidati della storia delle idee e del pensiero politico)<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> La formula è mutuata dal bel libro di S. Audano, *Classici lettori di classici. Da Virgilio a Marguerite Yourcenar*, Il Castello, Foggia 2013.

<sup>3</sup> Cfr. N. Bobbio, *Locke e il diritto naturale*, introduzione di G. Pecora, Giappichelli, Torino 2017. L'edizione originaria, nata come raccolta delle dispense del corso universitario di Filosofia del diritto all'Università di Torino nell'anno accademico 1962-63, è del 1963. Due anni dopo, Bobbio pubblica anche uno scritto di critica bibliografica lockiana, intitolato *Studi lockiani* e apparso in «Rivista storica italiana», 77 (1965), 1, pp. 96-130.

<sup>4</sup> Nei lavori bobbiani citati nella nota precedente vengono discusse, in particolare, le principali questioni sorte intorno alle letture filosofico-politiche dell'opera lockiana operate da Laslett, Polin, Cox, Macpherson e Viano; si veda in proposito V. Mura, *Bobbio interprete di Locke e del giusnaturalismo moderno*, in G.M. Chiodi, R. Gatti, *La filosofia politica di Locke*, FrancoAngeli, Milano 2005, pp. 63-92, che rimarca il significato *politico* del giusnaturalismo di Locke (e la destinazione filosofico-politica della sua opera) così come riletto da Bobbio. Utile a tal fine si rivela anche la notazione contenuta in T. Greco, *Norberto Bobbio e la storia della filosofia del diritto*, in «Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto», (2019), 2, pp. 77 e ss., ove viene commentato un passo

Sebbene cronologicamente la lettura di Locke proposta da Olivecrona sia successiva alla riflessione schmittiana, vorrei prendere le mosse dal teorico scandinavo sia perché la sua lettura risulta più organica e puntuale rispetto a quella di Schmitt sia perché essa può aiutare a comprendere meglio taluni aspetti di quest'ultima, pur non essendone affatto debitrice (del resto, è nota la poca vicinanza teorica tra i due "lettori" in questione).

## 2. Appropriazioni

In alcuni saggi degli anni Settanta del secolo scorso<sup>5</sup>, Olivecrona ha fornito una lettura dell'opera lockiana in cui viene approfondita in particolar modo la questione dell'appropriazione e avanzata la tesi interpretativa che essa, come questione specificamente filosofico-giuridica, sottenda una determinata concezione del diritto soggettivo nel panorama del giusnaturalismo moderno che combina elementi propri delle riflessioni di autori come Grozio e Pufendorf senza tralasciare di valorizzare/attualizzare spunti e intuizioni del pensiero premoderno.

---

della prefazione alla *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio (1934-1993)* in cui il filosofo torinese si sofferma sui suoi *auctores* (ricomprendendo tra essi anche Locke), facendo notare come occorra «evidenziare, ancora una volta, il fatto che [Bobbio] sottolinei quale sia stato il suo atteggiamento con questi autori, quando ricorda che lo scopo ultimo dei suoi scritti storici 'è la definizione e la sistemazione di concetti che avrebbero dovuto servire alla elaborazione di una teoria generale della politica'» (p. 102).

<sup>5</sup> I saggi cui si fa riferimento furono pubblicati dapprima in alcune riviste (K. Olivecrona, *Appropriation in the State of Nature: Locke on the Origin of Property*, in «Journal of the History of Ideas», 35 (1974), 2, pp. 211-230; Id., *Locke's Theory of Appropriation*, in «The Philosophical Quarterly», 24 (1974), pp. 220-234; Id., *The Term «Property» in Locke's Two Treatise of Government*, in «Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie», 61 (1975), 1, pp. 109-115), poi furono raccolti da Ashcraft nel volume *John Locke: critical assessments*, Routledge, London 1991. Questi tre saggi sono ora anche tradotti in italiano e raccolti nel volume K. Olivecrona, *La realtà del diritto. Antologia di scritti*, a cura di S. Castignone, C. Faralli, M. Ripoli, Giappichelli, Torino 2000 (pp. 389 e ss. con i titoli: *L'appropriazione nello stato di natura: Locke sull'origine della proprietà; La teoria dell'appropriazione di Locke; Il termine «proprietà» nei Due trattati sul governo di Locke*).

Olivecrona nota come sia Locke che Grozio e Pufendorf partissero dalla constatazione che in principio non esisteva la proprietà privata, perché tutto ciò che Dio aveva donato all'umanità era goduto in comune da tutti gli uomini; già su questo punto i tre "classici" del giusnaturalismo moderno hanno preso le distanze da Robert Filmer, il quale nel suo *Patriarcha* interpretava i passi biblici (*Genesi*, 1.28) nel senso che «Adamo, per mezzo della donazione da parte di Dio, 'fu fatto il signore generale di tutte le cose', dotato di un 'dominio privato per se stesso' e del diritto di 'donazione, assegnazione o cessione'»<sup>6</sup>. Locke ha speso tutto il suo *Primo Trattato* per criticare le tesi di Filmer, per cui non è il caso di ritornarvi sopra, anche perché non è questo il punto cruciale.

Il nodo importante sta invece nel fatto che, secondo Grozio, già «durante il periodo precedente l'introduzione del *dominium* [...] era permesso a ciascuno prelevare da ciò che era comune quelle cose che erano necessarie alla sopravvivenza. Ciò che un individuo prelevava per il proprio uso e poteva consumare diveniva "suo" (sebbene non avesse *dominium* su tale cosa)»<sup>7</sup>. Era, questa, la nota teoria del *suum* di Grozio<sup>8</sup>. Una teoria che non trovava pienamente d'accordo Pufendorf (il

---

<sup>6</sup> Olivecrona, *L'appropriazione nello stato di natura*, cit., p. 401. È importante precisare il fatto che Grozio usi, in questo contesto, il termine *dominium* nella stretta accezione di *proprietatis*: «*Quo rectius hoc intelligatur, noscendum est proprietatis, quod dominium iurisconsulti vocant, exordium*» (U. Grozio, *De jure belli ac pacis libri tres, in quibus ius naturae et gentium item iuris publici praecipua explicantur* (1625), Scientia Verlag, Aalen 1993, ristampa con nuove annotazioni dell'edizione a cura di B.J.A. De Kanter - Van Hettinga Tromp, Leiden 1939, Lib. II, Cap. II, par. I).

<sup>7</sup> Olivecrona, *La teoria dell'appropriazione in Locke*, cit., pp. 416-417. Cfr. Grozio, *De jure belli ac pacis*, cit., Lib. II, Cap. II, par. II [1], il quale, a tal proposito, così scriveva: «*Ac talis usus universalis iuris erat tum vice proprietatis. Nam quod quisque sic arripuerat, id ei eripere alter nisi per iniuriam non poterat*». E ancora, a riconferma di un momento precedente il *dominium*: «*Quod facile intelligi potest locum habiturum etamsi dominium quod nunc ita vocamus introductum non esset...*».

<sup>8</sup> Sulla teoria del "suum" nell'ambito delle dottrine giusnaturalistiche si veda il saggio di K. Olivecrona, *Il «suum» secondo la dottrina del diritto naturale*, in Id., *La realtà del diritto*, cit., pp. 355-362. Il momento del *suum* sembra atteggiarsi a momento sia iniziale che finale della ricostruzione groziana: «*Recta autem ratio ac natura*

quale, per il resto, si allineava sulle posizioni groziane in tema di origine dei diritti soggettivi): per quest'ultimo, infatti, «prelevare qualcosa da ciò che era in comune senza il consenso degli altri avrebbe costituito un'*iniuria* nei loro confronti. Di conseguenza, doveva essere stato concluso un accordo generale che permettesse l'appropriazione di quelle cose che erano necessarie alla sopravvivenza»<sup>9</sup>. Pufendorf riteneva che si potessero usare per sé solo quelle cose sulle quali si poteva vantare un diritto; ma tali diritti privati su beni che erano di proprietà comune potevano sorgere solo in seguito a un esplicito accordo generale tra *tutti* gli uomini. Non che per Grozio un accordo di tal genere mancasse del tutto; soltanto che sarebbe potuto subentrare in un secondo momento, quando gli individui si fossero già *appropriati* di un certo numero di beni<sup>10</sup>. Il fatto è che, per Grozio, una tale *appropriazione* non poteva ancora essere spiegata in termini di “diritto di proprietà” (inteso in senso stretto e dunque avente origine solo a seguito di un accordo)<sup>11</sup>.

---

*societatis [...] non omnem vim inhihet, sed eam demum quae societati repugnat, id est quae ius alienum tollit. Nam societas eo tendit ut suum cuique salvum sit communi ope ac conspiratione»* (Grozio, *De jure belli ac pacis*, cit., Lib. I, Cap. II, par. I [5]).

<sup>9</sup> Olivecrona, *La teoria dell'appropriazione in Locke*, cit., p. 417.

<sup>10</sup> Per un raffronto analitico delle posizioni di Grozio e Pufendorf in tema di origine dei diritti soggettivi si veda, dello stesso Olivecrona, il saggio *Il concetto di diritto soggettivo secondo Grozio e Pufendorf*, pubblicato in traduzione italiana come Appendice I in K. Olivecrona, *La struttura dell'ordinamento giuridico*, prefazione all'edizione italiana di Enrico Pattaro, Etas Compass, Milano 1972, pp. 292-310.

<sup>11</sup> «*Simul discimus quomodo res in proprietatem iverint: non animi actu solo; neque enim scire alii poterant, quid alii suum esse vellent, ut eo abstinerent; et idem velle plures poterant: sed pacto quodam aut expresse, ut per divisionem, aut tacito, ut per occupationem. Simulatque enim communio displicuit, nec instituta est divisio, censeri debet inter omnes convenisse, ut quod quisque occupasset id proprium haberet»* (Grozio, *De jure belli ac pacis*, cit., Lib. II, Cap. II, par. I [5]). Deve, peraltro, qui notarsi come il diritto di proprietà, in Grozio, rappresenti anche una *qualitas moralis personae*; e, al tempo stesso, per quanto appena visto, il diritto in questa coniugazione soggettiva viene situato da Grozio all'interno del *ius proprie aut stricte dictum*. Perciò anche il diritto di proprietà dovrà presupporre sempre l'esistenza di una *lex* e dunque di un accordo preventivo sul diritto; ma la qualifica di potere morale data ad un tale diritto

Olivecrona fa notare allora che appropriarsi di un oggetto vuol dire, in questo contesto, *impossessarsi* di qualche cosa, farla *propria (sua)*, ovvero, in altre parole, includerla nella sfera del *suum*.

Giunti a questo punto, conviene cercare di capire meglio in cosa consistesse il *suum*. La tradizione giusnaturalistica moderna derivava tale concetto dal principio *suum cuique tribuere*: il *suum* costituiva la sfera inviolabile di ogni individuo, ciò che apparteneva esclusivamente a ciascuno e non poteva essere preso dagli altri. L'espressione "dare a ciascuno il suo" veniva in tal modo sganciata da connotazioni *oggettive*, legate a principi di giustizia distributiva, per approdare ad una dimensione più propria della *soggettività*; essa finiva perciò con l'assumere il significato di riconoscere e rispettare il "suo" di ciascun individuo. La valenza essenzialmente negativa di questo principio imponeva che tutti gli altri consociati si astenessero dall'interferire con ciò che apparteneva a qualcuno: il *suum* si configurava allora come una sfera esclusiva in rapporto di non interferenza col *suum* di un altro individuo, comportando così l'obbligo di «astenersi dalle cose altrui»<sup>12</sup> (e nella riflessione groziana è centrale proprio l'argomento della *alieni abstinentia*, che si atteggia anche a contenuto della giustizia)<sup>13</sup>. La *iniuria* consisteva precisamente nella violazione del *suum* altrui<sup>14</sup> e dava luogo ad una reazione tesa al ristabilimento dei confini e al risarcimento del danno così subito.

Olivecrona nota come sia Grozio che Pufendorf si servano di questa accezione del *suum* e lo identifichino con tutto quanto possa *appartene-*

lascia cogliere la duplicità dei piani sui quali Grozio sviluppa la sua disamina della proprietà ed aiuta anche a comprendere il perché di un momento *appropriativo* del tutto legittimo precedente l'accordo in questione nonché l'importanza che viene ad assumere la sfera del *suum* in questo autore. Cfr. *ivi*, Lib. I, Cap. I, par. IV-V.

<sup>12</sup> *Ivi*, proleg. 8.

<sup>13</sup> «*Iustitia [...] quae tota in alieni abstinentia posita est*» (*ivi*, proleg. 44).

<sup>14</sup> «*Nam vita, membra, libertas sic quoque propria cuique essent, ac proinde non sine iniuria ab alio impeterentur. Sic et rebus in medio positis uti et quantum natura desiderat eas absumere ius esset occupantis: quod ius qui ei eriperet faceret iniuriam*» (*ivi*, Lib. I, Cap. II, par. I [5]).

re ad un soggetto, nel senso di cose che si presentano come “essere proprie di qualcuno” (*alicui proprium esse*)<sup>15</sup>. Non sorprende che, allo stato naturale, la lista comprenda “cose” come la vita, il corpo e le membra di ciascuno; ciò che interessa maggiormente è il fatto che vengano ricompresi anche dei beni immateriali (libertà, onore, reputazione), come pure la volontà e tutte le azioni che un soggetto è in grado di compiere (*actiones propriae*)<sup>16</sup>. Tutto ciò mette in evidenza come questi autori intendessero connotare il *suum* non solo in senso puramente materiale ma anche spirituale; come, in altre parole, intendessero riferirsi alla *personalità* e alla volontà di un individuo e alla spiritualità del rapporto che lo legava al mondo esterno. Così, la dimensione del *suum* appare intimamente correlata, essendone diretta espressione, con quella del *dominium sui*, ovvero con il momento proprietario “intrasubiettivo”, ossia «quella proprietà prima – ha scritto Paolo Grossi – che la Divinità ha inserito dentro di me a tutela della mia esistenza individua, che è contrassegnata da una formidabile forza espansiva e che fa di me un personaggio vocato a dominare il mondo cosmico e sociale»<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Olivecrona, *La teoria dell'appropriazione in Locke*, cit., p. 392. Cfr. Grozio, *De jure belli ac pacis*, cit., Lib. I, Cap. II, par. I [5] (l'espressione di cui si serve è «*quoque propria cuique essent*»).

<sup>16</sup> «*Natura homini suum est vita, non quidem ad perdendum, sed ad custodiendum, corpus, membra, fama, honor, actiones propriae*» (Grozio, *De jure belli ac pacis*, cit., Lib. II, Cap. XVII, par. II [1]).

<sup>17</sup> P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, p. 221. L'enfatizzazione del *dominium sui* – sempre seguendo Grossi sul punto – fu propria del Trecento e, più in particolare, della riflessione francescana, la quale pervenne a delinare, segnando una frattura nell'ambito dell'esperienza medievale, la dimensione di una sorta di “uomo nuovo”, diverso da quel soggetto del medio evo tutto immerso all'interno della realtà *ordinante* propria del suo tempo e identificato da Tommaso nella sua dimensione essenzialmente *razionale* e *oggettivizzata*. *L'homo novus* in questione è individuato in un soggetto «insofferente all'ordine e deluso delle cose; ma [che] alla delusione accompagna la forza psicologica di distaccarsene, di cominciare a costruire l'autosufficienza del proprio microcosmo» (ivi, p. 90); detto in altri termini, un soggetto che «*ama e vuole*, che tra le molte dimensioni psicologiche punta sulla più autonoma, sulla più autoreferenziale, – la volontà – per reperirvi

Da questa impostazione deriva la possibilità di estendere il nostro “io”, l’ego spirituale, la nostra *personalità* agli oggetti che diciamo in tal modo “appartenerci”: in altre parole, è come se potessimo trasfondere questo nostro “io” in quegli oggetti, incorporarvi la nostra spiritualità, *unirli* a noi stessi. Solo così gli oggetti possono entrare nella sfera del *suum*: è questo il senso più recondito della *appropriazione*. Ed ecco

---

una identità ma anche la propria cifra vincente. Tutto sembra interiorizzarsi, risolversi all’interno del soggetto, che conclama il suo distacco metafisico dal mondo e reclama la propria libertà sul mondo. Ed è illuminante come viene cementata questa ritrovata libertà: è auto-determinazione della volontà ed è concepita come *dominium*» (ivi, p. 220). Tale *dominium* altro non è che *potestas dominandi*, prima ancora che sulla realtà esterna, nella sfera dell’intersoggettività, su se stessi, nella sfera dell’intrasoggettività; come tale, essa si estrinseca da subito nel momento del *dominium sui* e del *dominium super suos actos*, e da qui poi, «proiettandosi all’esterno, in un *dominium rerum*, dal momento che la personalità dell’uomo, nella sua inviolabilità, non è altro che “*existentia dominativa et libera et in se ipsam possessiva reflexa vel reflexibilis*”, come insegna un forte pensatore francescano che opera nella seconda metà del Dugento, Pietro di Giovanni Olivi» (ivi, pp. 91-92). Proprio questa dimensione del *dominium*, superando gli steccati dell’esperienza medievale, arriva ad influenzare il pensiero della modernità, dapprima nella Seconda Scolastica e poi nel filone giusnaturalistico, convergendo verso l’elaborazione del concetto – centrale nella riflessione lockiana – di “proprietà della propria persona”, su cui viene ad insistere la dimensione del *suum* e ad essere concepito l’edificio proprietario nella sua interezza. Ancora con le parole di Grossi: «prende forma quel carattere tipizzante della modernità, che sarà proprio la commistione tra essere e avere, fra me e mio, con l’aver individuato quale contributo all’essere» (ivi, p. 221). Su queste tematiche si vedano più diffusamente, dello stesso autore, le pagine di *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» (1972), 1 (ora anche in P. Grossi, *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 123-189) nonché M. Villey, *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchretien, Paris 1975; ed. it., *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano 1985 e B. Tierney, *Dominion of self and natural rights before Locke and after*, in V. Makinen, P. Korkman (eds.), *Transformations in Medieval and Early-Modern Rights Discourse*, Springer, Dordrecht 2006, pp. 173-203. Sulla categoria del *dominium sui*, con particolare attenzione ai profili bioetici che essa sottende, si veda, più recentemente, V. Marzocco, ‘*Dominium sui*’. *Il corpo tra proprietà e personalità*, Editoriale Scientifica, Napoli 2016.

perché una violazione del *suum* riguardante tali oggetti può essere percepita come un'aggressione nei nostri confronti, un qualcosa che aggredisce anche la nostra personalità. È ciò che ha espresso, con parole efficaci, Enrico Finzi, in un suo studio intitolato, non a caso, *Il possesso dei diritti*: l'autore, qui, distingueva tra due forme di dominazione su di un bene, ovvero tra una dominazione essenzialmente *fisica* e fattuale di una cosa e una dominazione essenzialmente *economica* della stessa, volta all'utilizzazione concreta del bene a vantaggio del soggetto. E, nel riferirsi alla prima delle due forme di dominazione, Finzi notava che:

ciò che è saliente nel rapporto, ciò che quindi è più atto, ove il fatto si consideri svolto in seno ad una società, ad influire su di essa ed a provocare il costituirsi ed il conservarsi di rapporti sociali inerenti al fatto stesso, si è la personalità umana. Quell'appropriazione fisica degli oggetti segna essenzialmente e soprattutto un atto della volontà di un individuo, una proiezione della sua personalità sulla cosa per modo che questa viene come ad incorporarsi in lui, ad identificarsi nella sua unità fisica così intimamente che il levarla dalla custodia del soggetto, lo strapparla alla sua difesa costituisce una offesa alla sua personalità<sup>18</sup>.

Ad avviso di Olivecrona, anche la teoria lockiana dell'appropriazione aderisce a questa prospettiva, nonostante che lo stesso Locke si sforzi di spiegare tutto nei termini di un'appropriazione *materiale*. Nel paragrafo 26 del *Secondo trattato* si legge infatti che «il frutto e la cacciagione di cui si nutre il selvaggio indiano [...] devono essere suoi [...], essere cioè parte di lui»<sup>19</sup>. I beni, dunque, sono “parte di lui”, della sua stessa persona: «La personalità spirituale – scrive Olivecrona – viene estesa sino a includere degli oggetti fisici. Locke dà semplicemente espressione in modo straordinariamente chiaro e pregnante a un'idea che perva-

---

<sup>18</sup> E. Finzi, *Il possesso dei diritti*, Giuffrè, Milano 1968, p. 58.

<sup>19</sup> J. Locke, *Two Treatises of Government* (1690), ed. by P. Laslett, Cambridge University Press, Cambridge 1960; tr. it. del secondo trattato di A. Gialluca, *Il secondo trattato sul governo. Saggio concernente la vera origine, l'estensione e il fine del governo civile*, intr. di T. Magri, BUR, Milano 1998, § 26, p. 97.

de il pensiero giusnaturalista»<sup>20</sup>. Più in particolare, poi, Locke aderisce alla prospettiva groziana, dato che Grozio pensava che la sfera del *suum* potesse essere accresciuta da quegli oggetti ancor prima dell'introduzione del diritto di proprietà e semplicemente attraverso tale meccanismo dell'estensione della personalità.

Un'implicazione rilevante della lettura di Locke proposta da Olivecrona sta nel renderci edotti del fatto che la teoria lockiana della proprietà non si impernia, a ben vedere, su una teoria del valore-lavoro e che si possa avanzare più di un dubbio sulla pre-supposizione di quest'ultima da parte di Locke, come invece troppo spesso semplicisticamente si ritiene. Proprio in virtù dell'*appropriazione* come *estensione della personalità* sugli oggetti fisici, il termine "lavoro", di cui Locke spesso si serve, sta, in realtà, per "azione" e rimanda perciò alle *actiones propriae* di Grozio e Pufendorf e alla sfera del *suum* di ciascuno. Pertanto, il vero dato che rileva è «il mero impossessarsi di un oggetto»<sup>21</sup>: questo è l'unico senso in cui Locke può parlare di "lavoro", poiché l'atto dell'impossessamento (ripensiamo al selvaggio che raccoglie la ghianda) è anche «il momento in cui qualcosa della sua personalità si infonde nella ghianda»<sup>22</sup>. Se così è per i beni mobili, ciò non è men vero per i beni immobili, e per la terra in particolare: Olivecrona nota infatti come Locke, pur riferendosi costantemente al "lavorare" la terra come titolo per acquisirla, non dimentichi di riferirsi alla preventiva occupazione e recinzione dei terreni, quasi fossero azioni essenziali all'appropriazione degli stessi<sup>23</sup>. Recintare una terra non è ancora *lavorarla*, e tuttavia la mera occupazione avrebbe già potuto rappresentare quel momento appropriativo dell'"azione" (l'"atto" del recingere, appunto) più che del "lavoro", secondo quanto si è appena considerato.

---

<sup>20</sup> Olivecrona, *La teoria dell'appropriazione in Locke*, cit., p. 423.

<sup>21</sup> Olivecrona, *L'appropriazione nello stato di natura*, cit., p. 407.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

<sup>23</sup> Cfr. Olivecrona, *L'appropriazione nello stato di natura*, cit., pp. 408-410 e Id., *La teoria dell'appropriazione in Locke*, cit., pp. 427-429.

Quest'ultimo riferimento ha poi una valenza ancora maggiore se proiettato sulla questione coloniale relativa all'occupazione delle terre incolte del Nord America, a cui Locke fa riferimento nel capitolo V del *Secondo trattato*: nella logica dell'*improvement*, l'elemento dell'*enclose* (recingere) va ad aggiungersi, rafforzandolo, a quello della *terra culta*, anzi, per certi versi, potrebbe porsi come un fattore determinante ai fini dell'appropriazione di quelle terre. In tal senso, la dimensione della *waste land*, evocata da Locke a proposito del contesto americano<sup>24</sup>, integrerebbe senz'altro non solo la circostanza di una terra "incolta" ma anche quella di una terra "libera" (*terra nullius*)<sup>25</sup>. Come è stato notato a questo proposito, nelle mutate circostanze storiche della modernità la dottrina classica dell'occupazione (*occupatio*) lascerebbe il posto a quella della individuazione (*specificatio*), la quale vale, tra l'altro, a fondare proprio la teoria della proprietà-lavoro<sup>26</sup>. E tuttavia, non è da dire che Locke si ritrovi a scartare completamente «la soluzione che fa riferimento all'*occupatio* anche in considerazione del fatto che tale modalità d'appropriazione sembra adattarsi meglio ad una situazione nella quale

---

<sup>24</sup> Cfr. Locke, *Il secondo trattato sul governo*, cit., §§ 37-48.

<sup>25</sup> Certamente anche il "lavoro" è "azione", è atto, anzi è una serie di atti; ma il "recingere" si può davvero esaurire nel compimento di un mero atto, senza, per giunta, che questo venga rinnovato o legato a tutta un'altra serie di atti, come è invece per il "lavoro". Del resto, anche la recinzione può ben rappresentare un'annessione della terra alla propria *persona*, anzi, forse, è la rappresentazione simbolica più adatta, nonché l'atto materiale più diretto ed *efficace* in tal senso. E tuttavia, da parte sua, anche il "lavoro" è estrinsecazione della propria *personalità* sulla terra, la quale, proprio in base a ciò, viene *unita* al soggetto. In ogni caso, è evidente che entrambi questi momenti, della "recinzione" e del "lavoro", integrano lo schema dell'appropriazione come estrinsecazione della *personalità* ed estensione della stessa agli oggetti fisici del mondo circostante. Tutto ciò impone, ancora una volta, la necessità di ampliare il significato e la portata della dimensione della "waste land" (la terra "incolta") fino a ricomprendervi anche il senso di una terra "libera", ovvero di una *terra nullius*, e per ciò stesso soggetta alla *occupazione* da parte di chiunque (e la "recinzione", del resto, ben potrebbe integrare questo momento).

<sup>26</sup> Cfr. P.P. Portinaro, *Appropriazione, distribuzione, produzione. Materiali per una teoria del "nomos"*, FrancoAngeli, Milano 1983, p. 85.

le cose non appartengono già in comune al genere umano»<sup>27</sup>. Non bisogna tralasciare, infatti, tutta la problematica relativa alle *enclosures* inglesi del Seicento, a cui Locke sembra aver guardato e da cui ha verosimilmente tratto un principio sull'occupazione di carattere più generale, che riemerge nell'uso che egli fa del termine *enclosure*.

Proprio Olivecrona, richiamando sul punto la rinomata introduzione di Peter Laslett ai *Two Treatises of Government*<sup>28</sup>, ha posto in evidenza, nell'ambito della teoria lockiana, l'impiego di un linguaggio e l'adozione di una logica tipici del sistema delle recinzioni agrarie inglesi, in relazione al quale è da notare come «i grandi proprietari fondiari, approfittando di un principio della *common law* di incerta interpretazione, si [fossero] appropriati delle parti marginali o *comuni* della tenuta recingendole per il proprio esclusivo beneficio»<sup>29</sup>. Né bisogna omettere di sottolineare un'ambiguità della riflessione lockiana in tema di appropriazione delle terre: se, infatti, elemento centrale di tale riflessione, e determinante dal punto di vista di una teoria della proprietà-lavoro, rimane senza dubbio quello della *lavorazione* delle terre, è pur dato rilevare la presenza dell'elemento della recinzione (*enclosure*) delle stesse, su cui Locke diverse volte tende a soffermarsi, soprattutto quando si riferisce – guarda caso – al contesto “americano”<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> Cfr. P. Laslett, *Introduction*, in Locke, *Two Treatises of Government*, cit.

<sup>29</sup> Olivecrona, *L'appropriazione nello stato di natura*, cit., p. 410.

<sup>30</sup> Cfr. Locke, *Il secondo trattato sul governo*, cit., §§ 33, 35 (dove, addirittura, ricorre l'identificazione tra “appropriarsi” e “recingere”), 48. Del resto, Locke aveva sottolineato poco prima, nello stesso capitolo, il fatto che il selvaggio indiano non conoscesse “recinzioni” (§ 26). È dato comunque cogliere un'ambiguità della riflessione lockiana su questo punto. Se, infatti, l'elemento determinante, e che Locke spesso si sforza di ribadire, resta quello della lavorazione dei terreni, a volte egli tende ad indugiare anche sulla recinzione degli stessi. È vero che i riferimenti a quest'ultimo aspetto riguardano, più che altro, il caso delle *enclosures* inglesi; e tuttavia è lecito chiedersi se si potessero configurare, anche a livello teorico, delle recinzioni preventive di terra ancora non lavorata. Locke sembra rifarsi spesso al “senso comune” quando parla della recinzione come *conseguenza* del proprio lavoro (recingere un terreno solo fin dove lo si è riuscito a lavorare), ma quando cerca di generalizzare la questione dell'ap-

In definitiva, ciò che Olivecrona intende mettere in risalto rispetto a ogni altra cosa è l'elemento determinante dell'impossessamento in Locke, e, di conseguenza, un'accumulazione tendenzialmente senza limiti che una *persona*<sup>31</sup> (intesa, dunque, anche nella sua accezione *spirituale*) può compiere. Infatti, pur sussistendo, per Locke, una serie di limiti all'appropriazione – solo però nello stato di natura e in situazione di abbondanza di beni<sup>32</sup> – il vero intento della sua proposta teorica

---

propriazione delle terre, ponendosi anche nella prospettiva dello stato di natura e di un'abbondanza di terre ancora senza confini, la questione del *prius o posterius* della recinzione non è senza senso: in una situazione del genere, ci si potrebbe rappresentare facilmente l'ipotesi della recinzione di una terra fin dove “riesce ad arrivare lo sguardo”, se così si può dire, ossia prima ancora di mettersi a coltivarla. Anche perché, scrive Locke, «la recinzione fatta a proprio vantaggio non riduceva la parte che restava a disposizione degli altri, poiché chi lascia quanto un altro può usare è come se nulla avesse preso. Nessuno può ritenersi danneggiato dal fatto che un altro beva, sia pure a grandi sorsi, se ha un fiume intero di quella stessa acqua per saziare la sua sete; e il caso della terra e quello dell'acqua, laddove ve ne è abbastanza di entrambe, sono perfettamente identici» (ivi, § 33, p. 103).

<sup>31</sup> Sul concetto lockiano di “persona” si veda J.W. Yolton, *Locke: An Introduction*, Basil Blackwell, Oxford 1985; ed. it., *John Locke*, il Mulino, Bologna 1990, pp. 39 e ss, il quale così nota, a commento di alcuni passi del *Saggio sull'intelligenza umana*: «Locke dice che “persona” è un “termine forense, che si addice alle azioni e al loro merito” (§ 28, p. 407). Questo termine ha quindi a che fare con le azioni, con il possesso di queste azioni, e con il loro merito, con il loro valore morale [...]. Una persona, o un io, è un essere intelligente, che ragiona e riflette, e “che può considerare sé stessa come se stessa, cioè la stessa cosa pensante, in diversi tempi e luoghi” (§ 11, p. 394). Una persona si interessa per le proprie azioni e ne è responsabile (§ 16) [...]. Un io possiede le proprie azioni (§ 19), ed è inoltre “capace di diritto”, nel senso che un io è in grado di riconoscere e seguire, ed è soggetto a, delle leggi morali, e in ultima istanza alle leggi divine. Sulla persona e sull'identità personale “è fondato tutto il diritto e la giustizia della ricompensa e del castigo” (§ 20)» (ivi, p. 40). In considerazione di tutto ciò, conclude Yolton, possedere qualcosa, «sia esso un'azione, un pezzo di terra, oppure un io, significa essere fieri o sentirsi colpevoli di questo possesso, assumersene la responsabilità ed esserne responsabile. Tutte queste qualità sono ingredienti di quella consapevolezza appropriante attraverso la quale io divento una persona con un carattere e una storia» (ivi, p. 44).

<sup>32</sup> Si tratta, come è noto, dei limiti “naturali” (ovvero fissati dal diritto naturale) del “deperimento” e della “sufficienza”: cfr. Locke, *Il secondo trattato sul governo*, cit., §§ 31 e ss.

non sarebbe stato altro che quello di giustificare nell'età della scarsità la distribuzione profondamente diseguale delle ricchezze (dei beni e, in particolare, delle terre) all'epoca e nel paese in cui scriveva<sup>33</sup>.

### 3. Terra e *nomos*

In una direzione simile si era mosso, alcuni anni prima rispetto alle ricerche di Olivecrona, un altro autore che in ambito filosofico-giuridico siamo oggi portati a considerare per molti versi come un "classico", e cioè Carl Schmitt<sup>34</sup>. In un saggio degli anni Cinquanta del secolo scor-

---

<sup>33</sup> Cfr. Olivecrona, *La teoria dell'appropriazione in Locke*, cit., pp. 433 e ss. In particolare, a proposito della *differenza di valore* che il lavoro creerebbe sulla terra e della proprietà di tale lavoro di cui parla Locke, Olivecrona scrive: «Per "proprietà del lavoro" si intende il diritto dell'individuo sul proprio lavoro, in quanto "suo". Per "comunità della terra" si intende il diritto alla terra che in origine era comune a tutti gli uomini della terra. Questi due diritti sono in conflitto, e di conseguenza va soppesata la loro importanza relativa. Da una parte abbiamo il diritto comune a tutti alla terra nella sua forma naturale, e dall'altra abbiamo il diritto al lavoro che è stato infuso nella terra ("mescolato" ad essa). Il fattore decisivo dipende dalla misura in cui il valore della terra così come si presenta ora deriva dalla natura, e dalla misura in cui deriva invece dal lavoro del coltivatore. L'esito è ovvio. La terra incolta era praticamente priva di valore. Il suo valore attuale deve essere quasi interamente "attribuito al lavoro". Locke non dice che il lavoro deve essere quello del proprietario attuale. Il valore dei possedimenti esistenti all'epoca in Inghilterra era ovviamente frutto del lavoro di generazioni di uomini ormai dimenticati. L'argomentazione verteva sul fatto che il lavoro "mescolato" alla terra non era mai stato proprietà comune. Il proprietario attuale poteva aver acquistato la terra, o averla ereditata o acquisita in qualche altro modo legale. Comunque fosse, aveva legalmente acquisito i frutti del lavoro impiegato per coltivare la terra in questione. Dal momento che il valore corrente della terra dipendeva quasi esclusivamente da tale lavoro, mentre il valore della terra nella sua condizione naturale e originaria era trascurabile, non si poteva affermare che il proprietario attuale o i suoi predecessori avessero derubato gli altri di una qualsiasi cosa che avesse una qualche rilevanza» (ivi, p. 436).

<sup>34</sup> Sulla rilevanza della riflessione schmittiana per l'ambito della filosofia del diritto, oltre ai contributi di coloro i quali, come Emanuele Castrucci, che ha pure tradotto *Il nomos della terra*, e Pier Paolo Portinaro, hanno approfondito la dimensione

so, intitolato significativamente *Nehmen/Teilen/Weiden*<sup>35</sup>, Schmitt operava – come recita il sottotitolo della traduzione italiana – «un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico-sociale, a partire dal “nomos”». A tale scopo egli forniva quei tre significati del termine *nomos* che ricorrevano nel titolo del saggio, ossia appropriazione/divisione/produzione: nell’ordine di successione dei tre momenti, il primo di essi si pone per Schmitt come quello fondamentale e originario per ciò che concerne la genesi di ogni ordinamento sociale<sup>36</sup>. A dimostrarlo sta lo stesso sostantivo greco *nomos*, il quale non deriva altro che dal verbo *nemein* (è evidente come il verbo tedesco *Nehmen*, usato da Schmitt, abbia la stessa radice del verbo greco).

---

storico-concettuale del pensiero giuridico di Schmitt, si vedano, più recentemente, gli studi dedicati a una ricostruzione dell’intera opera e vicenda intellettuale schmittiana alla luce della riflessione giusfilosofica, come, tra gli altri, quelli di G. Preterossi, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari 1996 e S. Pietropaoli, *Schmitt*, Carocci, Roma 2012.

<sup>35</sup> Il saggio apparve con questo titolo (e con il sottotitolo *Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom Nomos her richtig zu stellen*) nella rivista «Gemeinschaft und Politik», I (1953), pp. 17-27 e nella «Revue Internationale de Sociologie», I (1954), pp. 59-71. Fu ripubblicato nell’antologia di scritti schmittiani *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954: Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlin 1958. È stato poi tradotto in italiano col titolo *Appropriazione/divisione/produzione. Un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico-sociale, a partire dal «nomos»* e inserito nella raccolta di saggi C. Schmitt, *Le categorie del «politico»*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972, pp. 293-312.

<sup>36</sup> Questo, nota Schmitt, è certamente vero fino alla rivoluzione industriale. Ma, continua l’Autore, non è men vero anche in seguito, nonostante che il liberalismo e il socialismo abbiano cercato di porre in evidenza gli altri due momenti rispetto a quello dell’appropriazione (il quale veniva ad essere nei fatti sostanzialmente occultato, restando tuttavia, anche in queste ricostruzioni, *condicio sine qua non* per gli altri due momenti) (Cfr. C. Schmitt, *Appropriazione/divisione/produzione*, cit., pp. 299 e ss.). Quello che forse, però, Schmitt intende comunicare è anche il carattere indissolubile della triade appropriazione/divisione/produzione (seppure in tale ordine di successione) che vale a determinare il *nomos*. Su ciò cfr. Portinaro, *Appropriazione, distribuzione, produzione*, cit., pp. 21 e ss.

*Nemein* significa in primo luogo *prendere, conquistare*. E se si volesse adoperare un *nomen actionis* di tale verbo, ovvero un sostantivo il cui contenuto è dato dal verbo, questo non potrebbe che essere, secondo Schmitt, *Nahme*, che vuol dire, per l'appunto, *appropriazione*<sup>37</sup>.

Che il *nomos* inteso in tal senso possa rimandare senza dubbio a quella che già Kant aveva definito come «la legge distributiva del mio e del tuo di ognuno sulla terra»<sup>38</sup> e che abbia a che fare in concreto con l'appropriazione di *terra* è presto detto da Schmitt:

La storia dei popoli, con le loro migrazioni, colonizzazioni e conquiste è una storia di appropriazione della terra. Quest'ultima è appropriazione di terra libera, cioè di suolo fino a quel momento privo di padrone, oppure conquista di terra nemica, sottratta al precedente proprietario in virtù del titolo giuridico della guerra esterna oppure redistribuita coi metodi del bando, della privazione dei diritti e della spoliazione per cause politiche interne. In ogni caso sempre l'appropriazione di terra è l'ultimo titolo giuridico per tutte le divisioni e distribuzioni successive e quindi per ogni successiva produzione<sup>39</sup>.

Ai nostri fini è da sottolineare il fatto che Schmitt, quando pensa all'appropriazione della terra come a un momento fondativo di un ordinamento, non si fermi solo a Kant, ma guardi anche a John Locke, «che da inglese del XVII secolo pensava certamente alla conquista dell'In-

---

<sup>37</sup> Cfr. Schmitt, *Appropriazione/divisione/produzione*, cit., p. 297.

<sup>38</sup> Scrive Schmitt a proposito di Kant: «Anche la dottrina giuridica di Kant [...] sostiene con radicalità filosofica che ogni proprietà e ogni ordinamento giuridico sono condizionati dal suolo e derivano da un'acquisizione originaria del suolo di tutta quanta la terra. Kant dice testualmente: 'La prima acquisizione reale non può essere altro che quella del suolo'. Questa 'legge distributiva del mio e del tuo, di ognuno sul suolo', come egli la definisce, non è, naturalmente, una legge positiva nel senso delle successive codificazioni statali o del sistema di legalità che è proprio di una successiva costituzione statale; essa è e rimane il nucleo reale di un avvenimento storico e politico del tutto concreto, vale a dire l'occupazione di terra» (C. Schmitt, *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Duncker & Humblot, Berlin 1974; tr. it. di E. Castrucci, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, Adelphi, Milano 1991, p. 27).

<sup>39</sup> Schmitt, *Appropriazione/divisione/produzione*, cit., p. 300.

ghilterra da parte di Guglielmo il Conquistatore (1066)»<sup>40</sup>. Anche per il filosofo inglese (e soprattutto per lui, come si vedrà) l'appropriazione di terra può ben costituire quel fondamento primo, ovvero – come enfatizza Schmitt rifacendosi proprio alla terminologia lockiana – il *radical title*<sup>41</sup>. In *Il Nomos della Terra* si guarderà essenzialmente a quei passaggi del *Secondo trattato* dai quali sembra emergere la centralità del momento del «dominio sulla terra» prima ancora che «sugli uomini che abitano nella terra»<sup>42</sup>; e, al tempo stesso, Schmitt sottolineerà l'impianto “medievale” del pensiero di un autore, quale era Locke, troppo spesso fatto passare come un moderno razionalista e legato invece, a suo avviso, alla tradizione del diritto territoriale feudale inglese derivante dalla conquista normanna del 1066. Del resto, la conclamata modernità del pensiero lockiano sarebbe da ricondurre, tra le altre cose, proprio all'enfasi del momento della *produzione* e ad una sua autonomizzazione teorica, che ha nei fatti poi consentito di leggere l'opera del filosofo inglese alla luce della teoria del valore-lavoro (laddove la “teoria del territorio” e l'enfasi sull'occupazione della terra rimanderebbero a una dimensione più prettamente medievale del pensiero dell'autore)<sup>43</sup>.

Lo stesso Schmitt ha invitato a guardare alla centralità che la “terra” viene ad assumere all'interno della riflessione lockiana. In ciò, come sembra ovvio, vi è l'inevitabile “influenza” del pensiero di colui che si sta occupando di un altro autore (ovvero di un “classico”, nella gran parte dei casi) sul pensiero di quest'ultimo (prima ancora che possa essere lo studioso, in un certo senso, a subire l'influenza dell'autore studiato): la

---

<sup>40</sup> *Ibidem.*

<sup>41</sup> *Ibidem.*

<sup>42</sup> Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 26.

<sup>43</sup> Schmitt riporta in nota il riferimento alla tesi dottorale di Emil Roos, *Naturzustand und Vertrag in der Staatsphilosophie Lockes* (Berlin, 1943) che considera particolarmente originale e importante nel panorama degli studi lockiani proprio perché fornisce una dimostrazione dell'impianto non razionalistico bensì medievale dell'opera lockiana, e ciò proprio in virtù della caratterizzazione “feudale” della teoria del territorio elaborata dal filosofo inglese (cfr. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 27, nota 1).

lettura del classico, allora, potrebbe risultare “di parte”, se così si può dire; del resto, sembra per molti versi difficile – se non impossibile – evitare il momento in cui lo studioso parla per bocca di un suo autore di riferimento, a sua volta preventivamente “selezionato” tra gli altri proprio in base a più o meno accennate similitudini terminologiche e affinità concettuali, prima ancora che autenticamente *teoriche*. Nel caso di Schmitt e Locke tutto ciò è abbastanza evidente: per Schmitt la *terra* è realmente «la madre del diritto»<sup>44</sup> e non è difficile cogliere nella sua elaborazione, al di fuori dell’astrazione concettuale (che dà anche il titolo alla sua opera), un vero e proprio *nomos della “terra”*; con tali “intenti” Schmitt andrà a *leggere* Locke. E tuttavia, non è detto che ciò non possa contribuire a mettere in luce determinati aspetti del pensiero lockiano che – *attraverso* Schmitt – possono tornare utili ai nostri fini d’indagine.

Così, quando Schmitt sottolinea l’inscindibilità del legame tra *terra* e *diritto*, dice qualcosa che sicuramente a Locke non sarebbe suonato nuovo o incomprensibile. E se poi si va ad esaminare che genere di legame sia quello appena menzionato e come esso si atteggi, si capiranno ancor di più le ragioni che spingono Schmitt ad *andare verso* Locke. Per Schmitt, infatti:

la terra risulta legata al diritto in un triplice modo. Essa lo serba in sé, come ricompensa del lavoro; lo mostra in sé, come confine netto; infine, lo reca su di sé, quale contrassegno pubblico dell’ordinamento. Il diritto è terraneo e riferito alla terra. È quanto intende il poeta quando, parlando della terra universalmente giusta, la definisce *justissima tellus*<sup>45</sup>.

In altri termini, la terra esprime già di per sé un diritto, che promana dalla terra stessa per come essa *costitutivamente* si atteggia e in virtù della sua stessa *essenza*. La terra, infatti, dà *diritto* a ciò che si ottiene dal lavoro su di essa, poiché premia quel lavoro con la propria fecondità (con ciò dando *naturalmente* a ciascuno il “suo”). La terra, inoltre, proprio in vir-

---

<sup>44</sup> Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 19.

<sup>45</sup> Ivi, p. 20.

tù della sua stessa *costituzione*, si fa *naturalmente* attraversare dai confini, come se fosse stata concepita a tal scopo. La terra, infine, “individua” un ordinamento, perché è terra di un determinato Stato e diventa essa stessa limite e confine dell’ordinamento di quello Stato per gli altri Stati. La terra esprimerebbe dunque una «propria intima giuridicità»<sup>46</sup>, e tale intima giuridicità sembrerebbe poter ben *com-portare* anche un senso di giustizia come *misura* (la misura del lavoro, i confini come misura della terra).

È difficile, in un simile contesto, non ritrovare significati lockiani: il lavoro sulla terra e la *giusta* appropriazione di ciò che si è lavorato; le recinzioni della terra come, al contempo, confini ed estensioni, che segnano e determinano le proprietà individuali; il territorio di uno Stato, il quale, del resto, come dice lo stesso Locke, «ha una giurisdizione diretta solo sulla terra»<sup>47</sup>. È bene notare, tuttavia, come questa declinazione schmittiana della giustizia e la relativa teoria del *nomos*, che sviluppa un nesso «sostanziale tra lo spazio, ovvero la Terra, e il diritto»<sup>48</sup>, possano atteggiarsi in una maniera del tutto peculiare: se la terra, infatti, proprio in quanto “justissima”, sembra esprimere un nesso indissolubile col diritto, è pur vero, come è stato sottolineato, che tale giustizia non deve illudere fino in fondo e illudersi essa stessa:

La Terra è *justissima* in senso non sostanziale né fondativo. Il *nomos* di cui essa è portatrice non è una fondazione ma uno sfondamento. Ma ciò significa che non si teorizza qui un Diritto Naturale, poiché la Giustizia della Terra – il *no-*

---

<sup>46</sup> C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996, p. 879.

<sup>47</sup> Locke, *Il secondo trattato sul governo*, cit., § 121, p. 225. Schmitt cita espressamente questo passaggio lockiano nelle prime pagine dell’opera *Il nomos della terra*, laddove mostra l’origine tutta *terrestre* del diritto di uno stato e del legame tra quest’ultimo e i suoi sudditi (la terra come «madre del diritto» – lo si è visto sopra –, qui da intendere sia nel senso del momento generativo del *nomos* sia nel senso della dipendenza dell’obbligazione politica e giuridica dal possesso della terra, secondo quanto Locke ha modo di precisare nel prosieguo del § 121 richiamato da Schmitt). Cfr. Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 26.

<sup>48</sup> Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 878.

*mos* – non è presente immediatamente nella Terra, non riposa sostanzialmente in essa: infatti il *nomos* è, per Schmitt, violenza originaria, eccezione<sup>49</sup>.

Per dirla con le stesse parole del giurista tedesco:

è “immediatezza” di una forza giuridica non mediata da leggi; è un evento storico costitutivo, un atto della *legittimità* che solo conferisce senso alla legalità della mera legge<sup>50</sup>.

Appare, dunque, questa forza *giuridica* all’interno di qualcosa che tutto può sembrarci essere tranne che *giuridico*. E invece, in quanto principio ordinativo e orientativo, il *nomos* non può non essere qualcosa di intrinsecamente giuridico. Così Galli esprime un tale senso di normatività:

La Giustizia che si manifesta nel *nomos* è insomma solo la concretezza di una violenza originaria che è principio giuridico d’ordine in quanto in quella violenza, in quella sottrazione di terra, c’è anche, paradossalmente, una territorialità, in quel dis-orientamento originario anche un orientamento concreto<sup>51</sup>.

La stessa violenza è diritto, la spoliazione è una vestizione, l’ordine passa dal necessario dis-ordine. E la terra è l’oggetto di un tale principio ordinatore. La Terra e l’Ordine. Un dis-ordine che porta già in sé l’Ordine è *ordinante*:

perché sa prendere, recintare, e quindi al contempo escludere. *Nomos*, allora, è un radicamento nello sradicamento, è una misura non mitica né archetipica ma

---

<sup>49</sup> Ivi, p. 881. Poco prima Galli aveva notato come, in realtà, il *nomos* consista «in una appropriazione di terra che – sulla scorta del passo di Pindaro in cui il *nomos* è associato al furto e alla violenza di Eracle – è al contempo anche una “sottrazione” di terra; certo, questa sottrazione, a sua volta, è *nomos* solo in quanto ha in sé ‘eine bodenbezogene Ordnung und Ortung’, cioè, la sottrazione di Terra è a sua volta orientata alla Terra. Nondimeno, sembra chiaro che *nomos* è così origine di un ordine che da questa sottrazione/appropriazione è costituito, orientato e legittimato» (ivi, pp. 880-881).

<sup>50</sup> Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 63.

<sup>51</sup> Galli, *Genealogia della politica*, cit., p. 881.

emergente, nella dismisura, come capacità di determinazione e di ordinamento della propria violenza<sup>52</sup>.

È fin troppo evidente come possa qui ben attagliarsi il discorso giuridico della colonizzazione, a cui un autore come Locke – lo si è già accennato in precedenza – non appare certo estraneo<sup>53</sup>: anche nel caso di una colonia (e soprattutto in tal caso, verrebbe da dire) si ha a che fare con la creazione di un ordinamento giuridico che, nel suo momento “generativo”, conosce l’appropriazione di terra quale fattore predominante e determinante la sua stessa nascita e implementazione. E ciò che più rileva pare essere davvero, nel “discorso” coloniale, la “violenza” che è legata alla “sottrazione della terra”, e nella quale è dato ritrovare il principio stesso di una *territorialità* e di un’*ordinamentaltà*. Del resto, lo stesso Schmitt, nel suo saggio da cui abbiamo preso le mosse, aveva evocato proprio le “colonizzazioni” e le “conquiste”, insieme alle scoperte geografiche e alle migrazioni dei popoli<sup>54</sup>, quali esempi lampanti e momenti centrali nella storia dei popoli di un *nomos della terra*, inteso nel senso del *nemein* (*prendere/conquistare* la terra), ovvero del *nomos* di una sottrazione della terra in cui vi è anche un orientamento concreto, un radicamento *della terra* e *nella terra* che si innesta su un suo sradicamento.

Ecco, in definitiva, chiarirsi il riferimento del giurista tedesco a quel passo del *Secondo trattato* di Locke sulla genesi degli ordinamenti sociali («in principio tutto il mondo era America») <sup>55</sup> – una genesi quasi

---

<sup>52</sup> *Ibidem.*

<sup>53</sup> Per un approfondimento della questione coloniale negli scritti lockiani mi sia consentito di rinviare a I. Belloni, *Una dottrina «assai strana». Locke e la fondazione teologico-deontologica dei diritti*, Giappichelli, Torino 2011.

<sup>54</sup> Schmitt, *Appropriazione/divisione/produzione*, cit., p. 300. Schmitt farà più avanti riferimento anche all’imperialismo inglese come soluzione della questione sociale (secondo quanto sosteneva Chamberlain) e al relativo programma di espansione coloniale (ivi, pp. 302 e ss.).

<sup>55</sup> Il passo lockiano cui allude Schmitt è contenuto nel paragrafo 49 del *Secondo trattato*. Schmitt lo cita espressamente, riportandone anche la dicitura originale inglese, a pagina 98 de *Il nomos della terra*.

“mitica”, si potrebbe dire, seguendo Schmitt sul punto: l’“America” come paradigma coloniale, *exemplum* non tanto di una terra *vuota*, “vacua” (*waste*) quanto piuttosto di una terra *da prendere*, con una presa che sarà il diritto a legittimare. L’occupazione di terra, scrive Schmitt, «contiene in sé l’ordinamento iniziale dello spazio, l’origine di ogni ulteriore ordinamento concreto e di ogni ulteriore diritto»<sup>56</sup>.

#### 4. Alcune considerazioni (di metodo) conclusive

Al di là dei contenuti specifici e della reinterpretazione di alcuni *loci* teorici dell’opera lockiana che queste due autorevoli letture offrono – reinterpretazione funzionale alle tesi filosofiche proprie di ogni lettore dei classici – esse sono, a mio avviso, da tenere ben presenti sotto altri aspetti, che hanno a che fare con la riconsiderazione storica della filosofia del diritto e con le questioni di metodo ad essa sottese.

Non passerà infatti inosservata la circostanza per cui la rilettura di un classico come Locke, operata da Schmitt e Olivecrona, possa aver validamente contribuito a fare di tale autore un classico (anche) della filosofia giuridica. Senza voler marcare troppo le distinzioni disciplinari (i classici verosimilmente sono tali anche perché irriducibili a saperi specialistici) è però indubbio che la consolidata considerazione della filosofia politica di Locke (evidente soprattutto nell’ottica della teoria del governo e delle dottrine contrattualistiche) possa essere – e venga, di fatto – resa più completa grazie alla rilevanza degli aspetti *giuridici* (*i.e.* filosofico-giuridici) del suo pensiero: come si è visto, Olivecrona considera come uno dei caposaldi della teoria del diritto soggettivo proprio la riflessione lockiana sull’appropriazione, affiancandola a quella di giuristi quali Grozio e Pufendorf e inserendola nell’ambito della questione – tutta “giuridica”, s’intende – del *suum*. Dal canto suo, Schmitt riscopre

---

<sup>56</sup> Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., pp. 27-28. Questi rilievi schmittiani sull’occupazione della terra nella riflessione lockiana sembrano quasi integrare, pur precedendoli cronologicamente, i successivi rilievi di Olivecrona su cui ci siamo soffermati precedentemente.

in Locke un antesignano del *nomos della terra*, se così si può dire (con formula schmittiana), ovvero un classico della *terrestrità* del diritto.

Oltre a ciò, questi due classici hanno storicizzato il classico Locke in un modo che dovrebbe far riflettere quanti – come pure noi in questo convegno – intendono confrontarsi con la questione del metodo da impiegare per fare storia della filosofia giuridica. Contestualizzare il più possibile un’opera rapportandola alle prassi discorsive del tempo di chi ne è autore (il linguaggio tipico delle *enclosures*, come abbiamo visto nell’analisi di Olivecrona, o anche la «fine dell’epoca eroica della pirateria»<sup>57</sup>, come nota Schmitt a proposito della rappresentazione lockiana dello stato di natura); fare del testo che si legge una sorta di mappa storico-concettuale: sono, queste, delle indicazioni di metodo importanti, a mio avviso.

Per il resto, come si è accennato poc’anzi, sembra inevitabile – a meno di non volere/potere distinguere tra un sapere storiografico “puro” e una “storia del pensiero”<sup>58</sup> – che, al di là di esse, si affermi la visione *particolare* del lettore del classico, che nell’interpretare e storicizzare quest’ultimo, sarà abile a *farlo parlare* anche per conto proprio, e dunque a sostegno di proprie tesi o ricostruzioni teoriche. Ma questa è un’altra storia, o meglio, è la storia di questi “altri” classici, dei classici, che, in un gioco continuo di rimandi, azioni e retroazioni sul classico “originario”, sono e restano, al pari di quest’ultimo, vivi anch’essi, avendo ancora molto, tanto da dire.

---

<sup>57</sup> Schmitt, *Il nomos della terra*, cit., p. 97. Schmitt ha invitato a guardare a Locke anche per ciò che concerne la rappresentazione dello “stato di natura” come legata, «nella prospettiva storica del tempo, a quelle del “nuovo mondo”» (*ibidem*). Rispetto alla stato di natura hobbesiano – che Schmitt crede legato anch’esso a una rappresentazione del nuovo mondo, e segnatamente a quella che configurava spazialmente la guerra di tutti contro tutti (*l’homo homini lupus*) al di là delle “linee d’amicizia” (*amity lines*) tracciate dalle potenze europee – quello lockiano sarebbe uno stato più «sopportabile, ben diverso dall’antico *beyond the line*» (*ibidem*) e ciò in quanto l’opera di Locke verrebbe ad essere più prossima all’epoca dei trattati di pace di Nimega e di Utrecht, ossia, appunto, alla fine dell’epoca della pirateria.

<sup>58</sup> Tema, quello di tali possibili distinzioni, su cui sarebbe auspicabile lo sviluppo di una riflessione – qui solo accennata, per motivi di spazio – sulla storia della filosofia del diritto che coinvolga certamente anche la metodologia propria del “classico dei classici”.

# IL DIRITTO COME *FATTO*. PRIME NOTAZIONI SU VICO E LA FILOSOFIA GIURIDICA TRA OTTO E NOVECENTO

Valeria Marzocco

## *Abstract*

The reception of Vico's thought in legal culture allows scholars to question the different perspectives in which a classic shows its crucial role in specific times. Among the general *renaissance* of Vico during the eighteenth century, the legal philosophical movement inspired by scientific positivism provides an opportunity to investigate law as a fact, recalling some of Vico's deep ideas about laws and institutions. The essay aims to discuss this tradition, considering its developments during the twentieth century.

## *Keywords*

Law; Fact; Scientific positivism; Vico.

Latinis verum et factum  
reciprocantur, seu, ut Scholarum  
vulgus loquitur, convertuntur.

G. Vico, *De Antiquissima Italarum Sapientia* (1710)

## 1. Un classico «inattuale»

Nel corso del Novecento, l'interesse per il pensiero di Vico ha assecondato inclinazioni e prospettive teoriche diverse<sup>1</sup>, per le quali è fuor di dubbio che le tesi crociane d'inizio secolo abbiano rappresentato un paradigma per la cultura italiana della prima parte del secolo. Ben prima di questa lettura, e ancora prima di quelle strategie interpretative che, nell'intento di superarne le strettoie, avrebbero riversato sulla pagina vichiana una ricerca che ha contribuito a farne intuire il patrimonio inesauribile di suggestioni, Vico era stato *Autore* del secolo decimonono. La tesi che Croce stesso aveva imposto<sup>2</sup>, facendone il preconizzatore dell'umore di un secolo, indica una traccia d'indagine ancora aperta, soprattutto quando ci si impegni a ricercare l'influenza che le idee vichiane ebbero nel campo degli studi giuridici.

Nella bibliografia attualmente disponibile, il tema del vichismo giuridico-politico rappresenta un segmento di indagine certamente assai esplorato. Per la sua natura, la questione però sfugge ad analisi di tipo sistematico, in ragione delle difficoltà ricostruttive, anche di tipo filologico, cui il pensiero di Vico si espone. Oltre a ciò, vi è un ulteriore elemento di complessità nell'approccio al Vico giuridico, e si tratta di un problema che riguarda il metodo che possa adottarsi per condurre un'indagine su questi aspetti.

---

<sup>1</sup> Per il panorama degli studi su Vico nel Novecento, utile strumento di ricerca è quello delle *bibliografie vichiane* inaugurate con l'inizio, nel 1948, della raccolta e della schedatura degli studi di Vico e su Vico: M. Donzelli, *Contributo alla bibliografia vichiana (1948-1970)*, Guida, Napoli 1973. A essa, nel corso del secolo e, ancora, negli ultimi anni, sono seguiti repertori curati dal «Bollettino del Centro di Studi vichiani»: cfr., da ultimo, A. Scognamiglio, *Nono contributo alla bibliografia vichiana (2011-2015)*, in *Studi Vichiani*, Nuova serie diretta da G. Cacciatore, M. Sanna, F. Tessitore, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2018.

<sup>2</sup> La filosofia di Vico, nelle idee di Croce, è «reazione al presente per riattaccarsi alla tradizione dell'antichità e del rinascimento; rivoluzione contro il presente e il passato per fondare quell'avvenire, che si chiamerà poi, cronologicamente, secolo decimonono»: B. Croce, *Il pensiero di Giovanbattista Vico* (1911), Edizione nazionale delle Opere di Benedetto Croce, Bibliopolis, Napoli 1997, p. 262.

Com'è stato osservato, l'influenza della pagina vichiana nella riflessione giuridica e politica si confronta, soprattutto in determinate stagioni della storia del pensiero, con una «leggenda», la quale ha consolidato la percezione di una scarsa o quantomeno sporadica familiarità che giuristi e filosofi ebbero dell'opera del filosofo napoletano. Il mandato a verificare l'effettiva conoscenza di Vico negli studi giuridici italiani non appare esaurire il problema metodologico che la questione della tradizione vichiana e delle sue interpretazioni giuridiche pone<sup>3</sup>.

Nella ricerca sulla cultura settecentesca, è senz'altro vero che una tale prospettiva abbia contribuito a far emergere un Vico conosciuto e discusso negli ambienti in cui prendevano corpo le dottrine giuridiche e politiche, soprattutto meridionali<sup>4</sup>. È stato privilegio di questi stessi studi far intravedere almeno un altro diverso approccio alla presenza di Vico nella sensibilità dei giuristi, certamente più difficile, perché più fortemente connotato dal filtro delle sensibilità teoriche alle quali, di volta in volta, il pensiero di Vico si è prestato nel tempo. Se, così, vi è il tema dei «motivi vichiani» esplicitamente presenti in autori come Gianone, Romagnosi, Muratori, permane altresì un Vico lasciato 'oscuro' nel suo contributo complessivo, impiegato in ragione della sua strutturale «inattualità», che non è meno meritevole di attenzione<sup>5</sup>. Diversamente da ciò che si potrebbe esser portati a ritenere dinanzi ad un *classico* come Vico, ciò apre uno spazio di lavoro per il quale l'approccio filologico, certamente non prescindibile al cospetto della difficile pagina del filosofo napoletano, non riesce a rappresentarsi come l'unico metodo che occorre adottare.

---

<sup>3</sup> Ad avviso dello stesso Tessitore (F. Tessitore, *Momenti del vichismo giuridico-politico nella cultura meridionale*, in «Bollettino del Centro di Studi vichiani», [1976], 1, p. 77), «i riferimenti sono tanto frequenti, insistenti, così premurosamente solleciti di trovare in Vico il “nume tutelare” delle tesi più diverse e disparate, da indurre lo storico alla massima cautela».

<sup>4</sup> E. Nuzzo, *Vico nel Settecento: Vico tra gli illuministi?*, in «Bollettino del Centro di Studi vichiani», (2018), 48, pp. 59-66.

<sup>5</sup> F. Tessitore, *Momenti del vichismo giuridico-politico*, cit., p. 77.

Il tema della recezione vichiana nella cultura dei giuristi va affrontato muovendo da questo problema metodologico, e dalle distinte questioni che da esso discendono. In special modo con riguardo al Vico assorbito, ma spesso non discusso dai giuristi, si trova scarso conforto in un modello ricostruttivo che talvolta si adotta nello studio di un *classico*: piuttosto che in tradizioni di lettura consolidate, viene in evidenza la *funzione* cui la pagina classica si presta, in rapporto ai modelli interpretativi emergenti in una determinata cultura, e con riguardo allo specifico valore che essa assume come strategia di emersione e consolidazione delle principali sensibilità che la percorrono.

Alla luce di quanto si è accennato, non è ambizione di queste prime annotazioni affrontare l'amplissima questione del vichismo giuridico, che si sviluppa su molte dimensioni e sfugge certamente a ogni pretesa di completezza, almeno in questa sede. Si tratterà, piuttosto, di assumere un perimetro d'indagine circoscritto, dal quale formulare considerazioni che hanno lo scopo di mostrare un Vico *in controluce*, su cui la filosofia del diritto tra XIX e XX secolo pare affidare parte dei propri sforzi di teorizzazione, in una stagione delicata della storia della disciplina in cui è in questione la definizione dei canoni epistemologici della sua ricerca.

Più nel dettaglio, ci si concentrerà sull'indirizzo positivistico (filosofico e scientifico) che si accredita in Italia nella seconda metà dell'Ottocento, un movimento nel quale prende corpo una specifica traiettoria del vichismo giuridico che trova il proprio centro nella teorizzazione circa la natura sociale del fatto giuridico.

Ciò su cui queste pagine si concentreranno riguarda una traiettoria del vichismo giuridico che *precede e attraversa* l'irruzione, nel 1911, del paradigma interpretativo crociano. Ancor prima che Croce facesse del pensiero di Vico la condizione «per sentire italianamente la moderna filosofia pur pensandola cosmopoliticamente»<sup>6</sup>, nella filosofia giuridica italiana prendeva corpo un *sentimento* vichiano che contri-

---

<sup>6</sup> B. Croce, *La filosofia di Giambattista Vico*, Avvertenza, cit., p. 10.

buisce a gettare nuova luce su quella interpretazione crociana, la quale lo volle autore che «fu né più né meno che il secolo decimonono in germe»<sup>7</sup>.

## 2. Vico positivista?

Nonostante la bibliografia sulla recezione vichiana in ambito giuridico costituisca ormai un autentico *mare magnum*, l'Ottocento è presentato diffusamente dalla storiografia come il secolo che celebra una consolidata attenzione per il Vico *iureconsultus*, il quale, dopo aver ispirato già la scienza della legislazione settecentesca<sup>8</sup>, fa ora da richiamo per il consolidarsi di ulteriori campi del riformismo giuridico, tra cui spiccano le dottrine delle istituzioni giudiziarie<sup>9</sup>. Meno frequentata è, invece, un'indagine concentrata su di un'ulteriore e diversa traccia del vichismo ottocentesco, che, ancora ponendosi come anticipazione di un secolo, guadagna una sua specifica rilevanza nel campo di quella riflessione giusfilosofica impegnata ad accoglierne le sollecitazioni nel quadro articolato delle sensibilità espresse dalle varie scuole che animano il panorama italiano<sup>10</sup>.

È certamente vero che, nel corso dell'Ottocento, secolo che è, come Croce ha scritto, fatalmente chiamato a inverare le intuizioni vichiane,

---

<sup>7</sup> B. Croce, *La filosofia di Giambattista Vico*, cit., p. 229. Occorre, in questo senso, sviluppare le indicazioni avvalorate da alcune recenti interpretazioni giuridiche di Vico: l'invito è a contenere la «riduzione operata da Croce di Vico all'idealismo», nella prospettiva «di cogliere l'originalità di un metodo d'indagine [...] che si connota per il senso di realismo e attenzione alla materialità delle trasformazioni storiche concrete»: G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Laterza, Roma-Bari 2021, p. 24.

<sup>8</sup> Di «una filosofia non ignara della lezione di Giambattista Vico» scrive Pietro Piovani: P. Piovani, *La tradizione illuministica in Italia: riflessi nella cultura contemporanea*, in Id., *Indagini di storia della filosofia. Incontri e confronti*, Liguori, Napoli 2006, p. 531.

<sup>9</sup> A. Giuliani, *La filosofia del processo in Vico ed il suo influsso in Germania*, in «Bollettino del Centro di Studi Vichiani», (1992), 22, pp. 345-368.

<sup>10</sup> L. Cajani, *La filosofia dei giuristi italiani*, Cedam, Padova 1955.

il richiamo a Vico è garanzia della filosoficità del diritto che, mentre di esso celebrava la storicità, lasciava aperto il campo della sua indagine come scienza pratica. Questo rinvio a *Vico* non è però discussione di *Vico*, non facendosi rintracciare un confronto autentico con il suo difficile testo. A esser privilegiata è, piuttosto, come si legge esemplarmente in Nicolini, la suggestione a guadagnare una «cognizione profonda dell'uomo e delle sue facoltà», quale elemento in cui avrebbe dovuto ritrovarsi «l'origine prima, la cagione, lo scopo, l'indole delle istituzioni umane»<sup>11</sup>. Corre implicito in questo vichismo, più o meno dichiarato, un atteggiamento che prova a costruire un punto di vista esterno al giuositivismo, non rinunciando però ad indagare il diritto con gli strumenti di un'etimologia che celebra così le proprie ambizioni storiche e filosofiche.

In una stagione in cui entrambe le accennate tensioni si ordinano nella prospettiva di definire un modello epistemologico per lo studio del fenomeno giuridico, le tesi inaugurate da alcuni lavori monografici avevano accreditato un'interpretazione in chiave sociologica e psicologica di Vico<sup>12</sup>, disponendo quasi naturalmente il magistero vichiano a costituirsi come riferimento del laboratorio condotto da taluni degli esponenti che avrebbero animato, in Italia, l'indirizzo positivo della filosofia giuridica<sup>13</sup>. Soprattutto nell'opera di Alessandro Levi e, prima

---

<sup>11</sup> Su questi aspetti, e per i relativi riferimenti bibliografici: F. Tessitore, *Momenti del vichismo giuridico-politico*, cit., spec. pp. 98 e ss.

<sup>12</sup> Di queste tendenze, fu opera tra le più influenti quella di Carlo Cantoni (*G.B. Vico. Studi critici e comparativi*, Civelli, Torino 1867). Pur in parziale critica nei riguardi di quel lavoro, il tema si insedia nella sensibilità della filosofia giuridica, come accade in special modo nell'opera di Giuseppe Vadalà Papale (*Dati psicologici nella dottrina giuridica e sociale di G.B. Vico*, F.lli Bocca, Roma 1889). Su ciò, cfr. altresì G. Solari, *L'indirizzo psicologico nelle scienze giuridiche*, F.lli Bocca, Roma-Milano-Torino 1905.

<sup>13</sup> Richiamando particolarmente l'opera di Carle, Vanni, Levi: F. Treggiari, *Enciclopedia e 'ricerca positiva'*, in *Enciclopedia e sapere scientifico. Il diritto e le scienze sociali nell'Enciclopedia giuridica italiana*, a cura di A. Mazzacane, P. Schiera, il Mulino, Bologna 1990, p. 180 e ss. Più recentemente, torna su di un Vico alla scuola del positivismo italiano come tema che «non bisogna trascurare»: L. Lacché, *Il canone*

di lui, di Roberto Ardigò, taluni motivi vichiani – tra i quali il rapporto istituito dal filosofo napoletano tra *verum e factum*<sup>14</sup> – sono assunti così come traccia per lavorare sulle nozioni di *fatto sociale* e *fatto giuridico*, nell’esplicito intento di fondare una filosofia del diritto *positiva*, chiamata a privilegiare il dato dell’effettività del fenomeno giuridico.

Se Vico è un pensatore al quale alcune delle principali correnti giurifilosofiche ottocentesche, implicitamente o esplicitamente rinviano, il quadro ideologico in cui il vichismo più profondamente si inserisce si delinea nella dialettica tra *scienza e vita*.

È, quest’ultimo, un tema che trova spazio nella sensibilità tardo-ottocentesca a più riprese, e per esso le interpretazioni psicologiche e sociologiche di Vico appaiono naturalmente agevolare l’accreditamento di uno specifico modello epistemologico per le scienze umane del tempo, rivolto a costruire uno sguardo *positivo* sulla realtà sociale. Nel caso della filosofia del diritto, si delinea per altro verso un ancora più impegnativo progetto del quale il rinvio a Vico si fa talvolta funzione.

Com’è noto, sul finire dell’Ottocento, si determinano le condizioni per quella divaricazione tra giuristi e filosofi sulla quale pagine ancora preziose sul piano ricostruttivo si ritrovano nel lavoro, ormai risalente, di Luigi Cajani<sup>15</sup>. Era questa una condizione che non ritrovava solo nelle accennate questioni epistemologiche il proprio punto nevralgico, dacché essa era naturalmente destinata a concentrarsi sulla definizione stessa del concetto di diritto.

Il panorama che va componendosi nella filosofia giuridica tra Otto e Novecento è tutt’altro che lineare, articolandosi in approcci radicati su salde premesse filosofiche e in scuole che, in Italia, di esse sono le custodi. Più profondamente, pur nelle divergenze, si coltiva però una pro-

---

*eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell’Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», (2010), 39, pp. 153-228 (spec. pp. 226 e ss.).

<sup>14</sup> G. Vico, *De Antiquissima Italorum Sapientia*, a cura di M. Sanna, Edizioni di Storia e Letteratura, Roma 2005, p. 14.

<sup>15</sup> Cfr. *supra*, nt. 10.

spettiva condivisa, che mira alla definizione di uno statuto identitario della disciplina, e si misura sulla *realtà* o *idealità* del concetto di diritto.

Se, del tutto evidentemente, il richiamo al tema della *realtà* del diritto assume i termini di un appello/manifesto in cui si riconoscono coloro i quali restano al di fuori del perimetro neo-idealistico, il tema in sé resta però affetto da connotazioni ambigue. Mentre, infatti, in un quadro riconducibile anche alla scuola storica, una tale tesi *realistica* assecondava inclinazioni rivolte a fondare una filosofia del diritto positivo, che imponeva di lasciar fuori, nel metodo e nel contenuto, ogni inflessione non tecnicamente positivizzata, intorno a questo stesso appello alla realtà del diritto prendeva corpo una tensione tra *vita* e *scienza* che andava rappresentandosi come uno dei principali elementi divisivi tra giuristi positivi e filosofi del diritto: questi ultimi, attraendone le traiettorie di indagine nel polo delle fascinazioni sociologizzanti di cui il positivismo ottocentesco di matrice scientifica era ancora depositario, i primi, ritrovando in esso ragioni a sostegno dell'adesione alle dottrine giuspositivistiche.

Com'è stato osservato, se i giuristi andavano così orientandosi verso la costruzione dommatica di un concetto di diritto *senza* politica, le correnti di indirizzo positivistico, rivolgendosi al fatto sociale e giuridico, parevano piuttosto propendere per una nuova dommatica, di cui in qualche modo l'istituzionalismo sarebbe stato erede<sup>16</sup>. La prospettiva che ne rappresentava il collante si consolidava nell'idea per cui i canoni di scientificità della conoscenza giuridica non avrebbero potuto ritrovarsi altrove che dal lato dell'effettività, un giudizio al quale affidare la questione del costituirsi delle formazioni sociali e della vita stessa delle istituzioni giuridiche.

Assecondando soprattutto queste ultime sensibilità, quest'ordine di problemi finisce per accordare uno specifico privilegio a una considerazione del *diritto come fatto* che diviene la chiave di accesso ad una

---

<sup>16</sup> G. Marino, *La filosofia di Alessandro Levi tra positivismo e idealismo*, Jovene, Napoli 1976, p. 31 e ss.

dimensione della giuridicità estesa, ma non priva di solide basi scientifiche, per come essa appare connotata nel contributo di Roberto Ardigò, le cui influenze autenticamente vichiane sarebbero state riconosciute molti anni dopo da Alessandro Levi.

Rigettando una concezione ontologica e metafisica del reale, la dimensione della fattualità del diritto si ritrovava a essere ricompresa nella più generale questione della conoscenza della realtà del diritto: quel positivismo non si limitava così «ad essere un mero inventario superficiale» di una fenomenologia del reale, ma si costituiva, piuttosto, in continuità naturale con Vico, dacché capace di sviluppare «quanto di positivo vi era nella filosofia di G.B. Vico»<sup>17</sup>.

Giunto il tempo in cui all'indirizzo positivo poteva riservarsi il solo rango di «moda infausta», il tentativo di Levi di riannodare alla trama vichiana gli sviluppi maturati in seno a quell'esperienza non era solo una strategia per recuperare retrospettivamente il significato di una tradizione di studi e di pensiero. Questo positivismo ricostruito da Levi ritrovava Vico all'origine delle più «moderne» vedute del pensiero positivo, riconoscendone l'influenza nel *leit motiv* che più propriamente ne aveva contraddistinto i temi portanti, quali erano stati formulati da Ardigò, ma anche da Brugi, entrambi interpreti di una tendenza ad intendere il diritto come «formazione naturale» o «fenomeno psico-sociale»<sup>18</sup>.

Se è vero che «il nodo tematico della scuola positiva quando si avvicinava al diritto era il medesimo della scuola storica»<sup>19</sup>, l'indagine che si profilava negli orizzonti di ricerca coltivati dagli esponenti dell'indirizzo positivo si specificava nella necessità di definire «cosa sia come si sia co-

---

<sup>17</sup> A. Levi, *Il diritto naturale in G.B. Vico* (1910), in Id., *Scritti minori di filosofia del diritto*, I, Cedam, Padova 1957, p. 223.

<sup>18</sup> Scrive Levi: «il canone fondamentale del metodo moderno è quello di ricercare nelle formazioni storiche la spiegazione della vera natura delle cose sociali», con ciò indicando un compito definito per la filosofia giuridica, che avrebbe dovuto prendersi il carico di «partire da una ricerca genetico-evolutiva»: A. Levi, *Per un Programma di filosofia del diritto*, F.lli Bocca, Torino 1905, p. 42.

<sup>19</sup> G. Marino, *Alessandro Levi tra positivismo e idealismo*, cit., p. 68.

stituita da che cosa derivi» la coscienza giuridica di un popolo, ma con l'ausilio degli strumenti di un'indagine positiva e, nella sua inclinazione, vichiana<sup>20</sup>. Per la «moderna», ovvero positiva, gnoseologia, il «vero» è riposto nel «fatto» e ciò, mentre saldava sociologia e gnoseologia, articolava, nella necessità di ricostruirne il processo di istituzionalizzazione, *fatto sociale e fatto giuridico*.

Nel quadro dell'accennata contrapposizione tra scienza giuridica e filosofia del diritto, ciò consentiva, per altro verso, di assottigliare i rigidi e reciproci confini: se la dottrina giuridica sarebbe stata da intendersi né più né meno che nei termini di un segmento, sebbene speciale, della scienza della società, alla filosofia giuridica andava assegnato un mandato metodologico, anch'esso, implicitamente vichiano, rappresentandosi quale opera chiamata a stabilire connessioni, e pertanto naturalmente aperta al dialogo con la storia delle istituzioni giuridiche.

Il Vico accolto tra i *numi tutelari* dell'indirizzo positivistico non fa solo da supporto a un'indagine sulla coscienza giuridica a partire dalla coscienza umana. A Levi, egli pare precorrere «una concezione positiva del diritto, che rifiuta l'apriori puro nell'ordine logico»: occorre per questo accoglierne l'invito a concentrarsi sulla «naturalità del diritto e la sua origine sociale»<sup>21</sup>, affinché esso potesse intendersi, vichianamente, come «uno dei modi in cui si presenta il fatto sociale»<sup>22</sup>.

### **3. *Fatto linguistico e fatto giuridico. Sui motivi implicitamente istituzionalistici dell'indirizzo positivo***

Ciò che era maturato presso la Scuola del positivismo *critico*, come Levi lo aveva definito, era stato un modello di ricezione di un *classico* evidentemente del tutto esteriore tanto a preoccupazioni di natura filologica

---

<sup>20</sup> A. Levi, *Determinismo economico e psicologia sociale*, in Id., *Scritti minori di filosofia del diritto*, cit., I, p. 30.

<sup>21</sup> A. Levi, *Il diritto naturale in G.B. Vico*, cit., p. 231.

<sup>22</sup> A. Levi, *Quelques remarques à propos du droit et de la sociabilité* (1939), in Id., *Scritti minori di filosofia del diritto*, II, Cedam, Padova 1957, p. 213.

quanto ad ambizioni di tipo sistematico. Come rilevato da Giuseppe Capograssi, in fondo, questi autori «credevano di ricavare dal Vico o prestavano al Vico» dottrine che sarebbe stato vano andare a rintracciare nella sua pagina, sebbene esse avessero finito poi con il costruirvi «interpretazioni veramente geniali delle più secrete e vive esigenze di quel pensiero»<sup>23</sup>. Priva di adeguati strumenti filologici, quella tradizione di letture sarebbe così apparsa come un *uso* di Vico non sostenuto da controllo delle fonti, che ritrovava nel suo «falsamente intravisto eclettismo» però non un limite, quanto, piuttosto, la più viva risorsa<sup>24</sup>.

Se il severo giudizio espresso nel Novecento su questo Vico recepito dalla filosofia del diritto ottocentesca si consolidava nella percezione di una distanza, non solo diacronica, ma teorica, da quelle tendenze, ciò non vale a ridimensionare la prospettiva che essa aveva contribuito a far emergere.

Il tema del *fatto giuridico*, anche dopo il declino della scuola positivista, non sarebbe retrocesso a un grado di marginalità nell'attenzione della dottrina giusfilosofica a venire. Esso, piuttosto, può dirsi il nodo su cui si sarebbe concentrato l'approccio al diritto nei primi decenni del Novecento, nelle due diverse denotazioni che Croce, per un verso, e Santi Romano, per l'altro, avrebbero indicato.

Molti anni dopo, Pietro Piovani, in una stagione ancora decisiva per la storia recente della filosofia giuridica, sarebbe tornato su questi temi, sollecitato dagli sviluppi che nell'immediato Dopoguerra aveva sorprendentemente avuto un argomento capace di contenere in sé tutte e ciascuna le tendenze prodottesi nell'Ottocento sul tema del rapporto tra *fatto sociale* e *fatto giuridico*.

Già negli argomenti discussi dagli esponenti che avevano aderito all'indirizzo positivo, si era fatto vedere un certo e diffuso interesse per

---

<sup>23</sup> G. Capograssi, *Giudizio, processo, verità*, in Id., *Opere*, V, Giuffrè, Milano 1959, p. 74, in nota.

<sup>24</sup> N. Bobbio, *La filosofia del diritto in Italia nella seconda metà del secolo XIX*, in «Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto della Regia Università di Roma», (1942), III, p. 85.

l'argomento 'linguistico', *topos* certamente privilegiato della cultura filosofica e giuridica ottocentesca. Sebbene il tema del «parallelo» tra diritto e lingua, come noto, avesse guadagnato la propria centralità grazie alla giurisprudenza romantica<sup>25</sup>, nella sensibilità positivistica, ancora una volta, la questione si era prestata ad essere posta al servizio di inclinazioni teoriche tese a privilegiare il dato della *socialità* e della *realtà* del diritto.

Sul finire dell'Ottocento, lingua e linguaggio rappresentano certamente lemmi ancora tra sé confusi, al punto che giuristi e linguisti ne fanno un uso spesso commutativo, rivolgendosi all'uno e all'altro termine, ora per intendere il fenomeno dell'espressione linguistica, ora per lavorare sull'origine e sul consolidamento di un sistema di regole e convenzioni che amministrano e rendono possibile la facoltà del linguaggio. Scontando una non ancora matura comprensione di questi problemi, sin dalla fine dell'Ottocento, in Italia circola un'attenzione latente ma pervicace per l'accostamento del diritto al fattore linguistico, non necessariamente debitrice del *locus* privilegiato in cui questo era stato teorizzato e illustrato, quello della filosofia e della giurisprudenza romantica.

Di marca sociologico-positivistica era stata l'impostazione della questione in uno scritto di Augusto Gaudenzi, il quale aveva ancorato alla metafora dell'organismo vivente la vita del diritto e quella della lingua, sebbene non andando di molto oltre l'enumerazione degli argomenti che potessero giustificare tale analogia<sup>26</sup>. Quella sorta di descrizione delle occorrenze, che Gaudenzi formulava in omaggio all'atteggiamento

---

<sup>25</sup> Giuliano Marini ha indagato con acutezza il tema del «parallelo» tra lingua e diritto nella Scuola storica, individuandone le premesse in Grimm e valutandone l'eco «sia pure affievolita e meno diffusa» in Savigny (*Friedrich Carl von Savigny*, Guida, Napoli 1978, p. 163). Specificamente, su questo tema: G. Marini, *Il paragone tra diritto e linguaggio nella giurisprudenza romantica*, in «Atti e memorie dell'Accademia toscana di Scienze e Lettere La Colombaria», (1975), 40, pp. 231-256.

<sup>26</sup> A. Gaudenzi, *Lingua e diritto nel loro sviluppo parallelo*, in «Archivio giuridico», (1883), XXXI, 3-4, pp. 271-304.

scientifico cui aderisce l'indirizzo giuridico positivista, presentava tratti di ingenuità, ma riservava altresì utili elementi per riflettere su di una analoga natura che lingua e diritto mostravano di avere, nel proprio intimo sviluppo e sul piano della loro concreta realtà<sup>27</sup>.

Quella impostazione tardo ottocentesca del problema apriva una strada, anche in favore di chi, come nel caso di Alessandro Levi, non avrebbe nascosto la sua insoddisfazione per quel metodo di indagine, risolvendosi per un intervento riformatore<sup>28</sup>.

In realtà, diversamente da Levi e, ancor più, dalla prospettiva che sarebbe stata privilegiata anni dopo da Piovani, l'indirizzo sociologico-naturalistico era la rappresentazione plastica di un discorso condotto sul *linguaggio* che, assecondando una posizione teorica ben precisa,

<sup>27</sup> Più nel dettaglio, nel giudizio di Nencioni, Gaudenzi impiegava il parallelo tra lingua e diritto in un modo del tutto inadeguato a cogliere l'autentica funzione che si sarebbe dovuta affidare a quel tema. Se ne ritrovava affermata la funzione «oggettivante» della lingua (e del diritto), le quali erano ridotte sostanzialmente all'atto della verbalizzazione del pensiero, quali forme capaci di garantire la comune sua intelligibilità e socialità. Pur negando che vi fosse stato in quelle prove un tentativo di isolare analiticamente connessioni tra la lingua e il diritto tali da restar solide al di fuori dal discorso condotto dalla scuola storica, e pur senza ambire a elaborare di esso un rigoroso inquadramento teorico, per Nencioni restava comunque da riconoscere l'utilità di quella intuizione. Quest'ultima aveva consentito di intendere il «parallelo» tra diritto e lingua, alla luce della loro analoga natura e della loro concreta realtà: G. Nencioni, *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio* (1946), La Nuova Italia, Firenze 1989, pp. 10-11.

<sup>28</sup> Nella sua storia millenaria, vi era sempre stata una precisa alternativa alla base dell'accostamento tra il fatto linguistico e quello giuridico («Il linguaggio – come il diritto – è φύσει ο νόμος?» [p. 50]) e in questo quadro, ad avviso di Levi, occorreva leggere la posizione di Gaudenzi, il quale sposava una «soluzione totalmente immanentistica del problema», in favore della naturalità del linguaggio. Ma la natura è *organismo* regolato e soggetto alle leggi dell'evoluzione, come vogliono i «canoni spenceriani» cui quei contributi si rivolgono culturalmente: «preconcetti naturalistici», per Levi, che traslavano impropriamente nella filosofia del linguaggio e del diritto, degenerando «in un guazzabuglio inutile così per la scienza come per la filosofia»: A. Levi, *Diritto e linguaggio (Appunti preliminari)* (1931), in Id., *Scritti minori di filosofia del diritto*, II, parte prima, cit., pp. 50-52.

oggi avremmo difficoltà a non riconoscere come ricadente su ciò che intendiamo per *lingua*: l'argomento della naturalità del linguaggio, innestandosi nella premessa del darwinismo sociale di marca spenceriana, faceva concludere per una regolarità intelligibile degli sviluppi del fenomeno linguistico – come di quello giuridico –, i quali avrebbero dovuto intendersi come «sistema», ancorché organicisticamente inteso, di leggi e regole. È un aspetto che Levi aveva intuito con chiarezza, quando individuava quello che a suo avviso fosse il polo concettualmente opposto a questa impostazione, indicandolo nel «pregiudizio solipsistico» che vuole il linguaggio non assorbito dalla lingua, quale unico e autentico oggetto di indagine di una scienza linguistica che non può che essere sua filosofia. Refrattario a ridurre, come voleva Croce, la natura del linguaggio alla sua dimensione estetica e dunque individuale, Levi indirizzava così verso l'adesione ad una «socialità» del fatto linguistico e di quello giuridico la possibilità di rintracciare una terza via tra *individuo* e *sistema* oggettivato, i cui semi potevano ravvisarsi nelle vichiane «guise» con cui lo spirito concretizza le proprie forme nel contesto storico: diritto e linguaggio avrebbero dovuto intendersi come le espressioni che rivelano la storicità e la socialità insita nell'operare umano.

Si trattava di una strada che un altro esponente dell'indirizzo positivo, Giuseppe Carle, aveva percorso, quando aveva individuato il significato del «parallelo» nella tesi per cui «il linguaggio e il diritto [...] sono i due aspetti della parola sociale»<sup>29</sup>. Pur ancora nel solco di questa lettura, ma in parziale discontinuità con l'interpretazione di Carle, con Levi il piano dell'indagine si spostava ancora oltre, per concentrarsi sulle forme in cui si stabilizza il darsi del diritto e del linguaggio. Non marginale era il peso che in questa nuova questione esercitava l'ambizione a contenere gli aspetti principali dell'impostazione crociana: al diritto e al linguaggio avrebbero dovuto conferirsi gli aspetti sociali dell'intuizione individuale (estetica) e

---

<sup>29</sup> G. Carle, *La filosofia del diritto nello Stato moderno*, I vol. 8, Unione tipografica, Torino 1903, p. 127. Su questi aspetti, si veda anche: G. Carle, *Prospetto d'un insegnamento di filosofia del diritto. Parte generale*, F.lli Bocca, Torino 1874, p. 53.

della volizione individuale (economica). Era in ragione di questa prospettiva, che occorreva non smarrire il processo di istituzionalizzazione riguardante tanto il fatto giuridico quanto quello linguistico, poiché, come nel caso delle lingue comuni o dei gerghi, che sono espressione particolari di vita associata, così nel diritto possono osservarsi analoghe forme di stabilizzazione, sorrette da gradi più o meno consolidati di istituzionalità. Nel seguire il loro prodursi al filosofo si ponevano innanzi direttrici capaci di generare lo sviluppo degli ordinamenti particolari, di cui, scrive Levi, potevano dirsi espressione gli statuti stessi delle «società criminose»<sup>30</sup>.

La natura del discorso che si sviluppa sul «parallelo» tra diritto e lingua, anche per le sensibilità culturali cui è esposta la riflessione giusfilosofica tra Otto e Novecento, non è una *disputatio* tra iniziati. Si faceva strada, per il suo tramite, un laboratorio sul fenomeno giuridico inteso come *fatto*, tema su cui in qualche modo l'accostamento tra diritto e linguaggio (o quello tra «diritto e lingua») consentiva di lavorare. A sperimentarsi per il suo tramite era la dimensione di una normatività rivelata dal prodursi del fatto giuridico e di quello linguistico, l'uno e l'altro né forme meramente individuali né in sé prodotto esclusivo dell'opera di positivizzazione organica entro un sistema. Era uno spazio di ricerca aperto, in posizione naturalmente critica nei riguardi del formalismo espresso dal positivismo legalistico, pur senza precipitare apertamente all'interno di quelle tesi anti-formalistiche che erano state, e ancora sarebbero tornate ad esserne, la più importante e contestata reazione.

---

<sup>30</sup> Queste «hanno un loro particolare ordinamento [...] la cui struttura formale [...] non può, logicamente, non qualificarsi giuridica»: A. Levi, *Diritto e linguaggio*, cit., p. 65. Sull'argomento, che corre internamente alla filosofia giuridica del primo Novecento, oltre al celebre passo di Santi Romano sulla intrinseca giuridicità delle «associazioni a delinquere» (*L'ordinamento giuridico* [1918], a cura di Mariano Croce, Quodlibet, Macerata 2018, p. 50) si era espresso Benedetto Croce («Il diritto di un'associazione a delinquere ha, contro a sé, il diritto di una società più vasta; soggiacerà a questo secondo, come al più forte; soggiacerà meritatamente come il non morale al morale; ma vive come diritto e soggiace come diritto»): B. Croce, *Riduzione della filosofia del diritto a filosofia dell'economia* (1907), a cura di Carlo Nitsch, Giuffrè, Milano 2016, p. 40.

Non vi è dubbio che la cornice del sistema crociano, sia dal lato della determinazione circa la natura pratica (ed economica) del fatto giuridico, che per la simmetrica definizione estetica, dal lato della teoretica, di quello linguistico, offrisse a quegli studiosi un tavolo di lavoro, in qualche caso una solida guida, sicuramente un banco di prova. Per i primi due aspetti, soccorreva una prospettiva ancora innominata, di matrice implicitamente *istituzionalistica*, la quale trapelava alla fine dell'Ottocento nella forma di un'esplorazione della dimensione sociale e normativa del fatto linguistico e di quello giuridico<sup>31</sup>.

In polemica con la sua impostazione ottocentesca, la riflessione che la filosofia del diritto consacra al tema del «parallelo» tra diritto e lingua nei primi decenni del Novecento si lascia così interpretare alla luce di due esigenze che in qualche modo si alimentano reciprocamente<sup>32</sup>: la discussione del crocianesimo e il tentativo di riconoscere, ed eventualmente ricondurre, talune intuizioni che erano maturate in quel clima culturale a una prospettiva di matrice istituzionalistica, la quale emergeva nel quadro della tesi sulla «socialità» tanto dal «fatto giuridico» quanto dal «fatto linguistico»<sup>33</sup>.

Se l'accento impresso dall'indirizzo positivistico all'argomento del «parallelo» del diritto con la lingua esaurisce il suo fascino presso gli studiosi della filosofia del diritto con il declino di quell'esperienza, il tema sembra tornare in auge, negli anni che seguono la fine del Secondo conflitto mondiale, nella sensibilità della linguistica. Per la nuova scuola dell'istituzionalismo linguistico, è la pubblicazione di *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio*, a firma di Giovanni Nencioni, a farne da cassa di risonanza, dacché in essa si leggeva un'indicazione di metodo per la scienza del linguaggio che avrebbe dovuto trarre frutto dai modelli maturati in seno all'esperienza giuridica circa il fatto e la sua istituzionalizzazione.

---

<sup>31</sup> G. Carle, *La vita del diritto nei suoi rapporti colla vita sociale*, F.lli Bocca, Torino 1890, spec. p. 336 e ss.

<sup>32</sup> A. Levi, *Diritto e linguaggio*, cit., pp. 56-57.

<sup>33</sup> Su ciò: M. Fotia, *L'istituzionalismo di Santi Romano tra diritto e politica*, in «Democrazia e diritto», (2011), 1-2, pp. 135-174.

In linguistica, si erano insediate in quegli anni preoccupazioni diverse, sebbene convergenti in un convinto programma riformatore. Per un verso, è il tema del linguaggio a imporsi, in funzione della strategia di allontanamento dalla prevalente accezione naturalistica impressa dai neo-grammatici ottocenteschi agli studi filologici e glottologici; su di un altro versante, non meno impegnativo, si costruiva un diverso e più complesso tavolo di lavoro.

Pur riconoscendo alle tesi crociane sul linguaggio il merito principale di aver disancorato l'indagine linguistica da uno stretto naturalismo, per indurla nell'area degli studi storici, l'accoglimento di un punto di vista sulla lingua come «la realtà istituzionale e sistematica» che è alla base dell'atto linguistico, non si limitava ad aprire un varco nella linguistica di fede crociana, rivolgendo lo sguardo ancora oltre, verso le opportunità che lo strutturalismo offriva sul piano della definizione della lingua e del linguaggio. *Istituzione e sistema* erano i concetti in cui si consolidava «l'apporto principale della psicologia e della sociologia», ed essi consentivano di affermare, contro Croce, che «una storia dell'istituzione “lingua” nella sua totalità e nei suoi elementi» fosse certamente legittima, ma a patto di recuperare la centralità dei concetti di «istituto» e «costume» nella definizione di ciò che dovesse intendersi per «lingua». Se occorreva riconoscere che la tradizione linguistica fosse stata profondamente segnata da una convinta adesione nei riguardi del principio dell'oggettività della lingua, a questa tradizione era giunto il tempo di affiancare – o forse, di far prevalere – una teoria dell'atto del parlante, il quale è l'individuo che interagisce con il sistema di fatti linguistici in cui è immerso, in un'opera di perpetuo rinnovamento.

In questo approccio, Pietro Piovani avrebbe riconosciuto un tratto originale, capace di correre internamente alle pure diverse accezioni con cui erano intese le prospettive dell'istituzionalismo linguistico e giuridico<sup>34</sup>: un'occasione che gli consentiva di non rinunciare, ana-

---

<sup>34</sup> In questi termini, «l'istituzionalismo linguistico non rinnega ma inverte l'esigenza normativa dell'ordine dei parlanti così come l'istituzionalismo giuridico non rinnega l'esigenza normativa insita in ogni ordine giuridico»: P. Piovani, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità*, cit., p. 515.

logamente agli studiosi della sua generazione, a raccogliere l'invito a riflettere sulla definizione del diritto e sull'ufficio conoscitivo della sua scienza<sup>35</sup>.

Nelle idee di Piovani, ciò indicava l'opportunità di riannodare le fila del contesto culturale e filosofico in cui l'argomento del «parallelo», nella stessa considerazione dei linguisti, aveva preso corpo. E questo contesto si era consolidato nell'ambizione della cultura italiana a farsi interprete di una tradizione comune, che si ritrova e si divideva su Croce e, da ciò, su Vico.

Una questione, quest'ultima, intesa dal filosofo napoletano come espressione di una tensione di non poco momento per le stesse sorti della filosofia giuridica del secondo Novecento.

#### 4. «L'invocata protezione di Vico»

All'inizio degli anni Sessanta, quando Piovani consegna agli *Scritti in onore di Arturo Carlo Jemolo* il suo lavoro su lingua e diritto, il confronto con la dottrina giuridica auspicato in Italia dalla nascente scienza del linguaggio del dopoguerra non era andato oltre il prodursi di prove interessanti, ma tutto sommato occasionali.

Sintetizzava la difficile opera di interlocuzione con la linguistica di matrice istituzionalistica la non univoca determinazione circa la definizione di *istituto*; sollecitava, per altro verso, la prospettiva teorica alla quale essa si era rivolta, alla ricerca di un punto di vista capace di non far confluire la dimensione individuale e quella oggettivata e in cui potesse studiarsi tanto il fenomeno linguistico, quanto il fatto giuridico.

Nel giudizio di Piovani, si è dinanzi alla trama che corre interna a tutti gli sviluppi della ricerca su questi temi del secondo dopoguerra, la quale, nel suo complesso, si fa riconoscere come uno sforzo che unitariamente si è orientato a costruire le condizioni di una traslazione semantica e concettuale: assorbire nel concetto di «istituto» ciò che de Saussure in-

---

<sup>35</sup> G. Nencioni, *Ancora di lingua e diritto*, in «Lingua nostra», (1962), XXIII, 4, p. 98.

tendeva per «struttura»<sup>36</sup>. Alle spalle di queste tensioni, vi era da riconoscere però un problema crociano e, prima ancora, vichiano.

La questione crociana era invero molto più impegnativa sotto il profilo teorico di quanto i linguisti avevano pensato fosse. Era infatti del tutto evidente che essa richiedeva di affrontare una linea di sviluppo che per questi temi muoveva da Vico, misurando da ciò le interpretazioni che, alla scuola di Nencioni e Devoto, si erano prodotte. Ciò appariva marcatamente quando si provava a rintracciare in Croce un antesignano della prospettiva istituzionalistica, come accade in Devoto, colpevolmente tralasciando di considerare le «dubbie concessioni della dottrina linguistica crociana al concetto di *istituto*»<sup>37</sup>. Ancor più lo era, allorché si mancava di considerare e discutere la «maniera crociana di interpretare la dottrina linguistica del Vico senza volerne studiare le intime connessioni con l'esperienza giuridica, connessioni nelle cui pieghe potrebbero trovarsi non pochi precorrenti di una teoria istituzionalistica della lingua ed anche del diritto»<sup>38</sup>.

Al cospetto della crucialità di tale ultimo problema, appariva tutto sommato agevole prender posizione sulla polemica che, alla fine degli anni Quaranta, aveva visto protagonisti Giacomo Devoto e Francesco Carnelutti<sup>39</sup>. In realtà, ad avviso di Piovani, Devoto si cimentava con un avversario artificiale. L'ovvia constatazione per cui il diritto fosse «nella consapevolezza della propria mobilità [...] avvedutamente più progredito della lingua»<sup>40</sup>, rappresentava non già il *limite*, quanto, piuttosto, la principale *risorsa* della dottrina giuridica e proprio ad essa si sarebbe

---

<sup>36</sup> P. Piovani, cit., pp. 518 e ss.

<sup>37</sup> P. Piovani, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità*, cit., p. 513.

<sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Per questa polemica: G. Devoto, *Jus. Di là dalla grammatica*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», (1949), 85, pp. 414-418; e si veda il precedente articolo di Francesco Carnelutti: *Di là dal diritto*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», (1949), 84, pp. 108-116 (ora in Id., *Discorsi intorno al diritto*, II voll., Cedam, Padova 1953, pp. 83-92).

<sup>40</sup> P. Piovani, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità*, cit., p. 508.

dovuto attingere nello studio parallelo tra il fatto linguistico e del fatto giuridico, semplicemente perché solo così si sarebbe stati in grado di dotare di adeguato rigore la specifica prospettiva avanzata dall'istituzionalismo giuridico sui concetti di *istituto* e di *sistema*. Alla luce di questa asimmetria, il «parallelo» tanto invocato dai linguisti come chiave risolutiva per costruire il perimetro di una ricerca comune con i giuristi, non poteva che dirsi accostamento «imperfetto», come già Alessandro Levi aveva mostrato con significativi argomenti, e come Piovani affermava ora, riconducendone ulteriori ragioni alla lezione di Vico<sup>41</sup>.

Riannodare alla trama della filosofia vichiana le fila del dibattito che si era strutturato in seno alla linguistica non consentiva a Piovani solo di introdurre un argomento da utilizzare contro l'ingenua critica che Devoto aveva rivolto alla scarsa duttilità di una scienza giuridica incapace di recepire in termini autenticamente istituzionalistici il proprio oggetto. Tenendo in parallelo la ricostruzione critica delle tesi della scienza linguistica del dopoguerra all'esigenza di intervenire, per il suo tramite, sulla condizione della filosofia giuridica a lui contemporanea, Piovani ricavava le ragioni per dar conto di un'insoddisfazione nei riguardi di una scienza del diritto inconsapevole della principale rinuncia alla quale il formalismo giuspositivistico di matrice analitica acconsentiva, lì dove sacrificava sull'altare della definizione del diritto come enunciato linguistico il dato della sua intima storicità e socialità.

Sebbene apparentemente ricondotto al quadro di un dibattito che aveva come interlocutori manifesti i linguisti, la «invocata protezione di Vico» consentiva così al filosofo napoletano di guardare alla condizione

---

<sup>41</sup> Per la relazione istituita da Vico tra lingua e costumi: G.B. Vico, *Scienza nuova seconda*, a cura di F. Nicolini, Laterza, Bari 1942, pp. 79 e 188. Su questi aspetti, sottolineando come, sebbene il tema dell'origine del linguaggio in rapporto allo sviluppo delle lingue sia stato certamente al centro dell'interesse degli intellettuali illuministi, sia a Vico che si debba la più ampia discussione del rapporto tra linguaggio e lingua, come anche la più ricca serie di sollecitazioni rispetto al suo specifico legame con la vita dei popoli e delle loro istituzioni: A. Varvaro, *Storia della lingua. Passato e prospettive di una categoria controversa*, in «Romance Philology», (1972), 26, 1, p. 18 e ss.

della scienza giuridica a lui contemporanea, costruendo un tavolo di lavoro. Occorreva superare l'orientamento ad intendere il linguaggio come «un sistema di segni rigorosamente definiti e pertanto tutti quanti espliciti» e riconoscere in questa aspirazione ciò che in fondo essa era: il tentativo di affidare a una «semantica pura» la codificazione di segni, «nei quali la mobilità espressiva del linguaggio, fatta tutta di impliciti sottintesi, si esaurisce e si irrigidisce»<sup>42</sup>. In linguistica, questa prospettiva aveva avuto il proprio consolidamento al cuore di un'*impasse* che si sperimentava nell'esigenza a costituire una scienza rigorosa del linguaggio capace di assecondare l'istanza di separare la sua *analisi* dalla sua *filosofia*. Ma ciò suggeriva di restare vigili circa il crinale «inevitabile e pericoloso» al quale il profilo di una tale semantica si esponeva, in ragione di un'attenzione per la *parola* come forma oggettivata del pensiero che, mentre conferiva certezze confortanti, si candidava anche ad essere un rifugio, dinanzi al «cozzare di valori conoscitivi, morali ed estetici che caratterizzano la vita contemporanea»<sup>43</sup>.

La medesima 'protezione vichiana', per altro verso, poneva un tema assai più complesso, perché percorso da traiettorie interne al crocianesimo tutt'altro che pacifiche.

In via di premessa, occorreva riconoscere all'istituzionalismo linguistico una vena pragmatistica, la quale si saldava al presupposto di una specifica teoria della conoscenza centrata sull'esperienza, piuttosto che sulla teoresi: «in una simile valutazione dell'ordine del reale il richiamo del linguista a fenomeni del diritto è rinvio da un'esperienza a un'esperienza».

La costituzione del dato linguistico come «esperienza» è però anche qualcos'altro, per Piovani: si trattava del principale segnale capace di

---

<sup>42</sup> P. Piovani, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità*, cit., p. 534 e ss. Per le conseguenze che questo specifico punto di vista produce sulla lettura acuta che Piovani propone circa alcuni paradossi del sistema kelseniano: P. Piovani, *Il significato del principio di effettività*, Giuffrè, Milano 1953.

<sup>43</sup> G. Nencioni, *Orientamenti del pensiero linguistico italiano*, in «Belfagor», (1952), 7, p. 251.

avvertire il vichismo implicito alla proposta istituzionalistica avanzata dalla linguistica del secondo dopoguerra, una vocazione di cui Piovani trova traccia soprattutto nella prospettiva di Nencioni, il quale, non accidentalmente, costituiva come propri interlocutori, dal lato della riflessione filosofica sul diritto, Flavio Lopez de Oñate e Giuseppe Capograssi, quest'ultimo senza dubbio, ad avviso di Piovani, «il più vichiano dei pensatori italiani contemporanei»<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> P. Piovani, *Mobilità, sistematicità, istituzionalità*, cit., p. 502. Particolarmente su Capograssi, a ricostruirne la prospettiva in sintonia con alcune delle principali direttrici indicate da Piovani, e internamente ad una tradizione giusfilosofica di ascendenza vichiana: G. Marino, *Analisi, azione diritto uomo comune. Cinque saggi per Giuseppe Capograssi*, Editoriale scientifica, Napoli 2006.

# LAS TEORÍAS CRÍTICAS EN LA HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

María del Carmen Barranco Avilés

## *Abstract*

This work investigates the presence of classical critical theory in the recent history of human rights. As the main thesis, it is argued that the contemporary model of rights overcomes some challenges of the traditional model by walking a path that had already been shown in Dialectic of Enlightenment. The path may be adequate for the articulation of inclusive systems for the protection of human rights and may strengthen democracies against the racist and xenophobic attacks of the contemporary extreme right.

## *Keywords*

Human rights and exclusion; Critical theory; Enlightenment and equality; Universalism and homogeneity.

## 1. Introducción

Una referencia de interés para comprender la Teoría Crítica es *The Palgrave Handbook of Critical Theory*<sup>1</sup>. En la obra, el capítulo dedicado a los derechos humanos comienza con el recordatorio de la normativa rusa que en 2013 prohibió la ‘propaganda de las relaciones sexuales no tradicionales’ e impuso sanciones ‘por proveer información sobre la co-

---

<sup>1</sup> M.J. Thompson (Ed.), *The Palgrave Handbook of Critical Theory*, Palgrave Macmillan, New York 2017.

munidad gay a menores'. Me resultó llamativo, además de lamentable, que justo en los días en que yo releía este material saltó la noticia de que el 5 de abril de 2021 se prohibía expresamente el matrimonio entre personas del mismo sexo en Rusia, dotando así de efectividad a una medida que el 1 de julio de 2020 había recibido un apoyo de un 77% de los votos. Además de otras cuestiones<sup>2</sup>, la reforma pone a cero el contador para el límite del mandato presidencial de Putin (lo que implica que podrá ser candidato en 2024 y en 2030).

Rensmann, que firma el capítulo, utiliza la referencia a la respuesta que recibió la reforma de 2013 para ilustrar la ubicuidad de los derechos humanos, que son utilizados para alzar la voz 'contra regímenes autoritarios, violaciones sistemáticas de los derechos humanos o atroces formas de violencia colectiva por grupos y estados contra individuos o minorías' (como ocurrió en aquel momento), pero también «son usados y abusados por regímenes, instituciones (legales, económicas y políticas) globales y poderosas corporaciones de intereses por sus propios fines, estabilizando un profundamente injusto, no democrático y en última instancia, iliberal orden social global»<sup>3</sup>. El ejemplo, además de llamar la atención sobre una situación lamentable, permite reflexionar sobre la actualidad del diagnóstico de la Teoría Crítica y la urgencia de revisar nuestras preconcepciones, incluso, y precisamente, sobre los derechos humanos.

En este sentido, el autor señala que:

la reapropiación de la Teoría Crítica clásica ayuda a avanzar nuestra comprensión de los derechos humanos en contexto, explorando el potencial, límites y dialécticas de las normas internacionales de derechos humanos -sus vínculos con el poder global pero también su continuamente crítico, por lo tanto emancipatorio potencial para una teoría y práctica política progresiva en el siglo XXI<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Un resumen del contenido de la reforma en <https://blog-iacl-aidc.org/2021-posts/2021/04/01-constitutional-amendments-in-russia-content-llnf7> (última consulta 3 de mayo de 2021).

<sup>3</sup> L. Rensmann, *Critical Theory of Human Rights*, in M.J. Thomson (Ed.), *The Palgrave Handbook of Critical Theory*, cit., p. 632.

<sup>4</sup> Ivi, p. 633.

La persecución a la que las personas LGTBIQ+ son sometidas en Rusia, es sólo un ejemplo del fracaso de un modelo de derechos y de un esquema de pensamiento que encierra en sí mismo el germen de su destrucción. El éxito del trumpismo, de Bolsonaro, de Orban, Salvini o Vox tienen mucho que ver con la pervivencia de algunos de los elementos que diseñan un escenario extremadamente parecido al que describieron los autores de la Teoría Crítica como cuna del fascismo<sup>5</sup>. En la línea del diagnóstico de estas reflexiones con respecto a las patologías de la modernidad y en la línea del método crítico, la recuperación de la Teoría Crítica clásica que propugna Rensmann ya la han realizado las teorías críticas del Derecho que se han proyectado sobre los derechos humanos y han dado pie en este sentido a una concepción en la que la universalidad asume un sentido emancipador y no homogeneizante, permitiendo que los derechos humanos, utilizando las palabras del autor, «emerjan como algo más que sólo un concepto formal, a pesar de su a menudo inapropiado uso político, a veces funcionando como una fachada ideológica o un significante vacío»<sup>6</sup>.

El trabajo *Le Teorie Critiche del Diritto*, editado por Maria Giulia Bernardini y Orsetta Giolo<sup>7</sup> muestra cómo el feminismo, *Critical Race Theory*, los *Critical Disability Studies*, los estudios post-coloniales o la teoría crítica de la migración, desafían algunas de las asunciones de la teoría clásica de los derechos humanos que han llevado a excluir de la caracterización de la humanidad a quienes no encajaban con el ideal del titular abstracto que fue construido a partir de la idealización que los impulsores del modelo se hicieron de su propia subjetividad.

Efectivamente, el modelo contemporáneo de derechos, que frente al tradicional, se ha abierto paso en el Derecho internacional de los derechos humanos, y que permite visualizar los acontecimientos de Rusia

---

<sup>5</sup> F. Finchelstein, *Breve historia de la mentira fascista*, tr. esp. de A. Pauls, Taurus, Madrid 2021.

<sup>6</sup> L. Rensmann, *Critical Theory of Human rights*, cit., p. 633.

<sup>7</sup> M.G. Bernardini, O. Giolo, *Le teorie critiche del diritto*, Pacini Giuridica, Pisa 2017.

como vulneraciones de los derechos, se entiende mejor desde algunas de las claves filosóficas sobre las que se articula la Teoría Crítica.

En lo que sigue, voy a tratar de caracterizar ese modelo contemporáneo que a partir de las reflexiones críticas emerge del tradicional, para, en un segundo lugar, mostrar cómo varias de las claves sobre las que se articula se encontraban ya en la reflexión de la Teoría Crítica que, al mismo tiempo, se proyecta sobre la idea de derechos, más de lo que habitualmente se acepta por parte de los estudiosos de la Teoría Crítica, a través de las Teorías Críticas del Derecho.

## 2. Un modelo tradicional y un modelo contemporáneo de derechos

Hace algunos años, en *Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos* defendía que la representación de la condición humana subyacente a la concepción tradicional de los derechos había hecho de la categoría una herramienta excluyente. Trataba de mostrar en aquel momento cómo la imagen del ser humano en el marco del discurso en el que los derechos servían como argumento para la Operación Sophia – que implicó la intervención de la fuerza de Seguridad Europea en el Mediterráneo para impedir el “contrabando” de personas –, era distinta de la que servía de referencia, por ejemplo, al Alto Comisionado de las Naciones para, desde los derechos, llamar la atención sobre el hecho de que esas mismas conductas calificadas como “contrabando” podrían ser migración irregular, de manera que la conceptualización en el marco de la operación de seguridad tenía como resultado la criminalización del fenómeno migratorio y podía contribuir a la desprotección de las personas migrantes y a la xenofobia<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> M.C. Barranco Avilés, *Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos*, Dykinson, Madrid 2016, pp. 13-14.

Y es que en la concepción tradicional de los derechos que fue trasladada a los ordenamientos jurídicos, la representación del ser humano permanece anclada en la autonomía entendida como independencia y autosuficiencia; en la racionalidad desde una idea de razón descarnada y monológica y en una comprensión del individualismo que termina por equiparar la agencia política a agencia económica.

Si bien es cierto que el modelo tradicional es también ‘crítico’ con respecto a la representación de la condición humana desde el esquema premoderno, también lo es que el modelo teórico que permite entender algunas de las opciones llevadas a cabo en el sistema universal de protección de los derechos humanos en el siglo XXI<sup>9</sup> no es ya el moderno, sino otro que con U. Baxi podemos considerar contemporáneo<sup>10</sup>. El modelo contemporáneo parte de la vocación de reencarnar al sujeto, que, como veremos, no es en absoluto ajena a la Teoría Crítica, y que, trasladada sobre la práctica, pretende reconstruir las teorías y los sistemas de protección de los derechos para que su proyecto emancipador sea, efectivamente, universalista.

El modelo contemporáneo no renuncia a la Modernidad, pero frente a la caracterización del ser humano desde la autonomía, que condiciona la titularidad de derechos a la agencia moral, esta pasa a ser el objetivo de los sistemas de derechos; además, la imagen de la condición humana se complejiza para incorporar elementos como la vulnerabilidad y la dependencia. Frente a la razón descarnada y monológica, el modelo contemporáneo revaloriza el punto de vista de los sujetos situados y rescata la dimensión comunicativa de la razón. Y frente a la imagen del

---

<sup>9</sup> Se toma para esta periodificación la caída del muro de Berlín como el final cultural del siglo XX. Ver E. Hobsbawn, *Age of Extremes. The short Twentieth Century, 1914-1991*, Pantheon Books, London 1995, p. 5.

<sup>10</sup> U. Baxi, *The Future of Human Rights*, Oxford University Press, New Delhi 2002, p. 35. Puede verse también M.C. Barranco Avilés, *Las teorías de los derechos humanos en el siglo XXI*, en M. Revenga Sánchez y P. Cuenca Gómez (Eds.), *El tiempo de los derechos. Los derechos humanos en el siglo XXI*, Dykinson, Madrid 2015, pp. 13-31.

individuo como el egoísta racional, que conduce a dar por supuesto su ‘insociable sociabilidad’<sup>11</sup>, la representación del ser humano en el modelo contemporáneo parte de su sociabilidad y de su capacidad para la solidaridad.

Desde su origen en el pensamiento liberal e ilustrado, los derechos han tenido una vocación de emancipación del ser humano frente al poder y, en este sentido, su incorporación al Derecho ha venido precedida de luchas sociales que se han abierto paso frente a lo previamente existente. Desde este punto de vista, las aportaciones de las distintas teorías críticas desde las que se ha revisado el modelo tradicional pueden verse también como revisión de los presupuestos que ya estaban presentes en el proyecto de la Modernidad.

La misma idea de derechos tiene un sentido crítico en un sentido amplio y también se traslada al Derecho mediante la lucha social de quienes se sienten excluidos, la burguesía. Las teorías críticas que impulsan el modelo contemporáneo de derechos y que prolongan, frente al modelo tradicional, elementos de la Teoría Crítica del Instituto de Investigaciones Sociológicas, se dirigen principalmente frente a la abstracción y a la neutralidad de la teoría que oculta bajo la idea de la igualdad formal, la parcialidad de las instituciones. Los feminismos, la *Critical Race Theory*, las *Critical Disability Studies*, las *Críticas postcoloniales* o la posible *Critical Migration Theory* constituyen formulaciones teóricas que respaldan los movimientos sociales que luchan para el reconocimiento de las personas excluidas en la representación parcial de la condición humana en la que, a pesar de presentarse como neutrales, estas instituciones se sustentan.

En el apartado siguiente, se tratará de mostrar los elementos de la Teoría Crítica que perviven en las Teorías Críticas.

---

<sup>11</sup> I. Kant, *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*, en *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita y otros escritos sobre Filosofía de la Historia*, tr. esp. de C. Roldán Panadero y R. Rodríguez Aramayo, 2ª edición, Tecnos, Madrid 1994, p. 20.

### 3. Teoría Crítica y Teorías Críticas. El método crítico

En un sentido estricto, la Teoría Crítica surge con la Escuela de Frankfurt del Instituto de Investigación Social de la Universidad Goethe que presenta como característica fundamental la crítica entendida como una forma de conocimiento que trasciende los modelos positivistas dominantes<sup>12</sup>. Aunque la constitución del Instituto se produjo entre 1923 y 1924, se puede situar el surgimiento de la Escuela en torno a 1930, que es el momento en el que Horkheimer asume su Dirección. En una segunda generación se situaría J. Habermas, mientras que Honneth y Benhabid suelen citarse como parte de la tercera<sup>13</sup>.

En coherencia con la dimensión marxista de los análisis de la Teoría Crítica de aquella primera generación, que podemos denominar ‘clásica’, los derechos humanos son considerados prevalentemente como un concepto formal y, en esta medida, funcional a la legitimidad del sistema. Sin embargo, como tendremos ocasión de ver, en los planteamientos de sus autores se encuentran elementos que han servido de base para el desarrollo de un concepto contemporáneo de derechos y que es posible rastrear en las diversas Teorías Críticas contemporáneas, algunas de las cuáles se enmarcan en estudios y reivindicaciones de derechos humanos.

Es difícil encontrar elementos comunes a una corriente de pensamiento tan longeva y, hasta cierto punto, plural, pero como parte de su legado, señala Axel Honneth que los distintos autores coinciden en tres

---

<sup>12</sup> M. Horkheimer, *Teoría tradicional y Teoría Crítica* (1937), en *Teoría Crítica*, tr. esp. de E. Albizu y C. Luis, Amorrortu, Buenos Aires/Madrid 2003, 3ª reimp., pp. 223-271.

<sup>13</sup> Con respecto al objeto de este trabajo, la figura de S. Benhabid resulta especialmente relevante en la medida en que abre la teoría crítica a temas que antes no se había planteado. En particular, Benhabid integra en su planteamiento las críticas feministas al universalismo y considera el diálogo cultural como una condición para la universalidad de los derechos. C. Sánchez Muñoz, *Seyla Benhabid: hacia un universalismo interactivo y globalizado*, en R. Máz Suáñez (coord.), *Teorías políticas contemporáneas*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 2009, p. 275.

ideas que merece la pena recuperar en el escenario contemporáneo: la falta de racionalidad de la sociedad, el capitalismo como causa de deformación de la racionalidad social y el vínculo con la praxis<sup>14</sup>.

Honneth afirma que los autores en torno al Instituto de Investigación Social comparten su diagnóstico negativo sobre la situación social. En su opinión, las patologías que se identifican y que se formulan de distinta forma, presuponen «normativamente una constitución de las condiciones sociales que estaría intacta si garantizara a todos los miembros la oportunidad de lograr la autorrealización»<sup>15</sup>. Esto es, las condiciones sociales no son patologías (sino ‘intactas’) cuando se garantiza a todos los miembros la oportunidad de lograr la autorrealización.

Aunque el objeto varía en las distintas propuestas (trabajo humano en Horkheimer, praxis estética en Marcuse o acción comunicativa en Habermas), los representantes de la Teoría Crítica comparten con Hegel la convicción de que la autorrealización del individuo sólo se logra si está ensamblada en sus metas con la autorrealización de todos los demás miembros de la sociedad mediante principios o fines aceptados por todos; se puede incluso ir más allá y afirmar que en la idea de un universal racional está contenido el concepto de un bien común sobre el que tienen que haberse puesto de acuerdo racionalmente los miembros de una sociedad para poder relacionar sus libertades individuales cooperativamente. Por eso los diversos modelos de praxis que ofrecen Horkheimer, Marcuse o Habermas son todos ellos lugartenientes de esa única idea de que la socialización del ser humano sólo puede lograrse en condiciones de libertad cooperativas; como quiera que estén constituidas las distintas representaciones antropológicas, en definitiva, suplen la idea ética de destacar una forma de praxis colectiva en la que los sujetos puedan llegar entre todos o cooperativamente a la autorrealización<sup>16</sup>.

En segundo lugar, Honneth apunta como punto común a los autores de la Teoría Crítica que consideran el capitalismo como la causa de la

---

<sup>14</sup> A. Honneth, *Una patología social de la razón. Sobre el legado intelectual de la Teoría Crítica*, en *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la Teoría Crítica*, tr. esp. de Griselda Mársico, Katz Editores, Buenos Aires 2009, p. 29.

<sup>15</sup> Ivi, p. 30.

<sup>16</sup> Ivi, p. 34.

reducción la racionalidad a racionalidad instrumental. Efectivamente, de acuerdo con Honneth, para la Teoría Crítica la sociedad contemporánea es un escenario inadecuado para la realización de los seres humanos como consecuencia la deformación de las facultades racionales generadas por el capitalismo. En sus palabras:

Más allá de la disparidad de métodos y objetos, lo que aún a los diversos autores de la Escuela de Frankfurt es la idea de que las condiciones de vida de las sociedades modernas, capitalistas, generan prácticas, posturas o estructuras de personalidad que se reflejan en una deformación patológica de nuestras facultades racionales<sup>17</sup>.

A pesar de las dudas sobre este punto, Honneth recuerda cómo hay estudios que sugieren que el capitalismo sigue inspirando un estilo de vida desde el que se cosifica a los seres humanos:

en estudios más recientes se sugiere que en las sociedades capitalistas se premian sobre todo las posturas u orientaciones con éxito social, cuya fijación en el beneficio individual obliga a un trato puramente estratégico con uno mismo y con los demás sujetos. Por eso no hay que descartar que el capitalismo pueda seguir interpretándose como el resultado institucional de un estilo de vida cultural o de un imaginario social en el que tiene un predominio práctico un tipo determinado de racionalidad restringida, “reificante”<sup>18</sup>.

Para las Teorías Críticas contemporáneas, no sólo el capitalismo, otras estructuras de opresión redundan en la instrumentalización de los sujetos, sumándose e interactuando con él.

Finalmente es una característica de la teoría crítica el establecimiento de un vínculo entre teoría y práctica; la meta es superar el sufrimiento social provocado por la falta de racionalidad. A pesar de la importancia de recuperar este aspecto, Honneth es reacio a entender que la orien-

---

<sup>17</sup> A. Honneth, *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la Teoría Crítica*, cit., p. 7.

<sup>18</sup> A. Honneth, *Una patología social de la razón. Sobre el legado intelectual de la Teoría Crítica*, cit., p. 44.

tación a la praxis sea una cuestión nuclear de las reflexiones contemporáneas. No obstante, esta es precisamente la tarea de la Filosofía del Derecho en relación con los derechos (en tanto en cuanto estos han terminado siendo colonizados por el Derecho)<sup>19</sup> y claramente es la tarea asumida por las Teorías Críticas del Derecho. El autor se muestra preocupado por la dificultad para conseguir el compromiso de los seres humanos con la superación de la patología social, esto es, con la restitución de sus capacidades racionales, que no es otra que la dificultad de hallar un concepto realista de “interés emancipatorio”. En el caso de las Teorías Críticas relevantes para los derechos, este interés se ha mostrado en la práctica en tanto en cuanto resultan de la alianza entre la academia y los movimientos sociales, esto es, entre teoría y praxis.

Asimismo, insiste el autor en que la Teoría Crítica ancla la racionalidad en el proceso histórico. Frente a una situación en la que «con la experiencia de disparidad de los movimientos de emancipación social, se han reducido bastante las expectativas respecto de lo que debe y puede ser la crítica», en la que «prevalece un concepto liberal de la justicia, a cuyos criterios se apela para identificar normativamente las injusticias sociales sin pretender explicar todavía su inserción institucional en un determinado tipo de sociedad» y donde «la crítica ya no se concibe como forma de reflexión de una racionalidad que a su vez debe estar anclada en el proceso histórico»:

la Teoría Crítica insiste, de una manera que muy probablemente sea única, en una mediación de teoría e historia en el concepto de una razón socialmente activa: el pasado histórico debe entenderse en sentido práctico como un proceso de formación cuya deformación patológica por parte del capitalismo sólo puede superarse si los implicados inician un proceso de ilustración<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> M. Freeman, *Putting Law in its Place: The Role of the Social Sciences*, en *Human Rights*, 3ª edición, Polity Press, Cambridge/Malden 2017, pp. 90-119, muestra cómo entre los 70 y los 80 fueron los juristas quienes se ocuparon del estudio de los derechos humanos a pesar de que la aproximación jurídica es insuficiente para abarcar sus dimensiones éticas, políticas, sociológicas, económicas y antropológicas.

<sup>20</sup> A. Honneth, *Una patología social de la razón. Sobre el legado intelectual de la Teoría Crítica*, en *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la Teoría Crítica*, cit., pp.

Sin embargo, las Teorías críticas del Derecho aplicadas a los derechos revelan otros ejes de ‘deformación patológica’ que no se pueden reducir al capitalismo. Lo cual es compatible con lo que Honneth considera el legado de la Teoría Crítica para el nuevo siglo:

El legado de la Teoría Crítica para el nuevo siglo debería significar rescatar en esa idea de una patología social de la razón la carga explosiva que todavía contiene para el pensamiento actual; contra la tendencia a reducir la crítica de la sociedad a un proyecto de posicionamiento normativo, situacional o local, habría que hacer comprensible la relación en que se encuentra con las pretensiones de una razón que se ha ido formando en la historia<sup>21</sup>.

Se ha apuntado que en los últimos tiempos hemos asistido a una corriente de diversificación de la teoría social crítica dentro de la cual es posible encontrar ideas que, como se verá, enlazan con aspectos compartidos por los autores de la Teoría Crítica del Instituto de Investigación Social y que tienen un cariz metodológico. En este sentido, se alude a los siguientes presupuestos<sup>22</sup>, todos ellos en la línea del legado de la Teoría Crítica que propone rescatar Honneth:

---

28 y 29. En el mismo sentido se expresa S. Benhabid, *Critique, Norm, and Utopia. A Study of the Foundations of Critical Theory*, Columbia University Press, New York, 1986, p. 344, «ninguna idea ha sido tan central a la tradición de la teoría social crítica como la creencia en que el ejercicio de la razón humana es esencial para alcanzar la autonomía y satisfacción moral, la justicia pública y el progreso. Este ideal, que la teoría crítica compartió con los grandes pensadores de Ilustración burguesa desde Hobbes hasta Kant, nunca fue realmente repudiado. El teórico crítico tomó un nuevo abordaje. Integrado los puntos de vista de Hegel y Marx de que el sujeto autónomo no era un ego cartesiano aislado, sino uno ser histórica y socialmente situado, concreto y corporal, en las primeras fases de sus formulaciones, extendieron este ideal ilustrado en una crítica general a las condiciones materiales y sociales que dificultaban su realización. En esta tarea fueron inspirados por la crítica de Hegel a Kant, que mostró la necesidad de desarrollar una crítica a la razón pura en una fenomenología del espíritu humano – la historia del devenir de la razón histórica y cultural. La razón entonces fue dotada de un núcleo histórico y evolutivo».

<sup>21</sup> A. Honneth, *Patologías de la razón. Historia y actualidad de la Teoría Crítica*, cit., p. 20.

<sup>22</sup> H. Meekosha, R. Shuttleworth, *What's so 'critical' about critical disability studies?*, in «Australian Journal of Human Rights», 15 (1), (2009), p. 47.

1. Irreductibilidad de la vida social a hechos objetivos. Que claramente se orienta, como la Teoría Crítica a la superación de la razón instrumental.
2. Vinculación entre teoría y práctica en la lucha por una sociedad autónoma y participativa. Que se manifiesta en la alianza entre los Estudios Críticos y los movimientos sociales representativos de los intereses del colectivo sobre el que se proyecta.
3. Conciencia de la propia historicidad por parte de las disciplinas o campos de estudio que conduce a la reflexión crítica sobre su marco conceptual.
4. Necesidad de diálogo con otras culturas sobre los temas y conceptos de significancia actual, imprescindible para el anclaje de la razón en la Historia.

A pesar de que se insiste en el escaso interés de la Teoría Crítica por los derechos, con las excepciones en la segunda y tercera generación de Jürgen Habermas, Seyla Benhabid y Rainer Forst<sup>23</sup>, es posible afirmar que las Teorías Críticas que contribuyen al modelo contemporáneo de derechos han incorporado dimensiones importantes del pensamiento de la escuela que además de proyectarse en estos aspectos de carácter ‘metodológico’, tienen una proyección sobre el contenido de las propuestas.

Por un lado, señala Giolo, las Teorías Críticas del Derecho defienden la imposibilidad de un enfoque neutral y abstracto al fenómeno jurídico y, por lo tanto, de su creación, interpretación y aplicación, pero por otro, no se trata de aproximaciones meramente teóricas, sino que tratan de ofrecer soluciones a problemas reales<sup>24</sup>.

Desde el punto de vista del contenido, en su incidencia sobre el Derecho, las diversas Teorías Críticas denuncian la falsa neutralidad

---

<sup>23</sup> L. Rensmann, *Critical Theory of Human Rights*, in M.J. Thomson (Ed.), *The Palgrave Handbook of Critical Theory*, cit., p. 633.

<sup>24</sup> O. Giolo, *Le teorie critiche del diritto: un tentativo di sistematizzazione*, in M.G. Bernardini, O. Giolo, *Le teorie critiche del diritto*, Pacini Giuridica, Pisa 2017, p. 374.

del Estado de Derecho<sup>25</sup>, en la línea de las reflexiones ya avanzadas en el marco de la Teoría Crítica ‘clásica’ por Horkheimer y Adorno. En esta dimensión sustancial, el modelo contemporáneo de derechos que, como se ha insistido, está muy influido por la reflexión de las distintas Teorías Críticas, permite dar respuesta a una buena parte de los problemas señalados en *La Dialéctica de la Ilustración*<sup>26</sup>.

#### **4. La Teoría Crítica en el modelo contemporáneo de derechos. El legado sustancial**

El diagnóstico presente en *La Dialéctica de la ilustración* coincide en buena medida con los elementos comunes a las diferentes teorías críticas. El objetivo del presente apartado es tratar de mostrar cual es este diagnóstico y de que modo el modelo contemporáneo incorpora elementos susceptibles de superar las deficiencias del proyecto ilustrado desde el punto de vista de la universalidad. En concreto, se prestará atención al objetivo de recuperación de la coherencia con los valores de la modernidad – que a su vez es el presupuesto para poder seguir hablando de derechos –. Asimismo, se reflexionará sobre crítica a la ra-

---

<sup>25</sup> A.J. Treviño, M.A. Harris, D. Wallace, *What’s so critical about critical race theory?*, in «Contemporary Justice Review», 11 vol., 1 (2008), p. 8, apuntan que en la medida en que la *Critical Race Theory* plantea una crítica al Derecho en su formulación, administración y ejecución, también debería cuestionar las creencias que justifican el ‘rule of law’ desde tres puntos de vista: rehuir del fetichismo de la ley, focalizarse en la raza sin necesidad de depender necesariamente en la noción de derecho racionalizado, estar más alerta a cuestiones de justicia social y no sólo de justicia penal y civil. Asimismo, se plantea la necesidad de la *Critical Race Theory* de reforzarse como teoría y de ampliar su aproximación desde el ‘color’ para trascender la contraposición blanco/negro. Estas críticas se dirigen a la formulación en Estados Unidos, no son aplicables a toda la *Critical Race Theory* ni mucho menos a todas las Teorías Críticas que en este sentido resultan más acordes con la reflexión de Teoría Crítica del Instituto de Investigaciones Sociológicas.

<sup>26</sup> M. Horkheimer, T.W. Adorno, *La Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, tr. esp. de J.J. Sánchez, tercera edición, Trotta, Madrid 1998.

zón abstracta y a la reducción del ámbito del pensamiento a los hechos que los autores llevan a cabo, desde el entendimiento de que, conforme muestran también las teorías críticas, redundan en el carácter formal y abstracto de los sistemas de protección de los derechos. En tercer lugar, resulta de interés recordar la crítica a la homogeneización en la representación del sujeto, que es compartida por las Teorías Críticas en la medida en que precisamente cada una de ellas trata de visibilizar sujetos excluidos por el modelo tradicional de derechos. Las reflexiones sobre el antisemitismo muestran éste como una manifestación del racismo y sirve de modelo de hasta qué punto los sistemas pretendidamente democráticos se han presentado como legítimos a pesar de la exclusión de todos aquéllos que no encajaban con la representación del sujeto abstracto; en este punto, es interesante recordar las reflexiones que en el trabajo se llevan a cabo sobre el lugar en el papel atribuido a las mujeres en la ejecución del proyecto ilustrado. Finalmente, la recuperación del pensamiento crítico se muestra como la clave para superar esta deriva de la Modernidad que ya una vez desembocó en el fascismo.

#### 4.1. Salvar la Ilustración

A lo largo de *La Dialéctica de la Ilustración* Horkheimer y Adorno se esfuerzan por recordar que su objetivo no es superar o destruir, sino salvar la Ilustración, lo que implica rescatar la Modernidad. En la propuesta de la Teoría Crítica, la recuperación de la coherencia con los valores de la Ilustración es la condición para restablecer las condiciones sociales que permitan la autorrealización de los seres humanos:

La aporía ante la que nos encontramos en nuestro trabajo se reveló así como el primer objeto que debíamos analizar: la autodestrucción de la Ilustración. No albergamos la menor duda – y ésta es nuestra *petitio principii* – de que la libertad en sociedad es inseparable del pensamiento ilustrado. Pero creemos haber descubierto con igual claridad que el concepto de este mismo pensamiento, no menos que las formas históricas concretas y las instituciones sociales en que se halla inmerso, contiene ya el germen de aquella regresión que hoy se verifica por doquier. Si la Ilustración no asume en sí misma la reflexión sobre este momento regresivo, firma su propia condena. En la medida en que deja a

sus enemigos la reflexión sobre el momento destructivo del progreso, el pensamiento ciegamente pragmatizado pierde su carácter superador, y por tanto también su relación con la verdad<sup>27</sup>.

También el modelo contemporáneo de derechos, que podría dar cobertura a las aportaciones de las distintas Teorías Críticas se mantiene, como la Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt, dentro del proyecto de la modernidad, de este modo, la razón y la autonomía continúan siendo cruciales, pero no se trata de una razón abstracta y monolítica, sino que adquiere, como se verá a continuación, una dimensión histórica y evolutiva.

#### 4.2. Crítica a la razón abstracta

En distintos lugares de *La Dialéctica de la Ilustración* se puede constatar que el aspecto central sobre el que incide el diagnóstico de la Teoría Crítica es que la enfermedad de la sociedad se debe a la deformación de la razón. Por un lado, la Ilustración encierra también un objetivo de dominio del mundo al que se adapta bien el esquema de la lógica formal que se presenta como «la gran escuela de la unificación» que «ofreció a los ilustrados el esquema de la calculabilidad del mundo»<sup>28</sup>. Como consecuencia de la implementación del proyecto ilustrado, el conocimiento se reduce a conocimiento científico, al respecto, podemos leer en *La Dialéctica* «la Ilustración es la filosofía que identifica verdad con sistema científico»<sup>29</sup>. Esta operación implica también limitar el espacio en el que se admite el pensamiento:

Pensar, en el sentido de la Ilustración, es producir un orden científico unitario y deducir el conocimiento de los hechos de principios, entendidos ya sea como axiomas determinados arbitrariamente, como ideas innatas o como abstracciones

---

<sup>27</sup> M. Horkheimer, T.W. Adorno, *La Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, tr. esp. de J.J. Sánchez, tercera edición, Trotta, Madrid 1998, p. 53.

<sup>28</sup> *Ivi*, p. 63.

<sup>29</sup> M. Horkheimer, T.W. Adorno, *La Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, cit., p. 132.

supremas. Las leyes lógicas constituyen las relaciones más generales dentro de ese orden; ellas lo definen. La unidad reside en la unanimidad. El principio de contradicción es el sistema *in nuce*. Conocer es subsumir bajo principios. El conocimiento se identifica con el juicio que integra lo particular en el sistema. Todo pensamiento que no tienda al sistema carece de dirección o es autoritario<sup>30</sup>.

En este mismo esquema, la razón se presenta como razón abstracta y al mismo tiempo neutral, «es el órgano del cálculo, de la planificación; neutral respecto a los fines, su elemento es la coordinación»<sup>31</sup>. La crítica a la razón abstracta es el punto fundamental en torno al que se aglutinan los autores de la Escuela de Frankfurt, conforme hemos visto corroborado por Honneth y Benhabid<sup>32</sup>.

La amputación de la razón, que tiene como consecuencia la neutralización del pensamiento ha redundado en un escenario en el que la racionalidad económica se impone como paradigma de la racionalidad. Al mismo tiempo, y puesto que la verdad sólo es científica, el sentimiento, que escapa a la razón así entendida, queda eximido de responsabilidad. En palabras de Horkheimer y Adorno:

Si la gran filosofía, con Leibniz y Hegel, había descubierto incluso en aquellas expresiones subjetivas y objetivas que son en sí mismas pensamiento: en sentimientos, instituciones y obras de arte, una pretensión de verdad, el irracionalismo por su parte, en esto como en otros puntos afín al último reducto de la Ilustración: al positivismo moderno, aísla el sentimiento, como la religión y el arte, de toda forma de conocimiento. El irracionalismo limita, es verdad, a la fría razón a favor de la vida inmediata, pero hace de ésta un principio meramente hostil al pensamiento. Bajo el pretexto de esta hostilidad, el sentimiento, y en definitiva toda expresión humana, la cultura en cuanto tal, son exonerados de la responsabilidad ante el pensamiento, pero con ello se transforman en elementos neutralizados de la *ratio* omnicomprendensiva del sistema económico que desde hace tiempo se ha hecho irracional<sup>33</sup>.

---

<sup>30</sup> Ivi, pp. 129-130.

<sup>31</sup> Ivi, p. 135.

<sup>32</sup> S. Benhabid, *Critique, Norm, and Utopia*, cit., p. 344.

<sup>33</sup> M. Horkheimer, T.W. Adorno, *La Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, cit., p. 138.

Con esta operación, el plato para que los mensajes fascistas sean aceptados sin someterlos al filtro del pensamiento, está servido. Como muestra Hannah Arendt, con la reducción de la razón a razón instrumental y de la verdad a ciencia, desaparecen las reglas para distinguir el bien y el mal y se hace posible la “banalización” del último<sup>34</sup>.

Pero, además, la razón opera en el esquema ilustrado como razón abstracta, por tanto, desvinculada de condicionantes externos, con lo que la imparcialidad constituye un requisito para el pensamiento y es precisamente esta exigencia la que lleva a representar al sujeto desde la homogeneidad ignorando los contextos y las particularidades y excluyendo a quienes (como los judíos) en el imaginario colectivo son percibidos como diferentes. Y es que otra parte de la degeneración de los objetivos de la Ilustración ha sido que la universalidad del proyecto se tradujo en homogenización.

### 4.3. La universalidad como homogeneidad

Horkheimer y Adorno consideran que el miedo a la desviación social es un rasgo característico de la Ilustración. En la Teoría Crítica clásica, el rechazo a los derechos se refiere a su carácter formal, desde el que no se tienen en cuenta las condiciones de realización y que se pone de manifiesto en la crítica de Adorno a Kant<sup>35</sup>. El problema no es, por tanto, el carácter universal de la categoría, sino, como ponen de manifiesto las Teorías Críticas del Derecho, la abstracción.

Lo que no se doblega al criterio del cálculo y la utilidad es sospechoso para la Ilustración. Y cuando ésta puede desarrollarse sin perturbaciones de coacción

---

<sup>34</sup> Resulta llamativo que a pesar de la afinidad entre los intereses, los diagnósticos y las respuestas de ambos autores el diálogo entre Hannah Arendt y Adorno sea inexistente y se puede explicar desde la enemistad personal. Al respecto, puede verse J.A. Zamora, *H. Arendt y Th. W. Adorno: pensar frente a la barbarie*, in «Arbor», 742 (2010), pp. 245-263.

<sup>35</sup> L. Rensmann, *Critical theory of human rights*, cit., p. 639. T.W. Adorno, *Sobre la teoría de la historia y de la libertad (1964-1965)*, tr. esp. de M. Vela, Eterna Cadencia Editora, Buenos Aires 2019.

externa, entonces no existe ya contención alguna. Sus propias ideas de los derechos humanos corren en ese caso la misma suerte que los viejos universales. Ante cada resistencia espiritual que encuentra, su fuerza no hace sino aumentar. Lo cual deriva del hecho de que la Ilustración se conoce a sí misma incluso en los mitos. Cualesquiera que sean los mitos que ofrecen resistencia, por el solo hecho de convertirse en argumentos en tal conflicto, esos mitos se adhieren al principio de racionalidad analítica, que ellos mismos reprochan a la Ilustración<sup>36</sup>.

La Ilustración es totalitaria por cuanto sólo reconoce aquello que puede reducirse a la unidad, al sistema; para conseguir este objetivo, convierte en comparable lo heterogéneo a través de la abstracción y el resultado es la liquidación de lo concreto: «la abstracción, el instrumento de la Ilustración, se comporta respecto a sus objetos como el destino cuyo concepto elimina: como liquidación»<sup>37</sup>.

A pesar de que la Ilustración es individualista, el individuo al que el impulso de la abstracción convierte en masa queda anulado frente a los poderes económicos:

El individuo es anulado por completo frente a los poderes económicos. Al mismo tiempo éstos elevan el dominio de la sociedad sobre la naturaleza a un nivel hasta ahora insospechado. Mientras el individuo desaparece frente al aparato al que sirve, éste le provee mejor que nunca<sup>38</sup>.

Y las masas son adormecidas por el impacto de una industria en la que la cultura aparece transformada en bien de consumo:

En una situación injusta la impotencia y la ductilidad de las masas crecen con los bienes que se les otorga. La elevación, materialmente importante y socialmente miserable, del nivel de vida de los que están abajo se refleja en la hipócrita difusión del espíritu. Siendo su verdadero interés la negación de la cosificación, el espíritu se desvanece cuando se consolida como un bien cultural y es

---

<sup>36</sup> M. Horkheimer, T.W. Adorno, *La Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, cit., p. 68.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

<sup>38</sup> *Ivi*, p. 54.

distribuido con fines de consumo. El alud de informaciones minuciosas y de diversiones domesticadas corrompe y entontece al mismo tiempo<sup>39</sup>.

Precisamente, el capítulo que en el trabajo se dedica a *La industria cultural* lleva por subtítulo *Ilustración como engaño de masas*, parece la pena reproducir un fragmento que permite ilustrar la idea que se está recuperando:

En la industria cultural el individuo es ilusorio no sólo debido a la estandarización de sus modos de producción. El individuo es tolerado sólo en cuanto su identidad incondicionada con lo universal se halla fuera de toda duda... la pseudoindividualidad domina por doquier, desde la improvisación regulada del jazz hasta la personalidad original del cine, que debe tener un tupé sobre los ojos para ser reconocida como tal. Lo individual se reduce a la capacidad de lo universal de marcar lo accidental de tal modo que pueda ser reconocido como lo que es<sup>40</sup>.

Efectivamente, la representación del ser humano desde la homogeneidad, que ha conducido al modelo moderno tradicional de derechos, ha resultado opresiva en la medida en que parte de la imposición de un patrón estandarizado y abstracto de humanidad, y, por ello, desconoce el hecho de la pluralidad y de la diversidad de las formas en las que la misma humanidad se manifiesta. En este sentido, y en relación con lo anterior, un aspecto fundamental compartido por las teorías críticas tiene que ver con la necesidad de situar al sujeto.

#### **4.4. ‘El otro’ y la negación de la condición humana**

La consecuencia de lo anterior, de gran relevancia desde el punto de vista de los derechos, es que quienes no son reconocidos desde los parámetros de la abstracción que configuran la norma de lo que significa ser humano, quedan excluidos. La reflexión sobre el antisemitismo es, como en la obra de Hannah Arendt, ilustrativa.

---

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 55.

<sup>40</sup> *Ivi*, p. 199.

En *La Dialéctica*, el antisemitismo aparece como movimiento popular ‘nivelador’ o de ‘igualación’ útil para mantener la dominación, en la medida en que se nutre del sentimiento de que «a aquellos que carecen de poder de mando les debe ir tan mal como al pueblo. Desde el empleado alemán al negro de Harlem, los ambiciosos seguidores del movimiento han sabido siempre, en el fondo, que lo único que al fin obtendrían sería el placer de ver también a los otros con las manos vacías»<sup>41</sup>. El instrumento es tremendamente útil, porque, señalan Horkheimer y Adorno, «las víctimas son intercambiables entre sí, según la constelación histórica: vagabundos, judíos, protestantes, católicos, cada uno de ellos puede asumir el papel de los asesinos, y con el mismo ciego placer de matar, tan pronto como se siente poderoso con la norma»<sup>42</sup>.

En la interpretación de Rensmann, las clases privadas de derechos se sienten burladas por la promesa de felicidad sin poder que encierran y, frustradas, proyectan sobre ‘el otro’ su frustración y ansias de destrucción<sup>43</sup>.

El antisemitismo está estrechamente relacionado con la homogenización que denuncian los autores. Y esto es extensible a otras ideologías, como el racismo que justifican la opresión de grupos diversos, en relación con algunos de los cuáles se articulan Teorías Críticas<sup>44</sup>. En el análisis de *La Dialéctica*, tanto el fascismo como el liberalismo señalan a los judíos como un grupo; el fascismo los marca como una raza distinta que representa el mal absoluto; para los liberales, los judíos constituyen un grupo por su mentalidad y tradición religiosas que los alejan del estándar:

---

<sup>41</sup> Ivi, p. 215.

<sup>42</sup> Ivi, p. 216.

<sup>43</sup> L. Rensmann, *Critical Theory of Human Rights*, cit., p. 637.

<sup>44</sup> P. Abberley, *The Concept of Oppression and the Development of a Social Theory of Disability*, in «Disability, Handicap and Society», 2 voll., 1 (1987), pp. 5-19, p. 7 presenta la opresión como una situación de desventaja social en la que se encuentra un grupo de personas, que se justifica ideológicamente en una condición compartida por el grupo como natural o inevitable, y de la que resulta un beneficio para otro grupo. Por su parte, I.M. Young, *Justice and the Politics of Difference*, 2ª ed., Princeton University Press, New Jersey 2011, pp. 39 y ss. presenta la opresión como un obstáculo al autodesarrollo que se manifiesta con cinco caras: explotación, marginación, carencia de poder, imperialismo cultural y violencia.

la tesis liberal al presuponer la unidad de los hombres ya en principio realizada contribuye a la apología de lo existente. El intento de conjurar la extrema amenaza mediante una política de minorías y una estrategia democrática es ambiguo, como toda defensiva de los últimos burgueses liberales. Su impotencia atrae a los enemigos de la impotencia. La existencia y el aspecto de los judíos comprometen la universalidad existente debido a su falta de adaptación<sup>45</sup>.

Pero también es consecuencia de la patología de la razón que ‘reduce el pensamiento a saber’ neutralizándolo y hace posible la mercantilización de la cultura:

El ordenamiento de la vida actual no deja espacio al *yo* para extraer consecuencias intelectuales. El pensamiento reducido a saber es neutralizado, utilizado para la calificación en los mercados sectoriales de trabajo y para aumentar el valor mercantil de la personalidad. Así desaparece la autorreflexión del espíritu, capaz de oponer resistencia a la paranoia<sup>46</sup>.

En *La Dialéctica de la Ilustración*, también se ofrece una explicación sobre la construcción de la imagen de las mujeres de la que resulta su alienación<sup>47</sup>. Nuevamente, la homogeneización y la patología de la razón hacen posible que las mujeres queden excluidas de la representación de la condición humana. En este caso, los autores tratan de mostrar cómo la alienación de las mujeres es consecuencia del rechazo de lo natural.

A propósito del mito de Circe que castiga a los hombres por ella seducidos convirtiéndolos en animales<sup>48</sup>, tratan de mostrar la relación

---

<sup>45</sup> M. Horkheimer, T.W. Adorno, *La Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, cit., p. 214.

<sup>46</sup> *Ivi*, p. 240.

<sup>47</sup> Sobre feminismos y Teoría Crítica puede verse N. Campillo, *Feminismo y teoría crítica de la sociedad*, en N. Campillo y E. Barberrá (coord. y comp.), *Reflexión multidisciplinar sobre la discriminación sexual*, Nau llibres, Valencia 1993, pp. 19-38.

<sup>48</sup> M. Horkheimer, T.W. Adorno, *La Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, cit., p. 120 narran el mito en este sentido: «Circe induce a los varones a abandonarse al impulso, y desde siempre se ha relacionado con esto la figura animal de los seducidos y se ha hecho de Circe el prototipo de la hetera... La señal de Circe

que se establece de la mujer con la naturaleza y cómo la mujer, en tanto que naturaleza, es doblegada:

Es como si la hetaira hechicera repitiera, en el ritual al que somete a los varones, una vez más aquel al que la sociedad patriarcal la somete a ella misma siempre de nuevo. Como ella, las mujeres tienden de antemano, bajo la presión de la civilización, a hacer suyo el juicio civilizador y a difamar al sexo. En la confrontación entre la ilustración y mito, cuyas huellas conserva la epopeya, la poderosa seductora es a la vez ya débil obsoleta, vulnerable y necesita de sumisos animales como escolta. En cuanto representante de la naturaleza, la mujer se ha convertido en la sociedad burguesa en imagen enigmática de irresistibilidad e impotencia. De ese modo, ella refleja y devuelve al dominio la vana mentira que en lugar de la reconciliación de la naturaleza pone su superación<sup>49</sup>.

Y el instrumento a través del cuál la mujer es doblegada es el matrimonio en el que el poder sólo le llega a través del hombre. Horkheimer y Adorno denuncian que la Ilustración ha condenado a las mujeres a ser Circe o Penélope, la prostituta y la esposa:

Prostituta y esposa son los polos complementarios de la autoalienación femenina en el mundo patriarcal: la esposa traiciona el placer en aras del orden estable de vida y posesión, mientras que la prostituta, en cuanto aliada secreta de ella, vuelve a someter a la relación de posesión lo que los derechos de propiedad de la esposa dejan libre, y vende placer (p. 124).

En sus reflexiones sobre el amor a través del mito, se encierra una crítica a la “frialidad burguesa” que es también una crítica a individua-

---

es la ambigüedad, y así aparece en la acción primero como corruptora y luego como ayudante... La hetaira concede felicidad y anula la autonomía de aquel a quien hace feliz: ésta es su ambigüedad. Pero no lo destruye necesariamente: ella retiene una forma anterior a la vida... El mandato mítico al que sucumben libera en ellos al mismo tiempo la libertad de la naturaleza oprimida. Lo que es revocado en su recaída en el mito es también mito. La represión del instinto que los convierte en *sí mismos* y los separa de las bestias, era la introyección de la opresión en el ciclo irremediadamente cerrado de la naturaleza al que, según una antigua concepción, aludiría el nombre de Circe».

<sup>49</sup> Ivi, p. 124.

lismo que es también una crítica a la ausencia de vínculo social. Circe concede el placer a Odiseo, cuando el placer es rechazado con ello, interpretan los autores, el amor se muestra como error, como debilidad a evitar. La consecuencia es que se ensalza la soledad:

Para conceder el placer, Circe pone la condición de que el placer haya sido desdeñado; la última hetaira se revela como el primer carácter femenino. En la transición del mito a la historia ella hace una contribución decisiva a la frialdad burguesa. Su comportamiento pone en práctica la prohibición de amar, que posteriormente se impuso con tanta mayor fuerza cuanto más tuvo el amor, como ideología, que enmascarar el odio de los que competían. En el mundo del intercambio está equivocado quien más da; pero el que ama es siempre el que más ama. Mientras que el sacrificio que ofrece es exaltado, se vela celosamente para que no le sea ahorrado el sacrificio. Justamente en el amor mismo el amante es puesto en error y castigado. La incapacidad de dominarse a sí mismo y dominar a los demás, de la cual es testimonio su amor, es motivo suficiente para negarle el cumplimiento de éste. Con la sociedad se reproduce, se ensancha, la soledad. El mecanismo se impone incluso en las ramificaciones más sutiles del sentimiento, hasta que el amor mismo, para poder hallar siquiera un camino hacia el otro, se ve impulsado de tal modo a la frialdad que se desmorona en su propia realización<sup>50</sup>.

La crítica a la Ilustración presente en *La Dialéctica* es también en este sentido una crítica al individualismo desde el que los seres humanos se conciben como entidades aisladas y que lleva a construir sociedades que desconsideran los vínculos que se establecen entre las personas.

En buena medida, la crítica feminista, los estudios de la discapacidad y las otras teorías críticas y los movimientos han operado una transformación del modelo de derechos que recoge la necesidad de contextualizar al titular y, por tanto, desde la que se admite la vulnerabilidad de los seres humanos y las relaciones de dependencia que se establecen entre ellos. El titular de derechos ya no aparece en estas teorías como el sujeto racional que actúa para la maximización de intereses, sino como el ser humano de carne y hueso que se realiza mediante la interacción con otros seres humanos a quienes cuida y por quienes es cuidado.

---

<sup>50</sup> Ivi, p. 123.

Un aspecto que se deriva de la representación del sujeto desde la homogeneidad y de la equiparación de la racionalidad a racionalidad económica, es que los intereses valiosos para la organización social quedaban reducidos a la libertad de elección. La quiebra de la diversidad en la representación de la titularidad exige también incorporar a la organización social las diversas cuestiones que pueden ser valiosas para la pluralidad de seres humanos. De todas estas cuestiones excluidas, en especial los feminismos, pero también otras teorías, ponen de manifiesto la importancia de resituar y revalorizar el cuidado.

Como la Teoría Crítica Clásica, para las Teorías Críticas el pensamiento crítico y la acción de ‘los dominados’ es la clave para conseguir unas condiciones sociales adecuadas para la autorrealización:

La posibilidad de un cambio depende del hecho de que los dominados, ante la locura absoluta, tomen posesión de sí mismos y la detengan. Sólo en la liberación del pensamiento frente al dominio, en la abolición de la violencia, podría realizarse la idea que hasta ahora ha permanecido no verdadera: la de que el judío es un hombre<sup>51</sup>.

## 5. Conclusiones

El alcance de la Teoría Crítica trasciende la cuestión de los derechos, pero implica una revisión de los presupuestos sobre los que se han construido las sociedades democráticas que resulta clave para construir un sistema institucional en el que la protección de los derechos para todas las personas es realizable. En relación con esta idea, uno de los aspectos, en absoluto desdeñable, en el que la recuperación de la Teoría Crítica puede contribuir a la defensa de las instituciones democráticas, es su llamada de atención sobre el modo en el que el desarrollo de algunas de las ideas de la modernidad generó un caldo de cultivo propicio para el nacimiento y triunfo del fascismo y del antisemitismo.

---

<sup>51</sup> Ivi, p. 242.

Desde el punto de vista del método, las Teorías críticas contemporáneas asumen el rechazo a la neutralidad y la orientación a la acción de sus predecesoras. Pero, además, las Teorías Críticas que se construyen a partir de la Teoría Crítica del Derecho y que se proyectan sobre los derechos se nutren de elementos nucleares a la Teoría Crítica. Un aspecto fundamental es su defensa de los ideales de la modernidad.

Es posible afirmar que la Teoría Crítica clásica y las contemporáneas comparten su rechazo de la razón como razón abstracta y su llamada de atención sobre el riesgo que genera para la pervivencia del sistema liberal la ausencia de pensamiento crítico. También comparten el diagnóstico sobre los efectos de la homogeneización en la representación de la subjetividad sobre la opresión de quienes no se adecúan al modelo normativo.

Finalmente, en parte por la incidencia de las Teorías Críticas sobre la teoría de los derechos, el modelo contemporáneo parte de una concepción diversificada y no definitiva de lo que significa ser humano.



# HISTORIA, MEMORIA Y JUSTICIA TRANSICIONAL\*

Cristina García Pascual

## *Abstract*

The recovery of traumatic pasts is a global process that is not without controversy, fraught with paradoxes, practical difficulties, and plagued by detractors. The discussion around memory has only grown in recent times, and lawyers and historians have often found themselves at the center of the debate. This article examines some of the tensions caused to lawyers and historians by demands of transitional justice, particularly those related to the right to truth and the duty to remember.

## *Keywords*

Transitional justice; Collective memory; Laws of memory; History.

Ya nada de eso queda. ¿Dónde fue a parar esa vida? ¿Dónde están aquellos sufrimientos horribles? ¿Es posible que no haya quedado nada? ¿Es posible que nadie responda por todo aquello? ¿Que todo se olvide, sin una palabra?

La hierba lo cubrirá todo.

Vassilij Grossman, *Todo Fluye*

---

\* Este trabajo se inscribe en el marco del proyecto *Seguridad Internacional y Europea: de la prevención de conflictos armados a las estrategias para la construcción de una ciudadanía inclusiva y plural*, PROMETEO/2018/156 Generalitat Valenciana.

## 1. Introducción

¿Qué país no tiene en su pasado una guerra, un período oscuro de represión política y social, crímenes a gran escala de los que avergonzarse? El siglo XX arroja una historia de sangre de violencia de la que pocos, contados, países se libran. A vueltas con un pasado difícilmente asumible muchas sociedades han probado el camino del olvido, de la amnesia auto-inducida o incluso el de la negación. A veces el sufrimiento desborda los límites de lo soportable y como un individuo incapaz de asumir un trauma, pero deseoso de vivir, algunas sociedades pretenden proyectarse hacia el futuro sin echar la vista atrás. Tal vez sea esta una reacción primaria estrechamente unida a nuestra naturaleza humana. El carácter trágico de la vida nos pesa demasiado, ansiamos una despreocupada alegría y una cierta superficialidad nos sostiene. Si a la dureza de nuestra existencia cotidiana añadimos esas historias terribles, eso que el poeta Cesar Vallejo llamará «los heraldos negros», un exceso de dolor que parecen no caber en las dimensiones de una vida humana, ¿quién no querría dormirse hoy y despertar mañana en una vida nueva? Ciertamente la psicología abunda en la necesidad de enfrentar los propios traumas y nos enseña que la alternativa del olvido no es tan fácil, no produce el equilibrio deseado, los recuerdos permanecen en alguna parte de nuestro cerebro y la única solución pasa por enfrentarlos, aprender a vivir con ellos, tal vez, por asumir nuestras culpas. Y, aunque el parangón entre la sociedad y el individuo tenga, sin duda, sus límites, podríamos decir que historiadores y juristas, recuerdan a la sociedad, como el psicólogo recuerda al individuo, que tras un pasado de crímenes en masa el olvido no es una opción. No lo es, desde luego, para el historiador que con su trabajo rompe el silencio, nos ofrece un relato en el que no cabe ocultar lo incomodo, lo terrible, lo doloroso. Gracias a los historiadores, dice Julián Casanova en su último libro, contamos con esa variedad caleidoscópica de voces y lecturas que nos ofrecen el cuadro preciso de la violencia indómita del siglo XX europeo<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> J. Casanova, *Una violencia indómita. El siglo XX europeo*, Crítica, Barcelona 2021.

El olvido tampoco es una opción para el jurista impelido por la mirada retrospectiva que se impone en el proceso y por tantas normativas estatales y sobre todo internacionales que en nuestros días recogen ampliamente los principios de eso que se ha denominado justicia transicional: el derecho a la justicia, (la investigación, persecución y sanción de los perpetradores), el derecho a la reparación de las víctimas y el derecho a la verdad con su reverso el deber de memoria.

En este último sentido desde ya hace muchas décadas asistimos al auge de los movimientos memorialistas en estrecho vínculo con los desarrollos de la justicia de transición. La inmensidad de los crímenes cometidos en la primera mitad del siglo XX, generó inmediatamente el problema de cómo debían ser recordados, de qué lugar debían ocupar en el imaginario colectivo de las sociedades, que los habían provocado, sufrido o vergonzosamente tolerado, si su memoria era algo que pudiera y debiera ser impulsado por el Estado o por el contrario debiera ser disuadido. Mientras que en los años de la postguerra mundial se impuso el silencio, ni siquiera sobre el Holocausto se desarrolló una reflexión profunda, a partir de los años noventa la lectura renovada de autores como Adorno o Walter Benjamin convirtió la rememoración colectiva en el mejor instrumento para evitar lo peor, en una forma de educación para el futuro. La consideración de que la recuperación del pasado traumático propicia la autocrítica social, impide a la sociedad repetir los mismos errores se extenderá por los espacios geográficos más diversos haciendo del memorialismo un proceso global que debe ser estudiado como tal. Si la recuperación de la memoria se extiende en el espacio también lo hace en el tiempo. Sin un marco temporal claramente delimitado las reivindicaciones memorialistas se alargan hacia pasados cada vez más lejanos. De los crímenes del siglo XX a la crueldad de los procesos coloniales del siglo XIX o a la violencia que acompañó a lo que los europeos llamarón el descubrimiento del nuevo mundo. En tiempos de luchas por el reconocimiento el olvido carece totalmente de legitimidad y sin embargo el proyecto de rememorar no deja de ser polémico, cargado de paradojas, de dificultades prácticas, plagado de detractores. La discusión en torno a la memoria no ha hecho más que crecer en las

últimos tiempos y juristas e historiadores se han encontrado a menudo en el centro del debate.

En este sentido, más allá de la estrecha y tradicional relación que la historia y el derecho mantienen con la memoria, a menudo de tránsito, de lo recordado al escenario de un proceso, a las palabras de una sentencia o a las páginas de un libro de historia, en nuestros días se interpela a juristas e historiadores para que intervengan activamente en la reconstrucción de una memoria colectiva que haga justicia a las víctimas, a los grupos discriminados. La respuesta de historiadores y juristas no es siempre comprensiva a menudo se parte de una indisimulada sospecha o incluso de un cierto menosprecio, el de quien construye su saber, historiador o jurista, desde el rigor científico<sup>2</sup> frente a quien nos habla desde el sentimiento, desde la experiencia en bruto. La mirada del jurista y del historiador refleja escepticismo ante las posibilidades de franquear el paso de lo individual a lo colectivo y temor frente a las posibles manipulaciones del propio trabajo. Cabe que nos preguntemos si existe la memoria colectiva más allá de la historia o si la aspiración a la verdad puede constituir un derecho y la rememoración un deber, si es posible, en definitiva, conciliar historia, memoria y derecho.

## 2. La historia al servicio de la memoria

El imperativo del recuerdo preside la historiografía contemporánea que señala al siglo XX como el más sangriento de la historia. A la génesis de esa violencia, a su desarrollo y consecuencias vuelven una y otra vez los historiadores<sup>3</sup>. Una constante producción bibliográfica se dirige desde hace mu-

---

<sup>2</sup> S. Juliá, *Memoria histórica como ideología política*, en Id. *Elogio de Historia en tiempo de Memoria*, Marcial Pons Historia, Madrid 2011, pp. 179-203.

<sup>3</sup> Parece todavía cierto aquello que dijera Habermas en los años ochenta al sostener que en Europa la historia contemporánea se mantiene fijada en el período que va de 1933 a 1945. (J. Habermas, *Vom öffentlichem Gebrauch der Historie*, «Die Zeit», 7(XI) (1986); *Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania*, en «Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo», 24

chas décadas a dar precisa cuenta de lo ocurrido, pero también a responder a la pregunta sobre cómo debe ser narrado o cómo debe ser recordado.

La historiografía del siglo XX aparece atravesada por debates y muchos de ellos tienen que ver con la tensa relación entre memoria e historia. Muy conocida es la polémica en torno a la imposibilidad de representar el Holocausto<sup>4</sup> y por tanto sobre los límites de la historia para dar cuenta de eso que los filósofos denominaron el mal absoluto; o la disputa de los historiadores alemanes (*Historikerstreit*) sobre la comprensión del pasado nazi<sup>5</sup>, es decir, sobre el compromiso de los historiadores con los valores democráticos y su capacidad para transmitir a los alemanes el peso de su responsabilidad colectiva. También es de destacar el impacto que en Francia, y en otros países, tuvo la obra de Pierre Nora *Les lieux de mémoire*<sup>6</sup> que apelaba a la necesidad de una nueva forma de hacer historia bajo la imperativo de la memoria.

Pero ¿qué añade al proyecto historiográfico el discurso de la memoria?, ¿qué supone para el historiador comprometerse con los valores democráticos?, ¿en qué se diferencia la historia de la memoria o a qué no referimos cuando acompañamos el sustantivo memoria con adjetivos, como colectiva, histórica o democrática? Responder a esas pregun-

(2007), p. 77). O tal vez en Italia deberíamos ampliar esa franja temporal al periodo que va desde 1922 a 1945 y en España al comprendido entre 1933 a 1939 y a las consecuencias de esos años que se extiende desde los tiempos más oscuros del franquismo hasta la transición política.

<sup>4</sup> Cuando en 1985 Claude Lanzmann estrenó el documental *Shoah* no sólo ofrecía un documento difícilmente clasificable sobre lo ocurrido en los campos de concentración y de exterminio, sino que abría el debate sobre los modos y posibilidades de representación del horror en el que ha participado filósofos, teóricos del cine, historiadores del arte y directores cine.

<sup>5</sup> La disputa tuvo como protagonistas al historiador Ernst Nolte y al filósofo Jürgen Habermas en los años ochenta, aunque se reabrió cuando a inicios del siglo XXI Nolte recibió un premio literario. (J. Habermas, *Vom öffentlichen gebraucht der Historie*, «Die Zeit», 7(XI) (1986), cit.).

<sup>6</sup> P. Nora (Ed.), *Les lieux de mémoire*; I voll.: *La République*; II voll.: *La Nation*, (3 tomos); III voll.: *Les France* (3 tomos), Gallimard, Paris 1984-1992.

tas precisa un ejercicio previo clarificación conceptual. Un conocido artículo de filósofo Paul Ricoeur<sup>7</sup> nos puede servir en esa empresa. El filósofo francés, apoyándose en Aristóteles, establece lo que podría ser una fenomenología de la memoria<sup>8</sup>. En esta debemos distinguir, de un lado, el recuerdo de lo vivido (*mnéme*) que de alguna manera puede aparecer en nuestra mente al evocarlo espontáneamente y, de otro lado, la reminiscencia (*anámnesis*), es decir, el esfuerzo o el trabajo por traer a la memoria algo que permanecía en ella, pero que no brota fácilmente. A la fenomenología de la memoria también pertenece el reconocimiento, la experiencia *prínceps*, el instante en que el esfuerzo de traer a la memoria, de rememorar tiene su éxito.

Así desde el inicio, el acto de recordar se nos presenta en toda su complejidad, sujeto a múltiples limitaciones, las propias de la mente humana. Nuestros recuerdos son limitados, a menudo confusos, cambiantes en el tiempo. Nuestra mente nos puede traicionar, y no solo eso, nuestros recuerdos pueden confundirse con nuestro deseos permeados como están por nuestros sentimientos, deformados por nuestros miedos. Con los recuerdos y sus limitaciones deberá vérselas el historiador, la dimensión documental de su trabajo se alimenta, entre otras cosas, de ellos, de testimonios individuales, de relatos experienciales, del rescate de fragmentos de vida escondidos que el historiador de alguna manera probará a desvelar y a interpretar. La memoria individual es alimento para la historia y la historia transita a menudo desde la memoria. No obstante, en el debate sobre la memoria y la historia, o en la reivindicaciones memoriales frente a la historia, la memoria se conjuga siempre en plural, como experiencia colectiva, como reminiscencia colectiva, incluso como construcción de una memoria para una comunidad que no la tiene, y no la podría tener si no fuera inducida a ello, también como representaciones colectivas de nuestro pasado.

---

<sup>7</sup> P. Ricoeur, *L'écriture de l'histoire et la représentation du passé*, en «Annales. Histoire, Sciences Sociales», 4 (2000), pp. 731-747.

<sup>8</sup> Ivi, p. 733.

Pero ¿podemos hablar con propiedad de una memoria colectiva y del historiador como quien da cuenta de esa memoria?, ¿es posible el tránsito de lo individual a lo colectivo? O más aún, ¿es posible orientar a las sociedades en sus recuerdos haciendo efectivo ese supuesto deber de memoria?

Para Jon Elster el término memoria, usado con rigor, no puede significar más que «los recuerdos conscientes a nivel individual de acontecimientos anteriores, que el individuo bien presencié directamente como observador o bien supo cuándo sucedieron y estuvo cerca de donde ocurrieron»<sup>9</sup>. Pero si tomamos este estrecho concepto de memoria íntimamente ligado a la emoción personal e intransferible, ¿cómo explicar, por ejemplo, el sentimiento de vergüenza que muchos alemanes dicen tener en relación a los crímenes cometidos por sus antepasados?

Sin duda, sentimientos como la vergüenza y el orgullo por lo no vivido querrán decir cosas bien distintas de la vergüenza o el orgullo que podamos sentir por algo en lo que nosotros mismos hemos participado<sup>10</sup>. En el primer caso nos encontraremos en el ámbito de la responsabilidad colectiva, en el segundo en el de la responsabilidad individual o de la culpa. Dos espacios diferentes, pero igualmente relevantes y hasta cierto punto complementarios. Si la rememoración fuese solo un proceso individual no podríamos ser mas que espectadores de lo que otros vivieron y, sin embargo, ante la violencia extraordinaria que sacude a una sociedad en su totalidad es la sociedad entera la que debe ser llamada a

---

<sup>9</sup> J. Elster, *Memory and Transitional Justice*, documento para el taller «Memory and War», MIT, enero 2003, p. 11.

<sup>10</sup> No es fácil separar el ámbito de lo individual del ámbito de lo colectivo. Para David Rieff no hay duda, «simplemente no se puede conjugar el verbo recordar en plural a menos que nos refiramos a los que presenciaron lo recordado, pues recordamos en cuanto individuos, no como colectividades...» (D. Rieff, *Contra la memoria*, tr. esp. de A. Major, Debate, Barcelona 2012, p. 60). Y sin embargo, Avishai Margalit sugiere la posibilidad de articular deliberadamente un «recuerdo compartido», que tendría que ser el producto de una división mnemotécnica del trabajo. La memoria no sería tanto una obligación personal como un deber de todos (vid. A. Margalit, *Ética del recuerdo*, Herder, Barcelona 2002, pp. 43-46).

rendir cuentas<sup>11</sup>. La responsabilidad por lo actuado y el derecho a la reparación del daño sufrido no se puede alcanzar si en la comunidad donde esa orgía de violencia colectiva fue posible no emprende un esfuerzo de reflexión, de autointerpretación y autocomprensión ético-política.

No podemos negar así que además de los recuerdos de acontecimientos vividos colectivamente también compartimos representaciones colectivas de algunos hechos que nunca vivimos, pero que forman parte del relato de nuestro continuo devenir como comunidad. Al igual que el recuerdo individual, y por encima de las evidentes diferencias, podríamos afirmar que el recuerdo colectivo es memoria entendida como «la presencia de algo del pasado en la mente o por la búsqueda de dicha presencia»<sup>12</sup>.

En los años setenta del siglo pasado fue el sociólogo Maurice Halbwachs quien introdujo justamente la idea de memoria colectiva en buena medida como una reivindicación de la sociología sobre la historia<sup>13</sup>. La expresión tendría repercusión en la obra del historiador francés Pierre Nora, primero en seminarios y publicaciones y mas tarde en la conocida obra *Les Lieux de la mémoire* (1984-1992). A partir de ahí su uso se extendió.

Para Nora los historiadores deben dar cuenta justamente de lo que podría denominarse la historia simbólica de una comunidad, es decir,

---

<sup>11</sup> En palabras de J. Habermas: «También los nacidos después de esos hechos han crecido en una forma de vida en la que aquello fue posible [...]. Nuestra forma de vida está vinculada con la forma de vida de nuestros padres y abuelos a través de una trama casi inextricable de transmisiones familiares, locales, políticas y también intelectuales, es decir, a través de un medio histórico que es el que nos ha hecho ser lo que somos y quienes somos» (J. Habermas, *Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania*, en «Pasajes. Revista de pensamiento contemporáneo», 24 (2007), p. 79).

<sup>12</sup> P. Ricœur, *L'écriture de l'histoire et la représentation du passé*, cit., p. 734.

<sup>13</sup> M. Halbwachs, *Les cadres sociaux de la mémoire* (1925), Albin Michel, Paris 1994; tr. esp. de M.A. Baeza y M. Mujica, *Los marcos sociales de la memoria*, Anthropos, Barcelona 2004. Para Halbwachs «el individuo recuerda cuando asume el punto de vista del grupo y la memoria del grupo se manifiesta y se realiza en las memorias individuales» (ivi, p. 11).

las representaciones del pasado que se construyen a través del tiempo y en relación a lugares conformado una secuencia de momentos simbólicos. Dicho en otras palabras, existe también un historia de la memoria colectiva, de las representaciones sobre nuestro pasado, condensadas en lugares símbolo. Estos lugares los debemos entender no solo como monumentos o acontecimientos memorables, objetos puramente materiales, físicos, palpables y visibles, sino también como objetos inmateriales. El «lugar de la memoria» es una noción, pues, abstracta, puramente simbólica, destinada a desentrañar la dimensión rememoradora de los objetos.

El punto de partida de Nora es enfrentar la crisis de la historia nacional de Francia, y «contribuir a instituir una historia de tipo simbólico, que respondiera, más que la historia clásica, a las necesidades científicas y cívicas de nuestro tiempo, y tomando como ejemplo el francés, especialmente bien adaptado, proponer otro tratamiento de la historia nacional, que fuera eventualmente utilizable en otros contextos nacionales»<sup>14</sup>. A la pregunta sobre cuáles debemos entender son las «necesidades científicas y cívicas de nuestro tiempo» Nora dirá que se trata de aquellas vinculadas a los cambios que empezaron a producirse a partir de los años sesenta del siglo XX cuando muchos grupos cuestionaron los relatos históricos «oficiales» y cuando en su proceso de emancipación reivindicaron su propias memorias: memorias femeninas, religiosas, campesinas, judías, gays, de los pueblos coloniales<sup>15</sup>. Las reclamaciones de estos grupos dirigidas a desvelar su lugar en el pasado constituyen un reto para el historiador, una llamada a introducir en los relatos históricos el pasado de enteros grupos que nunca antes habían sido tenidos en cuenta, cuyas vidas se habían considerado irrelevantes en el sucederse de los acontecimientos más determinantes para una sociedad.

---

<sup>14</sup> P. Nora, *La aventura de Les Lieux de mémoire*, en «Ayer», 32 (1998), p. 9.

<sup>15</sup> P. Nora, *El historiador es un árbitro de las diferentes memorias*, entrevista de E. Erlj en «Letras Libres», 197 (2018), p. 20.

Frente a esas nuevas exigencias y frente a la decadencia del rol de historiador como aquel que contribuye a la formación de un único gran relato nacional, Nora propone:

Una historia que se interesa menos por los determinantes que por sus efectos; menos por las acciones memorizadas e incluso conmemoradas que por el rastro de estas acciones y por el juego de estas conmemoraciones; que se interesa menos por los acontecimientos en sí mismos que por su construcción en el tiempo, por su desaparición y por el resurgir de sus significaciones; menos por el pasado tal como ha acontecido que por su reutilización, sus malos usos, su impronta sobre los sucesivos presentes; menos por la tradición que por la manera en la que ha sido formulada y transmitida. En síntesis, – dirá – una historia que no es ni resurrección, ni reconstitución, ni reconstrucción, ni incluso representación, sino rememoración en el sentido más fuerte de la palabra. Una historia que no se interesa por la memoria como recuerdo, sino como economía general del pasado en el presente<sup>16</sup>.

De lo cronológico pasamos a lo simbólico, a un conocimiento que nos lleva inmediatamente al presente porque «hoy en día el trabajo de un historiador ya no es llevar el pasado al futuro, sino trabajar en el presente»<sup>17</sup>.

De esta transformación en los intereses del historiador dos aspectos llaman la atención. De un lado, comprobamos como inevitablemente gana peso, como objeto de estudio, lo contemporáneo. Tal vez, no pueda ser de otro modo teniendo en cuenta la densidad de acontecimientos que sacudieron el siglo XX y las primeras dos décadas del XXI y las enormes transformaciones que ha sufrido el mundo y las formas de vida, es ese período. De otro lado, parece inevitable observar como los efectos del «presentismo» que caracteriza nuestro mundo impactan también sobre el trabajo del historiador. Vivimos en un mundo en el que hemos visto desmoronarse las grandes utopías. Los hombres no se proyectan hacia un futuro mejor sostenido por la idea de progreso, sino

---

<sup>16</sup> P. Nora, *La aventura de Les Lieux de mémoire*, cit., pp. 25-26.

<sup>17</sup> P. Nora, *El historiador es un árbitro de las diferentes memorias*, cit., p. 21.

que el futuro se nos muestra cerrado, negándonos cualquier esperanza de mejora. Proliferan las distopías en tantas manifestaciones culturales, pero también en nuestro sentir individual. Si el futuro nos es negado, «el pasado no acaba de pasar». Las condiciones de vida de muchos grupos hoy tienen que ver con las injusticias sufridas en tiempos pretéritos y sus reivindicaciones van dirigidas a exigir que sus propias memorias sean reconocidas, encuentren un lugar en la historia de la comunidad o mejor en la memoria colectiva, es decir, tengan un impacto sobre el presente. La tarea del historiador, objeto de las reivindicaciones grupales, gana en complejidad y en capacidad de levantar polémicas. Trabajando sobre el tiempo contemporáneo habrá muchos testigos de los hechos relatados prontos a rebatirlos o a refirmarlos. La figura del historiador se percibe ahora como un agente privilegiado en la identificación de la génesis de las desigualdades sociales de nuestros días.

La apelación a la memoria, pues, mira a la transformación del presente y se conjuga principalmente en plural envuelta siempre en paños reivindicativos. Podríamos imaginar un camino que nos llevara de la memoria individual, a la colectiva, a la histórica, a la democrática, a la memoria crítica a medida que avanzamos de una a la otra nos alejamos del sujeto que en primera persona tiene el recuerdo (el testimonio) y los indicios<sup>18</sup> adquieren mayor relevancia hasta convertirse en el único material sobre el que se reconstruye el recuerdo, o, atendiendo a Halbwachs, se construye. La memoria colectiva designa acontecimientos que, a fin de cuentas, no han sido recuerdo de nadie pero que pueden contribuir a construir una memoria<sup>19</sup>. El calificativo de histórica, democrática o crítica buscará elevar el estatus de la memoria colectiva. El adjetivo «histórica» indicaría que al final la historia de una comunidad

---

<sup>18</sup> «Así» – dirá Ricœur – «se instaura lo que Carlo Ginzburg llama el “paradigma indiciario”, común a todas las disciplinas de conocimiento indirecto y conjetural, de la medicina y la psiquiatría a la novela policial» (P. Ricœur, *L'écriture de l'histoire et la représentation du passé*, cit., p. 738). También la historia y el derecho, el proceso judicial, participarían de ese paradigma.

<sup>19</sup> Ivi, p. 738.

no sería más que una memoria que ha superado el filtro de la historia, o que de alguna manera, ha obtenido el sello de la autenticidad que el historiador puede dar<sup>20</sup>, también una historia que se muestra sensible a las reivindicaciones grupales. Mientras que el adjetivo «democrática» nos mostraría que se trata de una memoria ordenada a los fines de la justificación y de la defensa de los valores democráticos. El sustantivo memoria combinado con el adjetivo «crítica», por su parte, evocará la capacidad de transformar los posibles relatos oficiales impuestos desde arriba en un diálogo interactivo, en un proceso de toma conciencia<sup>21</sup>. Y ciertamente aquí, con todas estas matizaciones, se abre un amplio espacio para la polémica, ante la posibilidad de una memoria manipulada o constreñida, de una historia desvirtuada al servicio de las reivindicaciones de los distintos grupos. El mismo Nora, quien reivindicase una nueva orientación para la historiografía en nombre de la memoria, se muestra alerta frente a las derivas de las reivindicaciones memoriales y frente a la traducción de sus aspiraciones en normas jurídicas dirigidas a perseguir desviaciones revisionistas o negacionistas. Ante estos peligros el historiador, «arbitro entre las distintas memorias»<sup>22</sup>, afirma la independencia de su oficio. La historia debería volver a las manos de los historiadores.

En el años 2005 en el marco de lo que en Francia se llamaron las «guerras de la memoria» Nora liderará el manifiesto *Liberté pour l'histoire!* en el que se contenía una rígida distinción entre el ámbito de la memoria, del derecho y de la historia, expresada de esta manera:

*L'histoire n'est pas une religion. L'historien n'accepte aucun dogme, [...]. L'histoire n'est pas la morale. L'historien n'a pas pour rôle d'exalter ou de condamner, il explique. L'histoire n'est pas l'esclave de l'actualité. L'historien ne plaque pas sur le passé des schémas idéologiques contemporains et n'introduit pas dans*

---

<sup>20</sup> F. Hartog, *Régimes d'historicité. Présentisme et expériences du temps*, Le Seuil, Paris 2003.

<sup>21</sup> R. Robin, *La mémoire saturée*, ed. Stock, Paris 2003, pp. 16-17.

<sup>22</sup> P. Nora, *El historiador es un árbitro de las diferentes memorias*, cit., p. 21.

*les événements d'autrefois la sensibilité d'aujourd'hui. L'histoire n'est pas la mémoire. L'historien, dans une démarche scientifique, recueille les souvenirs des hommes, les compare entre eux, les confronte aux documents, aux objets, aux traces, et établit les faits. L'histoire tient compte de la mémoire, elle ne s'y réduit pas. L'histoire n'est pas un objet juridique. Dans un Etat libre, il n'appartient ni au Parlement ni à l'autorité judiciaire de définir la vérité historique. La politique de l'Etat, même animée des meilleures intentions, n'est pas la politique de l'histoire*<sup>23</sup>.

Las palabras del manifiesto, tan solemne en sus términos, ilustran el temor a la pérdida de libertad de los historiadores, algún ejemplo de historiador denunciado ante los tribunales por sus interpretación de la historia abundaría en ese sentido<sup>24</sup>. Y no obstante, mas allá de episodios concretos del todo excepcionales, resulta extraño imaginar que la constante producción historiográfica se haya visto seriamente perturbada en democracias contemporáneas como la francesa por las presiones de los movimientos memorialistas. Ciertamente la manipulación de la historia puede ser real, como nos recuerda Todorov, los regímenes totalitarios fueron fundados justamente sobre el control de la información, con una clara intención de reescribir la historia y de borrar el recuerdo de la existencia de grupos enteros de población<sup>25</sup>. Es en este sentido que la rememoración constituye prima facie, un acto de oposición al poder. Aquí, sin duda, radica buena parte de su prestigio. Pero no solo ahí,

---

<sup>23</sup> *Liberté pour l'histoire!*, en «Libération», 13 de diciembre 2005. Además de Pierre Nora fueron firmantes Jean-Pierre Azéma, Elisabeth Badinter, Jean-Jacques Becker, Françoise Chandernagor, Alain Decaux, Marc Ferro, Jacques Julliard, Jean Leclant, Pierre Milza, Mona Ozouf, Jean-Claude Perrot, Antoine Prost, René Rémond, Maurice Vaisse, Jean-Pierre Vernant, Paul Veyne, Pierre Vidal-Naquet e Michel Winock.

<sup>24</sup> En septiembre del 2005 la asociación *Collectif des Antillais, Guyanais, Réunionnais et Mahorais*, denunció al historiador francés Olivier Pétré-Grenouilleau, acusándolo del delito de negación por haber sostenido que la trata de esclavos mas que un genocidio fue un crimen contra la humanidad. La denuncia fue el detonante del manifiesto *Liberté pour l'histoire!*

<sup>25</sup> T. Todorov, *Les abus de la mémoire*, Arléa, Paris 2015.

fuera del contexto del totalitarismo deberíamos tener en cuenta que en nuestros días la sociedad consume información con la misma rapidez con la que la olvida. Y que el consumismo y la instantaneidad convierten en banal e indistinto las noticias sobre los crímenes más abyectos.

En este sentido las reivindicaciones memorialista debería leerse por los historiadores no como una amenaza, no como una llamada a que abandonen su rigor metodológico, sino como una muestra de su relevancia social o de su rol en la conformación de sociedades humanas conscientes y libres. En sentido contrario muchos debates en torno a la interpretaciones históricas del pasado no deberían, parafraseando a Habermas, ser interpretados como «controversias epistemológicas» por que el tema que nos ocupa no es la neutralidad axiológica, sino «el uso público de la historia»<sup>26</sup>.

Con estas premisas parecería razonable esperar que la historia sirva para despertar la conciencia crítica, para asumir responsabilidades, para reconocer a las víctimas de los abusos pasados o para impulsar políticas públicas dirigidas a que los crímenes mas terribles no vuelvan a repetirse. ¿No serían estas las consecuencia deseable de un trabajo histórico realizado con rigor?

### 3. Historia, memoria y derecho

Las reivindicaciones memorialistas no solo inciden sobre el trabajo del historiador. La reconstrucción de la memoria colectiva requiere de otras disciplinas y de muchos otros actores, destacadamente se apoya en el derecho y en el compromiso del jurista. Si lo que se pretende es no solo una mejor representación de lo acontecido, (qué ocurrió realmente), sino sobre todo reconocer la presencia del pasado en el ahora (qué huella dejó lo ocurrido) y modificar sus injustas consecuencias, el derecho y el jurista resultan especialmente valiosos para proyectar o disuadir

---

<sup>26</sup> J. Habermas, *Del uso público de la historia. La quiebra de la visión oficial de la República Federal de Alemania*, cit., p. 82.

ambas transformaciones. En este sentido, para los grupos memorialistas el derecho es objeto de crítica, por su inmovilismo, por la rigidez de sus instituciones, conceptos y categorías y, a la vez, es instrumento de la memoria por su capacidad para impulsar cambios sociales. Muchos de los objetivos de la justicia transicional se expresan así, en normas jurídicas y se impulsan, a través de la dimensión sancionadora y represiva del derecho o de su dimensión promocional. Como el historiador, también el jurista se ve interpelado por las reivindicaciones memorialistas que apelan a su responsabilidad social. De un lado, se le exigirá que haga posible el procesamiento a los perpetradores de los crímenes haciendo del proceso el escenario privilegiado para la construcción de la memoria. De otro lado, con el derecho se querrá fijar la realidad indudable de los crímenes pasados y sancionar el negacionismo o el revisionismo histórico. Veámoslo.

### **3.1. Procesar a los perpetradores, reconocer a las víctimas, alentar la memoria**

Si la violencia extraordinaria, los abusos masivos que tuvieron lugar en el pasado, fueron expresión de arbitrariedad, de ‘no derecho’, enfrentarlos pasa por juzgarlos, por afirmar que no se trató de política ejercida con otros medios, sino que fueron crímenes y como tales deben ser investigados, perseguidos y sancionados. Este es el significado del derecho a la verdad jurídica en el marco de un Estado de derecho: la obligación dirigida a lo poderes públicos de «constatar todas las circunstancias en las que se ha verificado cada concreto hecho delictivo, determinando no sólo las víctimas y las modalidades de su asesinato, de su desaparición forzada o de las torturas que sufrieron, sino, además, y sobre todo la identidad de los sujetos directa e indirectamente responsables de estos acontecimientos»<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> M. Taruffo, *Proceso y verdad en la transición*, tr. esp. de J.M. García Moreno, en «Jueces para la democracia. Homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez», 90 (2017), p. 97.

Parece obvio pues que tras masivas violaciones de derechos humanos, tras la quiebra de las reglas más básicas de un Estado de derecho se recomponga la esfera jurídica y la justicia penal juegue un rol importante. Las reivindicaciones memorialistas se envuelven de este modo con la bandera de la lucha contra la impunidad vinculando, de alguna manera, la defensa y protección de los derechos humanos a los procesos penales. La presencia del pasado en el presente, «el pasado que no pasa» se expresa en términos jurídicos en la declaración de imprescriptibilidad de los grandes crímenes. Para estos, como es sabido, no rige la regla que limita la persecución general de los delitos en un espacio temporal concreto. En relación a los crímenes de genocidio o de lesa humanidad la edad actual del perpetrador o el tiempo que haya transcurrido desde el momento en que cometió la acción no serán obstáculo para el proceso. Lo acontecido está todavía en el ahora, en el dolor de las víctimas, en la culpabilidad de los perpetradores, tal vez también en la terrible indiferencia de amplias capas de la población.

El proceso, en el marco de la justicia transicional, sirve para identificar las responsabilidades individuales e idealmente para desvelar la responsabilidad colectiva, una oportunidad para mostrar que más allá de los perpetradores considerados individualmente los crímenes de masa exigen una cierta complicidad social, un clima político particular, precisan de actores, pero también de ciudadanos que simplemente miran hacia otro lado, toleran o consienten<sup>28</sup>. En este sentido, se suele afirmar que para los fines de la justicia transicional o, si se quiere, para la reconstrucción de la memoria colectiva, es más importante el proceso que la sanción.

La intervención penal frente a los grandes crímenes no deja de ser una consecuencia obvia en el marco del Estado de derecho y, sin embar-

---

<sup>28</sup> Sobre la importancia para el trabajo de la memoria de poner el acento en el proceso que transforma a un ciudadano «normal» en un agente del mal Vid., G. Schwarz, *Les Amnésiques*, Paris Flammarion, 2017. Hay versión en esp. *Los amnésicos. Historia de una familia europea*, tr. esp. de N. Viver Barri, Epílogo de J. Álvarez Junco, Tusquets, 2019.

go, algunos juristas<sup>29</sup> y no pocos actores políticos expresan de manera reiterada su escepticismo sobre su adecuación en contextos de transición. El alto número de víctimas, de perpetradores, la extendida implicación social haría poco factible que se llevase a cabo procedimientos judiciales respetuosos con los principios del derecho penal. La imprescriptibilidad, la aplicación retroactiva de la ley penal, junto a los peligros de manipulación del proceso a los fines de la reconstrucción de la memoria colectiva serían ejemplos de la tensión que ponen las demandas de los grupos de víctimas sobre las estructuras jurídicas. Hay quien ha llegado a acusar, en este sentido, a los movimientos memorialistas de violentar el derecho o de apuntarse al llamado populismo punitivo característico hoy de una forma de hacer política<sup>30</sup>. Si el objetivo es la paz social a veces esta requeriría, antes que sanciones, pragmatismo, olvido y sobre todo un escrupuloso respeto de las normas.

Antes los miedos del jurista que, como el historiador, cree ver peligrar la neutralidad de su oficio, tal vez lo primero que cabría recordar es que, a pesar de los desarrollos de la justicia transicional en las últimas décadas, la regla general es la escasa y deficiente persecución penal de los grandes crímenes. En este marco, la acusación dirigida a los movimientos memorialistas de abrazarse al populismo punitivo parece como mínimo exagerada, sobre todo si tenemos en cuenta que lo que se demanda no es el aumento del área de relevancia penal, sino la atención a lo que debería ser su núcleo, lo más básico, la extraordinaria violencia. Es decir la reprobación penal de aquello que consideramos lo más grave, o de aquello que daña los bienes jurídicos que no son más valiosos y además lo hace de manera masiva. Sorprendentemente, si la intervención penal no ha necesitado justificarse cada vez que afrontamos un delito ordinario, por ejemplo, un robo o un homicidio, sí, se ha

---

<sup>29</sup> Sirva como ejemplo, D. Zolo, *La giustizia dei vincitori. Da Norimberga a Baghdad*, Editori Laterza, Roma-Bari 2006.

<sup>30</sup> D.R. Pastor, *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, «Nueva doctrina penal», 1 (2016), pp. 73-114.

debido hacer cuando se ha tratado de enfrentar lo extraordinario: las persecuciones masivas, las limpiezas étnicas, los genocidios...<sup>31</sup>.

Diferentes serían las consideraciones que podrían hacerse sobre el peligro de instrumentalización del proceso en beneficio de la reconstrucción de la memoria histórica. Aquí, creo, resulta necesario advertir de manera inmediata lo que es obvio: que la verdad judicial no es la verdad histórica. A pesar de los vínculos entre el quehacer de jueces e historiados las exigencias de los respectivos métodos son diferentes. Como sostiene Carlo Ginzburg «las tareas del historiador y el juez implican la habilidad de demostrar, de acuerdo con reglas específicas, que *x* hizo *y*, en donde *x* puede designar al actor principal, [...], e *y* designa cualquier tipo de acción. Pero en ocasiones, los casos que un juez descartaría por ser jurídicamente inexistentes, se vuelven provechosos a los ojos de un historiador»<sup>32</sup>. Es preciso aceptar pues que lo que obtenemos a través del proceso es un tipo de verdad particular, esa que se denomina verdad procesal, resultado de procedimientos formalizados, de tasados medios de prueba y limitada al momento en que se alcance la sentencia definitiva.

Ningún juez puede ir mas allá de las pruebas legalmente obtenidas, de las reglas procesales y el mismo proceso no puede ser una causa general, no puede fijar la historia tampoco la memoria colectiva, aunque pueda contribuir a ambos objetivos, ofreciendo fragmentos de verdad, obtenidos a través de un método sofisticado, pequeñas piezas en el puzzle de la memoria, en la costosa empresa de rememoración del pasado.

Dicho de otra manera, del proceso se espera que no solo sirva para castigar a los culpables, que no solo determine reparaciones, sino que vaya mas allá, que sea el escenario donde las víctimas expresan su dolor, donde se escenifica la reprobación por lo ocurrido y se hace pedagogía

---

<sup>31</sup> Sobre la justificación de la sanción penal en el ámbito de la justicia transicional me permito citar: C. García Pascual, *La Justicia transicional y el dilema de la sanción. Proceso penal y responsabilidad colectiva*, en «Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho», 35 (2017), pp. 45-63.

<sup>32</sup> C. Ginzburg, *Checking the Evidence: The Judge and the Historian*, en «Critical Inquiry», 18 (1991), 1, p. 83.

social. A menudo estos objetivos extrajudiciales quedan defraudados. Si no podemos acusar de punitivista al que cree que los autores de crímenes de genocidio deben de ser investigados, juzgados y sancionados, si que deberemos reconocer que peca de ingenuo quien atribuye al proceso judicial un efecto catártico inmediato en una sociedad altamente envenenada por el uso de la violencia. A este respecto cabe recordar que los procesos de Núremberg fueron vistos con muchísimo rechazo por la sociedad alemana en el momento<sup>33</sup>, que se necesitaron décadas para que el trabajo de la memoria cambiara la percepción que los alemanes tenían sobre su responsabilidad como sociedad en los crímenes del nazismo<sup>34</sup>. Tampoco el juicio a Slobodan Milošević transformó sustancialmente la opinión que de él tenía la población serbia<sup>35</sup>.

De modo que si existe el derecho a la verdad y el deber de memoria, como sostienen tantos documentos de justicia transicional, habrá que afirmar que para el primero, para el derecho a la verdad, el proceso penal puede ser útil, incluso imprescindible, sin que, en ningún caso, pueda agotar la sed de verdad que expresan los movimientos memorialistas. Respecto al segundo, el deber de memoria, deberemos aceptar que la memoria no es algo que pueda imponerse de manera autoritaria y mucho menos a través de un proceso judicial<sup>36</sup>. La posibilidad de que lo verificado en el proceso despierte la conciencia social, anime la auto-crítica necesitará tiempo y un marco de interpretación que no deriva de manera inmediata de la sanción jurídica.

---

<sup>33</sup> F. Muñoz Conde y M. Muñoz Aunión, *¿Vencedores o vencidos? Comentarios jurídicos y cinematográficos a la película de Stanley Kramer «El juicio de Nuremberg»*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

<sup>34</sup> G. Schwarz, *Les Amnésiques*, Flammarion, Paris 2017, cit., donde la autora hace un recorrido por los tiempos de esa transformación.

<sup>35</sup> Vid. M. Koskenniemi, *La politique du droit International*, tr. fr. de H. Cadet, S. Cassella, G. Hourriez y A. Martineau, Éditions A. Pedone, Paris 2007, p. 257. (Hay versión española M. Koskenniemi, *La política del derecho internacional*, introducción C. García Pascual, tr. esp. de J.A. García Sáez y A. Lastra, Trotta, Madrid 2020).

<sup>36</sup> Ivi, p. 261.

La circunscrita verdad que se concreta a través del proceso fundamenta la memoria colectiva y resulta un elemento básico e inexcusable si pretendemos construir o consolidar un Estado de derecho. Estaríamos ante un concepto de verdad aprehensible y modesto en cuanto circunscrito a límites materiales y formales. Y no obstante, pretender esa verdad del derecho, limitada y modesta, es una empresa extremadamente exigente porque demanda un elevado compromiso político y unas estructuras de administración de justicia sólidas y eficaces.

Y desde luego podría ocurrir, como de hecho ha ocurrido en tantas sociedades, que entre verdad, en el sentido jurídico, y paz social exista una tensión irresoluble, pero la renuncia a ese objetivo de verdad primario, el que se obtiene a través de los procesamientos, no podrá mostrar más que estamos ante una democracia o un Estado de derecho imperfecto o con serias deficiencias en sus estructuras más básicas. Michelle Taruffo pone el ejemplo del fin de los sistemas totalitarios en Italia o España, donde la transición se realizó sin que se haya producido una averiguación a través del derecho de la verdad de los crímenes cometidos. Cabría preguntarse, siguiendo al jurista italiano, «si se puede hablar realmente de democracia en referencia a un sistema político que evita sistemáticamente investigar la verdad sobre sus precedentes históricos inmediatos, aunque sean evidentes la cantidad y la calidad de los crímenes cometidos»<sup>37</sup>.

### **3.2. Revisionismo, negacionismo y trabajo de la memoria**

Tras acontecimientos de violencia extraordinaria no son extrañas las lecturas revisionistas que proponen una falsa representación de lo ocurrido, o simplemente lo niegan. La lucha contra ambos fenómenos, el negacionismo y el revisionismo, se ha realizado en muchos Estados democráticos utilizando el derecho. De un lado, a través de normas jurídicas se ha querido fijar la realidad de acontecimientos pasados, su correcta representa-

---

<sup>37</sup> M. Taruffo, *Proceso y verdad en la transición*, cit., p. 99.

ción o su adecuada interpretación histórica y se ha ordenado su presencia en los programas formativos de los escolares. De otro lado, se ha perseguido como crimen la negación, en sus diversos matices, de la realidad de las masivas violaciones de derechos humanos acontecidas en el pasado.

La norma precursora en Europa en ese campo fue la llamada *Ley Gaysot* (13 de julio 1990) que en Francia impuso pena de reclusión a quien negase la existencia de uno o mas crímenes contra la humanidad definidos en el artículo 6 del Estatuto de Londres del Tribunal Militar Internacional. Con posterioridad a la ley francesa muchos otros países introdujeron el delito de negación en sus códigos penales. En 1992 en Austria, en 1993 en Suiza, en Alemania en 1994, mientras que en Bélgica y España en 1995...<sup>38</sup> Todas estas legislaciones parecen tener una misma inspiración, aunque mantienen pequeñas y no irrelevantes diferencias. En algunos textos, por ejemplo, se persigue simplemente la negación, (aprobación, o justificación), mientras que en otros como en Alemania también la minimización<sup>39</sup>. En algunos países la negación se centra en el Holocausto, mientras que en otros, en todos los crímenes previstos en el Estatuto de Londres o en el Estatuto de la Corte Penal Internacional. En algunas normativas se añaden específicamente los crímenes comunistas, en otras, se circunscribe la negación genéricamente al genocidio o a los crímenes contra la humanidad. Todo este abanico de matices no abunda en la certeza jurídica. Por otra parte si se trata de la negación de delitos, ciertamente, cabe preguntarse que institución tiene el título para decidir qué evento histórico puede ser considerado delito y de qué tipo o si la negación solo alude a los que han sido ya juzgados y sancionados por un tribunal.

---

<sup>38</sup> Otros como Gran Bretaña o los países nórdicos consideraron que un delito tal se oponía al derecho a la libertad de expresión. Mientras que algunos como Italia simplemente se mostraron indiferentes a estas nuevas iniciativas legislativas.

<sup>39</sup> En España el Tribunal Constitucional (STC235/2007) declaró parcialmente inconstitucional el artículo 607.2 que introdujo el delito de negación y justificación del genocidio afirmando que solo la justificación del genocidio puede ser objeto de sanción penal.

Impulsados por la inseguridad que reflejan la variedad de normativas contra el negacionismo las instituciones europeas han dictado normas dirigidas a su armonización dentro del marco de la lucha contra el racismo y la xenofobia. La más relevante de estas normas fruto de muchos años de propuestas y de resistencias destacadamente italianas<sup>40</sup> es la *Decisión marco sobre la lucha contra el racismo y la xenofobia* de 28 de noviembre de 2008<sup>41</sup> cuyo punto de partida es que «determinadas manifestaciones graves del racismo y la xenofobia deben constituir un delito en todos los países de la UE y ser punibles mediante sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias».

La Decisión Marco de 2008 considera punibles entre otros actos: la apología pública, la negación o trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se define en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y en el Estatuto del Tribunal Militar Internacional siempre y cuando «las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo».

La expansión en Europa del delito de negación, con sus peculiaridades será el marco propicio del debate entre memoria, historia y derecho que se repetirá en muchos países de Europa, aunque tal vez en ninguno con la intensidad con la que se ha desarrollado en Francia. En este país la necesidad de proteger la correcta representación o interpretación de determinados hechos históricos impulso a partir de la ley Gaysot ulteriores normativas conocidas bajo el nombre de leyes memoriales (*lois*

---

<sup>40</sup> Para un detallado relato del debate que se generó en Italia sobre el delito de negación vid., L. Cajani, *Diritto penale e libertà dello storico*, in G. Resta e Zeno Zencovich (a cura di), *Riparare risarcire ricordare. Un dialogo tra storici e giuristi*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 383 y ss.

<sup>41</sup> Decisión marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, *relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y la xenofobia mediante el Derecho penal*. Además de las normativas también se ha generado una notable jurisprudencia de tribunales constitucionales o del TEDH a este respecto Vid. A. Gascón Cuenca, *La negación de los delitos de genocidio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a partir de la sentencia Perinçek contra Suiza*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», XXXIV (2018), pp. 177-200.

*memorielles*). En 2001 impulsada por la asociación franco-armenia se dicta una ley de un solo artículo: «*La France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915*»<sup>42</sup> y ese mismo año asociaciones de ciudadanos franceses de origen africano lograron la adopción de la llamada ley Taubira<sup>43</sup> que define como crímenes contra la humanidad tanto la trata de esclavos como la esclavitud practicada a partir del siglo XV. A diferencia de la ley Gayssot estas dos últimas normativas son meramente declarativas y, aunque la ley Taubira prescribía que a la trata de esclavos se le reservase «*la place qu'elle mérite*» en los programas escolares, no despertaron gran interés ni entre los historiadores, ni entre los enseñantes.

Todo cambió con una nueva normativa la denominada ley Mekachera de 23 de febrero 2005 donde se expresaba el reconocimiento a la contribución nacional de los ciudadanos franceses repatriados y se disponía la enseñanza del rol positivo de la colonización en la escuelas: «*Les programmes scolaires reconnaissent en particulier le rôle positif de la présence française outre-mer, notamment en Afrique du Nord*»<sup>44</sup>.

Podría decirse que esta frase prendió la llama del debate nacional<sup>45</sup>. Las críticas no tardaron, y se extendieron mas allá del polémico precep-

<sup>42</sup> *Loi n. 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.*

<sup>43</sup> *Loi n. 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance, par la France, de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité.*

<sup>44</sup> El artículo 1 reza así: «La Nation exprime sa reconnaissance aux femmes et aux hommes qui ont participé à l'oeuvre accomplie par la France dans les anciens départements français d'Algérie, au Maroc, en Tunisie et en Indochine ainsi que dans les territoires placés antérieurement sous la souveraineté française...».

<sup>45</sup> La precisa valoración que hace la ley de los acontecimientos históricos, especialmente el reconocimiento del carácter positivo de la colonización, indignó a las asociaciones y grupos que representaban a las poblaciones de ultramar y dio lugar a un sinnúmero de críticas de académicos y de historiadores dirigidas a la abrogación o al menos a la modificación de esa parte de la ley que pretendía constreñir a los docentes a una concreta representación del colonialismo francés. Se hicieron llamamientos contra la obligación de la enseñanza de una "historia oficial" y se fundaron asociaciones de historiadores que llamaban a una resistencia activa a la ley Mekachera como la asociación *Liberté pour l'histoire* que nació a través del manifiesto homónimo o el *Comité de vigilance face aux usages publics de l'histoire*.

to de la ley. En el manifiesto *Liberté pour l'histoire!*, ya citado, se pedía la abolición de todas las leyes memoriales a partir de la Ley Gayssot. Los firmantes fueron acusados de insensibles a las demandas sociales, o simplemente de corporativistas. Algunas personalidades, como Claude Lanzmann, se mostraron extremadamente críticos con esa iniciativa sosteniendo que las tres primeras leyes memoriales no limitaban en modo alguno la libertad de expresión y preguntándose si debía ser el historiador el único ciudadano por encima de la ley.

En 2006 un notable grupo de juristas, animados por el constitucionalista Bertrand Mathieu suscribieron su propio manifiesto<sup>46</sup> *Appel des juristes contre les lois mémorielles* en el que se denunciaba la lógica comunitarista que inspiraba leyes memoriales, el desafío a los derechos fundamentales de libertad de expresión y de opinión o la imprecisión de la naturaleza de las infracciones que perjudicaba los principios de legalidad de las penas y de seguridad jurídica. Concretamente sobre la ley que convirtió la negación del genocidio armenio en delito Bernard Mathieu dirá:

S'il est vrai que le crime de génocide est prévu par le code pénal, le législateur n'est pas compétent pour juger et le juge peut seul appliquer une qualification pénale à des faits! Où l'on voit [...] l'inutilité, puisque le juge, outre qu'il ne saurait être lié par une qualification que le législateur a retenue, au mépris de sa compétence, ne serait pas assuré de pouvoir un jour statuer sur des faits dont les auteurs ont physiquement disparu<sup>47</sup>.

Parece evidente que existe una diferencia entre negar la realidad de un evento histórico, negar la calificación jurídica realizada por un tribunal o discutir su interpretación histórica. Todos estos matices se confunden en muchos debates, pero también en muchos textos legis-

---

<sup>46</sup> *Appel des juristes contre les lois mémorielles*, recogido en *Assemblée Nationale, Rapport d'information fait en application de l'article 145 du règlement au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, Président-Rapporteur M. Bertrand Accoyer* (enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 18 novembre 2008), p. 475 y ss.

<sup>47</sup> B. Mathieu, *Génocide, une loi inconstitutionnelle*, «Libération», 23 enero 2012.

lativos. No parece lo mismo refutar la realidad de un acontecimiento histórico que discutir si determinados hechos constituyen un crimen de genocidio o de lesa humanidad siguiendo la distinción del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Las críticas de los juristas franceses inciden así sobre las incorrecciones técnicas de las leyes de la memoria y sobre los límites del derecho para servir a un relato colectivo, pero también parecen apuntar más allá. Una cierta «lógica comunitarista» se encuentra ya en la misma configuración del delito de genocidio<sup>48</sup> y en su diferenciación con el delito de lesa humanidad. Ambos tipos penales nos dan una plástica representación de la tensión entre lo colectivo y lo individual que se reproduce en tantos aspectos de la justicia transicional e inevitablemente en los debates sobre la memoria.

Si el delito de genocidio, como sabemos, protege al grupo en cuanto tal, el de lesa humanidad protege al individuo. Y la distinción no es solo cualitativa sino también de grado, porque lo que parece peor en la escala penal es atentar contra el grupo antes que contra el sujeto individual. Como nos indica Philip Sands si bien es cierto que normalmente los crímenes masivos se dirigen contra unas personas determinadas porque forman parte de un colectivo, y no por sus características individuales, también es verdad, que cuando ponemos el énfasis en proteger a un grupo contra la violencia se refuerza el sentimiento de que hay un «ellos» y un «nosotros», es decir, acentuamos los sentimientos de identidad grupal<sup>49</sup> y hacemos que la reconciliación sea menos probable.

---

<sup>48</sup> En el debate entre R. Lemkin creador del término genocidio y el gran internacionalista H. Lauterpacht (R. Lemkin, *Axis Rule in Occupied Europe. Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Carnegie Endowment for International Peace, Washington 1944) (reimpresión: The Lawbook Exchange, Nueva Jersey 2008) (H. Lauterpacht y L. Oppenheim, *International Law. A Treatise*, 1 voll., Peace, London, 1955, p. 744, y H. Lauterpacht, *Review of Raphael Lemkin: Axis Rule in Occupied Europe*, en «Cambridge Law Journal», 9 (1945), p. 140). Sobre las diferencias entre ambos juristas Vid. P. Sands, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, Weidenfeld & Nicolson, London 2016.

<sup>49</sup> Muy próxima a la preocupación de Lauterpacht y de Sands se encuentran las consideraciones de Francisco Laporta cuando sostiene que «la sustanciación de lo

Cabe añadir que a menudo la entidad del colectivo golpeado por la violencia no es más que una construcción en la mente del agresor, que establece criterios de pertenencia al grupo con independencia de la propia adscripción personal de los sujetos integrados a la fuerza en él. De manera que, si adoptamos la visión grupal, de algún modo damos carta de naturaleza a una identidad, la reforzamos, la convertimos en algo jurídicamente relevante y (teniendo en cuenta que el delito de genocidio es el más grave en cualquier orden normativo penal) en el bien jurídico que merece mayor protección. El poder de la identidad y la asociación colectiva de grupo es un valor importante, pero también una fuente de peligros<sup>50</sup>.

Creo con Sands que la mejor técnica jurídica nos debería haber llevado a disolver la distinción entre genocidio y crimen lesa humanidad, en un único tipo indiferenciado y general de crimen contra la humanidad. Pero a la vez sabemos que difícilmente habrá vuelta atrás en los códigos penales, en las normativas internacionales y en las reivindicaciones memoriales, entre otras cosas porque el término genocidio tiene un valor fuera del ámbito jurídico, forma parte de ese grupo de

---

colectivo, es decir, la transformación de las realidades humanas colectivas en “seres” o “entes” con vida propia independiente, es siempre un peligro para la supervivencia o la identidad moral del individuo» o que «la única realidad moral para impedir la repetición del holocausto tiene que ser el ser humano individual» (F.J. Laporta, *Auschwitz y la justicia*, en A. Gómez Ramos y C. Sánchez Muñoz (Eds.), *Confrontando el mal. Ensayos sobre memoria, violencia y democracia*, Plaza y Valdés, Madrid 2017, pp. 157-158, p. 161).

<sup>50</sup> Advierte Sands, por otra parte, que el crimen de genocidio distorsiona el enjuiciamiento de los crímenes de guerra y de los delitos contra la humanidad. Pues para muchas personas que han sufrido graves violaciones de derechos humanos, ser etiquetado como una víctima del genocidio se convierte en «un componente esencial de la identidad nacional», como si el reconocimiento del daño causado no fuese completo sin la etiqueta de genocidio, sin que ello contribuya a la resolución de disputas históricas o a hacer que los asesinatos masivos sean menos frecuentes (Cfr. P. Sands, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes against Humanity*, cit., pp. 380 y ss.).

neologismos que sirvieron para designar en sentido estricto (jurídico) o en sentido amplio (en el lenguaje corriente) un horror que a las sociedades les pareció inédito. Por encima de los elementos del tipo penal, el término genocidio da cuenta de esas realidades inéditas (como fueron las cámaras de gas en el exterminio de los judíos) o al menos de una percepción nueva, y por tanto también inédita, de una realidad antigua (la esclavitud aparejada al colonialismo), una consideración de lo que los hombres son capaces y una expresión del impacto que esa constatación nos deja como sociedad.

El ejemplo francés ilustra las dificultades de un trabajo de la memoria construido desde arriba, guiado desde la política, dictado por las leyes. Y a la vez también nos muestra la miríada de conflictos, tensiones, problemas jurídicos que sale a la luz en el momento que asumimos como deseable hacer consciente a la sociedad de su responsabilidad respecto al pasado. Atrapados entre lo colectivo y lo individual, entre la historia y la memoria o entre las exigencias del derecho y la paz social parecería que no avanzamos, que estamos anclados a un peso muerto que nos lleva siempre al origen, pero como dijera Hannah Arendt «este pasado... no lleva hacia atrás sino que impulsa hacia delante y, en contra de lo que se podría esperar, es el futuro el que nos lleva hacia el pasado»<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> H. Arendt, *Between Past and Future, Six Exercises in Political Thought*, The Viking Press, New York 1961, p. 11; *Entre el pasado y el futuro Ocho ejercicios sobre la reflexión política*, tr. esp. de A. Poljak, Península, Barcelona 2016, p. 16.



# GLI INIZI DI UNA VISIONE STORICA DEL MONDO NELLA FILOSOFIA DEL NOVECENTO

Adriano Ballarini

## *Abstract*

This essay traces European phenomenology's early investigations into the subject of history. Focusing in particular on the 1920s, it takes Heidegger's lectures in Marburg as a guide, given their importance on the development of thinkers as diverse as H.G. Gadamer, H. Arendt, H. Marcuse, K. Löwith, and H. Jonas. Historicity appears as a condition that depends on victory over the supremacy of the past.

## *Keywords*

Interpretation; Everyday time; Tradition; Appropriation; Deconstruction.

Filosofia della vita, fenomenologia ed ermeneutica, a cui corrispondono principalmente i nomi di Wilhelm Dilthey, Edmund Husserl e Martin Heidegger definiscono in buona parte lo spazio filosofico europeo dei primi decenni del Novecento. Essi sono uniti dalla premessa di comprendere la realtà a partire dai fenomeni stessi che la manifestano, escludendo ogni ricorso a ciò che si pone «fuori» dalla stessa. In particolare, per questi Autori una cosa è certa: per comprendere la realtà bisogna scrollarsi di dosso i modi tradizionali di impostare i problemi filosofici. Questo viene attuato nei principi metodologici che occorre ritornare alle cose stesse e che la vita spiega sé stessa. Volendo individuare un piano comune di ricerca questo lo si ritrova nel rifiuto di ogni «sistema» considerato un ordine estraneo alla realtà e, se adoperato per comprenderla, una illecita imposizione alla stessa.

Andando alle radici di questo piano comune, non escludo che il Novecento, fin dai suoi inizi, risenta della critica di Nietzsche alla ontologia da lui indicata come causa del Nichilismo, il fenomeno storico attraverso il quale viene alla luce per Nietzsche l'estraniamento metafisico e la necessità che la vita si riappropri di sé stessa, attraverso una attività tendente esclusivamente a stabilire i «fatti». È a partire dal Nichilismo e dal fallimento della ontologia che l'analisi di Nietzsche si sposta sul piano delle «condizioni di esistenza» e del loro essere non «verità», come secondo lui i filosofi hanno voluto sostenere, bensì condizioni storiche di possibilità per vivere<sup>1</sup>.

Nello scrollarsi di dosso i modi tradizionali di impostare i problemi filosofici particolari risultati vengono raggiunti sulla questione della realtà di una visione storica del mondo. Rispetto ad essa le conclusioni di Heidegger sono le più originali. E questo per il punto dal quale la sua ermeneutica muove, cioè il superamento dell'io come dato originario al quale l'intera filosofia moderna ha creduto di potersi affidare. Scrive infatti Heidegger: «L'asserzione fondamentale che io stesso, in quanto uomo vivente nel mio mondo, faccio su me stesso, l'asserzione assolutamente primaria "io sono", è propriamente falsa. Si deve dire piuttosto "Io sono 'Si'" ("ich bin man")»<sup>2</sup>.

Sulla comprensione dell'io Heidegger si distacca nettamente da Dilthey e da Husserl e di questo distacco ne risente in modo netto la comprensione della storicità.

Anche qui non escludo che decisivo sia stato l'influsso di Nietzsche, la cui posizione sulla falsità dell'io pervade l'intera sua opera<sup>3</sup>. E ciò ad Heidegger era ben noto.

---

<sup>1</sup> Vedi il mio *L'originalità storica del totalitarismo*, in Adriano Ballarini (a cura di), *La storicità del diritto*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 41-105; anche *Ideologia totalitaria y neocostitucionalismo. La hipótesis de Nietzsche para una aproximación no ontológica a los valores*, in «Derechos y Libertades», 40 voll., pp. 33-66.

<sup>2</sup> M. Heidegger, *Grundbegriffe der aristotelischen Philosophie*, in *Gesamtausgabe*, Bd 18, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, pp. 63-64; tr. it. *Concetti fondamentali della filosofia aristotelica*, Adelphi, Milano 2017, p. 97. Sul «Si», il «Man», restano fondamentali le pagine di *Sein und Zeit*, Halle 1927; tr. it. *Essere e tempo*, Longanesi, Milano 2006, pp. 157-162.

<sup>3</sup> Vedi il mio *L'originalità storica del totalitarismo*, cit.

Diversa in ogni caso da quella di Nietzsche è l'impostazione della ricerca che a partire dalla critica dell'io Heidegger sviluppa. Se Nietzsche approda all'«essere collettivo dominato»<sup>4</sup>, per Heidegger invece è l'inizio di una comprensione della realtà umana che ha come dato originario l'«essere in un mondo» e che proprio a partire da questo dato scopre la storicità della vita, in quanto «esser-ci», come il suo più autentico carattere. Dopo aver affermato «Questa concezione, che innanzitutto è dato solo l'io, è acritica. Essa presuppone che la coscienza sia qualcosa come una cassetta, in cui l'io è dentro e la realtà è fuori», Heidegger sostiene infatti «Piuttosto il dato originario dell'esserci è che esso è in un mondo»<sup>5</sup> e che «Il *Dasein*, l'essere, l'esserci – termine usato sempre, qui, come titolo indicante l'essere umano – è caratterizzato dal fenomeno fondamentale dell'in-essere, ovvero, espresso in forma compiuta, *essere-in-un-mondo*», «un fenomeno fondamentale non ulteriormente riducibile ad altro»<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> M. Heidegger, *Wilhelm Diltheys Forschungsarbeit und der gegenwärtige Kampf um eine historische Weltanschauung. 10 Vorträge*, in *Dilthey-Jahrbuch für Philosophie und Geschichte der Geisteswissenschaften*. 8: 143-179; tr. it. *Il lavoro di ricerca di Wilhelm Dilthey e l'attuale lotta per una visione storica del mondo. 10 conferenze tenute a Kassel dal 16 al 21 aprile 1925*, Guida, Napoli 2001, p. 33. Di seguito *Il lavoro*.

<sup>6</sup> M. Heidegger, *Platon: Sofistes*, in *Gesamtausgabe*, Bd 19, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main; tr. it. *Il «Sofista» di Platone*, Adelphi, Milano 2013, p. 389. Il conio del termine «Esser-ci» si deve ad Heidegger. Con esso egli, trasformando il significato tradizionale di *Dasein*, e utilizzando l'etimo tedesco, ha posto al centro della ricerca il «ci» dell'esserci. Una trasformazione, questa, non semplicemente linguistica. In quanto esser-ci, infatti, l'uomo viene letto come un ente che non si comprende al di fuori delle strutture storico materiali secondo le quali la sua condizione di esistenza si temporalizza, cioè si fa mondo, e con ciò cultura, società, diritto, senso del quotidiano. L'esserci è così «mondo dipendente». Heidegger lo afferma esplicitamente, impostando su ciò l'analitica dell'esistenza, descritta compiutamente in *Essere e Tempo*. E l'esserci non è il soggetto inaugurato dalla modernità. In quanto «mondo dipendente» appartiene innanzitutto al tempo e alla storia. Non è mai «interamente» soggetto del tempo e del mondo, così come abitualmente siamo portati a pensare. In M. Heidegger il «ci» dell'«esserci», il «Da» del «*Dasein*», compare come tema esplicito e specifico di

1. In conseguenza di questa premessa, nella esposizione delle condizioni di possibilità di una visione storica del mondo mi attengo in particolare alle lezioni universitarie tenute da Heidegger dal 1922 al 1924, le ultime all'Università di Friburgo e le prime a quella di Marburgo, aggiungendo alcune Conferenze ed Elaborati da lui scritti nello stesso periodo. L'impostazione che Heidegger dà alla questione della storicità dell'esserci in questi anni del primo Novecento trova conferma e sviluppo nelle lezioni degli anni successivi, fino al suo ritorno all'università di Friburgo e alla pubblicazione di *Essere e Tempo*.
2. Seguo così la linea di ricerca impostata dalla affermazione che «La possibilità di una visione storica del mondo si fonda sulla raggiunta chiarezza e trasparenza della condizione umana»<sup>7</sup>, condizione il cui carattere primario è «*essere-in-un-mondo*»<sup>8</sup>.  
Su queste premesse, oggetto specifico della trattazione è l'esposizione del fatto che «Esserci» equivale a «essere all'interno di un "essere già interpretato" dominante»<sup>9</sup>.  
Questo vivere, muoversi, pensare, rapportarsi a sé stesso, al mondo e agli altri dominato da un «già interpretato» è la raggiunta

---

ricerca già nelle ultime lezioni da lui tenute a Friburgo nell'estate 1923. Queste lezioni, pubblicate in italiano come M. Heidegger, *Ontologie. Hermeneutik der Faktizität*, in *Gesamtausgabe*, Bd 63, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main; tr. it. *Ontologia. Ermeneutica della effettività*, Guida, Napoli 1998, esordiscono indicando quale loro oggetto l'effettività, e affermando che questa è «la denominazione per il carattere di essere del «nostro» "proprio" esserci» (p. 17). Inizia così per Heidegger una ricerca sul «Come dell'essere» che ritroviamo, dal 1924 al 1927 nelle lezioni di Marburgo, pubblicate, in italiano, con i titoli *Concetti fondamentali della filosofia aristotelica*, cit.; *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, Il Melangolo, Genova 1999; *Logica*, Mursia, Milano 1986; *I problemi fondamentali della fenomenologia*, Quodlibet, Genova 1999; poi in *Essere e Tempo*, cit. nella *Lettera sull'«umanismo»*, in *Segnavia*, Adelphi, Milano 1994.

<sup>7</sup> *Il lavoro*, cit., p. 12.

<sup>8</sup> Ivi, p. 33.

<sup>9</sup> *Concetti*, cit., p. 382.

chiarezza e trasparenza a partire dalla quale la condizione umana, e con essa l'esserci umano, si evidenziano come *realtà autenticamente storica*<sup>10</sup>.

Conduce a questo risultato e realizza le possibilità di una visione storica del mondo quella che Heidegger definisce la «visione ambientale pratica» dell'esserci capace di chiarire la sua «storicità quotidiana»<sup>11</sup>.

3. *Essere all'interno di un* «essere già interpretato» *dominante*. Secondo Heidegger la storicità dell'esserci compare attraverso un fenomeno riscontrabile sempre nella realtà umana fin dal quotidiano. Lo definisce: l'assoggettamento ad una già data interpretazione del mondo, della realtà, della vita, di sé stessi. Questo fenomeno evidenzia che l'esserci ha sempre una storia dalla quale proviene, un passato, e che con questo passato ha un rapporto specifico e ineliminabile.
4. Il fenomeno, dal quale Heidegger parte, è composto da due elementi: il «già interpretato» e il «dominante», elementi che vanno compresi nel loro contenuto e nella dinamica che imprimono all'esserci. «*Già interpretato*». «L'esserci in quanto “essere nel mondo”» sostiene Heidegger «è sempre un essere in un contesto già noto, già interpretato... quando si viene al mondo si cresce radicati in una determinata tradizione del parlare, del vedere e dell'interpretare. L'“essere nel mondo” è un “avere il mondo già così e così”»<sup>12</sup>. Di

---

<sup>10</sup> *Il lavoro*, cit., p. 12.

<sup>11</sup> Ivi, p. 35. Vale forse la pena di menzionare in nota un fatto di cronaca che lascio alla curiosità del lettore. Gli interpreti del periodo da me trattato riportano sempre la notizia che, a partire dal Semestre Estivo 1923/24 più di cento studenti iniziarono a frequentare le lezioni del giovane ordinario appena arrivato a Marburgo. Il dato del numero degli studenti in una Università, da un lato non grande, dall'altro con un Corpo Docente di tutto rilievo (P. Nathorp, M. Scheler, N. Harman, R. Bultman) viene evidenziato come memorabile. A noi può interessare o colpire che tra questi studenti figuravano H.G. Gadamer, H. Arendt, H. Marcuse, K. Löwith, H. Jonas.

<sup>12</sup> *Concetti*, cit., p. 302.

conseguenza «nell'avere a che fare con il mondo è già dominante e prioritario un determinato modo di rivolgersi ad esso... ciò delimita una determinata possibilità del concepire, porre domande e problemi, il che significa che le prospettive in relazione alle quali ci si prende cura del mondo sono già date»<sup>13</sup>.

«*Dominante*». «L'essere già interpretato», sulla base della consuetudine, della familiarità, dell'ovvio, della tradizione, *regola e orienta* in media la comprensione che l'esserci ha di sé stesso, del mondo e degli altri secondo un senso comune che si impone su ogni altra possibile comprensione. Strumento principale di questo dominio è il *linguaggio*<sup>14</sup>.

5. Abbiamo qui la prima indicazione della storicità dell'esserci: esso, seppure in modi diversi nel tempo, è sempre indissolubilmente legato ad un passato. Il nostro incontro con l'esserci è l'incontro con *qualcosa proveniente-da*<sup>15</sup>: da una determinata storia, interpretazione e comprensione dell'essere nel mondo, e dunque da un determinato modo del porre domande e problemi, così come da determinate possibilità di affrontarli e risolverli.

6. Indubbiamente l'esserci si presenta sempre come qualcosa che *ha una storia e che vive in una storia determinata*.

Ma, precisa Heidegger, non si può dire, solo sulla base di questo, che esso è *storico*.

Il dato che l'esserci ha sempre una storia determinata è certo.

L'esserci in quanto essere nel mondo è sempre un essere in un

---

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> «Crescendo all'interno di un linguaggio, cresco nel contempo all'interno di una comprensibilità del mondo», «L'esprimersi in quanto "parlari di..." è il *modo fondamentale dell'essere della vita*, ovvero dell'"essere in un mondo"... In ultima analisi è a partire da questa possibilità fondamentale della vita che l'essere della vita va in generale compreso». *Concetti*, cit., pp. 55 e 56. «Il Si è il vero e proprio come dell'essere dell'uomo nella quotidianità, e *il vero e proprio portatore di questo Si è il linguaggio*». *Concetti*, cit., p. 98.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 70.

contesto già noto, già interpretato. E questo significa che quando si viene al mondo si cresce radicati in una determinata *tradizione*. Ma, se ci fermiamo esclusivamente a questo dato vediamo che, riferito al suo solo passato, l'esserci compare come una realtà che, vivendo solo del passato, ne è del tutto assoggettato, al punto che non conosce la dimensione del futuro. Nell'essere nel mondo, che è avere il mondo già così e così, nell'avere a che fare con il mondo è già dominante e prioritario un determinato modo di rivolgersi ad esso. Le prospettive in base alle quali si ha a che fare con il mondo sono già date. E questo significa che l'essere già interpretato *regola e orienta* la comprensione che l'esserci ha di sé stesso, del mondo e degli altri secondo una direzione che si impone su ogni altra.

In sintesi, i giorni dell'esserci altro non sono che la continua *ripetizione* di un mondo già definito, già interpretato e compreso. Essi sono la riproposizione del mondo nel quale l'esserci è nato e cresciuto.

Di fatto, l'esserci, se visto e vissuto in esclusivo rapporto con il passato, dal quale pure senz'altro proviene, è *appiattito sulla tradizione*, cioè sui modi consolidati, abituali e prevalenti di avere a che fare con sé stessi e con gli altri. I modi del «mondo» dal quale proviene, che era prima di lui, che lui ha ereditato ma non costruito.

Se non si può ancora dire che l'esserci è storico ciò è perché esso è *vissuto* dalla storia, senza esserne in alcun modo il *soggetto*.

7. La posizione di Heidegger su questo punto è netta. La «*Tradizione*», afferma, è «esattamente il contrario di ciò che è storico». E questo perché «nella tradizione nessun passato è fatto proprio»<sup>16</sup>.
8. È questo il punto decisivo per la comprensione della storicità dell'esserci.

---

<sup>16</sup> M. Heidegger, *Phänomenologische Interpretationen zu Aristoteles. Einführung in Die phänomenologische Forschung*, in *Gesamtausgabe*, Bd 61, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main; tr. it. *Interpretazioni fenomenologiche di Aristotele. Introduzione alla ricerca fenomenologica*, Guida, Napoli 2005.

La tradizione, per Heidegger, è «il *pre*, il “già lì in anticipo”»<sup>17</sup>, il *mondo* di significati, rimandi, certezze che danno al linguaggio il carattere di comprensibilità comune e che abitualmente si ritiene corrispondano al modo più sicuro ed evidente di essere nel mondo, perché sperimentato, familiare, consolidato, garantito.

Essa è indubbiamente storia: la storia nella quale ogni generazione, di volta in volta, cresce.

Ma questo *pre*, che è già lì in anticipo, impedisce all'esserci di avere una propria storia e questo finché l'esserci stesso si lascia vivere dal passato e non se ne appropria. Espressione di questa situazione è un linguaggio che continua ad essere comune solo perché fa esclusivo riferimento al mondo che è stato.

9. Heidegger pone una questione decisiva in relazione alla possibilità che una visione storica del mondo sia reale. La storicità dell'esserci dipende a) dalla condizione necessaria che il passato sia fatto *proprio* e che b) l'esserci, attraverso questa appropriazione si sottragga all'*appiattimento* che la tradizione provoca.

La questione si traduce nella domanda: è possibile appropriarsi del passato? Ma soprattutto, questa esigenza, della quale Heidegger parla, è una esigenza interna alla vita? È una possibilità che la vita stessa offre? Oppure è un bisogno che, per essere appagato, finisce per condurre la vita fuori da sé stessa, in un mondo metastorico o metafisico?

10. Fenomenologicamente non ci sono alternative. Occorre stare ai fatti. Nulla può avere origine «fuori» dalla vita. Il «reperto ontologico primario», o «dato originario dell'esserci» della fenomenologia di Heidegger è «*essere-in-un-mondo*». Non c'è nulla prima, oltre o fuori da questo reperto, almeno per la ricerca. Così, tutto deve derivare da una comprensione della vita stessa, in quanto essere nel mondo. E l'essere storico dell'esserci deve corrispondere ad *una possibilità e ad una esigenza della vita reale*<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> *Concetti*, cit., p. 382.

<sup>18</sup> *Concetti*, cit., p. 40.

11. Il risultato cercato viene ottenuto attraverso la «visione ambientale pratica» dell'esserci. È infatti la realtà quotidiana, nel suo modo abituale di vivere il suo essere nel mondo, è essa stessa che traccia la strada.

Il fatto che l'esserci, nella sua naturalità quotidiana, sia all'interno di una già data interpretazione dominante, questo fatto a) se pone l'esserci di fronte al potere della tradizione, b) evidenzia contemporaneamente la struttura elementare della temporalità dell'esserci e c) con essa rivela che l'assoggettamento al passato non è un destino, bensì una possibilità.

Il potere che il passato dimostra sui giorni, questo potere dipende dal fatto che la temporalità dell'esserci ha una specifica dinamica. E questo in quanto è la temporalità dell'«essere in un mondo».

Essere in un mondo non è una determinazione spaziale. «Mondo», piuttosto, è l'essere già interpretato dominante nel quale si nasce e cresce. È nel corso di una interpretazione della vita tramandata e dentro di essa che l'esserci è cresciuto nel suo specifico, cioè storico, «mondo». Ed è in tale interpretazione che è anche cresciuta la comprensione di sé e di ciò con cui ha a che fare. È a partire da questa «mondo» che l'Esserci si comprende innanzitutto e, in certi limiti, costantemente. Questa comprensione apre le possibilità del suo essere e le regola.

Così, per un essere nel mondo il passato non è mai ciò che è semplicemente trascorso e resta definitivamente «dietro». Piuttosto il passato, per l'esserci, si riscontra che è sempre anche «avanti»<sup>19</sup>. È nel passato dal quale proviene che l'esserci trova già date

---

<sup>19</sup> L'affermazione «Il passato dell'Esserci, che sta sempre a significare il passato della sua "generazione", non segue l'Esserci ma lo precede sempre», questa affermazione appartiene ad Heidegger e la sua elaborazione si trova in *Essere e Tempo*, cit., pp. 33-34. Essa è una delle porte principali di ingresso nella storicità materiale del singolo. Solo per il fatto che il passato ha una sua specifica dinamica, ciò che è stato smette di essere il semplice luogo della memoria e il tempo del singolo esce dalla tradizionale lettura che lo

le possibilità per comprendere la realtà, e queste possibilità usa sempre anche per orientare il futuro.

È un fatto riscontrabile. Di volta in volta l'esserci nasce e cresce in un «mondo» nel quale i suoi giorni sono anche sempre orientati dal suo passato: lingua, abitudini, tradizioni, leggi, istituzioni, conoscenze, apprendimento. Ed è su questo passato che costruisce. Esso è sempre la base a partire dalla quale vede e pone problemi, imposta soluzioni, decide come agire.

In conseguenza di questo indissolubile legame con il passato e della dinamica che esso imprime al tempo dell'esserci, questo può anche considerare il mondo nel quale nasce e cresce un mondo dal quale non discostarsi. È così che il tempo dell'esserci può divenire la ripetizione del passato, orientando su questa ripetizione il suo presente e il suo futuro. Per ottenere questo risultato basta non modificare mai nulla di ciò che è stato. Lasciato intatto, il passato imporrà automaticamente il suo dominio sui giorni, la cui unica possibilità sarà quella di fare come si è già fatto, seguendo un protocollo già scritto che occorre solo ripetere quale che sia l'occasione.

La decisione, individuale o collettiva di ripetere il passato è d'altro canto la più agevole, garantendo sicurezza: muovendosi come si è sempre fatto non si sbaglia mai, perché, comunque vadano le cose, non c'è mai qualcuno al quale imputare la colpa. Il passato è anonimo, su questo piano. Esso è la signoria del *Man*, del si

---

vuole il campo sempre possibile del suo autonomo e indiscutibile divenire e durare. È la dinamica del passato che sottrae il tempo al singolo come pura possibilità. È per essa che l'individuo sempre si muove a partire da una specifica e determinata storicità materiale. Potendo il passato, nella forma della tradizione, anche orientare la comprensione e determinazione del senso dell'esistere e potendo il singolo cadere in questa predeterminazione, fino ad esserne assoggettato, attraverso la dinamica del passato il temporalizzarsi si libera di ogni contenuto coscienziale, emotivo o intellettuale per mostrarsi come l'effettivo concretizzarsi della singolarità materiale secondo la sua specifica e irripetibile storicità.

dice, si pensa, così si è sempre fatto, così tutti agiscono e pensano. E dominando il *Man* non c'è posto per un «io sono», ma solo per quello che Heidegger nomina un «*ich bin man*», invenzione linguistica, questa, usata per esprimere il fatto che nella quotidianità, dominata tendenzialmente dalla ripetizione, il «chi» della storia è un «nessuno»<sup>20</sup>.

Quello che la letteratura conosce come «caduta nel mondo», *Verfallen*<sup>21</sup>, è il modo prevalente del quotidiano di vivere il proprio

---

<sup>20</sup> Cfr. a questo proposito *Essere e Tempo*, cit., pp. 144 e ss. Ma spec. pp. 157 e ss.

<sup>21</sup> Fin dai suoi primi scritti, Heidegger analizza questo fenomeno. Lo si trova già nel così detto *Natorp-Bericht*, che Heidegger elabora nel 1922 per presentarsi alla Facoltà filosofica di Marburgo pubblicato come *Interpretazioni fenomenologiche di Aristotele*, cit., e nella conferenza tenuta, sempre a Marburgo ora come docente, nel 1924 e intitolata *Il concetto di tempo*, *Der Begriff der Zeit*, tr. it. *Il concetto di tempo*, Adelphi, Milano 1998. È presente nelle lezioni del 1923 titolate *Ermenutica della effettività*, cit., le ultime a Friburgo, prima della chiamata a Marburgo. Qui Heidegger lo chiama *Verfallsphaenomen*. Tanta attenzione, che permane fino a *Essere e tempo*, dove diventa il tema di specifici paragrafi (pp. 145-162 e pp. 214-220), deriva dal fatto che esso appare a Heidegger come un carattere costitutivo dell'effettività dell'esserci, quello che, a suo parere, va senz'altro visto come la più intima fatalità dell'esserci stesso, dunque un aspetto dell'essere gettato che permane nell'intero divenire dell'esserci senza che esso possa liberarsene. Quello che il fenomeno mostra, come ho descritto, è che essere in un mondo, avere a che fare con esso, comporta avere a che fare, innanzitutto con il proprio passato individuale e collettivo, ma anche con una tendenza, o inclinazione dell'esserci a rovinare fuori da sé stesso nel mondo, conoscendosi solo attraverso il mondo e disperdendosi nell'avere a che fare con il mondo. L'esserci, nel suo essere nel mondo, si scopre sempre coinvolto dal mondo, caduto in esso fino ad essere assorbito dai suoi modi, consegnato al mondo. Questo fenomeno Heidegger nomina attraverso il verbo *verfallen*, e il relativo sostantivo *das Verfallen*. Essi sono tradotti tradizionalmente, sulla scorta di Pietro Chiodi, primo traduttore di *Essere e tempo* in lingua italiana, con *deietto* e *deiezione*. E così il fenomeno esaminato da Heidegger viene nominato in quasi tutte le traduzioni italiane. In realtà *verfallen* significa, più semplicemente, e meno equivocamente, *decadere*, o anche *decaduto*, quando è tradotto come participio passato. *Decadimento* è, corrispondentemente, la forma sostantivata. Franco Volpi, ultimo traduttore di *Essere e tempo*, non manca di sottolineare che questa traduzione sarebbe preferibile. Tuttavia, l'autorevo-

tempo ponendosi al sicuro da ogni rischio. E può garantirsi questo risultato, può essere vissuto dal passato, dal suo linguaggio, dalle sue conoscenze, problemi e soluzioni solo perché il passato non è mai ciò che semplicemente è trascorso, così come la temporalità dell'esserci non è il semplice trascorrere.

12. Ciò che la dinamica elementare della temporalità rivela è che il tempo, per l'esserci, è un *modo*<sup>22</sup>, è il modo del suo avere a che

---

lezza di Chioldi ha fatto sì che la sua traduzione fosse quella generalmente seguita, nonostante, come ognuno vede, la scelta, almeno in italiano, non sia certo delle migliori. Il *Verfallen* è la dinamica fondamentale della storicità dell'esserci. Segna il divenire dell'esistenza al punto che, solo sollevandosi da esso, il singolo ha un suo proprio tempo. Non è un caso che Heidegger lo nomini, nelle *Interpretazioni*, cit., come «la più intima *fatalità* che la vita assume su di sé, effettivamente». Il legame tra *Verfallen*, tempo e storicità è bene espresso dalle proposizioni «la deiezione, in quanto *modo di essere di questo in-essere*, costituisce la prova più lampante a favore dell'esistenzialità dell'esserci. Nella deiezione ne va in pieno del poter-essere-nel-mondo... D'altra parte, l'esistenza autentica non è qualcosa che si libra al di sopra della quotidianità deiettiva, essa è soltanto un afferramento modificato di questa», *Essere e Tempo*, cit., p. 219. La «deiezione», cioè la caduta nel mondo che è stato, insieme alla quotidianità governata dal passato stesso, alla quale Heidegger lega il fenomeno del «Man», il Sì che governa i giorni rendendoli la ripetizione del già conosciuto, questi modi dell'esserci, sebbene ne neghino la storicità, assoggettandolo al passato e negando ad esso ogni futuro, tuttavia non tolgono all'esserci il carattere della possibilità di essere storico. Essi sono *un modo di essere* dell'esserci, non *l'unico* modo. E questo perché il passato non è mai semplicemente ciò che è stato. Anche nella forma che Heidegger definisce non autentica, cioè quella della non storicità, il tempo mantiene la sua «dinamica elementare», mantenendo con ciò l'esserci nella possibilità di decidersi per il suo essere autentico, cioè storico, oppure non autentico, cioè appiattito sulla tradizione. *Essere e Tempo*, cit., p. 61. Su questo tema vedi anche il mio *Ermeneutica storicità del diritto filosofia del diritto*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 93(3), pp. 377-414.

<sup>22</sup> Il tempo come modo d'essere è, nella analitica esistenziale promossa dalla filosofia del Novecento, quella che può considerarsi una fondamentale porta di accesso alla «fattualità». Nasce così il termine «temporalizzarsi». In *Essere e Tempo* troviamo *Zeit*, *Zeitlichkeit*, *Zeitigung*, *zeitigen*, e questo nelle espressioni «Die *Zeitlichkeit* «ist ueberhaupt kein Seiendes. Sie ist nicht, sondern zeitigt sich»,

fare con il passato (tradizione) nel quale nasce e cresce. E così, come l'esserci può orientare i suoi giorni secondo la ripetizione, appiattendosi sulla sicurezza del già stato, ugualmente può orientare il passato diversamente, imprimendogli una direzione nuova, cioè imprevista., cioè non contemplata dalle possibilità che esso contiene.

Certo, questo comporta l'abbandono della sicurezza, evidenza ed ovvietà garantite dalla ripetizione della tradizione. Ma «La tradizione deve essere demolita»<sup>23</sup>, e occorre «smuovere l'interpreta-

---

o anche «*Zeitlichkeit zeitigt und zwar moegliche Weisen ihrer selbst*» (*Sein und Zeit*, in Martin Heidegger Gesamtausgabe, Bd 2, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, pp. 434 e 435). *Zeitigen* e *Zeitigung*, che significano rispettivamente far maturare e maturazione, solo per il modo come Heidegger li utilizza, mantenendo sempre il riferimento a *die Zeit*, vengono abitualmente tradotti con “si temporalizza” e “temporalizzazione”. Sono neologismi, resi possibili dall'uso che Heidegger stesso fa della lingua tedesca. Temporalizzarsi, che rende *zeitigt sich* e *Zeitlichkeit zeitigt*, nei quali peraltro *zeitigen* è transitivo, segue la stessa strada. Devo dire comunque che ciò non avviene al fine di complicare il testo con termini estranei all'uso comune. Come sempre, nelle scienze l'apertura di un nuovo campo di ricerca si accompagna alla necessità di termini adeguati a descriverlo. Spesso richiede l'invenzione di un linguaggio. È questo a mio parere il caso della temporalità. Con essa il tempo cessa di essere una dimensione dell'io, per mostrarsi come dinamica della effettività. Compaiono così *la dinamica del passato, il fenomeno della caduta nel mondo, l'interpretatività*. E Heidegger affronta questi temi fin dall'inizio della sua ricerca, maturandoli poi compiutamente in *Essere e tempo*. Lì si ritrovano dunque già in *Interpretazioni fenomenologiche di Aristotele*, cit. e ne *Il concetto di tempo*, cit.; poi, in *Essere e tempo*. Tutte conducono alla conclusione che l'io non è una essenza, né una proprietà inalienabile, ma piuttosto un *modo del temporalizzarsi della effettività*. «L'esserci è sempre in una modalità del suo possibile essere temporale» afferma Heidegger. «L'esserci è il tempo, il tempo è temporale. L'esserci non è il tempo, ma la temporalità» e «La temporalità si temporalizza, e precisamente nelle diverse modalità che sono proprie di essa. Queste rendono possibili i vari modi di essere dell'Esserci», *Il concetto di tempo*, cit., pp. 48-49 e *Essere e tempo*, cit., p. 390. La terminologia “inventata” da Heidegger altro non è che una necessità imposta dal fenomeno stesso.

<sup>23</sup> M. Heidegger, *Ontologia*, cit., p. 82.

zione tramandata e dominante» «attraverso un passo indietro distruttivo»<sup>24</sup> se non si vuole restare nell'appiattimento e non avere mai una propria storia. Solo in questo caso l'esserci non solo ha una storia, ma è esso stesso storia.

13. Demolire la tradizione, dunque, per sottrarsi all'appiattimento e divenire autenticamente storici. Il che significa avere una propria storia. È questa la necessità che la vita stessa rivela dopo aver rivelato il tempo come possibilità.

E con questo, non si tratta di negare il passato con l'intero mondo ambiente. Ciò è impossibile sul piano dell'essere nel mondo. È un dato di fatto che noi generalmente siamo in una tradizione.

Il problema è il «modo in cui siamo in essa»<sup>25</sup>.

Demolire la tradizione, destrutturarla, significa liberarsi e liberarla da ciò che viene ripetuto esclusivamente perché garantisce da ogni rischio e permette di muoversi nella certezza. È questo che toglie il futuro all'esserci, impedendo che abbia rilievo, dignità, qualunque cosa sia diversa da ciò che è già conosciuto, acquisito, prevedibile e previsto.

Sempre il passato viene ripetuto per evitare ciò che può essere inquietante, e continuare a muoversi in ciò che è sicuro. Ma, anche nella forma che Heidegger definisce non autentica, cioè quella della non storicità, il tempo mantiene la sua «dinamica elementare», mantenendo con ciò l'esserci nella possibilità di decidersi per il suo essere autentico, cioè storico, oppure non autentico, cioè appiattito sulla tradizione<sup>26</sup>. Per questo scrive Heidegger «Il senso esistenziale primario dell'effettività si trova nell'essere-stato»<sup>27</sup>. Nel modo del suo rapportarsi al passato ne

---

<sup>24</sup> *Interpretazioni*, cit., p. 37.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

<sup>26</sup> *Essere e Tempo*, cit., p. 61.

<sup>27</sup> *Essere e Tempo*, cit., p. 389. Vedi per questo il mio *Ermeneutica storicità filosofia del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1 (2018), pp. 125-146.

va, per l'esserci, del suo assoggettamento o della sua «realità autentica, che è storica»<sup>28</sup>.

---

<sup>28</sup> *Il lavoro*, cit., p. 12. Può essere interessante notare che la posizione di Heidegger sull'io e sulla ripresa del passato la si ritrova, come centrale, in Nietzsche. Riprendere il passato, per Nietzsche realizzare una nuova interpretazione dell'Ontologia, così che le sue presunte «verità,» eterne vengano trattate per quello che in realtà sono, cioè condizioni storiche per vivere, è la premessa della Trasvalutazione di tutti i valori tradizionali, è il Contromovimento che contraddistingue il Nichilismo e che conduce, dall'Uebermensch alla «storia come esperimento» fino all'uomo nuovo, liberato dall'Io. Si veda per questo il mio *L'originalità storica del totalitarismo*, in Aa.Vv., *La storicità del diritto*, cit. Tale posizione è inoltre presente anche in Sigmund Freud. È nota, infatti, la sentenza di Freud: «Ich nicht Herr sei in seinem eigenen Haus», conclusione attraverso la quale Freud stesso spiega perché la Psicoanalisi incontri tante resistenze nella coscienza comune. Questa scienza, infatti, per Freud, dice all'uomo qualcosa che l'uomo non vuol sentire. E cioè che l'essere soggetto non è un dato di fatto. E che la sua esistenza è destinata a fallire se spiegata solo a partire dalla soggettività. E questo perché, alla prova della psicologia del profondo, l'Io, considerato inattaccabile e sempre padrone di sé stesso, dunque capace di porsi di fronte al mondo e di governarlo, in realtà si dimostra non essere neanche padrone in casa propria. Si veda *Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse*, in Sigmund Freud, *Gesammelte Werke*, XII, Fischer Taschenbuch Verlag, Frankfurt am Main 1999, p. 11. A questa affermazione sempre collego la sentenza, successiva, «wo Es war, soll Ich werden», da lui siglata in *Neue Folge der Vorlesungen zur Einführung in die Psychoanalyse*. La sentenza di Freud è in *Gesammelte Werke*, XV, cit., p. 86. La traduco letteralmente: «dove era Es, [là]deve diventare Io», oppure «dove era Es, [là]diventerà Io», traduzione a mio parere corretta se si tiene conto del fatto che Es e Ich sono posti da Freud in maiuscolo, dunque, secondo la lingua tedesca, come sostantivi. La sentenza sta ad indicare che non c'è mai per il sé alcun avvenire come identità se l'esistere si costruisce prescindendo dall'Es. Significa che l'identità cresce e si determina sempre dentro una storia alla quale si appartiene e della quale non si dispone. Tanto poco l'avvenire di quello che chiamiamo «Io» può considerarsi l'attuazione di una signoria che esso, anzi, cresce, esclusivamente, e ha futuro, avendo a che fare con una dimensione neutra, anonima e indisponibile quale è quella che nomina il termine «Es». L'Es, sul piano dell'esistenza individuale, è il passato, storico e collettivo, che non può mai essere trattato come un semplice già stato, ma che piuttosto orienta e determina il futuro. Esso è un dato fenomenico attraverso il quale si entra nella storicità materiale del singolo. Attraverso di esso diviene sempre più improponibile una comprensione della singolarità come essenza. Cioè come un «essere» dato una volta per tutte. Essere si dimostra piuttosto comprensibile solo come «mondo dipendente». E il «mondo», qui, è la storia materiale e originaria del singolo, fatta di famiglia, lingua, parentele, cultura, religione, costumi, valori, leggi. È il suo Es, pensato come il mondo storico che il singolo non sceglie, ma che orienta fin dall'inizio i suoi giorni, a volte assoggettandolo completamente.



# SAGGI



# LEGGE E GIUSTO MEZZO: LA FILOSOFIA DEL DIRITTO DI MOSÈ MAIMONIDE

Lucia Corso, Cosimo Nicolini Coen

## *Abstract*

In this essay we discuss the philosophy of law of Moses Ben Maimon, dedicating special attention to two issues: the function of the law and the golden middle way of the classic ethical tradition. We argue that the intersection among these two issues lies in the concept of the law as an instrument to temper human excess in order to achieve an ordered society, an ethical life, and a sufficient knowledge of God. Drawing on the philosophical, ethical, and medical writings of the Jewish thinker, we argue that the achievements of good habits and an educated inclination do not make laws irrelevant and superfluous. On the contrary, human beings are required to comply with both intelligible and less intelligible rules, to the extent these rules come directly or indirectly (via interpretation) from God. The revealed law (Torah) as paradigm of limit and moderation emerges as well in Maimonides conception of legal hermeneutics. In this way, we argue that the high moral value represented by the action's attributes of God in Jewish thought is matched by the awareness of the limits of human intellect: it is according to these limits that the Jewish law (Halakha) outlines its rules.

## *Keywords*

Maimonides; Golden middle way; Law, Torah & medicine; Talmud and karaitism; Limit.

Questa Torah assomiglia a due sentieri: uno di fuoco e uno di neve. Deviando da una parte, si perisce nel fuoco, deviando dall'altra si perisce nella neve. Che cosa, dunque, si deve fare? Si proceda nel mezzo, non deviando né da una parte, né dall'altra.

Talmud ger., Chagigà

## 1. Introduzione

Questo saggio intende affrontare la filosofia del diritto del Maestro filosofo ebreo Mosè Maimonide dedicando attenzione a due temi in qualche misura connessi, il tema della moderazione o del giusto mezzo e il tema della funzione della legge. L'originale intreccio fra i due temi fa sì che sebbene il pensatore sostenga una concezione altissima della legge, al tempo stesso religiosa, morale e perfino giuridica, emerge comunque dai suoi scritti una profonda diffidenza non solo nei confronti del vizio e della trasgressione, come è facile aspettarsi, ma anche, ed è qui l'aspetto più interessante, nei confronti dell'eccesso di virtù.

Mosè Maimonide (letteralmente, Mosè figlio di Maimon, in ebraico Moshè ben Maimon), noto più comunemente con l'acronimo di RaMBaM, è il più grande pensatore ebreo medioevale e tutt'ora gode di un'enorme fama, riassunta nel detto: da Mosè [figlio di Amran] a Mosè [figlio di Maimon], nessuno fu grande come Mosè<sup>1</sup>, cosa che dimostra che all'interno della tradizione ebraica il paragone fra Maimonide e Mosè non viene ritenuto fuor di luogo. Il *Perush HaMishnah* (Commento alla Mishnah, 1160-1170), scritto in dieci anni, è uno dei primi tentativi di restituire autorità al testo della Mishnah redatto nel II sec. e.v., mettendo ordine anche fra le innumerevoli interpretazioni a cui il testo era stato soggetto nel corso dei secoli<sup>2</sup>; mentre il *Mishneh Tōrah* (Seconda Legge o Ripetizione della Legge, 1170-1180), un compendio di 14 volumi della *Halakhà* (il corpus normativo ebraico), offre una sistematizzazione di tutto il materiale giuridico sparso nei volumi del Talmud. Ma Maimonide fu anche un fine giurista, un medico dalla solida reputazione e un filosofo. La sua principale opera filosofica, il *Mōreh nēbūkim* (*Guida dei perplessi* 1180-1190ca.) persegue l'obiettivo di conferire una veste di maggiore intellegibilità ai fondamenti dell'ebraismo attraverso la sapienza greca e,

---

<sup>1</sup> M. Kellner, *From Moses to Moses*, in «Rambam Maimonides Medical Journal», I (2010), 2, pp. 1-5.

<sup>2</sup> Per la spiegazione del termine Mishnah si rinvia al § 6.

soprattutto, la filosofia di Aristotele. Come spiega l'autore nell'introduzione, l'opera non si rivolge alle masse o ai principianti nella speculazione, ma a quei pochi che avvertono un senso di smarrimento, i perplessi appunto, per essere, da un lato, saldi nella fede e nell'osservanza e, dall'altro, profondi conoscitori della filosofia e della dialettica<sup>3</sup>.

Si sbaglierebbe tuttavia a ritenere la Guida un'opera filosofica orientata a dimostrare la compatibilità di ragione e fede. Maimonide fu innanzitutto un Maestro ebreo il quale, se da un lato si serve delle speculazioni dello Stagirita (e dei suoi traduttori arabi) per le proprie discussioni metafisiche ed etiche, non esita a smarcarsi da certe affermazioni del filosofo greco qualora contraddicano i fondamenti dell'ebraismo<sup>4</sup>: ad esempio, all'opinione dell'eternità del mondo, Maimonide contrappone il principio alla base del monoteismo della creazione del mondo ex nihilo ad opera di Dio.

Della sua sterminata produzione, prevalentemente in arabo (ma anche in giudeo arabo e in ebraico), e che attraversa vari campi del sapere, dalla logica ai commenti e alla sistematizzazione della legge ebraica, ad opere di medicina, ai pareri giuridico religiosi, la dottrina etica rimane forse la parte più originale, valida e duratura<sup>5</sup>.

Ed è proprio su questo aspetto, e cioè sui fondamenti dell'etica maimonidea, che il saggio intende concentrare la propria attenzione. L'obiettivo degli autori è di riflettere sulla singolarità della proposta etico giuridica di Maimonide nella parte in cui questa innesta la convinzione, tipicamente ebraica, della Torah come fonte prevalente se non esclusiva della normatività, sulla concezione classica dell'etica del giusto mezzo, che ha trovato in Aristotele il suo massimo esponente. Maimonide non si allontana radicalmente dal solco tracciato dai Maestri dell'ebraismo che, in linea con l'insegnamento del libro dei Proverbi e di numerosi Salmi, e di una buona parte della tradizione ebraico ellenistica, nonché

---

<sup>3</sup> M. Maimonide, *La guida dei perplessi*, a cura di M. Zonta, UTET, Torino 2003, (d'ora in avanti la "Guida"), Introduzione, pp. 69-70.

<sup>4</sup> G. Laras, *Prefazione*, in Mosè Maimonide, *Gli Otto Capitoli. La dottrina dell'etica*, Giuntina, Firenze 2001, p. 10 (d'ora in avanti, "Otto Capitoli").

<sup>5</sup> Ivi, p. 11.

di quella del periodo mishnico e di quello talmudico, si caratterizzavano per respingere ogni forma di eccesso, sia verso il male che verso il bene<sup>6</sup>.

Il saggio intende affrontare due temi distinti ma connessi. Il primo riguarda il concetto di *via mediana* o di moderazione, che trova in Maimonide una declinazione peculiare anche rispetto alla trattazione aristotelica a cui l'autore attinge. La Torah, insiste Maimonide, non richiede all'uomo nulla più di quanto non sia conforme alla sua natura e scoraggia pratiche eccessive, come l'ascetismo, la castità, l'eremitaggio, la rinuncia radicale ai beni materiali. Sotto questo profilo, la via mediana di cui parla il Rambam non può essere fatta coincidere con la virtù della temperanza della tradizione paolina<sup>7</sup>. Proprio perché le norme morali non possono prescindere dai tratti caratteriali di chi le deve osservare, importantissime diventano le prescrizioni finalizzate ad orientare la psicologia individuale, ad esempio il controllo degli appetiti, ma anche i tratti squisitamente fisici, come la costanza degli umori corporei, il funzionamento dell'intestino, il battito cardiaco. Ne segue un'originale sovrapposizione fra comandamenti religiosi, norme mirate a modificare i temperamenti ma anche prescrizioni di carattere medico.

Il secondo tema è quello della funzione della Legge. Maimonide presuppone una sostanziale identificazione fra legge morale e legge divina, fra diritto e religione. Ci si potrebbe aspettare che una morale della legge mal si adatti alla morale delle inclinazioni o del carattere. E invece il pensatore ebreo offre un'originale riflessione che fa intrecciare l'interpretazione filosofica e religiosa della *Halakhà* con considerazioni di tipo antropologico e psicologico sui tratti caratteriali dell'essere umano. La concezione della legge non può essere quindi declinata se non a partire da questo connubio<sup>8</sup>.

Vale la pena in chiusura di questa introduzione anticipare cosa esuli dai nostri propositi. Innanzitutto, intendiamo tenerci a distanza dalle dispute interpretative che riguardano la teologia di Maimonide, con la conseguenza

---

<sup>6</sup> Ivi, p. 7.

<sup>7</sup> San Paolo, scrivendo a Tito, dà questo consiglio: «Insegna ai vegliardi ad essere sobrii, onesti, moderati, e a conservarsi puri nella fede, nella carità e nella pazienza» (*Tt* 2,2).

<sup>8</sup> A. Luzzatto, *Il rinnovamento della halakhah in Israele*, in «Studi fatti ricerche», 50 (1990), p. 3.

che, ove vengano trattate, le questioni squisitamente teologiche (ad esempio, sugli attributi di Dio) verranno affrontate attingendo e spesso facendo riferimento ad altri studiosi. Rinunciamo poi a pretese rigorosamente filologiche, anche perché lettori delle opere del pensatore, prevalentemente (seppur non esclusivamente) attraverso le traduzioni italiane ed inglesi.

Da ultimo, sebbene Maimonide sia un autore sul quale la letteratura ebraica sia di gran lunga dominante, il nostro obiettivo non è quello di rivolgerci al pubblico dei dotti del giudaismo. Piuttosto, forse in questo tradendo lo spirito del pensatore ebreo, pensiamo che le sue riflessioni sui comportamenti corretti dell'essere umano, che coinvolgono anche indicazioni di psicologia e di medicina, possano interessare un pubblico più vasto, magari laico, fatto, come noi che scriviamo, da persone che cercano di comprendere il valore della moderazione e del suo rapporto con le norme morali e con il diritto, ma che di certo non si arrogano la pretesa di collocarsi fra coloro che stanno 'saldi nella fede e nell'osservanza', né fra i 'profondi conoscitori della filosofia e della dialettica'.

## 2. Moshe ben Maimon: *un uomo in esilio*

Restituire i principali tratti della vita e delle opere di Maimonide non rileva solo per una preoccupazione di ordine storiografico. A delinearsi, nello sguardo retrospettivo al grande filosofo, codificatore e medico – nato a Cordova nel 1138 e morto a Fustat (Cairo) nel 1204<sup>9</sup> – è piuttosto un costante rimando tra destino personale, a sua volta inscindibile da quello del popolo ebraico, e produzione teoretica ed etico-giuridica. Rapporto tra realtà materiale e speculazione che trova la propria definizione nella

---

<sup>9</sup> M-R Hayoun, *Maimonide ou l'autre Moïse Edition* 2017, Pocket Agora, Paris 2013-2017, p. 69. Dell'opera si trova una traduzione in italiano della prima edizione; tr. it. di S. Salpietro, *Maimonide l'altro Mosè, con un testo di Giuseppe Laras*, JacaBook, Milano 2003. Circa la data della nascita, mentre Hayoun riporta il 1138, lo storico Abitbol nel suo lavoro del 2013 ancora riporta la data del 1135; M. Abitbol, *Histoire des juifs. De la genèse à nos jours*, Perrin, Paris 2013, p. 118; tr. it. di V. Zini, *Storia degli ebrei. Dalle origini ai nostri giorni*, Einaudi, Torino 2015.

condizione dell'esilio: da qui la ricerca di un equilibrio, ove prescrizioni e insegnamenti della Torah divengono percorso di vita e dove, per parafrasare il salmista, «bontà e verità si incontrano»<sup>10</sup>. Per cogliere tali aspetti pare anzitutto necessario mettere in luce quelle diverse matrici culturali che fecero di Maimonide un «prodotto della socio-cultura giudeo-araba»<sup>11</sup>. Matrici che si possono riassumere nel nome al-Andalus, la Spagna di dominazione araba o, secondo l'etimo ebraico, Sefarad. Qui, come noto, la simbiosi arabo-ebraica raggiunse uno dei suoi vertici<sup>12</sup>. Proprio nella Spagna degli Omayyadi (929-1031) era fiorita nel tempo una rigorosa tradizione di scuole talmudiche, che crebbe in prestigio tanto da ledere l'egemonia delle accademie del Vicino Oriente. A questa tradizione si affiancava la rinascita, avviata dalle prime traduzioni dal greco al siriano dei cristiani d'Oriente<sup>13</sup>, della filosofia greca, in particolare di quella neo-aristotelica, filtrata da Al Farabi (il «secondo Maestro», dopo Aristotele) ed Avicenna<sup>14</sup>. Due matrici – gli studi tradizionali e la filosofia – distinte che tuttavia, sulla scorta di quanto avvenuto in ambito mussulmano, non mancheranno anche in quello ebraico di interagire portando a maturazione, nello studio della grammatica e della logica, fino alla metafisica e alla teologia, nuovi orientamenti di pensiero. Alcuni (più rari) volti a mettere in luce l'asimmetria tra ragione e rivelazione; altri a ricercarne momenti di

---

<sup>10</sup> *Salmi*, 85-11, Bibbia ebraica.

<sup>11</sup> Hayoun, *Maimonide*, cit., p. 64.

<sup>12</sup> M. Abitbol, *Histoire des juifs*, cit., pp. 111-138.

<sup>13</sup> C. Martini Bonadeo, *La filosofia dell'Islam*, in U. Eco (a cura di), *La filosofia e le sue storie*, Laterza, Bari 2014, p. 424.

<sup>14</sup> Cfr., Hayoun, *Maimonide*, cit., p. 58. Per una ricostruzione sintetica, C. Martini Bonadeo, *La filosofia dell'Islam*, e R. Fedriga, *la filosofia degli ebrei*, in U. Eco (a cura di), *La filosofia e le sue storie*, cit., pp. 424-444. La letteratura sulle influenze della filosofia islamica sull'opera di Maimonide è ampia: cfr. S. Harvey, *Alghazali and Maimonides and their Books of Knowledge*, in J.M. Harris (a cura di), *Be'erot Yitzhak: Studies in Memory of Isadore Twersky*, Harvard University Press, Cambridge 2005, pp. 99-117; S. Stroumsa, *Maimonides in His World: Portrait of a Mediterranean Thinker*, Princeton University Press, Princeton-Oxford 2009; cfr. anche S. Pines (tr.), *Moses Maimonides, The Guide of the Perplexed*, University of Chicago Press, Chicago 1963, *Introduction*, lvii-cxxxiv.

sintesi – come tentato da Sa’adia Gaon (882-946), a capo dell’Accademia talmudica di Sura (attuale Iraq) ed esponente del razionalismo ebraico. Il fertile confronto tra ragione e rivelazione, inizialmente sorto nel Vicino Oriente dell’Impero abbaside, divenne, così, caratteristica della Spagna araba. Tuttavia, con l’arrivo al potere degli Almohadi (1147), fautori di un Islam integrale, quella che era stata la grande tradizione sefardita di studi talmudici e filosofici, venne irreversibilmente meno. Fu proprio a questa tradizione, o alla sua eredità, cui Maimonide sempre guardò, in quella «nostalgie de la sagesse»<sup>15</sup>, che lo accompagnerà lungo il corso delle sue peregrinazioni. Gli almohadi, infatti, posero le locali popolazioni ebraiche e cristiane di fronte alla scelta della conversione o della morte. La famiglia dei Maimon si diede dunque alla fuga, dapprima all’interno dell’Andalusia (1147-1160 circa), quindi in Marocco, a Fez. Fu a Fez, tra il 1160-1165, che Maimonide approfondirà i suoi studi in teologia islamica, medicina e Talmud<sup>16</sup>. Il giovane Maimonide aveva già messo a punto un sunto di lessico logico-aristotelico (1151), un lavoro sul calendario (*Mamar HaIbbur*, 1158), e aveva iniziato a mettere mano a quello che diventerà il suo Commento alla Mishnà.

Pochi anni dopo aver composto la *Iggeret HaShmad* (*Lettera sull’apostasia*, 1162), Maimonide dovette assistere al martirio del suo maestro di Talmud, che rifiutò la conversione all’Islam, nel 1165. A seguito del nuovo inasprirsi delle persecuzioni, la famiglia Maimom si imbarcò verso la terra di Israele. Sbarcarono ad Acco, nel 1165<sup>17</sup> ma decisero presto di recarsi in Egitto – ad Alessandria. Sarà poi a Fustat, nei pressi del Cairo, che Maimonide si dedicherà alle opere che lo resero celebre, nel mondo ebraico e non solo: il suo grande codice, il *Mishné Torah* (ultimato nel 1180 e preceduto dal *Sefer HaMizwot*, nel 1170), e la *Guida dei perplessi* (1190). In Egitto, pur essendosi pienamente integrato, quale punto di riferimento della comunità ebraica, e come stimato me-

---

<sup>15</sup> G. Roux, *Maimonide ou la nostalgie de la sagesse*, Editions Points, Paris 2017.

<sup>16</sup> Hayoun, *Maimonide*, cit., pp. 83-84.

<sup>17</sup> Ivi, pp. 85-86.

dico di corte, Maimonide continuò a firmarsi «lo spagnolo»<sup>18</sup>. A percepirsi, dunque, come un uomo in esilio.

Maimonide sapeva bene, avendo vissuto le persecuzioni islamiche in al-Andalus e in Marocco, che senza una condizione politica stabile, ma al contempo vivibile per la minoranza ebraica, non vi può essere osservanza dei precetti, della legge (cfr., *Lettera allo Yemen*, 1772)<sup>19</sup>. Si può dunque aderire all'ipotesi che sia stata proprio la condizione dell'esilio a spingere Maimonide all'opera di codificazione, iniziata con il *Commento alla Mishnah* e culminata con il *Mishné Torah*<sup>20</sup>. E si può forse anche formulare la congettura che la dimensione dell'esilio, condizione che richiede spesso sopportazione, umiltà e specialmente capacità di mediazione e compromesso, abbia potuto altresì influire sulla centralità assegnata nel suo corpus di scritti alla moderazione e dunque alla rivisitazione, alla luce della tradizione mishnica e talmudica, del principio regolatore cardine dell'etica aristotelica, il giusto mezzo.

### 3. La via giusta è la via mediana

Le riflessioni di Maimonide sui comportamenti che il giusto deve seguire sono sparse all'interno del suo vasto corpus di scritti<sup>21</sup>. Di particolare rilievo sono le seguenti opere: i cosiddetti *Otto Capitoli* (*Shemoneh Perakim*), una trattazione suddivisa in otto capitoli che fa da introduzione al commento sul *Pirkè Avot* all'interno del *Commento alla Mishnah*; le *Norme di vita morale* (*Hilchoth De'oth*, 1170-1180),

---

<sup>18</sup> Ivi, pp. 172-173; cfr anche, p.e. H. Le Porrier, *Le médecin de Cordoue*, Editions du Seuil, Paris 1974, p. 284.

<sup>19</sup> M. Maimonides, *The Epistle to Yemen*, in D. Hartman (a cura di), *Epistles of Maimonides. Crisis and Leadership*, The Jewish Publication Society of America, 2009, pp. 93-131 (d'ora in avanti "Epistle to Yemen").

<sup>20</sup> M. Halbertal, *Maimonides. Life and Thoughts*, Princeton University Press, 2015, p. 23; G. Roux, *Maimonide ou de la nostalgie de la sagesse*, cit.

<sup>21</sup> Per una raccolta degli scritti morali, cfr. Moses Ben Maimon, *The Ethical Writings of Maimonides*, Raymond L. Weiss with Charles L. Butterworth (Eds.), Dover Publications, Inc., New York 1975.

contenute nel terzo capitolo del Primo Libro del *Mishneh Torah*; il *Libro dei Precetti* (*Sefer ha-Mitzvot*), scritto poco prima della redazione del *Mishneh Torah* e contenente i 613 comandamenti prescritti dalla Torah; la *Guida alla Salute* (*Hanhagath Ha-Beriuth*, 1198)<sup>22</sup>, alcune lettere indirizzate ai capi delle comunità ebraiche sparse per il mondo<sup>23</sup> e alcuni brani contenuti prevalentemente nella parte III della *Guida per il perplessi*.

Nelle *Norme di vita morale* (*Hilkhot de'oth*)<sup>24</sup>, dopo avere elencato undici comandamenti<sup>25</sup> del giudaismo a cui gli ideali etici sono ispirati, il pensatore di Cordova passa in rassegna i temperamenti e i caratteri degli uomini e afferma che «[l]a via giusta è la via mediana, che passa fra i due estremi opposti, propri di ciascuna disposizione dell'anima»<sup>26</sup>. Se dunque, c'è chi è irascibile e chi insensibile, chi si rallegra e chi si affligge, chi è taccagno e chi è prodigo, chi è crudele e chi è misericordioso, chi è pavido e chi è coraggioso, e così via<sup>27</sup>, la via mediana è la scelta fra gli estremi. Maimonide segue Aristotele anche nei suggerimenti per correggere un temperamento che tenda verso un estremo e che consistono innanzitutto nell'introspezione e, poi, nell'esercizio.

Il primo atto è quello, dunque, di scoprire la propria indole che può essere naturale ovvero acquisita<sup>28</sup>: «l'uomo sapiente deve control-

---

<sup>22</sup> G. Laras, M. Tedeschi, *Maimonide un percorso verso il benessere*, Muzzio Editore, Monte San Pietro 2010.

<sup>23</sup> D. Hartman (Eds.), *Epistles of Maimonides. Crisis and leadership*, The Jewish Publication Society, Philadelphia and Jerusalem 1993.

<sup>24</sup> M. Maimonide, *Norme di vita morale*, a cura di M. Giuliani, Giuntina, Firenze 2018 (d'ora in poi "Norme di vita morale").

<sup>25</sup> Eccoli: 1. Imitare le vie di Dio; 2. Associarsi a coloro che Lo conoscono; 3. Amare il prossimo; 4. Amare gli stranieri; 5. Non provare sentimenti di odio verso i fratelli; 6. Corregarli [quando sbagliano]; 7. Non svergognare nessuno in pubblico; 8. Non affliggere quanti sono [già] infelici; 9. Non spargere maldicenze; 10. Non perseguire vendetta; 11. Non serbare rancore, *Ibidem*, Introduzione, p. 43.

<sup>26</sup> *Norme di vita morale*, I, 4.7.

<sup>27</sup> Ivi, I, 1.

<sup>28</sup> *Otto capitoli*, IV, p. 65.

lare sempre i suoi atteggiamenti, soppesare le sue azioni ed esaminare quotidianamente le inclinazioni della sua anima»<sup>29</sup>. Questo implica che il sapiente riconosca i propri limiti perché, come aveva già affermato Aristotele, «è impossibile trovare un uomo, naturalmente dotato di tutte le virtù etiche e intellettive»<sup>30</sup>. Maimonide cita anche Salomone: «non esiste uomo giusto sulla terra che faccia sempre il bene, senza mai peccare»<sup>31</sup>.

Vi è una curiosa similitudine fra medicina e norme di vita morale<sup>32</sup>, sia per quel che concerne la diagnosi che per quel che riguarda la cura: «Gli ammalati del corpo sentono l'amaro dolce e il dolce amaro. [...] Tutto in ragione della gravità della malattia. Allo stesso modo ci sono uomini malati nell'anima che desiderano e amano i cattivi comportamenti e detestano la vita buona, non attivandosi verso essa, in quanto questa appare loro troppo pesante. E tutto in ragione della loro malattia»<sup>33</sup>. Tenersi in buona salute diventa dunque un principio morale perché «non si può comprendere e conoscere alcunché se si è malati»<sup>34</sup>.

Quanto all'esercizio, l'uomo che abbia preso atto del proprio temperamento, deve porre in essere azioni proprie del temperamento opposto. Ad esempio, l'uomo irascibile deve esercitarsi ad esporsi alle offese

---

<sup>29</sup> *Otto capitoli*, IV.

<sup>30</sup> Aristotele, *Etica Nicomachea*, VII, I; Saadia Ga'ón, *Sèfer ha - Emunoth ve - ha - de'oth* V, 2-3.

<sup>31</sup> Re, 8,46 e Qo 7,20, *Otto capitoli*, IV: «Di conseguenza i maestri più antichi hanno raccomandato che l'essere umano valuti sempre le proprie attitudini e qualità, ne calcoli la rettitudine e le orienti verso il giusto mezzo, al fine di godere di piena salute. [...] Inoltre, non dovrebbe occuparsi di affari se non di quelli che gli sono necessari per i bisogni della vita quotidiana, come dice il salmista: 'Il poco di cui il giusto ha bisogno è cosa buona' (Salmi 37, 16). Non dovrebbe stringere la sua mano [nell'avarizia] né sperperare il suo denaro. [...] E non sia eccessivamente gaio e ridente né eccessivamente triste o appesantito, ma piuttosto stia sobriamente sobriamente contento ogni giorno facendo a tutti buona accoglienza».

<sup>32</sup> I. England, *The Example of Medicine in Law and Equity - On a Methodological Analogy in Classical and Jewish Thought*, in «Oxford Journal of Legal Studies» 5 (1985), 2, pp. 238-247.

<sup>33</sup> *Norme di vita morale*, cap. II, alef, 53.

<sup>34</sup> Ivi, cap. IV, alef, 65.

e al disprezzo altrui senza reagire; allo stesso modo l'uomo troppo parsimonioso deve sforzarsi di fare prestito e fare beneficenza più di quanto non sia necessario<sup>35</sup>. Colui che eccede nel cibo deve mangiare molto poco e chi indugia eccessivamente nei piaceri della carne deve praticare forme di astinenza temporanea<sup>36</sup>.

Tali pratiche compensative, tuttavia, hanno una durata limitata e sono orientate a stabilire un equilibrio. Maimonide mette perciò in guardia dalla tentazione di tendere verso il polo opposto a quello chiaramente negativo, ritenendolo il fine della propria azione morale. Ecco cosa scrive, verosimilmente in polemica con i cristiani:

«Qualcuno potrebbe dire: 'Dal momento che l'invidia, la lussuria e tutti i vizi ad essi analoghi costituiscono comportamenti sbagliati e rovinano la vita umana, me ne terrò a molta distanza e mi rifugerò al polo che è loro opposto'. [Ciò significa vivere] senza mangiare carne e senza bere vino, senza sposarsi e senza abitare in una casa confortevole, e non vestirsi in modo elegante ma solo con tela di sacco e ruvida lana, o cose simili, come usano i monaci di Edom [ossia della cristianità]. Anche tale scelta è un comportamento sbagliato ed è proibito inoltrarsi in questa strada. Colui che la pratica è considerato un peccatore. [...] Pertanto, i sapienti hanno raccomandato che l'uomo non si astenga se non da quelle cose che la Torà ci ha proibito: nessuno deve vietare a sé stesso, attraverso voti e giuramenti, quelle cose che la Torà ci ha permesso. [...] In questa regola generale sono inclusi quanti praticano frequenti digiuni: costoro non seguono la via retta e buona. I maestri hanno vietato di mortificare sé stessi attraverso la pratica del digiuno. Su tutta questa materia e su casi analoghi, Salomone dice: 'Non essere giusto all'eccesso né troppo saggio: perché vuoi rendere miserabile la tua esistenza?'» (Qohelet 7,16)<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Ivi, I, 3.

<sup>36</sup> L'attenzione all'alimentazione è ribadita nella *Guida alla Salute*, in Laras e Tedeschi, *Maimonide, Un percorso verso il benessere*, cit., (d'ora in avanti, *Guida alla Salute*), capp. 1, 6, p. 100. Sul tema cfr. anche: M. Zonta, *Un interprete ebreo della filosofia di Galeno*, Zamorani, Torino, 1995.

<sup>37</sup> Ivi, III, 1.

Stesse considerazioni erano state espresse negli Otto Capitoli qualche decennio prima. Di fronte alle regole eccessive che l'uomo virtuoso si autoimpone, Maimonide aveva citato il Talmud, nono capitolo di *Nedarim*: «Rav Idi, a nome di Rabbi Izchak, diceva: non ti basta quello che già la Torah ti ha proibito, che vai proibendoti altre cose?»<sup>38</sup>. Solo per ragioni terapeutiche o per controbilanciare l'estremo opposto è legittimo abbandonare la via mediana. Ma si tratta di discostamenti temporanei e finalizzati a ritornare al giusto mezzo. Commentando il Salmo che recita «a chi prende la via diritta farò brillare la salvezza di Dio»<sup>39</sup>, Maimonide offre la seguente spiegazione: «Non leggere 'chi prende' ma 'chi pondera', e ponderazione significa *misura e senso critico*»<sup>40</sup>.

La strada retta consiste dunque nella qualità intermedia che sta in mezzo ai comportamenti estremi che l'uomo può adottare. Si tratta di una qualità che si trova appunto equamente lontana dai due poli che si contrappongono, o almeno che non è vicina a nessuno dei due<sup>41</sup>. L'equilibrio presuppone anche regolarità: «Le abitudini e la regolarità rappresentano un principio fondamentale per il mantenimento della salute e la cura delle malattie»<sup>42</sup>.

Maimonide sembra concedere la possibilità di eccesso di umiltà, predicata dagli *zadikim*, coloro che nella tradizione ebraica sono considerati particolarmente più *risanti*. L'umiltà, tuttavia, è la sola virtù di cui è consentita la sovrabbondanza, che però non va generalizzata ma limitata soltanto ad una ristretta categoria di individui<sup>43</sup>.

---

<sup>38</sup> *Otto Capitoli*, IV.

<sup>39</sup> *Sal*, 50,23.

<sup>40</sup> *Otto Capitoli*, IV.

<sup>41</sup> *Norme di vita morale*, I, 4.

<sup>42</sup> *Guida alla Salute*, cap. IV, 15,149.

<sup>43</sup> Maimonide distingue fra il sapiente e il devoto. Si guardi al seguente passo delle *Norme di Vita Morale*: «Lo stesso criterio si applichi a tutte le altre disposizioni. Questa è la via dei maestri: chiunque coltivi queste disposizioni intermedie – che stanno nel giusto mezzo tra gli estremi – merita il nome di sapiente. 6 HE [5] Colui che è più esigente con sé stesso e si allontana un poco dall'atteggiamento intermedio, da un lato o dall'altro, merita il nome di *chassid*, di uomo devoto» (*Devarim/Dt* 28,9).

Il Maestro sembra infine risolvere la contraddizione fra l'etica delle inclinazioni, propria del mondo classico, e l'etica del dovere che invece è stata spesso al centro della tradizione ebraica<sup>44</sup> aderendo alla tesi aristotelica che colloca la virtù nell'indole e nel carattere. Si fa, tuttavia, carico anche dell'opinione contraria presente nella tradizione rabbinica, secondo cui colui che è tentato dal male ma vi resiste è più grande di colui che non combatte alcuna battaglia. Con l'abilità propria del fine interprete della legge e dell'astuto giurista, Maimonide prova a conciliare le due distinte tradizioni spiegando che qualora la trasgressione riguardi le azioni ritenute malvagie dalla generalità degli uomini e le cui fonti normative risiedono nei cosiddetti *mishpatim*, quali ad esempio l'omicidio, il furto, il ricambiare il male verso i benefattori, allora sono le inclinazioni che contano. Sarebbe infatti contrario ad ogni logica ritenere virtuoso colui che riesce a frenare il proprio impulso omicida. Al contrario, quando il comportamento è richiesto non da precetti noti alla generalità degli uomini, ma attiene ai cosiddetti precetti «uditivi» o *chukkim*, e dunque riguarda azioni che se non fossero proibite dalla Torah non sarebbero malvagie, come ad esempio il divieto di mischiare latte e carne o di indossare vesti costituite da materiali diversi, allora vale esattamente il contrario. Più virtuoso è non colui che per indole (magari per gusto) aderisce al precetto, ma colui che pur essendo spinto dal desiderio di trasgredire, esercita un controllo su sé stesso. Risuona l'eco dell'insegnamento rabbinico secondo cui un uomo è tanto più grande di un altro, quanto più forte è in lui l'istinto<sup>45</sup>. È proprio per questo, spiega Maimonide, che l'uomo deve permettere a sé stesso di desiderare tali azioni e che non deve considerare altro motivo di impedimento, che non sia la Torah<sup>46</sup>. Questa spiegazione, distante anni luce dai tentativi

---

<sup>44</sup> J. Jacobs, *Law, Reasons, and Morality in Medieval Jewish Philosophy*, Saadia Gaon, Baya ibn Pakuds, and Moses Maimonides, Oxford University Press, Oxford and New York, 2011, pp. 155 e ss, pp. 186 e ss.

<sup>45</sup> M. Halbertal, *Maimonides. Life and Thoughts*, cit., pp. 152-153; Otto Capitoli, cit., pp. 83-84.

<sup>46</sup> Otto Capitoli, cit., p. 85.

di giustificazione della legge divina dei teologici cristiani medioevali, ci porta dunque a riflettere sul significato e la funzione della legge che in alcuni casi va obbedita solo perché così richiesto dalle Scritture.

#### 4. Legge, ragione e limite

Maimonide è un Maestro della tradizione prima ancora che un filosofo e le sue discussioni sulla legge non possono prescindere da questo dato. Non gli occorre spiegare la necessità della legge poiché gli basta partire dalla sua esistenza<sup>47</sup>. La legge è innanzitutto legge divina, data e rivelata agli uomini per volere di Dio, complessivamente chiara nel contenuto (a meno che Dio stesso non abbia utilizzato un linguaggio difficilmente accessibile ai più); e il ruolo degli uomini nel definirne i contorni ha al più natura interpretativa. A differenza della tradizione giusnaturalista medioevale che troverà la massima espressione in Tommaso d'Aquino, non esiste una reale distinzione fra la legge come concetto e la legge come atto di comando e come contenuto di tale atto. Se in Tommaso «la legge è una regola o una misura dell'agire in quanto uno viene spinto all'azione o viene stornato da essa» (I-II, 90,1), per Maimonide la legge non è un meccanismo per testare, e magari mettere alla prova, la ragione umana, né una norma generalissima (evita il male, e fai il bene), le cui espressioni concrete sono formulate dalla ragione umana e che comunque finirà con l'essere interiorizzata, ma il vincolo esterno che segna il limite stesso dell'uomo e allo stesso tempo ne definisce l'essenza. Se Tommaso parlerà di legge avendo in mente in prevalenza la legge uma-

---

<sup>47</sup> Scrive Leo Strauss: «a differenza della scolastica Cristiana, la filosofia giudaica medievale si sviluppò nel contesto di una rivelazione divina che assunse la forma della legge piuttosto che quella del dogma o della fede. Tale legge, come ogni lettore del Pentateuco può osservare, mira alla prescrizione e alla regolamentazione, fin nei minimi dettagli, della condotta e delle credenze di un'intera comunità», cfr. L. Strauss & J. Cropsey: *Storia della filosofia politica*, Il Melangolo, Milano 1993, p. 362; cfr. anche L. Strauss, *Philosophy and Law. Contributions to the Understanding of Maimonides and His Predecessors*, SUNY Press, Albany 1995.

na, per Maimonide la legge, spesso identificata con la parola Torah o Sharia, è innanzitutto di Dio ed è dunque tendenzialmente immutabile e inequivocabilmente dettata all'uomo dall'alto<sup>48</sup>.

Sarebbe però scorretto ritenere Maimonide scettico sul ruolo della ragione umana. Nota è la polemica nei confronti del contemporaneo Yehuda HaLevi, il quale aveva sostenuto nell'*HaKuzari* la superiorità della fede rispetto alla ragione e aveva di conseguenza negato ogni possibilità di lettura allegorica della Torah. Ma Maimonide si spinge più in là. Ad esempio, si premura di riconoscere la razionalità alle prescrizioni divine perché altrimenti si dovrebbe presumere un Dio irrazionale e frivolo<sup>49</sup>. Nel tracciare una distinzione fra *mishpatim*, regole note all'universalità degli uomini, e *chukkim*, imposizioni vincolanti solo perché contenute nella Torah, Maimonide sembra concedere che alcune prescrizioni – i *mishpatim* appunto – esistono a prescindere dal comando divino cosicché, come dicevano i saggi, anche se non fossero state scritte, avrebbero comunque meritato di essere scritte<sup>50</sup>. Hermann Cohen, il quale individua in Maimonide l'iniziatore del razionalismo ebraico culminato nell'Haskalà (l'Illuminismo ebraico)<sup>51</sup>, ha proprio in mente il Maestro medioevale quando descrive l'ebraismo come la veritiera «religione della ragione»<sup>52</sup>.

E in effetti la diffidenza di Maimonide nei confronti del misticismo e di quello che l'autore definiva l'eccesso della facoltà immaginativa è desumibile non solo dalle interpretazioni allegoriche che offre della creazione e della visione del carro di Ezechiele contenute nella Guida<sup>53</sup>, ma anche dai toni asciutti e vigili con cui descrive l'essenza del profetismo e l'avvento del Mes-

---

<sup>48</sup> F. Viola, *Aquinas (Natural Law)*, in M. Sellers, S. Kirste (eds.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Springer, 2019.

<sup>49</sup> *Guida*, III Parte, cap. XXVI, p. 610.

<sup>50</sup> M. Maimonide, *Otto Capitoli. La dottrina etica*, a cura di G. Laras, Giuntina, Firenze 2001 (d'ora in avanti, "Gli Otto Capitoli"), cap. VI, p. 85; cfr. anche *Talmud bab*, *Yomà* 67b.

<sup>51</sup> Abitbol, *Histoire des juifs*, cit., pp. 423 e ss.

<sup>52</sup> H. Cohen, *The Ethics of Maimonides*, University of Wisconsin Press, 2019, p. 36.

<sup>53</sup> *Guida*, Parte III, capp. 1-7, pp. 509-525.

sia<sup>54</sup>. Anche con riferimento ad Abramo, Maimonide segnala l'importanza dello studio e dell'insegnamento nel progresso spirituale del patriarca, ridimensionando al contrario il ruolo del miracolo e financo della rivelazione<sup>55</sup>.

Come ricorda Laras, però, Maimonide è razionalista «solo in apparenza»<sup>56</sup>. Più volte nel corso dei suoi scritti prende le distanze dall'insegnamento dei Mutakallimum, e cioè dei filosofi/teologi che aderiscono alla scuola del Kalam islamico, secondo cui la legge può essere conosciuta indipendentemente dalla rivelazione<sup>57</sup> e piuttosto segnala la limitatezza dell'intelletto umano a cui, con riferimento ad alcuni enti e cose, la percezione è preclusa<sup>58</sup>. E questo vale per la metafisica molto più che per la fisica e la matematica<sup>59</sup>. Maimonide attribuisce ad alcuni difetti caratteriali – morali, perfino – dell'uomo l'incapacità intellettuale. Ed ecco che ritorna il Maestro della legge e della moderazione a prevalere sul filosofo. L'errore nella speculazione è spesso il frutto dell'ambizione di primeggiare sugli altri<sup>60</sup>, ovvero è il risultato di una sorta di pigrizia mentale che ci induce a non mettere in discussione ciò a cui siamo abituati<sup>61</sup>; ma è il più delle volte la conseguenza di un eccesso di tracotanza che spinge a dimenticare i propri limiti. Facendo propria la metafora contenuta nei *Proverbi*<sup>62</sup> che assimila il cibo alla conoscenza, Maimonide mette in guardia dall'ingordigia in entrambi i campi: come l'eccesso di miele porta alla saturazione e perfino al vomito, così l'eccesso di studio e conoscenza produce l'effetto opposto a quello desiderato. Si deve dunque procedere verso la casa

---

<sup>54</sup> Ivi, II, cap. XXXII, p. 444.

<sup>55</sup> *Laws concerning idolatry*, 1:3; *Halbertal*, cit., p. 213.

<sup>56</sup> G. Laras, *Il pensiero filosofico di Mosè Maimonide*, Carucci editore, Roma 1985, p. 24.

<sup>57</sup> *Guida*, I, cap. LXXI, p. 251.

<sup>58</sup> Ivi, Parte I, cap. XXXI, 44, 1, p. 136.

<sup>59</sup> Ivi, 44,25, p. 138.

<sup>60</sup> Ivi, 44,30, p. 138.

<sup>61</sup> Ivi, 45,10, p. 138.

<sup>62</sup> 25,16: «Hai trovato miele? Mangiane quanto ne basta, altrimenti te ne ingozzerai e lo vomiterai».

di Dio guardando il proprio piede<sup>63</sup>, e dunque con atteggiamento di umiltà e moderazione. Ovvero, riprendendo l'insegnamento dei sapienti: «Non [si deve] cercare ciò che è troppo meraviglioso per te, e non studiare ciò che ti è coperto; studia ciò che ti è permesso e non occuparti di cose meravigliose»<sup>64</sup>.

Naturalmente, avvisa Maimonide, la cautela nei confronti dell'eccesso di sapienza non può essere utilizzata come alibi per ostruire la porta alla speculazione, come spesso fanno gli ignoranti<sup>65</sup>, ma serve solo per ricordare il limite entro il quale l'intelletto umano deve fermarsi<sup>66</sup>.

Si comprende dunque come il tema dell'obbedienza alla legge si intrecci al principio morale della moderazione. La legge, del cui contenuto talvolta si può speculare con la ragione, rimane tuttavia fondamentale lo strumento che ricorda all'uomo la sua natura limitata. Non è un principio di coordinazione delle azioni umane e si può speculare che se anche ci fosse un solo uomo sulla terra la legge rimarrebbe necessaria. Si spiega così l'importanza assegnata ai *chukkim* e alle regole la cui osservanza scandiscono la giornata dell'uomo morale: norme che quando rivolte solo al popolo ebraico stanno ad indicare che la scelta di Dio per il suo popolo, e dunque l'elezione, risulta in un aggravio di responsabilità per il beneficiario. Questo vale anche per l'utilizzo dell'intelletto.

Come ci racconta Maimonide, fra i quattro saggi che discettevano dell'importanza della conoscenza, fu Rabbi Akiva il solo a entrare «in pace» nel *Pardes*, e a uscire «in pace», mentre gli altri Maestri sarebbero caduti nell'abiura o nella pazzia. E ciò è dovuto alla capacità di Rabbi Akiva a saper riconoscere i propri limiti.

Non è un caso che Maimonide, anche dopo aver illustrato la differenza fra *mishpatim* e *chukkim*, insiste nel negare una gerarchia fra principi e norme a seconda della loro importanza. Anzi, l'idea fondamentale della

---

<sup>63</sup> Ecclesiaste 4,17.

<sup>64</sup> *Guida*, Parte I, cap. XXXII, 47,1, p. 141.

<sup>65</sup> *Guida*, Parte I, cap. XXXII, 47,15, p. 141.

<sup>66</sup> *Ibidem*.

pari validità e status di ogni prescrizione della Torah e di ogni passaggio delle Scritture<sup>67</sup> sembra indiscutibile. Parimenti, dopo aver riconosciuto l'universalità delle leggi noachidi, Maimonide si precipita ad aggiungere che i non ebrei che osservano le sette *mitzwot* che Dio ha comandato a Noè e ai suoi discendenti devono essere considerati *me-chasidè umot 'olam*, e dunque 'giusti fra le nazioni', solo ad una condizione: e cioè solo e soltanto nella misura in cui accettino queste leggi perché sono state dettate da Dio e non perché conclusioni dell'intelletto (*mipnè ha-kara' ha-de'ot*)<sup>68</sup>.

Si comprende dunque l'invito alla moderazione e alla cautela rivolto anche a chi voglia comunque avventurarsi negli abissi della metafisica: «all'uomo è inaccessibile la mente di Dio, il modo in cui Dio conosce», perché «I miei pensieri non sono i vostri pensieri, le vostre vie non sono le Mie vie, Is. 45,8»<sup>69</sup>.

## 5. La legge umana vale poco: caratteristiche della Legge e sue funzioni

Nel capitolo 14 del *Trattato sulla Logica (Millot ha-higgayon)*, Maimonide colloca all'interno della scienza della politica l'arte del governo sulle genti e sulle nazioni. Tuttavia, dopo aver menzionato i testi di filosofia politica del passato che illustravano le caratteristiche dei *nomoi* e la finalità del governo, conclude che questi insegnamenti sono inutili per gli ebrei, perché per costoro sono le leggi divine che guidano la condotta umana. Non ne deriva tuttavia la sostanziale inutilità della scienza po-

---

<sup>67</sup> *Mishneh Torah, Hilkhoth Teshuvah* 9: 1, consultabile online (in ebraico e in inglese): [https://www.sefaria.org/Mishneh\\_Torah%2C\\_Repentance.9.1?lang=en&with=all&lang2=en](https://www.sefaria.org/Mishneh_Torah%2C_Repentance.9.1?lang=en&with=all&lang2=en). Per ed. it., cfr. M. Maimonide, *Ritorno a Dio Norme sulla Teshuvà*, a cura di R. Levi, Giuntina, Firenze 2004.

<sup>68</sup> *Hilkhot melakhim* 8, 10-11, consultabile online (in ebraico e in inglese): [https://www.sefaria.org/Mishneh\\_Torah%2C\\_Repentance.9.1?lang=en&with=all&lang2=en](https://www.sefaria.org/Mishneh_Torah%2C_Repentance.9.1?lang=en&with=all&lang2=en). Per ed. it., cfr. M. Maimonide, *Ritorno a Dio Norme sulla Teshuvà*, a cura di R. Levi, Giuntina, Firenze 2004.

<sup>69</sup> *Omniscienza e libertà – Mishnè – Torà, Trattati sulla Penitenza*, V, 5.

litica per il popolo di Israele, quanto piuttosto l'imperativo a leggere la Torah come il testo fondamentale sulla politica e sul diritto<sup>70</sup>.

La *Guida* non è parca di indicazioni sulla funzione della legge. Ancora una volta riteniamo che l'interpretazione a cogliere nella legge un meccanismo di moderazione rimanga confermata anche nei passi contenuti nella *Guida*. La legge è preordinata a fare raggiungere sia il benessere dell'anima che il benessere del corpo<sup>71</sup>. Il benessere dell'anima presuppone la correttezza delle opinioni riguardo a Dio. Maimonide precisa che standard di conoscenza diversi sono richiesti al volgo e ai sapienti, perché l'acquisizione delle opinioni corrette è calibrata sulle capacità e possibilità di ciascuno<sup>72</sup>. Il benessere del corpo attiene invece a ciò che noi propriamente chiamiamo diritto. Spiega Maimonide che esso può essere raggiunto solo attraverso la correzione delle condizioni in cui gli uomini vivono gli uni con gli altri e più precisamente in due modi: con l'eliminazione dei torti reciproci, «ossia il fatto che ad ogni individuo non sia permesso di compiere la propria volontà o ciò a cui arriva la sua capacità, ma egli sia costretto a fare ciò che è utile per la comunità» e con «l'acquisizione da parte degli individui di costumi utili alla comunità, così che la città sia ordinata»<sup>73</sup>.

Se però per Aristotele la partecipazione alla vita politica della comunità costituisce già una gratificazione in sé stessa, Maimonide spiega che il benessere del corpo precede solo cronologicamente ma non assiologicamente il benessere dell'anima<sup>74</sup>. Tutto è funzionale a questo secondo scopo perché «l'uomo non può concepire un intellegibile [...], quando ha un dolore, o è molto affamato, o assetato, o accaldato o ha molto freddo»<sup>75</sup>.

---

<sup>70</sup> L. Strauss, *Maimonides' Statement On Political Science*, in «Proceedings of the American Academy for Jewish Research», XXII (1953), pp. 115-130.

<sup>71</sup> *Guida*, Parte III, cap. XXVII, p. 614.

<sup>72</sup> Ivi, p. 614.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> Ivi, p. 615.

<sup>75</sup> *Ibidem*.

Poiché Dio è il vero legislatore rimane poco spazio per la legge umana. La ragione fondamentale della legge umana discende «dalla complessità della specie dell'uomo, dove grandi sono le diversità fra i suoi individui, al punto che non trovi due [...] che concordino per carattere, benché concordino nelle forme esteriori»<sup>76</sup>. Infatti, spiega Maimonide, data la diversità dei temperamenti umani, così che esistono persone violente e persone miti, persone pigre e persone attivissime, occorre un governante che controlli le azioni degli uomini, ne perfezioni le manchevolezze e ne riduca gli eccessi, e stabilisca azioni e costumi cui tutti gli uomini si atten-gano sempre secondo lo stesso uso, così che la loro naturale diversità resti celata dietro l'ampia concordia fissata dalla convenzione e la società risulti ben ordinata<sup>77</sup>. Perciò la legge umana, «anche se non è naturale, viene fatta rientrare fra le cose naturali». Essa è il frutto della sapienza divina, giacché Dio che ne ha voluto l'esistenza, «al fine della sopravvivenza di questa specie, ha dotato alcuni individui della capacità di governo»<sup>78</sup>.

Basta leggere qualche rigo sotto quelli appena citati per rendersi conto, però, che il vero compito del legislatore è di recepire, attraverso la rivelazione e cioè «in visione o in sogno»<sup>79</sup>, la legge di Dio, perché «se non ci fosse un profeta, non ci sarebbe una Legge»<sup>80</sup>. Viene presentata infatti una distinzione fra tre tipi di legislatori. I primi si professano autori della legge ma si limitano a regolare i rapporti civili senza alcuna pretesa di imporre le giuste credenze. Su costoro Maimonide non spende che poche parole, ritenendoli probabilmente già incapaci di rivendi-

---

<sup>76</sup> Ivi, II, cap. XL, 468.

<sup>77</sup> Ivi, 468. Sul rapporto fra la filosofia di Maimonide ed il giusnaturalismo medioevale, cfr. J.E. David, Maimonides, *Nature and Natural Law*, in «Journal of Law, Philosophy and Culture», 1 voll., 1 (2010), pp. 67-82; cfr. anche M. Levine, *The Role of Reason in the Ethics of Maimonides: Or, Why Maimonides Could Have Had a Doctrine of Natural Law Even if He Did Not*, in «The Journal of Religious Ethics», 14(2) (1986), pp. 279-295. Sul tema cfr. anche: D. Novack, *Natural Law in Judaism*, Cambridge University Press, Cambridge 1998.

<sup>78</sup> *Guida*, Parte II, cap. XL, p. 469.

<sup>79</sup> Ivi, Parte II, cap. XLIV, p. 482.

<sup>80</sup> Ivi, Parte III, cap. XLV, p. 690.

care autorità legittima proprio in virtù dell'origine esclusivamente umana della legge<sup>81</sup>. Gli altri invece si professano interpreti della parola di Dio, e dunque dettano leggi che ambiscono a regolare anche le credenze e non soltanto i rapporti esteriori. Per riconoscerne la legittimità occorre però verificarne l'autenticità e distinguere dunque falsi profeti dai profeti che lo sono davvero. Maimonide offre qualche indicazione per smascherare gli impostori. Costoro di solito si comportano da sbruffoni e non si sottraggono all'eccesso di piaceri della carne. Data la loro capacità manipolativa e dunque l'abilità ad ingannare la gente, la pena per i falsi profeti è la morte e la condanna va impartita con inflessibilità<sup>82</sup>.

I veri profeti invece si distinguono per coraggio, divinazione e conoscenza immediata delle verità speculative senza necessità di conoscerne le premesse<sup>83</sup> e soprattutto per capacità immaginativa. Si tratta di doti naturali che prescindono dal comportamento di chi le possiede e che non possono essere perfezionate ad esempio per mezzo di un regime medico<sup>84</sup>. Maimonide però precisa che esiste una profonda differenza fra Mosè e tutti gli altri profeti e che in effetti la sola ed unica legge, la Legge, è riconducibile a costui: infatti, «non c'è mai stata nessuna Legge e non ce ne sarà mai, eccezion fatta per una sola, ossia la Legge di 'Mosè nostro maestro'»<sup>85</sup>. La profezia di coloro che hanno seguito Mosè è per così dire attenuata. Esistono vari gradi di profezia e non tutti i profeti riescono a raggiungere il grado più alto<sup>86</sup>.

Tre sono le caratteristiche essenziali della legge rivelata dai profeti. La prima è la giustizia che però viene definita nei termini dell'equilibrio<sup>87</sup>, e cioè l'equidistanza dal difetto e dall'eccesso di virtù, poiché anche l'eccesso di rinunce è una trasgressione della legge, perché è scritto

---

<sup>81</sup> Ivi, Parte III, cap. XL, p. 470.

<sup>82</sup> Ivi, 471.

<sup>83</sup> Ivi, Parte II, cap. XXXVIII, p. 462-463.

<sup>84</sup> Ivi, Parte II, cap. XXXVI, p. 455.

<sup>85</sup> Ivi, Parte II, cap. XXXIX, p. 465. Maimonide nega che i patriarchi possano essere assimilati ai profeti (ivi, p. 466).

<sup>86</sup> Ivi, Parte II, cap. LXV, pp. 484-493.

<sup>87</sup> Ivi, Parte II, cap. XXXIX, p. 467.

la Torah non è in cielo (Deut, 30,12). «Sta scritto infatti: ‘Prescrizioni e giudizi giusti’ (Deut. 4,8) – e tu sai che ‘giusti’ significa equilibrati»<sup>88</sup>. Non, dunque, atti di culto cerimoniosi ed eccessivi, come la vita da monaco, da anacoreta, e simili, né si tratta di lassismo che comporti il vizio e la rilassatezza, al punto da far venir meno la perfezione umana a livello etico e dianoetico, ma leggi di cui appare evidente «il loro equilibrio e la loro sapienza»<sup>89</sup>. Non si tratta di una legge che per il virtuoso è difficile da seguire, mentre il vizioso e prepotente sarà sempre recalcitrante. Ma la legge, che ha fra le sue finalità anche quella di regolare gli appetiti<sup>90</sup> e di far sì che gli uomini acquisiscano gentilezza e docilità e riducano gli aspetti grossolani<sup>91</sup>, non è ritagliata sulle capacità dell’uomo malvagio ma sull’indole equilibrata dei temperanti, a cui non può essere chiesto troppo, perché il Signore non chiede a nessuno di diventare deserto per Israele (Ger. 2,31)<sup>92</sup>. L’intreccio di prescrizioni etiche, giuridiche ma anche igieniche e alimentari conferma il legame fra legge ed equilibrio.

La seconda caratteristica della legge è la generalità. La legge infatti «non si occupa dei casi anormali, e non c’è legislazione che riguardi ciò che accade di rado»<sup>93</sup>, ma avendo come fine un’opinione, un costume o un’azione utile, la legge presta attenzione a ciò che avviene nella maggioranza dei casi, non alle cose che accadono di rado o al danno che un uomo solo può avere<sup>94</sup>. Da queste premesse discendono due conseguenze. La prima è che il fine della legge non è raggiunto perfettamente per ogni singolo individuo e anzi vi sono individui che «quel governo stabilito dalla Legge non porta a perfezione»<sup>95</sup>. La seconda è quella della sostanziale immutabilità della legge al variare delle condizioni e dei tempi. Se infatti

---

<sup>88</sup> *Ibidem.*

<sup>89</sup> *Ibidem.*

<sup>90</sup> Ivi, Parte III, cap. XXXIII, p. 639.

<sup>91</sup> Ivi, 640.

<sup>92</sup> Ivi, Parte II, cap. XXXIX, p. 468.

<sup>93</sup> Ivi, Parte III, cap. XXXIV, p. 641.

<sup>94</sup> *Ibidem.*

<sup>95</sup> Ivi, p. 642.

si consentisse la modifica della legge la si esporrebbe al rischio di corruzione<sup>96</sup> perché spetterebbe agli uomini questa opera di riadattamento<sup>97</sup>.

La terza caratteristica stride in parte con le due precedenti ed è legata alla complessità della profezia. Poiché l'unica legge – e dunque l'unico sistema normativo – discende dai profeti, e poiché vi è una differenza sostanziale fra Mosè e i profeti che lo hanno seguito, la rivelazione della legge successiva a Mosè è priva di quella chiarezza che contraddistingue i 613 precetti contenuti nella Torah. I profeti, infatti, si esprimono attraverso allegorie e metafore e «la Legge parla una lingua di esagerazione (Talmud bavli, Hullin, 90a; Tamid 2a)»<sup>98</sup>. Questa situazione implica uno sforzo ricostruttivo nell'interprete che tuttavia deve tenersi alla larga da due rischi egualmente pericolosi: da un lato la tentazione di moltiplicare le interpretazioni dei testi, portando ad esasperazione un aspetto altrimenti proprio della tradizione talmudica, ed esporre dunque i fedeli all'incertezza, dall'altro la parimenti deprecabile tracotanza di sbarazzarsi di tutto il corpus interpretativo pregresso per ritornare semplicemente al testo, come avevano proposto i Caraiti.

## 6. Moderazione e interpretazione

Il tema dell'interpretazione della legge sembra esulare dall'argomento che si è in prevalenza scelto di trattare in queste pagine, e cioè quello della relazione fra legge e moderazione. E tuttavia riteniamo che l'equidistanza tenuta da Maimonide dai due fondamentali eccessi dell'interprete, quello cioè di avvicinarsi al testo senza filtri e quello al contrario di attribuirsi un'ampia libertà interpretativa possa essere letta proprio attraverso la chiave qui proposta e cioè la diffidenza (se non lo sdegno) di Maimonide per l'eccesso. Per comprendere però la proposta maimonidea su come interpretare la legge è necessaria una breve digressione.

---

<sup>96</sup> *Ibidem.*

<sup>97</sup> Sulla relazione fra l'equità di Aristotele e la generalità della Legge di Maimonide, cfr. H. Ben Menachem.

<sup>98</sup> *Guida*, Parte II, cap. XLVII, p. 497.

Uno degli assunti fondamentali del pensiero rabbinico consiste nell'opinione che Dio abbia trasmesso al popolo di Israele sul Monte Sinai la Torah in una duplice forma<sup>99</sup>, scritta (*Torah She Bi-ktav*) e orale (*Torah She' Ba'al Peh*). La Torah scritta coincide con i primi cinque libri della Bibbia, il Pentateuco. Per Torah orale si intende l'insieme di interpretazioni, decisioni halakiche e commenti omiletici, che furono tramandati per molte generazioni, fino a quando a causa dell'ellenizzazione forzata da parte di Adriano, non si decise di metterne per iscritto la parte normativa nella Mishnà. Questa opera di codificazione, redatta sotto la guida di Rabbi Yehuda HaNasi intorno al 217 e.v., non cessò tuttavia il travaglio interpretativo che seguì nella *Ghemarà*. Si formò così il Talmud. Va precisato che nella cultura rabbinica la Torah orale non è una forzatura del testo, quanto il suo approfondimento<sup>100</sup>. L'intento di Maimonide che recepisce la distinzione fra Torah scritta e orale<sup>101</sup> non è di certo quello di sbarazzarsi della tradizione rabbinica, quanto piuttosto di recuperare l'originaria sistematicità del corpus normativo ebraico seppure integrandovi le interpretazioni successive: da qui l'ambizione di redigere una seconda *Mishnah*, il *Mishneh Torah*<sup>102</sup>.

---

<sup>99</sup> J. Neusner, *What, Exactly, Did the Rabbinic Sages Mean by "The Oral Law"*, University of South Florida, Atlanta: Scholars press, 1998, p. 1.

<sup>100</sup> Cfr. D. Banon, *La lecture infinie les voies de l'interprétation midrachique*, Seuil, Paris 1987; ed. it., *La lettura infinita. Il midrash e le vie dell'interpretazione nella tradizione ebraica*, Jaca Book, Milano 2009.

<sup>101</sup> M. Maimonides, *Introduction to the Mishneh Torah*: «Le *mitzvot* che furono date a Mosè sul Monte Sinai furono tutte accompagnate da spiegazioni, così come implicito in Esodo 24, 12: «E io vi darò le tavole di pietra, la Torah e la *mitzvah*». La Torah si riferisce alla Legge Scritta; la *mitzvah* alla sua spiegazione. [...] La *mitvah* è la Legge Orale», (traduzione dall'inglese), consultabile online (in ebraico e in inglese): [https://www.sefaria.org/Mishneh\\_Torah,\\_Transmission\\_of\\_the\\_Oral\\_Law](https://www.sefaria.org/Mishneh_Torah,_Transmission_of_the_Oral_Law) (d'ora in avanti: «Introduction to the Mishneh Torah»).

<sup>102</sup> Ecco come Maimonide spiega la finalità della sua opera: «Per ricapitolare: [l'intento di questo testo] è di non rendere necessario il ricorso ad altri con riguardo ad alcuna delle leggi ebraiche. Piuttosto, questo testo sarà una compilazione dell'intera Legge Orale», in *Introduction to the Mishneh Torah*, *supra*, nota 103.

Questa esigenza di sistematizzazione, che ha portato alcuni commentatori contemporanei ad accostare Maimonide a Napoleone, per l'avvio dell'opera di codificazione da quest'ultimo promossa<sup>103</sup>, è alla base della caratterizzazione del pensatore di Cordova come un interprete formalista, restio all'opera di adattamento equitativo delle prescrizioni di legge alle circostanze concrete, talvolta addirittura ottuso nelle conclusioni. A sostegno di una simile conclusione vengono citate non solo le osservazioni contenute nella *Guida* sulla generalità della legge, che per essenza mal si adatta al caso concreto, ma anche alcuni *Responsa* dove, ad esempio, si ribadisce il divieto di canzoni e musica, indipendentemente dalla natura di chi vi presta ascolto, che si tratti cioè di soggetti inclini a forti passioni ovvero uomini saggi capaci di autocontrollo<sup>104</sup>. Il commentatore E.S. Rosenthal parla al riguardo del prezzo della legge per il caso isolato e cioè del costo da sostenere per preservarne la generalità<sup>105</sup>; e sottolinea come l'inflessibilità interpretativa sia in fondo un riconoscimento che la legge non necessita di alcuna correzione<sup>106</sup>.

Una volta giunto in Egitto Maimonide dovette far fronte alla forte eterogeneità che caratterizzava la comunità ebraica locale, e specialmente all'eterodossia caraita. Il movimento caraita misconosceva il carattere autoritativo della Torah orale<sup>107</sup> e proponeva una lettura diretta del testo biblico. Nello scagliarsi contro l'eccesso di letteralismo, da una

---

<sup>103</sup> J. Taïeb, *From Maimonides to Napoleon: the True and the Normative*, in «Global Jurist», 7 (2007), 1.

<sup>104</sup> J. Blau *et al.* (a cura di), *The Responsa of Maimonides*, Machon Yerushalayim (2<sup>nd</sup> ed.), Jerusalem 1986, pp. 186-188.

<sup>105</sup> E.S. Rosenthal, *For the Most Part* ("Al Derekh haRov"), 1 (1968) «P'raqim» 183-224, Jerusalem; cfr. anche S. Rosenberg, *And again about 'For the Most Part'*, in «Spiritual Leadership in Israel», E. Belfer, E. (Ed.), Tel Aviv 1982, (in Hebrew), pp. 103-187, pp. 300-303.

<sup>106</sup> E.S. Rosenthal, "Gleanings of P'raqim I" (1969-74) 2 «P'raqim» 381-383; contra H. Ben Manhem, *The Second Canonization of the Talmud*, in «Cardozo Law Review», 28, 1 (2006), pp. 37-51; cfr. anche S. Ettinger, *Halacha and Law*, in ebraico, Modan, Moshav Ben-Shemen 2014, p. 123.

<sup>107</sup> M-R Hayoun, *Maimonide*, cit., pp. 98-100.

parte, e contro un eccesso o una erronea comprensione dell'ermeneutica, dall'altra, Maimonide sembra sollecitare anche nell'ambito ermeneutico-halakico l'individuazione di una sorta di via mediana o punto di equilibrio<sup>108</sup>.

Su queste basi siamo in grado di cogliere alcuni tratti della posizione di Maimonide in ambito meta-halakico. Come ricorda Halbertal l'interpretazione viene anzitutto intesa dal Rambam in guisa di deduzione<sup>109</sup>. Maimonide si rifà alla distinzione, propria alla Tradizione tra i precetti (*mizvot*) *de'oraità*, provenienti dalla Torah, e quelli *de'rabbanan*, la cui origine è da individuare nelle deliberazioni rabbiniche<sup>110</sup>. Il primo gruppo si costituisce a partire da un nucleo auto-evidente, non soggetto a disputa o divergenza di opinione<sup>111</sup>. A partire dal secondo, viceversa, si potranno insinuare divergenze di opinioni (*mahlokhot*). Maimonide mette così capo a una delle pagine più intense della riflessione ebraica medievale in tema di ermeneutica e filosofia dell'Halakhà, sebbene gli argomenti addotti e le conclusioni cui giunse il Rambam furono lungi dall'essere accolte in modo trasversale all'interno del mondo ebraico. Maimonide, dunque, traccia una linea di demarcazione tra la componente dell'Halakhà proveniente o direttamente o per deduzione dalla rivelazione sinaitica rispetto a quel materiale halakico che consiste nelle deliberazioni rabbiniche prese a maggioranza e che inserisce un certo livello di frattura rispetto alla diretta provenienza profetica<sup>112</sup>.

L'opera di codificazione di Maimonide, restituita nel *Mishné Torah*, lungi dall'essere una negazione della Torah Orale è una conferma del suo

---

<sup>108</sup> Sul tema del limite ermeneutico: U. Volli, *Reasonable, Ruled, Responsible*, in «Int J Semiot Law», 33 (2020), pp. 951-968; anche R. Scialom, *Anthologie de droit hébraïque – sources et codification, Edition la mémoire du droit*, Paris 2017.

<sup>109</sup> Cfr. M., Halbertal, *Maimonides. Life and Thought*, cit., p. 122. Cfr. anche F. Manns, *Leggere la Mishnà*, Paideia, Brescia 1987, pp. 105-108.

<sup>110</sup> Halbertal, *Maimonides. Life and Thought*, cit., pp. 116-117.

<sup>111</sup> Ivi, p. 126.

<sup>112</sup> Cfr. Halbertal, cit., p. 106; cfr. anche N.S. Hecht e S. Wosner, *Controversy and Dialogue in the Jewish Tradition*, Routledge, London 2005.

valore. Se Yehuda HaNassi sentì l'esigenza di porre per iscritto la tradizione orale di fronte alla dispersione spirituale (e quindi normativa) del popolo ebraico sotto i colpi dell'oppressione romana, Maimonide esperisce la medesima esigenza di fronte al rischio del letteralismo propugnato dai caraiti, da una parte, e al rischio, rappresentato dal potere halakhico detenuto dai Gheonim, ultima generazione degli esponenti delle accademie talmudiche orientali, di uno scollamento eccessivo tra sapere giurisprudenziale e condizioni materiali di vita delle masse ebraiche, dall'altra.

## 7. Maimonide, filosofo della legge

Maimonide è un filosofo della legge. Il suo tentativo di comprendere i gradi della normatività parte dalla spiegazione delle singole norme (dall'omicidio, alle regole sulla custodia della cosa altrui, alle norme sul levirato, alle prescrizioni rituali, e così via)<sup>113</sup>, procede attraverso la sistematizzazione del corpus halakhico proveniente dalla tradizione<sup>114</sup>, si addentra nella distinzione fra prescrizioni (*halakhot*) e racconti (*aggadoth*)<sup>115</sup> e man mano si eleva sulle vette della speculazione teorica. Da uomo religioso del medioevo, Maimonide concepisce il sistema normativo all'interno di un ordine metafisico, la cui comprensione intellettuale è il fine ultimo dell'uomo devoto. Nella metafora del castello in cui l'umanità viene descritta in relazione alla posizione che tiene rispetto al palazzo del re (alcuni stanno proprio fuori le mura, altri, benché all'interno, vi voltano le spalle, altri si aggirano nei corridoi, ma solo pochissimi possono avvicinarsi al cospetto del re), Maimonide colloca i giuristi, coloro che «credono in opinioni corrette per tradizione e studiano il diritto relativo alle pratiche di culto»<sup>116</sup> ma che non hanno familiarità con la speculazione intorno ai principi re-

---

<sup>113</sup> Scrive Maimonide: «Ho diviso i precetti, a seconda del loro scopo, in quattordici gruppi», *Guida*, Parte III, cap. XXXV, p. 642. Poi Maimonide passa a commentare i precetti di ogni singolo gruppo, *Guida*, Parte III, capp. XXXV-XL, pp. 642-732.

<sup>114</sup> Questo è l'obiettivo principale del *Mishneh Torah*, cfr. nota 103.

<sup>115</sup> *Guida*, Parte III, cap. L, p. 732.

<sup>116</sup> Ivi, Parte III, cap. LI, p. 739.

ligiosi, fra coloro che hanno raggiunto la casa e ci girano intorno<sup>117</sup>. Solo «chi ha raggiunto la dimostrazione di tutto ciò che si può dimostrare, e ha accertato le questioni metafisiche»<sup>118</sup>, nella misura del possibile, è riuscito a stare con il re; perché perfino i sapienti, coloro che si sono immersi nello studio ma non hanno percepito Dio con l'intelletto, sono rimasti nelle anticamere. Pochissimi hanno accesso alla stanza del re. Maimonide menziona Mosè, i patriarchi e qualche profeta.

Rimanendo fedeli a quanto anticipato in premessa ci asterremo dal tentativo di trovare una conciliazione fra il Maimonide teologo e il Maestro della legge così come non prenderemo parte alla disputa fra coloro che ritengono che il Ramban riconosca preminenza alle virtù dianoetiche<sup>119</sup> e coloro che al contrario vi leggono un esclusivo tributo alle virtù etiche<sup>120</sup>. Non possiamo però esimerci, nelle conclusioni, dal segnalare che i due temi che si è deciso di trattare, la legge e la moderazione, temi naturalmente intrecciati, non hanno un rilievo puramente morale. Come i comanda-

---

<sup>117</sup> *Ibidem.*

<sup>118</sup> *Ibidem.*

<sup>119</sup> Soprattutto nella parte finale della Guida (*Guida*, Parte III, cap. LIV, pp. 754-761) Maimonide sembra lasciare la titubanza con cui ha in precedenza trattato il tema della conoscenza di Dio attraverso l'intelletto (*Omniscienza e libertà - Mishnè - Torà, Trattati sulla Penitenza*, V, 5) e afferma che la vera perfezione umana consiste «nel conseguimento delle virtù dianoetiche, ossia il fatto di concepire degli intelligibili che insegnano opinioni corrette in materia di metafisica» (*Guida*, Parte III, cap. LIV, p. 758). Se prima lo avevamo sentito invocare Isaia che ammoniva a non provare neanche a seguire le vie del Signore, perché «I miei pensieri non sono i vostri pensieri, le vostre vie non sono le Mie vie, Is. 45, 8» (*Omniscienza e libertà - Mishnè - Torà, Trattati sulla Penitenza*, V, 5.), nella parte finale della Guida lo vediamo riportare il verso di Geremia ed il suo monito a conoscere Dio perché «chi si vanta, può vantarsi solo di questo: comprendrMi e conoscerMi (Ger. 9, 22-23)» (*Guida*, Parte III, cap. LIV, p. 7).

<sup>120</sup> Leo Strauss, ad esempio, suggerisce che della Guida vanno date due letture: una essoterica, prevalentemente etica, destinata ai più, una esoterica, che culmina con l'insegnamento dell'amore di Dio che risulta dalla conoscenza intellettuale. L. Strauss, *The Philosophic Foundation of Law: Maimonides' Doctrine of Prophecy and Its Sources*, in K.H. Green, *Leo Strauss on Maimonides: The Complete Writings*, The University of Chicago Press, Chicago and London 2013, pp. 223-274.

menti dati sul Sinai hanno natura costitutiva del popolo di Israele, così i precetti, da quello apparentemente più insignificante che regola l'innesto fra piante diverse ai doveri nei confronti di Dio, stanno ad indicare che la natura più profonda dell'essere umano, quella che distingue l'uomo dal resto della natura, è la responsabilità per le azioni compiute o omesse.

La filosofia del diritto ebraica, almeno quella riconducibile a Maimonide, ma di cui si avvertono echi anche oggi, non ammette un'umanità senza legge, magari perché resa superflua dalla grazia, dalla ragione o dall'avvento del Messia. Maimonide è categorico sul punto: la venuta del Messia non sovvertirà l'ordine naturale, e la legge non sarà superata da una seconda legge, né la legge si dissolverà perché interiorizzata dall'uomo nuovo, né le inclinazioni dell'uomo diventeranno mai così stabili da rendere la legge ultronea.

Diventa chiaro dunque il rapporto fra legge, moderazione e inclinazioni. La legge, strumento di regolazione dell'animo umano e di controllo degli appetiti prima ancora che dei rapporti fra uomini<sup>121</sup>, destinata a durare in eterno, è ciò che tiene in vita l'uomo. L'attenzione agli aspetti più spigolosi del proprio carattere, il tenersi a distanza dall'eccesso, l'esercizio nella moderazione e nell'umiltà non vanno affatto intesi come pratiche prodromiche a fare a meno della legge. Siamo distanti anni luce sia dall'*aretè* aristotelica, che dal giusnaturalismo moderno che opererà un'inversione fra diritti e legge.

«Quando un uomo arriva al Giudizio (universale), gli si dice anzitutto: 'Hai compiuto con regolarità lo studio della Legge? Hai studiato con cura la sapienza? Hai dedotto una cosa dall'altra?' (b*Shabbat*, 31a)<sup>122</sup>. La virtù dianoetica non può essere concepita se non con riferimento all'etica. Gli attributi di Dio che l'intelletto umano può arrivare a conoscere sono infatti attributi d'azione: «'grazia' (*chesed*), 'giudizio' (*mišpat*) e 'giustizia' (*zedaqah*)»<sup>123</sup>.

---

<sup>121</sup> *Guida*, Parte III, cap. XXXIII, p. 639.

<sup>122</sup> *Ivi*, Parte III, cap. LIV, 756.

<sup>123</sup> *Ivi*, Parte III, cap. LIII, p. 752.

Leggendo la descrizione che Maimonide fa dei tre attributi diventa chiaro che la differenza fra virtù etiche e virtù dianoetiche non coincide con la distinzione fra moralità e conoscenza, ma che piuttosto richiama l'antica distinzione fra due forme di giustizia, una che potrebbe essere definita particolare in ossequio alla tradizione aristotelica e dunque sostanzialmente riferita al rapporto fra sé e gli altri individui (dare a ciascuno ciò che gli spetta, dice Maimonide), e l'altra che invece riguarda la giustizia assoluta, quella che riguarda il perfezionamento dell'anima e che sembra in parte evocare la giustizia di Platone. Maimonide è ancora più esplicito sul punto: «Abbiamo già spiegato a proposito della negazione degli attributi, che ogni attributo è un attributo d'azione»<sup>124</sup>. E poi poco più avanti: «La Torah si serve espressamente di questi tre termini: 'Il Giudice di tutta la terra (Gen. 18,25); Giusto e retto Egli è' (Deut. 32,4); 'È ricco di grazia' (Es. 34,6)»<sup>125</sup>.

Così il Rambam, dopo un lungo percorso speculativo che sembrava privilegiare l'intellettualismo scisso dal mondo reale, sembra ritornare alle qualità etiche fatte proprie dalla Torah<sup>126</sup>. Si coglie, con Levinas, come l'etica non sia il «corollaire de la vision de Dieu, elle est cette vision même»<sup>127</sup>. Etica e sommo Bene, non difformemente dal passaggio in Lévinas dall'ordinazione etica a quella giuridica<sup>128</sup>, chiedono nello stesso tempo di emancipare l'uomo dalla mera contingenza e di farsi legge, misura e limi-

---

<sup>124</sup> Ivi, Parte III, cap. LIII, p. 754; i passi a cui il pensatore fa riferimento sono contenuti nella Parte Im capp. 53 e 54, pp. 197 e 199.

<sup>125</sup> Ivi, Parte III, cap. LIII, p. 754.

<sup>126</sup> M-R Hayoun, *Maimonide*, cit., p. 11.

<sup>127</sup> E. Levinas, *Une religion d'adultes*, in *Difficile liberté*, Ablin Michel, Paris 1963-1976, p. 37.

<sup>128</sup> A cui, nel lessico di Levinas, corrispondono rispettivamente le nozioni di metafisica e ontologia. Cfr. *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, Nijhoff, La Haye 1974. In quest'opera, rispetto all'associazione di «etica» e «giustizia» che era propria a *Totalité et infini (essai sur l'extériorité)*, M. Nijhoff, The Hague 1961, la prima rimanda all'ordinazione infinita, che eleva l'uomo ma al contempo quasi lo minaccia, la seconda – che della prima è al contempo “traduzione” e “tradimento” – rimanda al momento giuridico, dove avviene la «comparazione degli incomparabili», dove l'obbligazione trova una misura e, in un certo senso, un limite.

te, così ricongiungendosi all'aristotelica via media. D'altronde è proprio Levinas, nella sua *Lecon talmudique*<sup>129</sup>, a individuare nel diritto ebraico la doppia cifra del limite: limite alle pulsioni attraverso le prescrizioni, da una parte<sup>130</sup>, e limite – attraverso le prescrizioni e le correlate sanzioni – a un giudizio morale che, di per sé, sarebbe altrimenti insostenibile<sup>131</sup>.

La conoscenza di Dio è dunque la conoscenza delle Sue vie: «Fammi conoscere le Tue vie' (Es. 33,13)». Ritorna dunque il filosofo della legge che, pur riconoscendo il ruolo della ragione umana nell'avvicinarsi a Dio, sa tuttavia che esiste un abisso fra ciò che si potrebbe conoscere e l'intelletto. La Torah è infatti 'sulla Terra' (Ger. 2,23)<sup>132</sup> e la perfezione umana è calibrata sulle capacità di ciascuno<sup>133</sup>. «Tu conosci il divieto posto dai sapienti di 'camminare con un portamento eretto perché "tutta la terra è piena della Sua gloria (Ger. 23,24)" (*b.Nedarim* 20a-b)»: tutto questo serve a ribadire ciò che ti ho detto, ossia che noi siamo sempre alla presenza di Dio e camminiamo di fronte alla Sua presenza<sup>134</sup>. Poiché Dio è in cielo e tu sei sulla terra; «per questo le tue parole siano poche (Eccl. 5,11)»<sup>135</sup>.

La conoscenza, dunque, lungi dall'essere motivo di orgoglio o ragione di tracotanza ricorda ancora di più all'uomo la sua condizione di soggezione e di dipendenza da un ordine superiore: un ordine intessuto di leggi di varia natura, da quelle che regolano i rituali, alle norme igienico alimentari, alle norme di diritto civile e penale fino ai comandamenti relativi all'esistenza di Dio e ai suoi attributi. Si tratta di un ordine eterno, sostanzialmente immutabile, destinato a persistere anche dopo

---

<sup>129</sup> E. Levinas, *Lecon talmudique. Sur la justice*, in «Cahier de l'herne», Edition de l'Herne, Paris 1991, pp. 120-133.

<sup>130</sup> In riferimento ai comandamenti negativi (divieti) Levinas individua una "limitation" alle pulsioni («de la sauvage vitalité de la vie»), simbolizzata dalla circoncisione («quelque chose que la ciconcision symboliserait»); un limite che non è offesa alla vita ma «limitation par laquelle la vie s'éveille», si ridesta; Levinas, *Lecon talmudique*, cit.

<sup>131</sup> Levinas, *Lecon talmudique*, cit.

<sup>132</sup> Ivi, p. 760.

<sup>133</sup> Ivi, p. 761.

<sup>134</sup> *Guida*, Parte III, LV, p. 751.

<sup>135</sup> *Ibidem*.

l'avvento del Messia, perché non ci si deve aspettare che si verificheranno miracoli, meraviglie e che l'ordine naturale verrà sovvertito, i morti resuscitati e altri simili eventi<sup>136</sup>. Il punto centrale è questo: «La Torah, le sue norme e le sue leggi, sono destinate a durare per sempre»<sup>137</sup>.

La sapienza progredisce solo a condizione che si rimanga fedeli al monito sulla moderazione, perché «le vere parole di Torah non si trovano negli arroganti e nel cuore dei superbi bensì negli umili e nei modesti, nell'uomo che si impolvera con la terra sollevata dai piedi dei sapienti, che allontana dal cuore ingordigia e piaceri futili, che svolge ogni giorno un lavoro bastante a guadagnare quel poco che serve per soddisfare le proprie necessità [...] e passa il resto del giorno e della notte ad occuparsi di Torah»<sup>138</sup>. L'ideale classico del giusto mezzo, dunque, che di certo non escludeva la legittimità di passioni accese come l'indignazione, la curiosità e il coraggio, viene reinterpretato in chiave ebraica attraverso una dimensione molto più sobria: in quanto «La saggezza è presso coloro che sono discreti (Proverbi 11,2)»<sup>139</sup>. Sia ben lontani dall'idea che la virtù possa essere acquisita una volta e per tutte, perché la natura morale dell'ebreo, ma dell'essere umano in genere, si manifesta nello sforzo e nella sottomissione.

Allo stesso modo va rimarcata la differenza con la filosofia cristiana medioevale. Se la Scolastica cristiana, ammettendo la possibilità che la legge possa essere interiorizzata, aprirà gradualmente le porte al giusnaturalismo moderno e alla centralità dei diritti, nella tradizione ebraica, almeno quella che fa capo a Maimonide, rimarrà più o meno inalterata, salvo rare eccezioni, l'opinione del primato del dovere sui diritti, e della moderazione/modestia sull'eccellenza.

<sup>136</sup> *Mishneh Torah, The Laws Concerning Kings and Wars* Melachim uMilchamot (trad. By E. Touger), § 11, 3, consultabile online (in ebraico e in inglese) su: [https://www.sefaria.org/Mishneh\\_Torah%2C\\_Kings\\_and\\_Wars.11.3?lang=en](https://www.sefaria.org/Mishneh_Torah%2C_Kings_and_Wars.11.3?lang=en).

<sup>137</sup> *Ibidem*.

<sup>138</sup> M. Maimonide, *Norme sullo studio [Hilkhot talmud Torà]*, Rav. R. Colombo (a cura di), Giuntina, Firenze 2020, §§ 3, 9, p. 34.

<sup>139</sup> Ivi, §§ 3, 12, p. 36.

# TRA ANTIQUARI E OROLOGIAI. FILOSOFIA DEL DIRITTO E DIMENSIONE STORICA\*

Andrea Porciello

## *Abstract*

In this article I discuss some notions at the margins of the complicated and controversial relationship between the history of (legal) thought and philosophy (of law). In particular, I respond to two questions: 1) Is it possible to do “philosophy of law” disregarding its history? 2) How much history is required to do “philosophy of law”? On the basis of these considerations, I will concentrate briefly on some of Alexy’s proposals, which we will study as a paradigmatic case for a “certain way” of conceptualizing the philosophy of law and its relationship to history.

## *Keywords*

Neopositivism; History of Philosophy of Law; Analytical approach; Nonpositivism; Constitutionalism.

Sono pienamente d'accordo con lei sul ruolo e sul valore formativo sia della metodologia sia della storia e della filosofia della scienza. Oggi molti, anche tra gli scienziati di professione, somigliano a qualcuno che ha visto migliaia di alberi, ma non ha mai visto una foresta. È la conoscenza del retroterra storico e filosofico a consentire di non soggiacere ai pregiudizi della propria generazione dai quali molti scienziati sono affetti. Secondo me questa autonomia

---

\* Testo della relazione presentata in occasione del V Seminario di Storia della filosofia del diritto, dedicato al tema “Filosofía del derecho en perspectiva histórica” e tenutosi a Madrid il 10-11 dicembre 2019.

resa possibile dalla consapevolezza filosofica costituisce l'elemento distintivo tra un semplice artigiano o operaio specializzato e un ricercatore della verità degno di questo nome (Albert Einstein a Robert Thornton, 7 dicembre 1944).

## 1. È possibile fare filosofia senza storia?

Nella prima parte di questo breve contributo vorrei tentare di rispondere a due domande intimamente collegate: con la prima intendo chiedermi se sia possibile “fare filosofia del diritto” prescindendo dalla sua storia. Risponderò a questa domanda in termini negativi, ritenendo che la storia (tanto delle idee quanto dei fatti) costituisca inevitabilmente la dimensione irrinunciabile entro cui poter fare filosofia del diritto. E con la seconda intendo porre una questione di carattere quantitativo, relativa al “quanto” il contesto storico debba essere presente in un'indagine che vuole essere filosofico giuridica, cosciente del fatto che un'indagine di questo tipo è destinata a rimanere tendenzialmente incompleta. In effetti, chiedersi se la storia costituisca o meno una dimensione irrinunciabile per la filosofia del diritto in fondo vuol dire chiedersi cosa sia la filosofia del diritto. A ciò si aggiunge, peraltro, un'ulteriore complicazione: mentre si tenta di definire la filosofia del diritto, di cristallizzarla in una definizione compiuta essa intanto si trasforma, si evolve, si arricchisce di nuovi significati. Un po' come avviene per le definizioni dei termini del linguaggio, destinate (prima o poi) a restare indietro rispetto all'uso che nella prassi si fa di essi. Consapevole di queste e di altre difficoltà qui non menzionate mi limiterò, dunque, ad alcune considerazioni provvisorie relative al ruolo che la storia gioca all'interno delle indagini filosofico giuridiche, pervenendo a risposte che costituiranno tuttalpiù un punto di partenza per ulteriori riflessioni.

Iniziamo col dire che, in una sua importante stagione, la filosofia (e la filosofia del diritto, quantomeno una sua parte rilevante, non ha fatto eccezione) ha cercato di fare a meno della dimensione storica e anche, e soprattutto, di quella metafisica. Faccio riferimento alla stagione filosofica dominata dal positivismo logico che, com'è noto, muoveva dall'idea per cui «il progresso sarebbe [stato] possibile se e solo se tutti i campi

del sapere fossero [stati] ridotti allo stesso chiaro, semplice, linguaggio logico-osservativo. [...] [Perché] soltanto la scienza ci fornisce (reale) conoscenza»<sup>1</sup>. Per raggiungere tale obiettivo, secondo i positivisti logici, era necessario che la scienza utilizzasse un linguaggio dotato di significato e, perciò, un linguaggio che fosse quanto più è possibile certo e rigoroso. La conclusione cui approdavano Ayer, Schlick e gli altri esponenti del Circolo di Vienna consisteva nell'idea per cui se ciò fosse avvenuto tutte le tradizionali dispute filosofiche si sarebbero dissolte nel nulla, essenzialmente perché, a loro avviso, sul nulla fondate. «Il modo più sicuro di risolverle – scriveva Ayer – consiste nello stabilire quale dovrebbe essere lo scopo e il metodo di una ricerca filosofica. E questo non è affatto un compito così difficile come la storia della filosofia indurrebbe a supporre»<sup>2</sup>. Da ciò deriva la grande attenzione che il neopositivismo ha attribuito alle questioni linguistiche e logiche<sup>3</sup>, inserendosi in quella tradizione di pensiero che, a partire dall'empirismo e da Hume in particolare, aveva mostrato piena fiducia nell'assunto per cui tutte le nostre credenze possono dirsi giustificate e dotate di senso quando espresse attraverso un linguaggio rigoroso che si limiti a descrivere i dati dell'esperienza sensibile per ciò che essi sono realmente. La scienza e il linguaggio in essa utilizzato divengono così «il paradigma della conoscenza razionale e la metafisica, l'antitesi di essa»<sup>4</sup>.

Quest'opera di purificazione del linguaggio scientifico portata avanti dal positivismo logico conduce all'idea che possano legittimamente tro-

---

<sup>1</sup> C.J. Misak, *Il verificazionismo. Protagonisti, problemi, teorie*, Armando editore, Roma 2000, p. 91.

<sup>2</sup> A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic*, Victor Gollancz, London 1936; tr. it. *Linguaggio, verità e logica*, a cura di G. De Toni, Feltrinelli, Milano 1961.

<sup>3</sup> Come opportunamente nota Argante Ciocchi, «I *significati* compaiono come protagonisti della scena filosofica soltanto dopo l'opera di Frege – uno dei grandi ispiratori del positivismo logico – che sposta l'attenzione dalle idee della mente al linguaggio enunciativo». È proprio grazie a Frege, continua Ciocchi, che «l'epistemologo contemporaneo» considera «il sapere come un tessuto di enunciati». A. Ciocchi, *Introduzione*, in C.J. Misak, *Il verificazionismo*, cit., p. 9.

<sup>4</sup> C.J. Misak, *Il verificazionismo*, cit., p. 92.

vare cittadinanza nel reame della scienza esclusivamente gli enunciati analitici (o tautologici), del tipo “il triangolo ha tre lati”, e quelli empirici, che trovano un referente oggettivo in dati sensibili del mondo reale. Al di fuori di questi casi, il linguaggio utilizzato a fini conoscitivi finisce col perdere i caratteri della scientificità divenendo *mera* metafisica, ossia un tipo di conoscenza cui non può in alcun modo essere applicato un metodo certo di verificaione. Senza un valido criterio di verificaione non può esistere significato, con l’eccezione ovviamente degli enunciati analitici che, come appena visto, non necessitano di verificaione alcuna in quanto *veri o falsi* per ragioni relative alla forma logica. Come più volte Schlick ha avuto modo di sottolineare lapidariamente, «il significato di un enunciato è il metodo della sua verifica».

Quest’impostazione, com’è noto, è stata in gran parte ispirata da quanto sostenuto dal “primo” Wittgenstein nel suo *Tractatus*<sup>5</sup>, l’opera su cui si sono concentrate le più importanti discussioni critiche degli intellettuali del Circolo di Vienna per circa due anni<sup>6</sup>. A tal punto, che molte delle idee del filosofo austriaco sono divenute parte integrante dell’arsenale teorico neopositivista, dalle tesi sulle condizioni di verità degli enunciati a quelle, più generali, relative al ruolo della scienza e della filosofia e dei loro reciproci rapporti<sup>7</sup>: la prima, la scienza, intesa come l’unica attività realmente conoscitiva il cui tratto caratteristico

---

<sup>5</sup> L. Wittgenstein, *Logisch-Philosophische Abhandlung*, in «Annalen der Naturphilosophie», Leipzig 1921; ed. ing., *Tractatus Logico-Philosophicus*, F. Ramsey-C.K. Ogden (Ed.), Routledge & Kegan Paul, London 1922; ed. it., *Tractatus Logico-Philosophicus*, in *Tractatus Logico-Philosophicus e Quaderni 1914-1916*, a cura di A.G. Conte, Einaudi, Torino 2009.

<sup>6</sup> Cfr. C.J. Misak, *Il verificazionismo*, cit., p. 69. In particolare, Misak nota che «le idee di Wittgenstein stimolarono i positivisti logici a tal punto che essi smisero di discutere di differenti argomenti ad ognuno dei loro incontri e si occuparono per tutto il 1926 ed il 1927 soltanto del *Tractatus*».

<sup>7</sup> Sulla filosofia del linguaggio di Wittgenstein, la sua evoluzione, le sue implicazioni giuridiche ed i suoi rapporti con le tesi del positivismo logico si consulti, tra gli altri, M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999.

consiste nella verificabilità dei suoi enunciati e la seconda, la filosofia, che da studio dei principi primi viene intesa come analisi del linguaggio scientifico, il cui compito consiste nel distinguere i fatti dai valori, gli enunciati sensati da quelli insensati e, più in generale, di purificare il linguaggio scientifico da tutte quelle incrostazioni storiche e metafisiche che costituiscono la vera ragione dei dibattiti filosofici. Con le parole di Wittgenstein, «lo scopo della filosofia è il rischiaramento logico dei pensieri»<sup>8</sup>.

Tornando al tema che è qui d'interesse, in questa stagione la filosofia diviene un luogo assai poco ospitale, oltre che per la metafisica, anche per la storia del pensiero. E in effetti, nel momento in cui la filosofia viene concepita come analisi del linguaggio, ogni qual volta la si pratica è come se in un certo senso si stesse “ricominciando da capo”, come se si guardasse ai problemi con occhi sempre nuovi o da «nessun luogo» (per dirla con Nagel) e, soprattutto, sentendosi legittimati a trascurare quanto i filosofi hanno proposto nel corso della storia, nonché gli stessi fatti che nella storia si sono inanellati. Nell'ottica neopositivista, insomma, la filosofia diviene un esercizio intellettuale essenzialmente fuori dal tempo, astorico, molto simile ad un gioco che, per definizione, quando giocato, tende a isolare i suoi giocatori rispetto alla realtà circostante catapultandoli in una dimensione sempre identica a sé stessa. In questo senso, anche la filosofia, quando intesa nei termini di analisi del linguaggio, alla stregua di un gioco appare chiusa in sé stessa, possiede regole (argomentative) cui doversi necessariamente attenere (pena la fuoriuscita da quell'ambito discorsivo) e, soprattutto, vive di “rompicapo”, che hanno senso proprio perché facenti parte di quel determinato gioco linguistico. A ben vedere, il metodo filosofico del Circolo di Vienna, non solo prescinde dalla storia del pensiero, addirittura guarda a quella storia con evidente diffidenza e sospetto. In un certo senso, il messaggio implicito nel suo approccio consiste nell'idea per cui la filosofia occidentale ha fin dall'inizio frainteso il proprio ruolo, generando tutta

---

<sup>8</sup> L. Wittgenstein, *Tractatus*, cit., 4.112.

una serie di complicazioni teoriche che non avrebbero avuto ragione di esistere se i termini del linguaggio impiegati in ambito conoscitivo, innanzitutto in quello scientifico, fossero stati usati in modo corretto e rigoroso.

Passando dalla filosofia alla filosofia del diritto, tutte le tesi neopositiviste di derivazione wittgensteiniana appena sintetizzate hanno trovato chiara e diretta applicazione nelle opere di alcuni grandi interpreti della teoria del diritto del Novecento che, senza particolari difficoltà, possono essere interpretate, benché con diverse gradazioni, come “esercizi neo-empiristi”. Tanto Bobbio (il Bobbio dei primi anni Cinquanta) quanto Ross, ad esempio, per limitarmi a due casi soltanto, hanno accettato senza grossi tentennamenti le idee di scienza (del diritto) e di filosofia (*Jurisprudence*) proposte dal positivismo logico, nonché la medesima idea di linguaggio e di verificaione, benché al fine di comprendere e definire fenomeni assai diversi da quelli immaginati dagli esponenti del Circolo di Vienna.

Limitandomi a qualche considerazione soltanto, in *Diritto e giustizia*<sup>9</sup> Ross parte dal presupposto per cui il principio di verificaione del positivismo logico dovesse essere applicato anche all’ambito della scienza giuridica. «Ciò significa che le proposizioni circa il diritto valido debbano essere interpretate come riferentisi non ad una *inosservabile validità* o “forza vincolante”, derivante da princìpi *a priori* o da postulati, ma a *fatti sociali*. [...] Noi riteniamo [...] che il contenuto reale delle proposizioni della scienza giuridica si riferisca alle azioni delle corti in certe circostanze»<sup>10</sup>. A parere di Ross la scienza giuridica è

---

<sup>9</sup> A. Ross, *On law and Justice* (1958), University of California Press, Berkeley & Los Angeles 1959; tr. esp., *Sobre el derecho y la justicia*, por G.R. Carrió, Editorial universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires 1963; tr. it., *Diritto e giustizia* (1965), a cura di G. Gavazzi, Einaudi, Torino 2001; ed. or., *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*, Nyt nordisk forlag, 1953, oggi digitalizzata e disponibile on line al seguente indirizzo: [https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/Ross\\_Om\\_ret\\_og\\_retfærdighed\\_1966.pdf](https://jura.ku.dk/jurabog/pdf/juridiske-monografier/Ross_Om_ret_og_retfærdighed_1966.pdf).

<sup>10</sup> Ivi, p. 39 [*Corsivo mio*].

possibile alle stesse condizioni alle quali è possibile ogni altra scienza secondo il positivismo logico (e anche secondo Hägerström): se davvero vuole essere tale, essa «deve situare il suo oggetto, non in una sfera di validità, di *Sollen*, ma nella realtà, nel *Sein*»<sup>11</sup>. Lo scienziato del diritto in fondo studia fenomeni psichici nella loro dimensione sociale, «perché la psiche esiste, è reale, se la consideriamo non *von innen*, come uno stato di coscienza (*Bewusstseinslage*), ma *von aussen*, come fenomeno psico-fisico che ha luogo in un organismo psico-fisico situato nella realtà spazio temporale»<sup>12</sup>. Ma accettare tali presupposti, implica l'esigenza di una ridefinizione dell'idea stessa di dogmatica giuridica perché, quantomeno nella sua accezione originaria essa diviene adesso impossibile, banalmente perché il mondo che intendeva studiare, quello dei diritti, dei doveri, della validità, ecc. in questa “nuova” ottica, non esiste più. La dogmatica giuridica, così come ripensata da Ross sulla scorta delle indicazioni dell'empirismo logico è una scienza della realtà (attuale) che studia le norme giuridiche, non quali astratte entità linguistiche che parlano di diritti e obblighi giuridici, ma quali fatti psico-linguistici, costituendosi così in un settore della conoscenza giuridica integrato nella scienza del diritto, la quale, nel suo insieme, è una scienza della realtà, una scienza del comportamento umano<sup>13</sup>. Essa diviene, dunque, scienza del comportamento giudiziale, ossia una scienza che non studia direttamente il modo in cui “dobbiamo o non dobbiamo” comportarci o il fatto che “abbiamo o non abbiamo” un certo diritto, bensì esclusivamente ciò che i giudici *credono* a riguardo. Le proposizioni della scienza giuridica – nelle intenzioni di Ross – riguardano le credenze di un particolare gruppo di persone relative ad un determinato ambito: ad esempio, le credenze dei giudici danesi relative al diritto danese vigente<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> R. Hernández Marín, *Diritto e scienza. Saggio su Alf Ross*, in E. Pattaro (a cura di), *Contributi al realismo giuridico*, Giuffrè, Milano 1982, p. 198.

<sup>12</sup> Ivi, p. 199.

<sup>13</sup> Ivi, p. 208.

<sup>14</sup> Cfr. J.v.H. Holtermann, *Naturalizing Alf Ross's Legal Realism*, cit.

In Italia, pochi anni prima, Norberto Bobbio subisce inequivocabilmente anch'egli il fascino delle idee del Circolo di Vienna, soprattutto quando in un noto articolo del 1950<sup>15</sup> dedicato alla funzione della scienza giuridica, approda all'idea per cui un linguaggio è scientifico soltanto se è rigoroso ed è rigoroso solo se è retto da regole condivise all'interno di una determinata comunità di parlanti. Ciò non significa, sottolinea Bobbio, che la scienza si esaurisca nel linguaggio da essa espresso, significa casomai, che senza quel linguaggio non può darsi scienza. Il rigore e la coerenza linguistica assurgono così a condizione necessaria (ma non anche sufficiente) per poter definire una determinata situazione discorsiva come scientifica: «la scienza insomma ha inizio con la formazione del cosiddetto linguaggio scientifico, cioè con quel linguaggio che fa di una conoscenza puramente soggettiva (la mia percezione) una conoscenza al massimo grado intersoggettiva»<sup>16</sup>. E se la scienza è innanzitutto, ma non soltanto, linguaggio rigoroso e coerente, la giurisprudenza (nel senso di *Jurisprudence*) può finalmente essere considerata vera scienza, scienza in senso pieno, innanzitutto perché «a differenza delle concezioni della scienza sostenute sino ad oggi, la concezione neo-positivistica permette di comprendere nell'ambito delle scienze la ricerca del giurista, e aiuta quindi il giurista a rendersi conto con maggiore consapevolezza della natura del proprio lavoro»<sup>17</sup>. L'oggetto di una scienza giuridica così ripensata, a differenza da quanto sostenuto da Ross, per Bobbio consiste nelle proposizioni normative del diritto, ossia nelle regole vigenti in un dato sistema giuridico. Tali regole possono essere analizzate quantomeno attraverso due differenti livelli discorsivi, uno proprio della giurisprudenza e l'altro coincidente con la teoria generale del diritto o, come Bobbio preferisce definirla in questa fase del suo pensiero, teoria formale del diritto. La differenza starebbe

---

<sup>15</sup> Si tratta del saggio *Scienza giuridica ed analisi del linguaggio*, apparso per la prima volta nella «*Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*», IV (1950), pp. 342-367.

<sup>16</sup> Ivi, p. 351.

<sup>17</sup> Ivi, p. 352.

in questo: mentre la teoria generale del diritto analizza le norme di comportamento in quanto tali, ossia prescindendo completamente dal loro contenuto, la giurisprudenza, invece, le analizza proprio allo scopo di attribuire loro un significato e, quindi, un contenuto che sia coerente con il contesto normativo. La teoria generale, che è pur sempre scienza, diviene così logica, logica degli enunciati normativi, dei quali ne analizza esclusivamente la struttura e le reciproche implicazioni, la giurisprudenza diviene interpretazione, nell'accezione più ampia e ricca di contenuti che può essere attribuita a questo termine. E da ciò Bobbio ricava che «se l'analisi del linguaggio giuridico e l'interpretazione giuridica sono tutt'uno, e se l'analisi del linguaggio è l'operazione propriamente scientifica del giurista, si dovrà concludere che il giurista, proprio in quanto giurista nel senso tradizionale della parola, cioè in quanto interprete delle leggi, costruisce la scienza del diritto»<sup>18</sup>. Una volta distinte la teoria generale del diritto dalla giurisprudenza, Bobbio espone la tesi centrale del suo ragionamento, centrale anche ai nostri fini: «non c'è giurisprudenza al di fuori della regola e del regolato, e tutto ciò che sta prima della regola (sia il fondamento o l'origine) non appartiene alla ricerca del giurista»<sup>19</sup>. Il linguaggio del diritto costituisce la *province*, per dirla con Austin, della scienza giuridica in quanto giurisprudenza, che è scienza innanzitutto perché costituisce un'analisi del linguaggio, «più precisamente di quel particolare linguaggio in cui attraverso le proposizioni normative si esprime il legislatore»<sup>20</sup>. Perché lo scienziato del diritto «non osserva dei fenomeni, come fa il ricercatore di una scienza empirica, né si preoccupa di verificare attraverso l'esperienza la verità delle proposizioni normative»<sup>21</sup>.

La giurisprudenza, in quanto attività scientifica, ha il compito di purificare, di completare e di ordinare il materiale normativo trasforman-

---

<sup>18</sup> Ivi, p. 355.

<sup>19</sup> Ivi, p. 353.

<sup>20</sup> Ivi, p. 354.

<sup>21</sup> *Ibidem*.

dolo in un linguaggio che sia quanto più rigoroso, completo e ordinato possibile. Affinché tale operazione vada a buon fine, e coerentemente con quanto prima detto della scienza e dei suoi caratteri essenziali, è indispensabile che quest'attività di analisi, quest'opera di trasformazione/traduzione, avvenga in ossequio a determinate e prefissate regole convenzionali, senza le quali nessuna coerenza potrà essere conseguita. Sul punto Bobbio, prendendo le mosse dall'impostazione neopositivista e anticipando, almeno in parte, quanto Wittgenstein sosterrà tre anni più tardi con la nota tesi del «significato come uso», perviene alla conclusione per cui il linguaggio per essere scientifico non deve dar vita a fraintendimenti, che possono essere evitati soltanto a patto che i parlanti all'interno di una determinata situazione linguistica si accordino convenzionalmente sulle regole che disciplinano l'uso dei termini coinvolti. Non è un caso che Bobbio, in tal senso assai vicino all'idea di gioco linguistico che verrà proposta poco più tardi dal filosofo austriaco, paragoni la giurisprudenza e la sua convenzionalità ad un gioco e alle sue regole. Con la conseguenza che la scienza in generale, la giurisprudenza, nonché il gioco funzionano solo a patto che i soggetti coinvolti, coscienti della convenzionalità delle regole metodologiche, rispettino in maniera uniforme e costante tali regole al fine di creare un linguaggio rigoroso e il più possibile coerente. Da ciò Bobbio ricava che le dispute giuridiche, così come qualsiasi altra disputa scientifica, hanno senso solo se vertono sulle regole metodologiche: o dimostrando che le regole impiegate da qualcuno tra i disputanti non sono quelle concordate, oppure proponendo una revisione delle regole adottate, in quanto troppo complicate o inadatte allo scopo.

Non è possibile, in questa sede, approfondire ulteriormente tali aspetti. Credo, però, che possiamo essere d'accordo con Massimo La Torre quando sottolinea che «mentre in Germania Gustav Radbruch si sposta dall'originario giuspositivismo verso il giusnaturalismo, in Italia Bobbio rapidamente se ne allontana. Mentre Radbruch dall'esperienza del fascismo trae la lezione di un recupero del diritto naturale o comunque della necessità di una relazione forte tra diritto e morale, Bobbio si volge a demolire la retorica moralistica di tanto pensiero giusfilosofico

italiano del primo Novecento e sente il bisogno di una metodologia più rigorosa e “scientifica”<sup>22</sup>. Se ciò è vero, è anche vero, però, che questo modo d'intendere la filosofia, benché abbia lasciato chiare tracce di sé su alcune direzioni della filosofia del diritto contemporanea, che continuano a fare dell'analisi del linguaggio uno dei loro tratti essenziali, quantomeno in questa forma così estrema e intransigente è oggi considerato per lo più desueto, innanzitutto perché troppo angusto e riduttivo.

La stagione filosofica neopositivista ha avuto vita breve e altrettanto breve è stata quella delle sue più ortodosse applicazioni in ambito giuridico, tant'è che gli autori che inizialmente avevano sostenuto con evidente entusiasmo quella impostazione, a cominciare dallo stesso Bobbio, l'hanno poi lentamente ma inesorabilmente abbandonata, per riaprire le porte della loro indagine a dimensioni più ampie e comprendenti sia la dimensione metafisico concettuale che quella storica<sup>23</sup>. Con la fine di questa stagione ne inizia una nuova, in cui si diffonde l'idea per cui «un'adeguata conoscenza della maggior parte dei problemi giuridici esige la loro considerazione storica», nella consapevolezza che «in poche scienze, come in quella del diritto, è altrettanto necessario coniugare lo studio dei problemi attuali con quelli del passato. In nessun altro ramo del sapere, la storia acquisisce oggi un simile valore di strumento indispensabile per l'indagine della sua struttura tematica»<sup>24</sup>. E anche se con diverse intensità, relative al tipo d'indagine giusfilosofica che si con-

---

<sup>22</sup> M. La Torre, *Filosofia e scienza giuridica*, in Norberto Bobbio. *Aportaciones al análisis de su vida y de su obra*, F.J. Ansuátegui y A. Iglesias Garzón (Ed.), Dykinson, Madrid 2010, p. 42.

<sup>23</sup> È bene precisare che Bobbio, in verità, anche nel suo periodo “analitico” non ha mai rotto definitivamente i ponti con la dimensione storica. E in effetti, se nell'articolo dedicato alla scienza giuridica qui citato delinea e difende un'idea di giurisprudenza che si dispiega per interno in ambito linguistico, nello stesso anno, in un altro lavoro scrive che «la filosofia del diritto non può fare a meno della storia», N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1950.

<sup>24</sup> A.E. Pérez Luño, *La storia della filosofia e il suo significato attuale*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1 (2016), p. 166.

duce, in questa nuova fase post-positivista (alludo ancora al positivismo logico) si diffonde anche la consapevolezza che “fare filosofia del diritto” presuppone, in ogni caso, il fatto di sentirsi parte di una tradizione, per la banale ragione che produrre pensiero significa necessariamente aggiungere qualcosa, a volte anche d’infinitamente piccolo, a ciò che già si è detto in passato. Il mito del filosofo che crea dal nulla le idee, che platonicamente le acciuffa calandole dall’alto, che le trova in sé stesso in quanto prodotto della propria incontaminata ragione o, con riferimento ancora una volta all’empirismo logico, che le ricava da un metodo d’analisi “puramente” analitico è, per l’appunto, ormai soltanto un mito. Detto altrimenti, «lo sguardo da nessun luogo» di Thomas Nagel, ci piaccia o meno, non esiste o, se esiste, si addice forse ai matematici, molto meno ai filosofi e ancor meno ai filosofi del diritto, vista la natura essenzialmente pratica e contestuale dell’oggetto che intendono studiare. In una parola, si potrebbe dire che la filosofia, ed in modo particolare la filosofia del diritto, vivono necessariamente “anche” di contesto, un contesto che è costituito da fatti e (soprattutto) da idee, presenti ma anche passati, entrambi indispensabili alla creazione filosofica.

In questo senso, il filosofo si trova nella medesima condizione dell’artista: «il filosofo – come sottolinea Schopenhauer – non deve mai dimenticare che la sua è un’arte, non una scienza»<sup>25</sup>. In questo senso, ma solo in questo beninteso, pittura, musica e filosofia, in quanto attività creative, hanno significato nella misura in cui tendano all’originalità, a prescindere dal fatto che conseguano o meno tale ambizioso risultato. Il punto è che l’originalità presuppone a sua volta, io credo necessariamente, il costante riferimento a ciò che è stato, alle idee che precedenti pittori, musicisti e filosofi hanno proposto in passato. La creazione non ha mai inizio da un “non luogo”, ma dal luogo in cui ci hanno condotto coloro i quali ci hanno preceduto, siano essi giganti della filosofia o grandi (e anche meno grandi) studiosi della disciplina filosofica che coltiviamo. È ancora una volta Schopenhauer, parlando dei filosofi che lo

---

<sup>25</sup> A. Schopenhauer, *Aforismi*, Rusconi, Milano 2005.

avevano preceduto ed ispirato, a dire: «loro sono in me, ma io non sono in loro»<sup>26</sup>. Come a dire che il significato più profondo del “fare filosofia” consista proprio nel far parte del passato e, dunque, nel conoscerlo e farne tesoro, ma al contempo nell’aver il coraggio e la spregiudicatezza di non restare nel passato, di metterlo da parte al momento opportuno. La filosofia, come l’arte, celebra il passato ed al contempo lo uccide. E di converso, e portando alle estreme conseguenze il concetto, la filosofia e l’arte, quando inconsapevoli del passato, non sono realmente né filosofia, né arte. Un concetto simile lo ha espresso il grande e visionario compositore del XX secolo Igor Stravinsky quando, nel tentativo di spiegare il suo processo creativo, scrive «provo una sorta di terrore quando, nel momento in cui pianifico il lavoro e mi trovo dinnanzi ad una infinità di possibilità, ho la sensazione che tutto mi è permesso. Ma quando tutto mi è permesso, tanto il meglio quanto il peggio, quando niente oppone resistenza, allora ogni sforzo è inconcepibile, niente può essere usato come punto di partenza e conseguentemente ogni attività diviene inutile»<sup>27</sup>. Sebbene a scrivere sia il più creativo compositore della sua generazione, così avanti rispetto ai tempi da aver costituito una fonte d’ispirazione anche per musicisti molto lontani dalla musica classica, anche Stravinsky, un vero filosofo della musica, sente evidentemente l’esigenza di far poggiare le sue invenzioni musicali su ciò che

---

<sup>26</sup> Vale la pena notare, come giustamente ha evidenziato Eugenio Ripepe, che Schopenhauer è stato «il più feroce nemico non della storia della filosofia del diritto ma delle storie della filosofia *tout court*», E. Ripepe, in «Rivista di filosofia del diritto», Fascicolo speciale (2015), p. 48. In quel caso, però, per “storia” non s’intende il riferimento alla filosofia “nella” storia, ossia alle idee filosofiche che i filosofi hanno elaborato nel passato, ma letteralmente alla sintesi storica di quel pensiero. Schopenhauer invita i lettori ad attingere direttamente alla fonte e di non accontentarsi delle storie della filosofia, diciamo, di seconda mano. Nel medesimo contributo, Ripepe riporta, infatti, la seguente citazione «leggere in luogo delle opere originali dei filosofi [...] una storia della filosofia, è come farsi masticare da un altro il proprio desinare», A. Schopenhauer, *Parerga e paralipomena* (1851), 1 voll., Giorgio Colli (a cura di), Adelphi, Milano 1981, p. 57.

<sup>27</sup> I. Stravinsky, *Poetics of Music*, Harvard University Press, Cambridge 1947.

è stato, sulla storia della musica, anche lui prova inequivocabilmente l'*horror vacui*. Ciò non vuol dire necessariamente “conservare” o “idolatrare” il passato, ed il caso di Stravinsky è in tal senso emblematico vista la sua evidente tendenza alla sperimentazione; significa casomai partire dal passato, averne coscienza e consapevolezza, anche solo per decostruirlo.

Benché molto altro ci sarebbe ancora da dire sul punto, alla prima domanda, ossia se “è possibile fare filosofia (del diritto) prescindendo dalla sua storia” rispondo sinteticamente con un secco “no”: non credo sia mai possibile. Il filosofo, e il filosofo del diritto non fa eccezione, per creare pensiero deve innanzitutto volgere il suo sguardo indietro, perché è lì che troverà, se non le risposte, quantomeno le basi su cui edificare il proprio sistema di idee.

## 2. Quanta storia occorre per poter fare filosofia?

Più impegnativa appare la seconda domanda: quanta “storia” occorre per poter “fare filosofia”? Quanto spazio è necessario che il nostro metodo, in quanto filosofi (del diritto), garantisca alla dimensione storica?

Appurato che la produzione di idee filosofiche, attengano esse a questioni epistemologiche, metodologiche o ontologiche, presuppone sempre un quadro storico di riferimento, ci resta ancora da capire quanto consistente, o addirittura quanto ingombrante, tale riferimento alla storia (delle idee e dei fatti) debba essere. Credo non ci sia un'unica risposta a tale domanda, banalmente perché esistono tante risposte quanti sono i possibili approcci alla filosofia del diritto. Un tempo avremmo detto tante risposte quante sono le scuole e le tradizioni della filosofia del diritto.

Non si può qui disegnare una mappa che contenga tutti gli approcci possibili, ma si può quantomeno tentare d'individuare i confini più estremi, diciamo i poli della filosofia del diritto, chiarendo sin d'ora che si tratta di semplici generalizzazioni attraverso cui delimitare un ambito e non di veri e propri strumenti definitivi attraverso cui identificare filosofi del diritto in carne ed ossa, (benché non escludo che molti filosofi del diritto,

anche appartenenti alla mia generazione, potranno identificarsi agevolmente in uno di questi modelli). Semplificando: ad un polo della mappa troviamo i filosofi del diritto che della memoria e della conservazione del passato fanno il loro tratto caratteristico. Si tratta di studiosi per i quali la storia del pensiero è “tutto”, per i quali non esiste una reale linea di confine tra la filosofia del diritto e la sua storia. Nella loro ottica qualunque questione filosofica, anche le questioni che sembrano essere del tutto nuove, richiamano teorie e categorie del passato, a volte inaspettatamente antiche. Per questi filosofi del diritto, che potremmo definire “antiquari”, i filosofi del passato non muoiono mai e ogni questione su cui poter ragionare costituisce una buona occasione per dialogare con loro, anche solo nel tentativo di smentirli. Beninteso, ciò non perché confondano la filosofia con la sua storia, ma in quanto vedono nella storia del pensiero un potente strumento, forse l’unico strumento possibile, per poter dire qualcosa di nuovo e, paradossalmente, per risolvere problemi che sono anch’essi nuovi e, dunque, inconcepibili per i filosofi di cui parlano.

All’altro polo della nostra mappa troviamo i filosofi del diritto per i quali la storia del pensiero è sì presente, ma solo sullo sfondo: essa costituisce soltanto lo spazio, la *province* entro cui poter fare filosofia sul diritto. Questi filosofi del diritto spesso paragonano la loro attività scientifica a quella degli “orologiai”: così come questi smontano e rimontano gli orologi solo al fine di comprenderne il funzionamento o, in alcuni casi, per far sì che gli orologi funzionino al meglio, senza interrogarsi sul concetto di tempo o sul fatto se esso esista veramente, allo stesso modo i filosofi del diritto “orologiai” smontano e rimontano istituti, normative e concetti senza interrogarsi sul concetto di diritto, ossia senza porsi domande “esplicite” sulle grandi questioni dell’ontologia giuridica e filosofica<sup>28</sup>. E ciò, in un certo senso, sembra esonerarli dall’e-

---

<sup>28</sup> Con ciò non intendo dire che tali teorici del diritto non intrattengano rapporti con l’ontologia del diritto, voglio solo dire che solitamente i loro lavori, che certamente presuppongono un determinato concetto di diritto, non vertono in modo esplicito su questioni ontologiche.

sigenza, che invece appare cogente per i filosofi “antiquari”, di tornare necessariamente indietro nel tempo. Non è un caso, infatti, che i loro salti temporali, pur sempre presenti, sono spesso a breve raggio, a volte si concludono nello spazio di una generazione di filosofi o di giuristi. Se, dunque, i filosofi del diritto “antiquari”, anche quando si occupano di temi dalla portata (apparentemente) limitata, tendono sempre ad andare alla radice dei problemi, il che richiede loro “viaggi nel tempo” sempre più lunghi e tortuosi, i filosofi del diritto “orologiai”, che spesso si occupano di questioni molto più specifiche, peraltro in molti casi ad alto tasso di tecnicismo giuridico, hanno ovviamente panorami storici assai più limitati.

Non credo sia possibile stabilire quale tra i due approcci sia da preferirsi, perché in fondo si tratta di approcci alla filosofia del diritto che non competono realmente l'uno contro l'altro, avendo interessi, finalità e soprattutto destinatari in gran parte differenti. I filosofi “antiquari” vorrebbero in fondo che la filosofia del diritto divenisse più “bella”, anche dal punto di vista estetico, i loro interlocutori sono gli altri filosofi del diritto, i filosofi della politica o, a limite, i giuristi “più illuminati” che s'interessano di filosofia. E anche quando aspirano a dialogare direttamente con i giuristi di professione difficilmente raggiungono il loro obiettivo, utilizzando essi un linguaggio troppo lontano da quello che viene impiegato dai tecnici del diritto nella loro attività quotidiana. I filosofi “orologiai”, invece, vogliono che la filosofia del diritto divenga più utile (innanzitutto per i giuristi), più penetrante e più forte, anche dal punto di vista accademico, e i loro interlocutori sono innanzitutto i giuristi di professione, i tecnici e i cultori del diritto positivo con i quali condividono un linguaggio tutto sommato simile ed altrettanto simili interessi tematici.

Tra questi due estremi, Scilla e Cariddi della filosofia del diritto, si trovano poi tutti gli altri approcci alternativi ipotizzabili, e con ogni evidenza, per tutti loro (per tutti noi), anche se con gradazioni differenti, la storia, la tradizione giuridica, il passato, recente o antico che sia, sembrano giocare *sempre* un ruolo determinante, anche per gli attuali filosofi del diritto di matrice analitica, quelli che ho definito filosofi

“orologiai”. In effetti, mentre la filosofia analitica degli anni Cinquanta, diretta applicazione in ambito giuridico dell’empirismo logico, è stata «estranea all’esperienza giuridica in quanto dimensione sociale e storica del diritto»<sup>29</sup>, per i nuovi filosofi del diritto analitici la dimensione storico sociale, benché mai centrale, tende ad acquisire una rilevanza sempre crescente. Salvo rarissime eccezioni, non mi consta esistano lavori di filosofi del diritto oggi definibili come “analitici” in cui si faccia a meno di un qualche tipo di contestualizzazione storico sociale, in cui l’analisi teorica del diritto venga ridotta realmente ad un gioco avulso dalla realtà, presente e passata. Dire il contrario, così come d’altronde ritenere che i filosofi “antiquari” non utilizzino (non sappiano utilizzare) metodi analitici, significa a mio avviso creare veri e propri bersagli di comodo su cui esercitare ancora un po’ di quell’acredine che un tempo, almeno in parte, caratterizzava i rapporti tra le scuole.

### 3. La filosofia del diritto concettuale: il caso Alexy

C’è però un approccio ancora differente, che sembra sfuggire alla nostra approssimativa tassonomia, una sorta di isola che non trova collocazione nella mappa che abbiamo cercato di disegnare. Faccio riferimento a quella che potremmo chiamare “Filosofia del diritto concettuale”, quel tipo di filosofia del diritto che vuole pervenire senza residui all’essenza del diritto, alla definizione del suo concetto (con la C maiuscola beninteso), utilizzando strutture argomentative che prescindono, almeno apparentemente, dalla dimensione storica. Utilizzando la metafora prima impiegata, potremmo definire questi filosofi del diritto come degli “orologiai” che, non solo vogliono smontare e rimontare gli orologi, ma che s’interrogano al contempo in maniera “esplicita” sul concetto di tempo, anzi che fanno del concetto di tempo il fulcro della loro attività.

Credo che Robert Alexy, ed in modo particolare il modo in cui il giurista tedesco ha recepito e utilizzato la filosofia del diritto di Gustav Rad-

---

<sup>29</sup> A.E. Pérez Luño, *La storia della filosofia e il suo significato attuale*, cit., p. 179.

bruch, costituisca la massima espressione di questa “terza via”. La tesi che voglio sostenere è che, anche in questo caso la storia, benché solo implicitamente, gioca comunque un ruolo essenziale. Anzi, credo che l’unico modo per accettare proposte di autori come Alexy, il cui valore non viene messo in discussione, consista proprio nell’esplicitare la dimensione storica che implicitamente esse contengono, oppure nel collocarle nella dimensione storica da cui tentano incessantemente di sfuggire.

Più precisamente, la teoria di Alexy è del tutto accettabile solo quando interpretata come una teoria “del e sul” sistema giuridico di tipo democratico-costituzionale e non, come Alexy vuole sostenere, come una teoria “del e sul” concetto di diritto e, quindi, esterna o superiore alla dimensione storica. Ciò per una banale considerazione: se è vero che il processo di costituzionalizzazione post-bellico degli ordinamenti giuridici europei ha messo *fuori gioco* il positivismo giuridico (o quantomeno buona parte del positivismo giuridico), che di fatto diviene improvvisamente incapace di rendere conto in modo adeguato delle dinamiche tipiche di tali sistemi, è anche vero, però, il contrario, ossia che è lo stesso processo ad aver messo *in gioco* e a rendere possibili e pensabili le varie teorie non-positiviste che si sono susseguite dal dopoguerra ad oggi, da Radbruch fino ad Alexy.

Ciò che qui si vuole criticare è il passo ulteriore che Alexy crede di compiere, consistente nell’idea di poter cogliere e analizzare, non semplicemente i caratteri che il diritto ha assunto in questa nuova dimensione storica e paradigmatica (e uso il termine “paradigma” proprio nel significato attribuitogli da Thomas Kuhn), ma quelli del diritto in quanto tale, del concetto di diritto appunto, al di fuori di qualsiasi contenuto storico di riferimento. È come se questo non-positivismo non si accontentasse del fatto di costituire (o di essere percepito come) la teoria giuridica standard del momento costituzionale e neanche di spiegare (e in un certo senso di migliorare) “dall’interno” il fenomeno giuridico costituzionale per come si è configurato dal periodo postbellico ad oggi, pretendendo bensì di fuoriuscire dalla dimensione storica al fine di definire il diritto nella sua presunta dimensione ideale. Ma così facendo, esso finisce per elevare surrettiziamente, e senza particolari giustifica-

zioni, un modello giuridico storicamente connotato al rango di concetto di diritto e, quindi, per trasformare un'esperienza storica particolare in una lente attraverso cui valutare, moralmente e giuridicamente, tutte le altre esperienze giuridiche, in senso diacronico ed in senso sincronico.

È banale sottolinearlo, ma il modello costituzionale, per quanto paradigmatico sia, non è “Il Diritto”, è soltanto una sua manifestazione, con ogni probabilità ad oggi la migliore pensabile, ma pur sempre una manifestazione storica e contingente. Credo che la confusione tra modello giuridico paradigmatico e concetto di diritto sia presente, pur se con diverse gradazioni, nel pensiero di tutti i “filosofi del diritto concettuali”. Ciò è vero in particolare quando riferito ad Alexy e al modo in cui ha recepito la proposta di Radbruch.

Com'è noto, l'obiettivo centrale che il filosofo tedesco tenta di conseguire in *The Argument from Injustice* e negli altri lavori successivi dedicati al medesimo tema, è quello di dimostrare, contro il positivismo giuridico, che il diritto costituisce un concetto a due dimensioni, una fattuale o istituzionale e un'altra ideale. Se il positivismo, in tutte le varianti in cui si è manifestato e ancora si manifesta, crede che il diritto sia tale per ragioni di carattere formale (*source thesis*), che lo stesso diritto pone, Alexy si mostra invece convinto del fatto che il diritto, il “concetto di diritto”, possa essere definito facendo *necessariamente* riferimento *anche* ad elementi di natura morale: «nessun serio autore non positivista esclude in realtà che nel concetto di diritto ci siano elementi autoritativi o di efficacia sociale. Piuttosto, ciò che distingue il non positivismo dal positivismo è l'idea per cui il concetto di diritto non può essere definito in tal modo, accanto a tali proprietà fattuali devono essere inclusi anche elementi morali»<sup>30</sup>. Tale dimensione ideale implicita viene concepita nei

---

<sup>30</sup> R. Alexy, *Some Reflections on the Ideal Dimension of the Law*, in «The American Journal of Jurisprudence», 50 voll., 2 (2013), p. 97, [*Trad. mia*] «No serious non-positivist is thereby excluding from the concept of law either the element of authoritative issuance or the element of social efficacy. Rather, what distinguishes the non-positivist from the positivist is the view that the concept of law is to be defined such that, alongside these fact oriented-properties, moral elements are also included».

termini di una pretesa di correttezza morale», una pretesa di correttezza che *qualunque* ordinamento giuridico deve *necessariamente* vantare per poter essere considerato tale. In quest'ottica, l'elemento della correttezza non costituisce, dunque, un carattere contingente del diritto, un particolare di cui l'ordinamento giuridico può fare a meno senza difficoltà; essa è parte integrante e necessaria del concetto di diritto, è una *condicio sine qua non* della sua stessa giuridicità. Nel descrivere tale dimensione, Alexy si rifà direttamente a Radbruch e alla sua formula, recepita nella sua versione più sintetica: l'estrema ingiustizia non è diritto. «In base a questa formula, le mancanze morali minano la validità giuridica *se e solo se* viene oltrepassata tale soglia dell'estrema ingiustizia. Questa soglia viene oltrepassata in caso di estreme violazioni dei diritti umani»<sup>31</sup>.

Il punto che qui m'interessa sottolineare è che l'argomento della pretesa di correttezza più che una tesi concettuale sulla natura del diritto, appare come una tesi descrittiva del modello di validità presente all'interno dei sistemi giuridici costituzionali e ciò banalmente in quanto tali sistemi hanno fatto propria, incorporandola, la formula di Radbruch. Ciascuno di tali sistemi contiene, infatti, una soglia costituzionale oltre la quale il diritto perde la sua validità e che si ottiene unendo i punti costituiti dai diritti fondamentali che le Costituzioni dispongono.

In questo suo tentativo di sfuggire alla dimensione storica, Alexy non per caso utilizza uno strumento di giustificazione concettuale controfattuale, tale da consentirgli di collocare la sua proposta in un "non luogo", "nel luogo dei puri concetti". Com'è noto, lo strumento prescelto è quello della "contraddizione performativa" e l'esempio che esso contiene si sostanzia in un ipotetico articolo costituzionale che dovrebbe dimostrare l'esistenza di una dimensione ideale e implicita del diritto semplicemente perché la contraddice: *Questa è una repubblica democratica, federale ed ingiusta.*

---

<sup>31</sup> Ivi, p. 108, [*Trad. mia*] «Extreme injustice is not law. According to this formula, moral defects undermine legal validity *if and only if* the threshold of extreme injustice is transgressed. This threshold is transgressed in cases of extreme violations of human rights».

Il problema che vorrei porre è il seguente: l'articolo è effettivamente contraddittorio, o comunque appare tale intuitivamente a qualunque destinatario, così come appare contraddittorio un enunciato del tipo "Piove ma non ci credo", ma ciò che a mio avviso esso contraddice non ha niente di metafisico o di ideale, più realisticamente esso contraddice la ragion d'essere di una qualunque Costituzione democratica, la sua pretesa, resa possibile da eventi e da idee ben radicate in una particolare dimensione storica, di essere moralmente corretta. Non è questo il parere di Alexy, per il quale un articolo costituzionale così concepito sarebbe *nullo ab origine*, non raggiungerebbe neanche il concetto minimo di diritto, perché non manifesterebbe alcuna pretesa di correttezza, contenendo una contraddizione tra ciò che l'articolo esplicitamente esprime e ciò che invece tacitamente presuppone, ossia tra la sua dimensione istituzionale e quella ideale.

Ciò, quando riferito ai sistemi costituzionali, è senz'altro vero, ma semplicemente perché qualunque sistema di questo tipo pretende *realmente* di essere corretto moralmente, o detto altrimenti, perché aspira *realmente* ad una qualche forma di giustizia: se una Costituzione pretendesse espressamente di essere ingiusta starebbe contraddicendo sé stessa, la sua ragion d'essere, e non la dimensione ideale del concetto di diritto. Ma il sistema giuridico costituzionale non è "Il Diritto", non è il concetto di diritto, è solo una sua eccellente manifestazione storica. Ed estendere tali conclusioni a "tutto" il diritto non appare praticabile, banalmente perché tra un concetto e una sua manifestazione contingente, anche la migliore concepibile, esiste sempre uno scarto.

Mi si permetta una divagazione in ambito musicale, credo e spero utile ai nostri fini. Ammettiamo di voler definire il concetto di musica e poniamo di volerlo fare in maniera simile al modo in cui Alexy definisce il concetto di diritto. Così facendo potremmo pervenire all'idea per cui la musica, per essere tale, debba *necessariamente* vantare una seria "pretesa di correttezza" (estetica), sovrapponibile alla seria "pretesa di correttezza" (morale) immaginata da Alexy in ambito giuridico, e che quindi essa, per essere realmente "Musica", debba, ad esempio, presen-

tare o comunque tendere ad una qualche forma di equilibrio armonico, con riferimento ovviamente alla “nostra” teoria armonica occidentale. Per cui la musica “estremamente dissonante” non può più essere considerata musica. Assunto un siffatto parametro, potremmo a questo punto ritenere che la musica di Johann Sebastian Bach realizzi pienamente questo compito ideale e potremmo pensare che essa coincida con il concetto di musica e che, quindi, sia una sorta di meta-paradigma attraverso cui giudicare, dal punto di vista estetico, tutte le esperienze musicali differenti. (Credo, fuor di metafora, che Alexy faccia un ragionamento del tutto sovrapponibile per ciò che concerne il rapporto tra il diritto del sistema costituzionale e il concetto di diritto). Il punto è che se questo fosse il concetto di musica, molte espressioni musicali del passato, del presente e anche del futuro, reali o ipotetiche, con ogni evidenza non supererebbero in alcun modo un “test” così concepito. Che dire ad esempio della cd. musica microtonale, ossia di una musica che conosce intervalli ancora più piccoli del nostro intervallo minimo che è il semitono, come la musica *gamelan* indonesiana, la musica classica indiana, o la musica araba? Solo per limitarci a pochi e banali esempi e coscienti del fatto che esempi di musica microtonale sono rinvenibili anche all’interno della musica occidentale. Dovremmo forse ritenere che non si tratta di espressioni pienamente musicali? Con ogni evidenza l’argomento conduce a conclusioni insostenibili. Non perché Bach non costituisca realmente una delle massime vette dell’ingegno umano (che va forse ben oltre il fatto musicale), ma perché si tratta pur sempre di un “fenomeno” musicale collocato nella storia, un’esperienza musicale che parla la lingua del suo tempo e che può essere pienamente compresa quando ricondotta al contesto cui di diritto appartiene. Creare un concetto di musica che riproduce e generalizzi i caratteri di quel “fenomeno”, di quella “esperienza” risulta essere a mio avviso ingiustificato, oltre che poco opportuno.

Ebbene, mi sembra che Alexy realizzi un tentativo simile in ambito giuridico: non solo sostiene che esiste “un” concetto di diritto, ma soprattutto fa coincidere le sue caratteristiche essenziali con quelle proprie del modello costituzionale post-bellico. Il punto è che chi parla di

“concetto”, e non semplicemente di “modello” di diritto, finisce per collocare sé stesso e la propria teoria al di sopra dei paradigmi, al di sopra della storia, cosa di per sé legittima beninteso, ma a patto di fornire le necessarie giustificazioni e di renderle esplicite, pena il fatto di produrre delle conseguenze ingestibili. La più banale è questa: se il diritto, per essere realmente tale, deve contenere necessariamente (ossia sempre) una pretesa di correttezza morale, cosa dire di tutti quei sistemi giuridici che quella pretesa non l’hanno “effettivamente” vantata? Dovremmo forse concludere (lo dico provocatoriamente) che il diritto romano non era in realtà diritto, visto il trattamento che riservava agli schiavi? Perché, per quanto paradossale possa apparire, è proprio questa la conclusione di cui, per ragioni di coerenza, Alexy dovrebbe farsi carico. L’alternativa, a mio avviso del tutto preferibile, consiste nel ritenere che il concetto di diritto di cui parla Alexy riguarda solo la storia recente e il rapporto tra lo stato costituzionale di diritto post-bellico e il regime nazional socialista che lo ha preceduto. Così facendo, la teoria di Alexy verrebbe fatta salva, ma non sarebbe più una teoria sulla natura e sul concetto del diritto, e quindi una teoria collocata al di fuori della storia.

Alexy è del tutto cosciente del problema e in più occasioni ha, in effetti, preso molto sul serio la provocazione pocanzi avanzata: «benché nel diritto romano non esisteva il concetto di diritti umani, ciononostante, se si analizza la legislazione dell’Impero romano relativa alla schiavitù, ci si rende conto che esistevano comunque molte norme che disponevano la protezione giudica [degli schiavi], vietando, ad esempio, la loro vendita ai procuratori per i giochi dei gladiatori o il fatto di poterli uccidere senza una causa»<sup>32</sup>. Detto altrimenti, il diritto romano collocherebbe se stesso “al di qua” della soglia (e quindi sarebbe dirit-

---

<sup>32</sup> R. Alexy, *Debate. La separacion entre el derecho y la moral. Debate entre Robert Alexy y Andrei Marmor*, in «Anales de la Cátedra Francisco Suárez», 2005, p. 780, [Trad. mia] «In Roman law [...] people did not possess the concept of human rights, but if one looks at slave legislation in the Roman Empire one sees that there were many norms concerning legal protection, forbidding, for instance, the sale of slaves to procurers [...] for gladiatorial shows, or to kill them without cause».

to) perché, nonostante le sue deficienze morali, era comunque in grado di soddisfare le esigenze della dimensione ideale del concetto di diritto in quanto vantava una qualche pretesa di correttezza.

Dal mio punto di vista, invece, tali considerazioni dimostrano precisamente il contrario. Se veramente nel diritto romano fosse esistita qualcosa di simile alla soglia dell'estrema ingiustizia o alla pretesa di correttezza, ciò avrebbe fatto percepire la schiavitù, che si colloca nettamente al di là della soglia pensata da Radbruch, come ingiusta, invalida e, dunque, non giuridica. Ma come la storia ci insegna, così non è stato. La schiavitù, ossia il fatto che un essere umano potesse essere proprietario di un altro essere umano, costituiva una pratica, innanzitutto giuridica, del tutto accettata dalla cultura del tempo e del tutto legittima per quei principi giuridici.

Ma se così stanno le cose, delle due l'una: o il diritto romano, vista l'estrema ingiustizia del suo istituto più rappresentativo, non può essere considerato diritto (soluzione, questa, risibile, paradossale ed insostenibile che, infatti, nessuno sostiene, neanche Alexy). Oppure esso è Diritto, nonostante le sue pratiche appaiano "oggi" ingiuste, perché tale era ritenuto dai giuristi e dal senso comune del tempo. Ovviamente, la soluzione più sensata è proprio questa, ma assumerla, significa accettare una semplice e ovvia verità: attribuire al concetto di diritto caratteri desunti dalla contingenza della storia conduce (quasi) sempre a conclusioni paradossali. Nel caso di specie, ad esempio, alla conclusione per cui la schiavitù dei romani può essere considerata "corretta", o comunque può presentare tracce di "correttezza", correttezza reperibile nelle norme che, da un lato legittimano la schiavitù e dall'altro sanzionano gli abusi nei confronti degli schiavi, ad esempio il fatto di ucciderli per il gusto di farlo. Ebbene, se sono queste le tracce di correttezza che distinguono il diritto dal non diritto è lecito chiedersi quale sia il vantaggio di poter disporre di una soglia di questo tipo. Il noto argomento che Hart adottò contro Fuller, e che in quel caso a mio avviso non coglieva nel segno<sup>33</sup>, sembra in questo

---

<sup>33</sup> Come ho sostenuto altrove, se nel dibattito tra Hart e Dworkin c'è qualcuno che ha frainteso gli argomenti dell'altro, questo è Hart. Il cuore della critica hartiana

caso assai più pertinente: «If this is what the necessary connection of law and morality means, we may accept it. *It is unfortunately compatible with very great iniquity*»<sup>34</sup>.

In conclusione, ho voluto sostenere in queste poche pagine che la filosofia del diritto senza storia delle idee non è semplicemente poco opportuna, è di fatto impossibile. Tutti i filosofi del diritto, anche se con diverse gradazioni, collocano le loro teorie all'interno di una determinata cornice storica e sociale. Anche i filosofi del diritto che sembrano esonerati da un rinvio diretto alla dimensione storica, in verità, benché solo implicitamente, elaborano le loro idee sempre avendo bene in mente un determinato contesto storico di riferimento. E anche quando essi tentano di fare a meno della storia, dovrebbero perlomeno prendere coscienza del fatto che è la storia a rendere possibili le loro teorie.

Beninteso, con questo non ho voluto sostenere che la filosofia del diritto non possa ambire a dire qualcosa sulla natura o sul concetto di diritto, perché in fondo è proprio questo il suo compito. Ho casomai voluto dire che per far questo, per tentare di dire qualcosa su ciò che il diritto “dovrebbe essere” deve mostrarsi in grado di poter giustificare le proprie tesi. Sono d'accordo con Ansuategui quando afferma che «il fatto di prendere come riferimento ciò che avviene all'interno del contesto costituzionale al momento di elaborare una proposta sulla relazione tra il diritto e la morale ci spinge a porre la questione della misura in cui

---

a mio avviso ha ad oggetto tesi che Fuller non ha mai realmente sostenuto e veicola un'interpretazione del suo pensiero che non mi sembra francamente sostenibile. E l'origine di tale fraintendimento nasce dal fatto che Hart, soprattutto all'interno della sua distruttiva ed impietosa recensione a *The Morality of Law*, non fa riferimento alcuno al suo quarto e fondamentale capitolo, in cui Fuller spiega le ragioni della “moralità” della *Inner Morality*: la moralità interna del diritto è “morale”, non per quello che può garantire in termini di risultati, ma per il fatto di presupporre ed implicare una ben precisa idea di persona. L'idea per cui i canoni della *Inner Morality* siano compatibili anche con la più grande ingiustizia non rappresenta una seria minaccia per l'impianto argomentativo di Fuller.

<sup>34</sup> H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 2002, p. 207; ed. or., *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford 1961.

ciò determini un vero e proprio allontanamento dalla filosofia e dalla teoria del diritto, che per principio non sono legate in modo esclusivo ed escludente ad alcuna esperienza giuridica particolare e neanche ad alcuno specifico modello di diritto. Con questo non sto dicendo che la filosofia del diritto possa permettersi il lusso di ignorare la realtà giuridica – e aggiungo io, la sua storia – ma che le sue proposte devono quantomeno provare a trascendere le situazioni giuridiche concrete. E certamente, il costituzionalismo costituisce una situazione giuridica concreta»<sup>35</sup>. Ma, lo ribadisco, trascendere la storia, o come prima ho detto “uccidere il passato”, oltre ad essere un atto di coraggio, è anche un atto che deve essere realizzato con piena consapevolezza (innanzitutto storica) e che presuppone stringenti giustificazioni teoriche.

---

<sup>35</sup> F.J. Ansuátegui Roig, *Premessa*, in A. Porciello, *Diritto e morale: tre questioni*, Ets, Pisa 2021 (in corso di pubblicazione).

**NOTE**



# LA TEOLOGIA POLITICA MODERNA

Vincenzo Omaggio

1. *L'ombra della sovranità* di Luigi Alfieri<sup>1</sup> è un libro ammirevole per l'eleganza della scrittura e per la profondità dei colpi di sonda con cui va a scandagliare i giacimenti più preziosi della nostra tradizione filosofica e politica. La "teologia politica" moderna vi occupa un posto di rilievo e, in particolare, le considerazioni svolte a proposito di Thomas Hobbes ne costituiscono l'asse portante. Accanto a Hobbes campeggia la figura di Carl Schmitt, divenuto il suo maggiore "interprete" novecentesco. In questo contesto mi accingo dunque a dialogare con lui.

2. "Hobbes e la religione" è sempre stato argomento spinoso. Quando Arrigo Pacchi più di trent'anni fa presentò l'edizione degli *Scritti teologici*<sup>2</sup> esordiva così: «Scritti teologici di Hobbes? Non è Hobbes il pensatore materialista, e perciò stesso ateo, che i suoi contemporanei additavano ad esempio di miscredenza somma, quasi alla pari con l'ateo, e se possibile ancor più detestato Spinoza?». In seguito, la storia è andata avanti quasi senza soluzioni di continuità e, peraltro, senza distinzione tra i suoi estimatori e i suoi detrattori. Il convincimento di un ateismo hobbesiano conseguenziale, tratto per deduzione infallibile dal suo materialismo, dal suo individualismo e dal suo razionalismo, ha portato con sé quello del-

---

<sup>1</sup> L. Alfieri, *L'ombra della sovranità. Da Hobbes a Canetti e ritorno*, Treccani, Roma 2021.

<sup>2</sup> Th. Hobbes, *Scritti teologici*, a cura di G. Invernizzi e A. Lupoli, introduzione di A. Pacchi, F. Angeli, Milano 1988, p. 7.

la sua sostanziale insincerità, cioè di un uso puramente strumentale da parte di Hobbes della sua conoscenza vasta e complessa delle Scritture e dei temi teologici, nonostante il fatto che questi risultino presenti con un peso rilevante e crescente nelle sue opere politiche fino a occupare nel *Leviatano* metà del trattato (trecentocinquanta pagine dell'edizione Molesworth) sotto la sezione *Of Christian Commonwealth*<sup>3</sup>. Ma l'ipotesi interpretativa strumentale e conformistica, per così dire, è debole, poco persuasiva, proprio perché la sua teologia non poggia comodamente sulle dottrine prevalenti, è tutto tranne che conformistica. Anzi è originale, radicale, polemica, eretica, con un'identità teologico-politica ben definita, sulla quale vorrei adesso soffermarmi. Intendo dire che alcune sue salde convinzioni, quali la corporeità di Dio, l'inesistenza di un'anima immortale, la sede terrena del regno di Dio, la fede nella resurrezione dei corpi, erano più adatte ad attirargli le condanne che a propiziargli un clima politico favorevole; ma sono estremamente funzionali alla sua teologia politica. La sua teologia politica intende combattere la tradizione cattolica basata sulla mediazione pontificale – e per altro verso anche la versione protestante del rapporto diretto tra i fedeli e Dio – per proporre un'idea del sovrano come luogotenente di Dio sulla terra, detentore di un potere che costringe gli uomini a fare ciò che Dio continua a comandare loro mediante le leggi naturali, dopo aver abbandonato il suo regno diretto sulla terra con l'incoronazione del re Saul, descritta nel cap. VIII del I Libro di Samuele, uno dei tanti testi che Hobbes mostra di padroneggiare perfettamente nelle ultime due parti del *Leviatano*<sup>4</sup>. La

---

<sup>3</sup> È appena il caso di ricordare che la formula *Ecclesiastical Commonwealth* appare nel sottotitolo del *Leviatano* e precede il governo civile: *The Matter, Form, and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*. Ho dedicato alcune riflessioni sul tema nel mio *Justus metus. Etica e diritto in Thomas Hobbes*, Editoriale Scientifica, Napoli 2000, in particolare, pp. 167 e ss.

<sup>4</sup> «Infatti, la sovranità sul popolo che prima [...] risiedeva in Dio e, subito sotto di lui, nel sommo sacerdote come suo reggente in terra, fu respinta dal popolo col consenso di Dio stesso. Quando, in effetti, dissero a Samuele 'facci un re che ci giudichi, come accade a tutte le nazioni', intesero significare che non volevano essere più

legge naturale va sganciata dai riferimenti cosmologici e metafisici della tradizione aristotelico-scolastica e saldamente ancorata alla volontà di Dio, secondo un impianto nominalistico, che è tutt'uno con lo sforzo di costruzione della sovranità come rappresentazione del corpo politico in un'epoca, quella moderna, in cui l'ordine politico non è più legittimato da fondamenti tradizionali. Qui si parla, a ben vedere, delle condizioni di esistenza del corpo politico: la sovranità si sostituisce all'*auctoritas* come concetto centrale della politica, perché questa può solo far crescere un corpo politico già esistente, mentre la sovranità lo fa esistere come tale, lo crea. Ma proprio per questo alla sovranità appartiene anche il senso del vuoto, del *deficit*, del rischio di dissoluzione come una possibilità sempre presente; la teologia politica di Hobbes esprime questa tensione tra la creazione e l'interruzione dell'ordine, che a sua volta origina dalla presenza e assenza di Dio, come provo a dire adesso. La secolarizzazione non è una laicizzazione, Hobbes è pensatore cristiano<sup>5</sup>; la religione è l'origine e l'orizzonte da cui la sovranità si genera e nel cui alveo si colloca. «Il sovrano hobbesiano ha la spada e il pastorale – ci ricorda Luigi Alfieri – è re quanto vescovo», anche se noi sovente vediamo soltanto la spada (p. 17). La religione non è quindi un elemento inessenziale. Senza la teologia politica il pensiero di Hobbes non si può spiegare nella sua complessità; essa è anzi un elemento fondativo, seppure in un modo ori-

---

governati dai comandi loro imposti dal sacerdote in nome di Dio, ma da qualcuno che li comandasse nella stessa maniera nella quale erano comandate tutte le altre nazioni», Th. Hobbes, *Leviathan or The Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil* (1651), XL, tr. it. di A. Pacchi e A. Lupoli, *Leviatano, o la materia, la forma e il potere di uno stato ecclesiastico e civile*, Laterza, Roma-Bari 1996, p. 388. Parallelamente in *De Cive* si spiega che fino a Saul «il regno era sacerdotale per patto, cioè un regno di Dio per mezzo del sacerdote; e dovette restare tale, finché quella forma non fu mutata dal popolo stesso, con il consenso di Dio», Th. Hobbes, *Elementa philosophica de cive* (1642), XIV,15, tr. it. di T. Magri, *De Cive. Elementi filosofici sul cittadino*, Editori Riuniti, Roma 1979, p. 246.

<sup>5</sup> «[...] pensatore cristiano – scrive Alfieri – quanto lo è Pascal, con paure e angosce non troppo dissimili dalle sue circa la presenza di Dio in un mondo dominato dal male» (p. 118).

ginale, come originale è il suo cristianesimo. Vediamo ora rapidamente i suoi presupposti.

Il primo presupposto è un'idea radicalmente trascendente di Dio, a cui non ci si approssima per gradi. Dio è assoluta e imperscrutabile potenza. Non lo si raggiunge attraverso mediazioni, ma solo obbedendo ai suoi comandi. La trascendenza di Dio richiede un mondo svuotato di divinità, ciò che solo il cristianesimo ha saputo fare; un'interruzione tra terra e cielo, voluta da Dio stesso, che solo i cristiani possono praticare, avendo dedivinizzato il mondo. Questo è un punto molto importante: il cristianesimo, che ha messo in fuga gli dèi pagani e tutti gli spettri del magismo arcaico, è stato l'autentico agente di disincantamento del mondo. Si tratta di una "politica divina", dunque, ma libera dai *preambula fidei* e dalle mediazioni sacrali; non il monarca per grazia di Dio della tradizione, bensì qualcosa di molto più radicale: una politica divina che faccia della trascendenza di Dio l'elemento trascendentale della politica, la condizione e la garanzia dell'ordine politico.

Il bersaglio polemico di Hobbes è dato proprio dai portatori di quella ideologia spiritualistica, che non trova sostegno nelle Scritture, ma che privilegia aspetti metafisici della tradizione cristiana (elementi della mitologia pagana e categorie filosofiche greche, ad esempio) a scapito della sua radice messianica e in funzione della creazione di un'autorità universale metapolitica, cioè la strategia fondamentale del *regnum tenebrarum*, di cui Hobbes parla lungamente nella IV Parte di *Leviatano*. Nei capitoli XLII e XLIII si svolge la sua critica serrata al sistema teologico del cardinale Roberto Bellarmino<sup>6</sup>, colpevole di riproporre una composizione gerarchica dello spirituale con il temporale, di guisa che «chi detiene il potere spirituale ha il diritto di comandare ai principi temporali», allo stesso modo in cui colui che esercita un potere inferiore è sottomesso a chi esercita un potere superiore, come l'arte del sellaio sta all'arte del cavaliere. Questa composizione di *auctoritas sacra pontificum et regalis potestas*, in linea con la teologia politica medievale da

---

<sup>6</sup> *Leviatano*, cit., in particolare pp. 445 e ss.

Innocenzo III a Bonifacio VIII, si atteggia come una *reductio ad ordinem* di tutte le attività umane, realizzata senza fratture, *infima per media et inferiora per superiora*, non senza una spiccata proiezione giuridica e politica, che rende il dominio temporale inseparabile da quello spirituale e sottomesso all'autorità pontificia. Ma questo per Hobbes vorrebbe dire ripristinare il governo del sacro e riaccendere la guerra civile, che dal sacro è inseparabile. Il disincanto cristiano invece libera il campo per una politica tutta civile e tutta divina nello stesso tempo, in cui solo il sovrano è autorizzato a fare politica in nome di Dio e nessun altro. Ma il presupposto per tutto questo è un mondo desacralizzato, libero da "autorità spirituali". Non c'è una dimensione spirituale nelle Scritture, a cominciare da Dio, che è corpo: *nihil est incorporale nisi quod non est*. Lo spirito non esiste, come non esiste un aldilà. Hobbes sostiene che le Scritture ci parlano di una resurrezione dei morti, ma non di un'immortalità dell'anima. Gesù disse che il suo regno non è di questo mondo, è vero. Ma lo sarà, lo diventerà in futuro, secondo Hobbes, con la seconda venuta di Cristo. A un primo regno profetico di Dio, da Abramo a Saul, seguirà un secondo governo temporale di Cristo sulla terra, un vero regno, non un regno metaforico o spirituale<sup>7</sup>. La promessa di Cristo richiede l'attesa del futuro, non la credenza nell'eterno.

Ma in che modo Hobbes edifica l'ordine politico in quest'epoca dell'attesa, in cui Dio c'è e non c'è allo stesso tempo, in cui siamo sospesi tra il non più e il non ancora, dopo cioè che il popolo eletto ha rifiutato il regno diretto di Dio e ha voluto un re al pari degli altri popoli, come è scritto nel I Libro di Samuele? Questo tempo dell'attesa è un tempo teologico-politico, in cui la sovranità umana – cito qui Luigi

---

<sup>7</sup> «Per quanto riguarda il luogo in cui gli uomini godranno della vita eterna per loro ottenuta da Cristo, i testi poco sopra citati sembrano collocarlo sulla terra», *Levitanano*, XXXVIII, cit, p. 364; «Che l'anima dell'uomo sia eterna per sua propria natura e che sia una creatura vivente indipendente dal corpo, o che ogni uomo, semplicemente in quanto tale, sia immortale altrimenti che in seguito alla resurrezione dell'ultimo giorno (ad eccezione di Enos ed Elia), non è affatto una dottrina chiaramente presente nella Scrittura», *ivi*, p. 367.

Alfieri – «non è che l'ombra della sovranità di Dio», che «è visibile *solo* in quest'ombra. Che in sé, appunto, non è che un'ombra» (p. 42).

La nostra condizione sconta questo vuoto. «La causa della difficoltà è che Dio non ci parla più a viva voce, per mezzo di Cristo e dei profeti, ma per mezzo delle Sacre Scritture, che persone diverse intendono diversamente»<sup>8</sup>: così scrive Hobbes nel cap. XVIII di *De Cive*. La radicale trascendenza di Dio e la sua imperscrutabilità richiedono – come dicevo – di avvicinarci a Lui non per via speculativa, bensì obbedendo ai suoi comandi, nella forma della parola profetica, ma anche nella forma della legge naturale. Fra le due forme di comando divino non c'è alcuna contraddizione<sup>9</sup>, com'egli scrive all'inizio del cap. XXXII di *Leviatano*.

Ecco dunque un secondo presupposto. Le leggi naturali sono comandi di Dio e proprio in quanto tali sono vere e proprie leggi. Altrimenti non potrebbero esserlo, in termini hobbesiani. Questa precisa fondazione si trova nelle tre principali opere politiche. Si può leggere in *Elementi di legge naturale e politica*, I, XVII, 12: «Ed in quanto la legge (per parlare propriamente) è un comando, e quei dettami, che procedono dalla natura, non sono comandi; non sono quindi chiamati leggi rispetto alla natura, ma rispetto all'autore della natura Dio Onnipotente»<sup>10</sup>; in *De Cive*, III, 33: «Ma la legge, parlando propriamente e con precisione, è il discorso di chi con diritto comanda ad altri di fare e di non fare una cosa; quindi, esse non sono propriamente parlando delle leggi, in quanto procedono dalla natura. Tuttavia, in quanto sono

---

<sup>8</sup> *De Cive*, XVIII, 1, cit., p. 282. Considerazioni analoghe si possono leggere all'inizio del cap. XLIII del *Leviatano*.

<sup>9</sup> «[...] il fondamento del mio discorso deve essere non solo la parola naturale di Dio, ma anche quella profetica. [...] Sebbene, infatti, nella Parola Divina ci siano molte cose al di sopra della ragione – vale a dire che la ragione naturale non può né dimostrare né confutare –, tuttavia non c'è nulla di contrario ad essa, e, ove così sembri, la colpa è o di una nostra incapacità interpretativa o di un errore di ragionamento», *Leviatano*, cit., p. 303.

<sup>10</sup> Th. Hobbes, *Elements of Law Natural and Politic* (1640), tr. it. di A. Pacchi, *Elementi di legge naturale e politica*, La Nuova Italia Editrice, Firenze 1968, p. 145.

state promulgate da Dio nelle Sacre Scritture [...] sono chiamate del tutto propriamente con il nome di leggi»<sup>11</sup>; in *Leviatano*, XV: «Questi dettami della ragione si chiamano col nome di leggi di natura. Tuttavia, impropriamente [...]. Ciononostante, se consideriamo i medesimi teoremi in quanto comunicati dalla parola di Dio, che tutte le cose comanda per diritto, allora sono chiamate leggi propriamente»<sup>12</sup>. Spesso si è sostenuto che le leggi naturali sono massime prudenziali, tendenti al *self interest*, ma senza capacità di obbligare, semplici indicazioni circa i mezzi per raggiungere un'esistenza pacifica. Così però non si fanno i conti con Hobbes fino in fondo. Egli definisce le leggi naturali sempre *dictamina* o *precepts*, non *consilia*. Certamente non sono consigli e Hobbes conosceva bene la differenza tra le due nozioni. A veder bene, la tenuta dello stesso patto sociale che dà luogo al sovrano richiede un principio prescrittivo, che si trova di fatto nella terza legge di natura: *pacta sunt servanda*. Questo precetto, come altri, procede dalla prima legge di natura, che comanda di cercare la pace. È vero che le leggi di natura «senza il terrore di qualche potere a far sì che siano osservate»<sup>13</sup> sono inefficaci e che «i patti senza la spada non sono che parole»<sup>14</sup>, ma non ci sarebbe sovrano, se non ci fosse l'obbligo di tener fede ai patti. Qui si tratta del fondamento, e il fondamento riposa sul comando divino.

Certo non si tratta di un fondamento religioso sacrale, come quello della tradizione medievale, basato su una dottrina del primato del potere spirituale. Qui la trascendenza di Dio, che pur gioca un ruolo rilevante, ha contorni indeterminati. È un Dio persona, che comanda e a cui occorre obbedire, ma non ha connotati confessionali e teologici ben definiti, rappresenta quello che Schmitt nella sua *Teologia politica* avrebbe chiamato «teismo». La soluzione di Hobbes è una radicale semplificazione dei contenuti della fede. Egli sottopone a una drastica

---

<sup>11</sup> *De Cive*, III, 33, cit., pp. 113-114.

<sup>12</sup> *Leviatano*, XV, cit., p. 130.

<sup>13</sup> *Leviatano*, XVII, cit., p. 139.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

riduzione il complesso delle questioni dogmatiche che immancabilmente sorgono nel tentativo di interpretare i molteplici comandi di Dio e finiscono immancabilmente per riprodurre il conflitto. Il cap. XLIII di *Leviatano* s'intitola significativamente *Ciò che è necessario per essere accolti nel regno dei cieli*, perché Hobbes sa che il pretesto più frequente di disordine e di guerra civile negli Stati cristiani deriva dalla difficoltà, non ancora risolta in modo soddisfacente, di obbedire a un tempo a Dio e all'uomo, allorquando i loro dettami si contraddicano. La religione è perciò al centro della questione politica. Hobbes dice che, quando il papa rivendica la sua supremazia nelle controversie, in realtà insegna agli uomini a disobbedire al sovrano civile e questa è una dottrina erronea e contraria ai precetti del nostro Salvatore. Tutto ciò che è necessario alla salvezza è racchiuso in due virtù: la fede in Cristo e l'obbedienza alle leggi. Solo questo chiede il Signore Iddio, non tutto quello che i sacerdoti gli fanno dire. Le leggi ci ordinano di obbedire al sovrano, luogotenente di Dio, che è l'unico interprete autentico del significato delle Scritture. Fa parte dei suoi compiti, dei suoi doveri: per una completa conoscenza degli obblighi civili dei sudditi occorre sapere quali sono le leggi divine e cosa ci chiedono. Senza conoscerne il contenuto, non è possibile dedurne l'eventuale contrasto con i comandi del sovrano e si rischia così in alternativa di offendere la maestà divina o di trasgredire i comandi dello Stato. In altri termini, non c'è spazio per una teoria della libertà religiosa, che sarebbe troppo rischiosa. Il motto *auctoritas non veritas facit legem* vale anche per la legge divina contro quei truffatori che vogliono reintrodurre il sacro nel mondo. Cosicché infine nessuno può usare la religione per disobbedire alle leggi civili.

In definitiva, ambedue i bracci del Leviatano risultano indispensabili, affinché la sua rappresentanza sia assoluta e quindi assoluta sia l'obbedienza nei suoi confronti, affinché il sovrano sia colui che ha tutto il potere di tutti e non semplicemente colui che ha più potere degli altri uomini. La sovranità si vuole qui, non l'*auctoritas*. E si intende fondarla a prescindere dal suo detentore materiale: il suo principio, osserva Hobbes, è lo stesso sia in una monarchia, sia in un governo popolare; ciò che fa dire a Luigi Alfieri, a giusta ragione, che Hobbes è per questo

«il primo pensatore politico moderno» (p. 50). Dio è persona, Gesù è il Cristo e le leggi naturali sono comandi divini: su queste basi semplificate la dimensione religiosa diviene, per così dire, il trascendentale della politica, la condizione che rende possibile l'ordine nella forma della sovranità moderna, che consente cioè di stringere patti e di vivere in pace nell'epoca dell'attesa, che è un'epoca di assenza di Dio, ma non di ateismo, né di laicità, nel senso che intendiamo noi, come separazione tra foro interno ed esterno. Hobbes non è stato il campione della laicità; pensatore del disincanto sì, ma non come un teorico della mera tecnica dell'ordine, quanto invece come il pensatore del disincanto cristiano, di un nichilismo metafisico fondato sulla legge divina, come migliore garanzia di quella umana.

3. Hobbes ha compiuto una spolicizzazione della religione ad opera della religione medesima; la sua è una teologia politica della legge e dell'ordine, laddove quella del suo interprete novecentesco, Carl Schmitt, è una teologia politica dell'eccezione e della decisione, infondate quanto all'origine. Il discorso che Luigi Alfieri conduce a partire da *Il concetto del 'politico'* si potrebbe riproporre su un versante complementare, a partire da un altro testo schmittiano fondamentale, la *Teologia politica* del 1922<sup>15</sup>. In *Il concetto del 'politico'* per Alfieri Schmitt disegna una “singolare sovranità”, che «non ordina, non pacifica, non unifica, bensì divide e mobilita» (p. 73); poco hobbesianamente egli fa dello *status naturae* il luogo propriamente politico, dove il *bellum omnium contra omnes* diviene la politica stessa, non più «la condizione da

---

<sup>15</sup> C. Schmitt, *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* (1922), tr. it. di G. Miglio e P. Schiera, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del 'politico'*, il Mulino, Bologna 1972, pp. 33-86. Su Schmitt interprete di Hobbes, peraltro, Alfieri si sofferma per dirci diverse cose molto interessanti. Abbiamo finito per ragionare «come se Hobbes fosse uno pseudonimo di Schmitt o viceversa», dice a un certo punto. E invece Hobbes «va ricollocato nel Seicento» (p. 18). Qui naturalmente non si può non essere d'accordo con lui.

cui la politica fa uscire»<sup>16</sup>. Un *bellum* senza sbocco, senza *Leviatano*; una politica che non coincide con lo Stato, né con la pace, ma con la capacità di distinguere amici e nemici.

Su un altro versante, in *Teologia politica*, mentre tematizza la decisione sovrana come origine della politica, Schmitt racconta la modernità come epoca della secolarizzazione. La sua idea di fondo è ispirata alla teologia politica hobbesiana, basata com'è sull'assenza di Dio come fondamento ontologico e sulla contemporanea necessità della coazione all'ordine nella forma della decisione. Tuttavia, di nuovo poco hobbesianamente, egli recide ogni collegamento con la legge di natura, con quella voce divina di un Dio ormai muto, che esercitava per Hobbes un ruolo essenziale. In questo modo lo spazio secolarizzato, slegato da ogni "ordinamento" razionale, si opacizza e la teologia politica schmittiana assume la sua caratteristica struttura "analogica", in cui i contenuti religiosi non presentano alcun valore fondativo, ma vengono adoperati come esemplificazioni del grado più elevato di forza concettuale che è possibile assegnare ai concetti giuridici e politici.

I primi due capitoli di *Teologia politica* sono dedicati alla «specifica configurazione e formazione» (p. 53), di cui l'idea del diritto ha bisogno per realizzarsi, non potendo in nessun caso realizzarsi da sé, vale a dire né fondandosi sul contenuto dell'idea generale del diritto (che è vuota), né sul contenuto di norme giuridiche positive ritenute fondamentali<sup>17</sup>. Ogni pensiero giuridico deve svolgere questa trasposizione dell'idea del diritto nella realtà, dice Schmitt, e in ogni caso concreto tale compito comporta una trasformazione (*Umformung*) mediante una *auctoritatis interpositio* (p. 55). Questo agire che crea la forma giuridica è la decisione. La decisione si pone

---

<sup>16</sup> «Davvero singolare è dunque che Schmitt passi per essere – anche per lui stesso – il più importante pensatore hobbesiano della contemporaneità, quando è piuttosto un pensatore radicalmente anti-hobbesiano» (p. 77). Anche se poi, in nota, Alfieri ammette che l'incongruenza di Schmitt potrebbe spiegarsi con le contraddizioni e le tensioni irrisolte del sistema hobbesiano.

<sup>17</sup> Il tema è stato magistralmente trattato da C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996, spec. pp. 283 e ss.

tra l'idea del diritto e la realtà concreta, in una maniera che non è sussumibile in un ordinamento normativo. La norma concreta è indeducibile dalla vuota norma ideale. Tutto ciò è vero non solo dentro l'ordinamento giuridico (secondo una teoria schmittiana dell'interpretazione giuridica, già desumibile da importanti lavori precedenti), ma è vero soprattutto *sull'ordinamento giuridico*. La decisione ha a che fare con lo stato di eccezione, inteso come lo spazio indeterminato e giuridicamente infondato, ma non per questo extragiuridico, che si situa all'origine delle norme. La decisione sull'eccezione è la realizzazione dell'idea del diritto e perciò fa parte del diritto stesso; se non ne facesse parte, la scienza giuridica dovrebbe limitarsi a prendere atto dei contenuti giuridici *dopo che il diritto è stato deciso*, come suggerisce Hans Kelsen, che rappresenta il bersaglio polemico di Schmitt nella prima parte del testo, e il cui pensiero è inadeguato a cogliere l'origine dell'ordinamento nella sovranità e nell'eccezione.

Se la decisione riguarda l'eccezione fondante, allora «sovrano è colui che decide sullo stato d'eccezione». Certo qui l'eccezione rappresenta il caso estremo di emergenza. Ma il sovrano decide «tanto sul fatto se sussiste il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo» (T.P., p. 33). Il sovrano sta al di fuori dell'ordinamento giuridico “normalmente vigente” e tuttavia appartiene ad esso, poiché spetta a lui decidere «se la costituzione *in toto* possa essere sospesa» (*ibidem*). In realtà, in quanto luogo ultimo della decisione, la sovranità non è né interna né esterna al diritto, ma decide sul diritto, lo istituisce e stabilisce così ciò che è dentro e ciò che è fuori di esso.

Il soggetto della decisione è ovviamente il sovrano. Che però diventa tale *con la decisione*. A ben vedere, Schmitt non sostiene che *colui che è sovrano* prende la decisione, bensì che *colui il quale prende la decisione* è il sovrano, e chiunque può diventarlo, sovvertendo/creando l'ordine. Qui credo che Schmitt vada al cuore del disegno hobbesiano: il sovrano non è il primo potere di un sistema ordinato (*à la* Bodin), quello posto più in alto, ma può trovarsi ovunque; il sovrano non è uno che ha più potere degli altri, ma è l'unico ad avere il potere, perché rappresenta quello di tutti. Per il solo fatto di esistere, è tutto ciò che dovrebbe essere. Ma per ciò stesso è costantemente in pericolo, fragile e privo di fondamento.

Avendo negato però il presupposto hobbesiano della legge naturale e di ogni costruito razionale dell'autorità, Schmitt è condotto a dare della sovranità un'interpretazione "miracolosa". E in questo senso indubbiamente forza lo schema di Hobbes, portandolo sul confine tragico della contrapposizione teologica, dove Hobbes si reincarna nella furia controrivoluzionaria di Donoso Cortés. La teologia politica si incupisce, prende le tinte fosche di una battaglia sanguinosa contro le abiezioni della natura umana. La storia si disegna come lo scontro di forze inconciliabili, in cui ai nemici mortali (il protestantesimo, il liberalismo e il socialismo) non può più opporsi la discussione<sup>18</sup>, ma soltanto la più radicale decisione sovrana, la dittatura antiliberal e antisocialista.

Alla filosofia cattolica dello Stato dei controrivoluzionari (Bonald, De Maistre e Donoso Cortés) Schmitt è condotto dalla sua aspirazione a costruire una sociologia dei concetti giuridici, di cui in quei pensatori vede l'esposizione più interessante. Tutto il pensiero moderno è pensiero della secolarizzazione, al punto da poter essere interpretato alla luce di una trasposizione dei concetti teologici in concetti metafisici e giuridico-politici, non finalizzata a dare a questi ultimi una "sostanza", ma solo in termini di analogia argomentativa fra diritto, metafisica e teologia. Nella consapevolezza però che la metafisica e la teologia sono l'espressione più forte della forma politica di un'epoca<sup>19</sup>. A questo fine, sulla strada inaugurata dalle ricerche di Max Weber, Schmitt adotta la

---

<sup>18</sup> «L'uomo è nato per agire e la discussione perpetua è contraria alla natura umana, giacché è nemica delle opere», J. Donoso Cortés, *Ensayo sobre el catolicismo, el liberalismo y el socialismo*, tr. it. di G. Allegra, *Saggio sul cattolicesimo, il liberalismo e il socialismo*, Rusconi, Milano 1972, p. 233. La formula schmittiana, come è noto, recita: «il tempo richiede una decisione», T.P., p. 75.

<sup>19</sup> «La teologia politica schmittiana non è dunque una considerazione della realtà politica dal punto di vista della teologia, ossia una valutazione del politico a partire dai contenuti della rivelazione cristiana o di una teologia razionale. In Schmitt molti sono i riferimenti alla rivelazione o alla teologia, ma non hanno mai valore o pretesa fondativa, sono solo esemplificativi di un'analogia scoperta nel campo del reale». Cfr. M. Nicoletti, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Morcelliana, Brescia 1990, p. 10.

sua “sociologia del concetti giuridici”, secondo cui «tutti i concetti più pregnanti della medesima dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati». Portate ad estrema coerenza, secondo una concettualità radicale, le teorie politiche moderne (assolutismo, illuminismo, liberalismo, democrazia, socialismo) trovano corrispondenza nei concetti teologici (teismo, deismo, immanentismo, ateismo); ma, e qui viene in evidenza la lezione dei controrivoluzionari, la progressione dall’assolutismo al socialismo (dal teismo all’ateismo) disegna un declino inesorabile dell’elemento personale, un’inarrestabile spersonalizzazione del comando, con cui «è venuto meno il nucleo dell’idea politica, l’orgogliosa decisione morale» (T.P., p. 85).

A tale declino Schmitt reagisce sostituendo al vecchio legittimismo cattolico una radicalizzazione del motivo decisionistico. Principalmente attraverso Donoso Cortés, Schmitt rilegge tutto il pensiero controrivoluzionario nella sua valenza decisionistica, al di là della visione tradizionalistica del potere cristiano, fondato sull’ordine della legge naturale, che pure è ben presente in De Maistre, in Bonald, nel primo Lamennais e anche in Donoso, storicamente radicato nell’inscindibile alleanza del trono con l’altare e sul principio della “società organica”, animata dalle differenze personali e di ceto. Nell’opera di Donoso però i motivi tradizionalistici diventano in qualche modo recessivi rispetto a quelli “agonistici”, la tematica dell’ordine è messa in ombra dal “nemico”: ciò che serve è un *agere contra*, fare “il contrario della rivoluzione”. Con Donoso Cortés la teologia politica dei controrivoluzionari, che non sarebbe propriamente una teologia politica schmittiana<sup>20</sup>, proprio perché ancorata a fondamenti sostanziali e oggettivamente trascendenti, e non meramente “analogica”, come quella schmittiana, viene attratta nello schema decisionistico di Schmitt. Anche se non mancano le forzature<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Sul punto cfr. *I controrivoluzionari. Antologia di scritti politici*, a cura di C. Galli, il Mulino, Bologna 1981, p. 42.

<sup>21</sup> A proposito dei controrivoluzionari è stato giustamente osservato: «che la sovranità sia personale, unica (ma non funzionale), di diritto divino (ma non assolutistica), è dovuto all’ordine stesso della natura ed alla volontà di Dio», cfr. *I controrivoluzionari*, cit., p. 17.

Ad esempio, Schmitt va a selezionare, naturalmente, il De Maistre dell'infallibilità del papa. Non dal punto di vista teologico, dove ci sarebbe poco da aggiungere, quanto dal punto di vista politico (T.P., p. 76). De Maistre aveva scritto: «L'infalibilità nell'ordine spirituale, e la sovranità nell'ordine temporale, sono due termini perfettamente sinonimi. Entrambi esprimono quell'alta potenza che domina ogni altra, e da cui ogni altra discende, che governa e non è governata, che giudica e non è giudicata»<sup>22</sup>. Sappiamo che sarebbe inutile, come è stato autorevolmente osservato, cercare in quest'opera «l'immagine cristiana del papa ma soltanto l'idea che il grande scrittore si faceva dell'ordine e della stabilità del mondo [...] il modello della continuità del potere concesso da Dio agli uomini e che trovava il suo primo attore nel re»<sup>23</sup> e, pertanto, la lettura analogica di Schmitt pare trovare base e sostegno. Si dilegua però il De Maistre “profeta del passato”, fiducioso nel governo temporale della Provvidenza, da cui attende di vedere restaurato il vero e il bene.

Così come il Donoso “agonista” di Schmitt mette in ombra il Donoso che proclama la superiorità del bene. In *Saggio sul cattolicesimo, il liberalismo e il socialismo*, mentre descrive atterrito la potenza dell'errore, il marchese di Valdegamas ricorda a tutti che «il cattolicesimo sostiene che il male viene dal peccato, che il peccato ha corrotto nel primo uomo l'umana natura», ma che «tuttavia, il bene prevale sul male e l'ordine sul disordine, poiché il primo è divino e il secondo umano»<sup>24</sup>. Al punto da osservare che «tale principio soddisfa in un certo senso la ragione, adeguando la grandezza delle cause a quella degli effetti e livellando la grandezza di ciò che intende spiegare con quella delle spiegazioni»<sup>25</sup>. La grande teodicea fa da sfondo alla battaglia campale.

---

<sup>22</sup> J. De Maistre, *Du Pape* (1819), Libro I, cap. I, tr. it. di A. Pasquali, *Il Papa*, introduzione di C. Bo, Rizzoli, Milano 1984, pp. 33 e ss.

<sup>23</sup> *Il Papa*, cit., p. IX.

<sup>24</sup> J. Donoso Cortés, *Saggio sul cattolicesimo...*, cit., p. 236.

<sup>25</sup> *Ibidem*.

La “lettura” schmittiana di Donoso è più agevole, come si è detto. Soprattutto laddove egli entra nel vivo del discorso, a proposito della dittatura. L’universo è governato da Dio “costituzionalmente”, potrebbe dirsi, prendendo in prestito il linguaggio parlamentare. Per lui «L’universo è governato da alcune leggi precise, indispensabili, che sono chiamate cause secondarie»<sup>26</sup>. E tuttavia, se rispetto al mondo fisico Dio è legislatore, come rispetto alla società umana lo sono i governanti e i legislatori, si chiede se si può sostenere forse che «Dio governa sempre con quelle medesime leggi che Egli stesso, nella sua eterna saggezza, si è imposto e alle quali ha assoggettato tutti noi?»<sup>27</sup>. La risposta è negativa, perché «alcune volte Egli, direttamente, chiaramente, esplicitamente, manifesta la sua volontà infrangendo quelle leggi che Egli stesso si impose, deviando così il corso naturale delle cose. E quando Dio agisce così, non si potrebbe forse dire che “agisce dittatorialmente”?»<sup>28</sup>.

A Schmitt non resta che compiere un ultimo passo. Egli sostiene che la sovranità, in quanto lato oscuro della politica, trova la propria dimensione teologico-politica nel miracolo. La secolarizzazione della decisione non è semplicemente la volontà di Dio, ma è propriamente il miracolo. Precisamente: «lo stato di eccezione ha per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia» (T.P., p. 61). Ma il miracolo è qui completamente secolarizzato, vale a dire separato dal contesto teologico tradizionale in cui si trovava, che era dato da un ordine naturale delle cose creato da Dio, a cui fa eccezione un comando con cui Dio stesso lo infrange. Ora l’ordine da infrangere è scomparso del tutto per Schmitt (ma non per Donoso Cortés, né per De Maistre) e del miracolo resta unicamente la dimensione contingente, che l’ordine crea (e sovverte) continuamente. Analogamente la decisione sovrana di Schmitt non assume alcun ordine tradizionale, ma solo la contingenza assoluta di

---

<sup>26</sup> J. Donoso Cortés, *Discurso sobre la dictadura* (1849), tr. it. di L. Cipriani Panunzio, *Discorso sulla dittatura*, in *Il potere cristiano. Antologia*, Morcelliana, Brescia 1964, p. 36.

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> *Ibidem.*

ogni ordine possibile, rischiosa quanto necessaria. Così nel suo sistema l'eccezione è più potente della norma, spiega più della norma, in quanto "spiega" l'origine nella sua infondatezza giuridica. Anzi, «l'eccezione prova tutto; non solo essa conferma la regola: la regola stessa vive solo dell'eccezione» (T.P., p. 41). La splendida citazione kierkegaardiana<sup>29</sup>, seppure non esplicita, che chiude il primo capitolo di *Teologia politica*, è un inno alla forza vitale che rompe la crosta delle ripetizioni e sovverte l'abitudine a pensare alla regola generale con pigrizia e superficialità. Al generale bisogna pensare con "energica passionalità". L'irriducibilità della decisione alle norme è vissuta da Schmitt come lo specchio dell'irriducibilità della filosofia della vita concreta all'astrattezza della ragione. Dell'"energica passionalità" è parte irrinunciabile il pensiero religioso con la sua forza simbolica: come ha scritto Luigi Alfieri, «o la politica è religione, anche solo religione civile, o non è» (p. 140).

---

<sup>29</sup> «L'eccezione spiega il generale e sé stessa. E se si vuole studiare correttamente il generale, bisogna darsi da fare solo intorno a una reale eccezione. Essa porta alla luce tutto molto più chiaramente del generale stesso» (p. 41). Il passo di S. Kierkegaard è in *Gjentagelsen. Et Forsøg i den eksperimenterende Psychologi af Constantin Constantius*, tr. it. di A. Zucconi, *La ripresa. Tentativo di psicologia sperimentale di Constantin Constantius*, Edizioni di Comunità, Milano 1973, pp. 255-256.

# PER UN'EREDITÀ DEL PLURALISMO CLASSICO. POLITICA E DIRITTO IN ROMANO, SCHMITTE E MORTATI\*

Pier Giuseppe Puggioni

1. Nel discorso giuridico contemporaneo sembra tornare con insistenza il tema del pluralismo. Il sovrapporsi e l'intersecarsi di vari insiemi di regole o 'ordini' normativi raggiunge livelli di complessità ormai altissimi, inducendo molti studiosi a ricercare una concezione del diritto capace di dar conto di un simile scenario. Dall'universo sportivo al problema del confronto fra 'culture', ai rapporti 'transnazionali' di commercio, appare sempre più sentito il bisogno di interrogarsi sul rapporto tra *diritto* e *organizzazione sociale*, che conduce la dottrina odierna a riprendere il tema della pluralità degli ordinamenti giuridici<sup>1</sup>. Si tratta, com'è noto, di una

---

\* Nota a partire da M. Croce, M. Goldoni, *The Legacy of Pluralism. The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt, and Costantino Mortati*, Stanford University Press, Stanford 2020 (di seguito, *LP*).

<sup>1</sup> Si vedano, anzitutto, G. Teubner, *'Global Bukovina': Legal Pluralism in the World Society*, in Id. (Ed.), *Global Law Without a State*, Dartmouth, Aldershot 1997, pp. 3 e ss.; Id., *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, trans. by G. Norbury, Oxford University Press, Oxford 2012. Per una tematizzazione del pluralismo giuridico nel diritto 'sportivo', si veda G. Manfredi, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 19 e ss. Sui rapporti tra pluralismo e 'cultura', può essere utile l'analisi di E. Marchi, *Pluralismo giuridico e rom. Tra politiche discriminatorie e riconoscimento delle diversità culturali*, in «L'altro diritto. La rivista», (2011), reperibile presso: [www.adir.unifi.it/rivista/index.htm](http://www.adir.unifi.it/rivista/index.htm).

diatriba molto antica nella storia della filosofia occidentale<sup>2</sup>, che tuttavia sperimenta sviluppi teorici considerevoli nella prima metà del Novecento grazie all'opera di alcune eminenti figure del panorama dottrinario europeo. Il tema della molteplicità degli ordinamenti sembra, infatti, prendere vigore nel momento in cui la 'modernità' transita nella 'post-modernità'<sup>3</sup> e viene denunciata la «crisi dello Stato moderno», di quello 'Stato' in seno al quale – e sovente «contro» il quale – «si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza una serie di organizzazioni ed associazioni»<sup>4</sup>.

Recuperare quel dibattito a distanza di un secolo può senz'altro giovare alla comprensione degli orientamenti contemporanei del pluralismo e anche, del resto, alla messa in discussione di alcuni loro assunti. Proprio la necessità di leggere e «gestire» l'evoluzione del pluralismo «nei sistemi giuridici occidentali» del nostro tempo rappresenta uno degli obiettivi alla base del lavoro di Croce e Goldoni sull'«eredità del pluralismo» (*The Legacy of Pluralism*)<sup>5</sup>. Lo studio che gli autori pro-

---

<sup>2</sup> Per certi versi, il tema di una giuridicità *esterna* a quella propria della struttura politica egemone (la *res publica*) potrebbe farsi risalire ad Agostino, per il quale i *latrocinia*, le bande di malfattori, «formano dei piccoli Stati» (*De Civitate Dei*, IV, § 4; tr. it. *La città di Dio*, a cura di L. Alici, Bompiani, Milano 2001, p. 222), e ancora prima alle riflessioni di Cicerone, che ritiene la *iustitia* un elemento necessario anche nelle bande di briganti, i quali avrebbero «perfino delle leggi [...], che essi obbediscono e osservano» (*De Officiis*, II, § 40; tr. it. *I doveri*, in M. T. Cicerone, *Opere politiche e filosofiche*, I voll., a cura di L. Ferrero e N. Zorzetti, Utet, Torino 1974, p. 711). La questione, invece, di un pluralismo *interno* alla comunità politica (la *polis*, poi la *civitas*) si può rinvenire nell'idea della «comunità di comunità» promossa da Aristotele (*Politica*, I, 1, 1252a, a cura di R. Laurenti, Laterza, Roma-Bari 1993, p. 3) e ripresa, alle soglie della modernità, da Althusius, per il quale i membri della «consociazione» sarebbero appunto «le diverse comunità politiche nelle quali si articola l'ordine politico-sociale» (P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, I voll., Laterza, Roma-Bari 1999, p. 93).

<sup>3</sup> Secondo Paolo Grossi, la riscoperta della «complessità dell'universo giuridico» sarebbe non già 'moderna', bensì 'post-moderna' (*Percorsi nel giuridico post-moderno* (2016), in Id., *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2017, pp. 90 e ss.).

<sup>4</sup> S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (1909), in Id., *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano 1969, p. 12.

<sup>5</sup> Si veda *LP*, cit., p. 201.

pongono della riflessione di Romano, di Schmitt e di Mortati sembra infatti capace di offrire al dibattito odierno «delle soluzioni originali alle questioni del pluralismo radicale e del rapporto fra lo Stato e le entità normative non-statali»<sup>6</sup>. Analizzare e tematizzare il pensiero di questi celebri giuristi sarebbe, perciò, utile per delineare nuove prospettive in riferimento a tali relazioni fra ordinamenti, nonché per cogliere alcune aporie insite nelle rappresentazioni che il più recente 'pluralismo' sembra offrire. Come vedremo, è possibile sostenere che proprio in questo rapporto fra le prospettazioni dei 'classici' e le questioni dell'«oggi» si definisca ciò che gli autori chiamano l'«eredità» o il «lascito» di questo filone del pensiero giuridico.

2. Per ricostruire il dibattito novecentesco sul pluralismo, era indispensabile una duplice selezione relativa, per un verso, agli autori da affrontare e, per altro verso, alle chiavi di lettura attraverso cui leggerne le riflessioni. A dire il vero, la scelta è solo apparentemente 'duplice', dal momento che, come si vedrà fra poco, tali operazioni selettive sembrano implicarsi reciprocamente.

La decisione di esaminare congiuntamente questi «tre protagonisti»<sup>7</sup>, Santi Romano, Carl Schmitt e Costantino Mortati, appare invero insolita, visto che solitamente ciascuno di essi viene letto separatamente dagli altri e secondo schemi interpretativi autonomi, sebbene a ben guardare le distanze si rivelino più apparenti che reali. Il primo, infatti, viene tendenzialmente inquadrato tra le concezioni antiformalistiche e avvicinato all'istituzionalismo giuridico<sup>8</sup>,

---

<sup>6</sup> Ivi, p. 3 (traduzione mia).

<sup>7</sup> Ivi, p. 1.

<sup>8</sup> Mi sembra utile, in questo caso, rinviare alla manualistica, ricordando anzitutto G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto III. Ottocento e Novecento* (1988), Laterza, Roma-Bari 2006, pp. 285 e ss. Si vedano, poi M. Barberis, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 143 e ss.; T. Greco, *Le teorie antiformalistiche e l'istituzionalismo giuridico*, in *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 209 e ss.; F. Mancuso, *Istituzione*, in A. Andronico, T. Greco, F. Macioce (a cura di), *Dimensioni del diritto*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 183 e ss.

benché alcuni sostengano di poter ravvisare un certo ‘statalismo’ anche nella prospettiva romaniana<sup>9</sup>.

La riflessione ‘istituzionalista’ del giurista di Plettenberg, invece, sembrava per lo più costituire la ‘tappa’ di un itinerario intellettuale volto a problematizzare il ruolo dello Stato nel «conflitto fra diritto e politica» o nella «genealogia della politica»<sup>10</sup>, anche se negli ultimi anni la letteratura ha in certa misura accostato le idee schmittiane a quelle del collega palermitano<sup>11</sup>. Quanto a Mortati, sembra interessante notare come, a fronte dell’attenzione spiccatamente giuspubblicistica tradizionalmente suscitata dalle sue opere, vi siano alcuni rilevanti studi che tematizzano la riflessione mortatiana in una prospettiva filosofico-giuridica e istituzionalistica<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> A questo proposito, oltre alle note affermazioni di N. Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, in Id., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto* (1977), a cura di M.G. Losano, Laterza, Roma-Bari 2007, pp. 157 e ss. (ed. digitale 2015), si veda l’intervento di B. Sordi, *Statualità e pluralità nella teoria dell’ordinamento giuridico*, in R. Cavallo Perin, G. Colombini, F. Merusi, A. Police, A. Romano (a cura di), *Attualità e necessità del pensiero di Santi Romano. Pisa 14-15 giugno 2018*, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, pp. 15 e ss.

<sup>10</sup> Mi limito a ricordare la nota *Presentazione* di Gianfranco Miglio al volume C. Schmitt, *Le categorie del ‘politico’*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972, pp. 7 e ss., oltre alla monumentale opera di C. Galli, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna 1996.

<sup>11</sup> Mi riferisco, ad esempio, al volume di M. Croce, A. Salvatore, *The Legal Theory of Carl Schmitt*, Routledge, Abingdon 2013, pp. 109 e ss., ma si vedano anche M. De Wilde, *The dark side of institutionalism: Carl Schmitt reading Santi Romano*, in «Ethics & Global Politics», XI (2018), 2, pp. 12-24; R. Esposito, *‘Institutional turn’. Carl Schmitt o Santi Romano?*, in *Almanacco di Filosofia e Politica 2. Istituzione. Filosofia, politica, storia*, a cura di M. Di Pierro, F. Marchesi, E. Zaru, Quodlibet, Macerata 2020, pp. 17 e ss.

<sup>12</sup> Molti cultori del diritto pubblico, com’è noto, hanno colto gli stimoli teorici di Mortati. Basti ricordare F. Modugno, *Il concetto di costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati. Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, I voll., Giuffrè, Milano 1977, pp. 197 e ss.; M. Dogliani, *Indirizzo politico. Riflessioni su regole e regolarità nel diritto costituzionale*, Jovene, Napoli 1985, pp. 185 e ss. Si vedano, inoltre, i numerosi contributi al collettaneo M. Galizia, P. Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di*

Lo schema ermeneutico proposto da Croce e Goldoni rappresenta la cifra stilistica del testo, in quanto serve a connettere le letture dei tre autori 'classici', confrontando le une con le altre e mettendole in relazione con il contesto teorico-giuridico contemporaneo. Si tratta, in particolare, di un doppio angolo d'osservazione che vorrebbe esaminare «la duplice relazione fra concezioni *giuridiche* (*juristic*) e *politiche* del diritto (*law*) e l'interazione fra la *materia* e il *potere normativo*»<sup>13</sup>. Queste due direttrici, fra loro strettamente connesse, sembrano in effetti permetterci di leggere il dialogo fra i tre itinerari teorici alla luce delle posizioni che ciascuno degli autori assume, per un verso, sul rapporto fra il 'giuridico' e il 'politico', potendosi affermare l'autonomia o la dipendenza del primo dal secondo, concettualizzando per altro verso il rapporto tra materialità e normatività: dalle opere di Romano, Schmitt e Mortati emergono infatti tre rappresentazioni del pluralismo, che declinano diversamente il modo in cui la giuridicità trae origine dalla concretezza dell'organizzazione sociale<sup>14</sup>.

Si deve ritenere, allora, che la selezione dei tre autori non sia affatto arbitraria, ma segua invece la possibilità di apprezzare l'intrecciarsi virtuoso della doppia chiave di lettura nel loro pensiero. Questi due «assi», come sottolineano Croce e Goldoni, non vengono «imposti» dall'alto, ma sembrano emergere da una «lettura sistematica delle teorie di questi autori»<sup>15</sup>. Attraverso un tale schema interpretativo, il testo

---

*Costantino Mortati*, Giuffrè, Milano 1990. Fra gli studi di carattere filosofico-giuridico degli ultimi decenni, si vedano ad esempio le pagine introduttive di F.G. Menga, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli 2009, pp. 1 e ss., nonché M. Goldoni, M. Wilkinson, *La costituzione materiale. Fattori ordinanti e rilevanza epistemologica*, in «Rivista di diritti comparati», 18 marzo 2020, disponibile presso: [www.diritticomparati.it/rivista](http://www.diritticomparati.it/rivista). Di recente, Goldoni ha curato la riedizione di C. Mortati, *La teoria del potere costituente* (1945), con prefazione di A. Barbera, Quodlibet, Macerata 2020, pp. 9 e ss.

<sup>13</sup> *LP*, cit., p. 4.

<sup>14</sup> *Ivi*, p. 5.

<sup>15</sup> *Ivi*, p. 198.

articola e propone un'analisi delle tre figure, offrendo così uno spaccato della «teoria giuridica continentale» (*continental jurisprudence*) del pluralismo. A tal fine, nel primo capitolo viene svolta un'ampia disamina dei rapporti fra la scienza giuridica ottocentesca e le nascenti dottrine pluralistiche, tratteggiando un panorama teorico in cui l'approccio «giurisprudenziale» (*jurisprudencial*) dei teorici che «vedevano nello Stato la fonte della giuridicità» cozzava con le dottrine «giuridiche» (*juristic*) che «ritenevano la giuridicità un fenomeno intrinsecamente sociale»<sup>16</sup>. È infatti da questo contesto culturale che prendono le mosse le dottrine dei tre giuristi europei su cui verte l'analisi del volume.

3. Vi sono almeno due aspetti dell'opera di Santi Romano (1875-1947) che possono fornire importanti stimoli alla discussione pluralistica sul diritto globale e transnazionale. Si tratta, in primo luogo, di vedere in che modo le tesi istituzionalistiche del giurista palermitano si rapportino con il concetto di 'Stato'. Quest'ultimo, com'è noto, è soltanto una fra le «istituzioni» che si formano e operano nello spazio sociale, posto che «ogni ente o corpo sociale» rappresenta per Romano un'«istituzione»<sup>17</sup>. Lo Stato, pertanto, non è che «una specie del genere 'diritto'»<sup>18</sup>,

---

<sup>16</sup> *LP*, cit., p. 13. Si ricorda, infatti, il dibattito fra Paul Laband e Otto von Gierke in Germania (ivi, pp. 20 e ss.), che peraltro appare molto utile per comprendere gli sviluppi del pluralismo 'politico' britannico e i suoi contributi al dibattito 'giuridico', in quanto ad inaugurare l'apertura della dottrina inglese al pluralismo è proprio il traduttore di *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, lo storico Frederic W. Maitland (si veda, ad esempio, C. Laborde, *Pluralist Thought and the State in Britain and France, 1900-1925*, Macmillan Press, London 2000, pp. 53-54). Un altro dibattito rilevante per contestualizzare lo sviluppo delle teorie romaniane e mortatiane è quello fra Vittorio Emanuele Orlando e Gaetano Mosca (*LP*, pp. 26 e ss.). Non si manca, infine, di ricordare i contributi di Eugen Ehrlich in Austria-Ungheria, nonché quello di Léon Duguit in Francia (ivi, pp. 36 ss).

<sup>17</sup> S. Romano, *L'ordinamento giuridico* (1917-1918), a cura di M. Croce, Quodlibet, Macerata 2018, p. 44.

<sup>18</sup> Ivi, p. 101.

in quanto ogni istituzione è giuridica<sup>19</sup>. Tuttavia, alcuni hanno ritenuto di poter rilevare, nel rapporto fra *statualità* e *pluralità*, un «dualismo» interno e «quasi consustanziale» allo schema teorico romaniano<sup>20</sup>. Romano tenderebbe, cioè, ad attribuire una certa preminenza ‘assiologica’ o «ideologica» allo Stato fra le altre istituzioni<sup>21</sup>, in quanto si mostra «apparentemente» convinto che lo Stato moderno sia «l’unica forma di organizzazione capace di assicurare la giustizia e l’uguaglianza»<sup>22</sup>.

Croce e Goldoni rigettano questa lettura, sottolineando come in realtà, essendo il diritto a ‘creare’ lo Stato<sup>23</sup>, non vi sarebbe stretta incompatibilità tra l’emersione delle forze sociali e lo Stato costituzionale, in quanto «è la natura giuridica del secondo a renderne strutturalmente possibili gli emendamenti continui»<sup>24</sup> per ‘adeguarsi’ alle prime. È vero, infatti, che Romano attribuisce al concetto di ‘istituzione’ una serie di caratteri che sembrano ‘ricavati’ dall’ordinamento statale<sup>25</sup>, ma non sembra darsi un primato ‘logico’ o ‘ideologico’ dello Stato nella sua riflessione. Si tratta semmai di capire come la struttura statale possa sopravvivere in un contesto sociale profondamente segnato da aspri conflitti, nella consapevolezza di non esercitare *a priori* alcun ‘predominio’ sulla realtà giuridica<sup>26</sup>.

---

<sup>19</sup> Ivi, pp. 38-39.

<sup>20</sup> Sordi, *Statualità e pluralità nella teoria dell’ordinamento giuridico*, cit., p. 21.

<sup>21</sup> È nota, del resto, la tesi per cui Romano sarebbe «teoricamente un pluralista, ma ideologicamente un monista» (Bobbio, *Teoria e ideologia nella dottrina di Santi Romano*, cit., p. 170). Si veda anche M. Fioravanti, *Per l’interpretazione dell’opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», X (1981), pp. 169-219.

<sup>22</sup> *LP*, cit., pp. 56-57.

<sup>23</sup> Ivi, p. 58.

<sup>24</sup> Ivi, p. 59.

<sup>25</sup> Particolarmente chiara è la critica mossa in tal senso da G. Capograssi, *Note sulla molteplicità degli ordinamenti giuridici* (1939), in Id., *Opere*, IV voll., Giuffrè, Milano 1959, p. 184.

<sup>26</sup> Si veda anche M. Croce, *Whither the state? On Santi Romano’s ‘The legal order’*, in «Ethics & Global Politics», XI (2018), 2, pp. 1-11.

Il secondo profilo che mi preme rilevare è la concezione romaniana della scienza giuridica. Applicando il doppio schema proposto dagli autori del volume, Romano adotterebbe una prospettiva ‘giuridica’ sul diritto, in virtù del carattere performativo che la sua teoria sembra attribuire all’interpretazione dei giuristi. Il «punto di vista giuridico», *descrivendo* la realtà «attraverso il prisma del diritto», finirebbe per modificare la realtà stessa<sup>27</sup>, in quanto la descrizione implica anche la «traduzione» di alcuni ‘fatti’ nel linguaggio del diritto attraverso un processo di manipolazione semiotica<sup>28</sup>. Del resto, la funzione di «organizzazione» che l’istituzionalismo romaniano attribuisce al diritto può essere compresa solo dal «punto di vista» dell’istituzione, che è un punto di vista *giuridico* (in quanto ‘istituzione’ e ‘diritto’ coincidono)<sup>29</sup>. La *realtà giuridica* è, quindi, indipendente da altre ‘realtà’, che sono «ritenute tali da diversi punti di vista» corrispondenti ad altri «ordini di conoscenze»<sup>30</sup>.

Nella lettura di Croce e Goldoni, inoltre, Romano riterrebbe «affidabile» per il giurista soltanto il punto di vista giuridico, che descrive l’ordinamento *dall’interno*, rigettando per converso «la cooperazione fra discipline» in quanto tenderebbe alla confusione<sup>31</sup>. A ben guardare, tuttavia, la denuncia del giurista palermitano è diretta non contro la ‘cooperazione’ o la ‘sinergia’ fra sapere giuridico e scienze sociali, bensì contro «la fusione dei due ordini di trattazione»<sup>32</sup>. Il giurista non deve, cioè, «abbandonare il metodo giuridico» per adottare quello della scienza politica, della storiografia o della sociologia, ma ben può «gio-

---

<sup>27</sup> *LP*, cit., p. 60.

<sup>28</sup> Ivi, pp. 192-193. Si veda, in merito, anche M. Croce, *La tecnica della composizione. Per una storia futura de ‘L’ordinamento giuridico’*, in Romano, *L’ordinamento giuridico*, cit., pp. 196-197.

<sup>29</sup> Si veda S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947), a cura di M. Croce e M. Goldoni, Quodlibet, Macerata 2019, p. 110.

<sup>30</sup> Ivi, p. 243.

<sup>31</sup> *LP*, cit., pp. 190-191.

<sup>32</sup> S. Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, Giuffrè, Milano 1946, p. 21.

varsì delle ricerche non giuridiche attinenti allo Stato»<sup>33</sup>. In taluni casi, è addirittura indispensabile per il giurista attingere dalle scienze sociali, che «non gli possono essere indifferenti» in quanto nell'interpretare il diritto positivo egli «si imbatte necessariamente nella realtà effettiva, in rapporti, interessi, bisogni e situazioni»<sup>34</sup>.

In quest'ottica, nemmeno sembra facile sostenere che il sapere giuridico 'puro' sia per Romano uno strumento votato alla *composizione* del conflitto sociale attraverso la «depoliticizzazione» del medesimo<sup>35</sup>. Si potrebbe ritenere, piuttosto, che il linguaggio giuridico venga inteso come strumento di *rappresentazione* del conflitto, mentre, affinché quest'ultimo possa risolversi, occorre che il diritto attinga da (o faccia spazio ad) altre forme di conoscenza (la scienza politica, l'economia, la sociologia, ecc.)<sup>36</sup>. Il ritratto che il diritto stila delle relazioni fra istituzioni appare, infatti, addirittura 'statico', nella misura in cui non si occupa del modo in cui tali relazioni mutano, né sembra aprire, dinanzi ai conflitti, alcuna via per una composizione *esclusivamente* giuridica<sup>37</sup>. Si potrebbe ipotizzare che ciò accada perché agli occhi di Romano la soluzione del conflitto, quantunque giuridicamente rappresentato, presuppone il riferimento a quelle «discipline ausiliare» di cui il sapere giuridico dovrebbe avvalersi<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Ivi, p. 22.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> *LP*, cit., p. 98.

<sup>36</sup> Questa lettura, del resto, non è incompatibile con la critica romaniana dello «studio delle istituzioni politiche» (Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 5), poiché la possibilità per il diritto di modulare i propri contenuti grazie alle altre scienze sociali appare ben diversa dalla pretesa, criticata da Romano, di studiare il diritto *solamente* attraverso le scienze «non giuridiche».

<sup>37</sup> Nella disamina delle «relazioni fra tutti i possibili ordinamenti giuridici» (Romano, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 122), l'autore non suggerisce alcun metodo in base al quale sarebbe possibile *trasformare* tali rapporti. Sembra quasi che la lettura puramente 'giuridica' si debba, ad un certo punto, 'arrestare' per far spazio ad altri saperi utili a comporre i conflitti.

<sup>38</sup> Romano, *Principii di diritto costituzionale generale*, cit., p. 13.

4. A differenza dell'istituzionalismo romaniano, la concezione giuridica di Carl Schmitt (1888-1985) fa entrare in campo – addirittura dalla porta principale – il ‘politico’. Mentre il giurista siciliano esaltava l'autonomia della giurisprudenza senza porsi il problema del potere politico, Schmitt sembra al contrario fondare la giuridicità su operazioni di «selezione e normalizzazione sociale» realizzate nel contesto inevitabilmente «arbitrario» delle scelte politiche<sup>39</sup>. In questa visione ‘politica’, il diritto funziona come un «setaccio»<sup>40</sup>, uno strumento che seleziona e cattura il materiale empirico per normalizzarlo in funzione dell'«etica dello Stato»<sup>41</sup>. La dottrina schmittiana assumerebbe dunque il ‘pluralismo’, rilevano Croce e Goldoni, ma vedrebbe tale fenomeno come «un pericolo da cui guardarsi»<sup>42</sup>.

La rilevanza dell'istituzionalismo e del pluralismo nella riflessione di Schmitt traspare, del resto, in modo assai evidente da alcuni passaggi scritti a cavallo fra gli anni Venti e Trenta. Si possono ricordare, da un lato, le considerazioni critiche sul pluralismo francese, tedesco e britannico, al quale il giurista tedesco riconosce il merito di aver avanzato una «polemica contro le precedenti sopravvalutazioni dello Stato»<sup>43</sup>, mentre assai più noto, dall'altro lato, è l'elogio dell'istituzionalismo romaniano, concepito nei *Drei Arten* (1934) come pensiero dell'ordine concreto<sup>44</sup>. È, però, importante notare come la lettura di Croce e Goldoni enfatizzi

---

<sup>39</sup> Cfr. *LP*, cit., pp. 134-135.

<sup>40</sup> Ivi, p. 124.

<sup>41</sup> Ivi, p. 194.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

<sup>43</sup> C. Schmitt, *Der Begriff des Politischen*, in «Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik», LVIII (1927), 1, pp. 1-39, tr. it., *Il concetto di ‘politico’*, in Id., *Le categorie del ‘politico’. Saggi di teoria politica*, cit., p. 127. La critica viene poi approfondita nel saggio *Etica di Stato e Stato pluralistico* (1930), confluito in Id., *Positionen und Begriffe* (1940), Duncker & Humbolot, Berlin 1988; tr. it. di A. Caracciolo, *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 217 e ss.

<sup>44</sup> Si veda C. Schmitt, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1934; ed. it., *I tre tipi di pensiero giuridico*, in Id., *Le categorie del politico*, cit., p. 260.

la sensibilità istituzionalista (o, meglio, «concretista») di Schmitt e critichi, per contro, le tradizionali letture «eccezionaliste» secondo cui la delimitazione delle sfere di ‘amico’ e ‘nemico’ risulterebbe dalla «creazione *ex nihilo* della normalità giuridica attraverso una decisione volta ad eliminare ciò che un decisore sovrano individua come minaccia letale per la comunità politica»<sup>45</sup>.

Sembra, perciò, possibile sostenere che l'autore di Plettenberg, rivedendo i postulati del proprio decisionismo, addivenga ad una concezione delle «istituzioni» come «modelli di comportamento coerenti e ampiamente accettati» e come «dispositivi sociali capaci di trasformare una moltitudine di individui (*scattered individuals*) in quei soggetti che, interagendo fra loro, formano l'«amico politico»<sup>46</sup>. Questa conclusione pare alquanto rilevante poiché, per un verso, mostra che Schmitt assume il pluralismo ‘sociale’ o ‘situazionale’ come un dato di fatto e, per altro verso, comporta che la decisione politica presuppone sempre l'imporsi sulla propria ‘libertà’ di uno schema preesistente di relazioni. Occorre, tuttavia, domandarsi se nella riflessione di Schmitt il profilo decisionista e quello istituzionalista siano veramente incompatibili. Del resto, nei *Drei Arten*, più che criticare il decisionismo, egli sembra scagliarsi contro il normativismo e contro quella combinazione di decisionismo «puro» e normativismo che è il «positivismo giuridico del XIX secolo»<sup>47</sup>.

La decisione, infatti, ha politicamente bisogno di tener conto della struttura concreta delle relazioni, ma rimane nondimeno una decisione

---

<sup>45</sup> *LP*, cit., p. 104. La lettura eccezionalista, in particolare, innesterebbe la concezione schmittiana del «criterio» del ‘politico’ sul tronco della *Teologia politica* (1922) e finirebbe, quindi, per svilire la «forza giusgenerativa di un gruppo di persone che si concepisce come gruppo dinanzi all'emergere di una minaccia» (ivi, p. 109). Per una critica di questo schema interpretativo, così come di quello «panistituzionalista» per cui Schmitt sarebbe istituzionalista «fin dall'inizio», è utile rinviare a M. Croce, A. Salvatore, *L'indecisionista. Carl Schmitt oltre l'eccezione*, Quodlibet, Macerata 2020, pp. 79 e ss., 101 e ss.

<sup>46</sup> *LP*, cit., p. 124.

<sup>47</sup> Schmitt, *I tre tipi di pensiero*, cit., p. 265.

assunta dal soggetto rivestito di autorità<sup>48</sup>. Inoltre, sembra abbastanza chiaro che quelle relazioni da cui è possibile riconoscere il *Freund schmittiano* non siano relazioni ‘giuridiche’, in quanto è la decisione sovrana a renderle tali, costituendo il *giuridico* attraverso una selezione di contenuti dal materiale *non-giuridico*<sup>49</sup>. Si potrebbe allora sostenere che per comprendere il rapporto tra ‘politico’ e ‘giuridico’ nella riflessione di Schmitt non basti una lettura prettamente eccezionalistica, né del resto un’interpretazione esclusivamente istituzionalistica. Una simile figura intellettuale, evidentemente complessa e articolata, sembra piuttosto richiedere la combinazione di molteplici prospettive d’indagine, una combinazione a cui – va detto – l’operazione di Croce e Goldoni giova senz’altro.

---

<sup>48</sup> Osserva, ad esempio, G. Agamben, *Stato di eccezione. Homo sacer II, 1*, Bollati Boringhieri, Torino 2003, p. 45, che scopo della dottrina schmittiana è «l’iscrizione dello stato di eccezione in un contesto giuridico». Vi è, infatti, un ordine, ma questo non è ‘giuridico’ fino all’intervento della decisione, come nota lo stesso Agamben riprendendo *Teologia politica* (1922) e *La dittatura* (1921). La prospettiva di Schmitt è, dunque, più complessa di come sembri trasparire dalla ‘polarizzazione’ fra eccezionalismo e istituzionalismo. Questi aspetti, peraltro, sembrano emergere con forza anche nella ricostruzione della storia dell’ordinamento internazionale in C. Schmitt, *Der Nomos der Erde*, Greven Verlag, Köln 1950; tr. it. di E. Castrucci, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello «jus publicum europaeum»*, a cura di F. Volpi, Adelphi, Milano 1991, che non a caso, pur prospettando il *nomos* come «ordinamento concreto» internazionale, lo conserva «zavorrato da elementi decisionistici» (Croce, Salvatore, *L’indecisionista*, cit., p. 155).

<sup>49</sup> Anche nel volume del 1912, in cui Croce e Goldoni rilevano alcune tracce istituzionalistiche poiché si connette la «correttezza» della decisione giudiziale all’individuabilità di una prassi (LP, cit., pp. 102-103), si legge, in particolare, che «ciò che legittima la decisione», direi, dal punto di vista *giuridico* «non precede la decisione stessa, ma è qualcosa che deve ancora realizzarsi» (C. Schmitt, *Gesetz und Urteil*, Berlin 1912; ed. it., *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*, a cura di E. Castrucci, Giuffrè, Milano 2016, p. 125). Come nota Galli (*Genealogia della politica*, cit., p. 315), questo saggio «permette l’accesso all’intera problematica della decisione, anche se qui non si presenta ancora come decisione sovrana» (si veda anche Agamben, *Stato di eccezione*, cit., 47).

5. La dottrina costituzionale di Costantino Mortati (1891-1985) sembra costituire per certi versi una 'sintesi' delle posizioni di Romano e di Schmitt<sup>50</sup>, in quanto, se da un lato essa riconosce l'esistenza di «norme extragiuridiche», dall'altro lato nega che esse possano far parte dell'«ordinamento giuridico» quando non vengano «selezionate e supportate dalle forze politiche dominanti»<sup>51</sup>. Come si legge, infatti, nella *Costituzione in senso materiale* (1940), Mortati ammette il concetto di «istituzione», ma afferma che «la natura dell'istituzione non può immaginarsi [...] altrimenti se non come lo scopo, o il complesso degli scopi, che sono ad essa posti dal partito»<sup>52</sup>. È quest'ultimo, infatti, il soggetto politico dalla cui concreta preminenza scaturisce la giuridicità delle istituzioni costituzionali.

Nella lettura di Croce e Goldoni, le tesi mortatiane propongono una concezione *politica* del diritto e, in particolare, un «istituzionalismo realista» dove l'ordine giuridico viene accorpato al sistema politico e all'equilibrio delle forze che si forma all'interno di quest'ultimo<sup>53</sup>. Il protagonista di questo equilibrio è appunto il *partito*, che rappresenta l'«espressione attiva» dei *valori* di «una data classe sociale», determinando attraverso di essi la «forma di Stato»<sup>54</sup>. Per questo sembra, in definitiva, doversi rigettare la lettura «convenzionalista» del pensiero di Mortati, che pure avrebbe il pregio di limitarne le declinazioni autoritarie, ma a costo di una pesante forzatura del testo, a tenore del quale invece la «costituzione formale» rappresenta una proiezione della tendenza dei partiti al «dominio»<sup>55</sup>.

---

<sup>50</sup> Sulla collocazione del pensiero giuridico di Mortati nel suo contesto dottrinario e, d'altra parte, sul suo rapporto con importanti giuristi fra cui Romano e Schmitt, si veda M. Fioravanti, *Dottrina dello Stato-persona e dottrina della costituzione. Costantino Mortati e la tradizione giuspubblicistica italiana*, in Galizia, Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 45 e ss.

<sup>51</sup> *LP*, cit., p. 152.

<sup>52</sup> C. Mortati, *La costituzione in senso materiale* (1940), con una premessa di G. Zagrebelsky, Giuffrè, Milano 1998, pp. 137-138.

<sup>53</sup> Cfr. *LP*, cit., p. 147.

<sup>54</sup> Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. 198.

<sup>55</sup> Si veda *LP*, cit., p. 174, in particolare su C. Mortati, *Costituzione* (1962), in Id., *Una e indivisibile*, a cura di A. Barbera e G. Giuffrè, Giuffrè, Milano 2007, p. 126. Ciò

La concezione di Mortati sembra presentare implicazioni interessanti soprattutto sotto il profilo dei rapporti tra materialità e normatività. Ora, chiarito che per il giurista calabrese il processo costituente non presuppone una qualunque forma di organizzazione delle forze politiche<sup>56</sup>, ma precisamente quella incanalata in strutture di gruppo o di partito, si può osservare come il «potere normativo» risulti «intrinseco» a questo modello organizzativo. In altri termini, «la materialità dell'organizzazione sociale è già in grado di produrre effetti ordinanti come forza costituente»<sup>57</sup>, sicché nell'istituzionalismo realista di Mortati il pluralismo giuridico non trova spazio se non nella sussunzione degli interessi di gruppo in quel processo costituente (e partitico) che secondo alcuni svolgerebbe una sorta di funzione integratrice *à la* Smend<sup>58</sup>.

6. Se si volesse abbozzare un bilancio conclusivo di questa lettura (quasi) sinottica, potrebbe essere utile riflettere sul rapporto fra la concezione istituzionalistica degli autori affrontati e il fenomeno del pluralismo. Credo si possa parlare, in questa sede, del pluralismo come un 'fenomeno' in quanto, a ben guardare, tutti e tre i giuristi con cui Croce e Goldoni si confrontano sembrano concepire la pluralità delle aggregazioni sociali anzitutto come un *fatto*. Le concezioni istituzionalistiche di Romano, Schmitt e Mortati sembrano, infatti, assumere che tutti i gruppi sociali organizzati, a certe condizioni, possano costituire un apparato di

---

sembra, dunque, confermare la tesi secondo cui Mortati elaborerebbe non già «una concezione fascista dello Stato, ma una concezione dello Stato applicabile (e applicata) a quello fascista» (G. Zagrebelsky, *Premessa*, in Mortati, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. XIII).

<sup>56</sup> Mi pare utile rinviare a M. Goldoni, *Il momento ordinante. La costituzione e la genesi dell'ordine*, in Mortati, *La teoria del potere costituente*, cit., p. 20, secondo il quale «la centralità del partito politico (o del sistema politico) va spiegata con l'idea che il fine fondamentale del potere costituente [...] implica una forza capace di espandersi su numerosi aspetti del sociale».

<sup>57</sup> *LP*, cit., pp. 175-176.

<sup>58</sup> Si veda A. Negri, *Insurgencies. Constituent Power and the Modern State*, trans. by M. Boscaqli, University of Minnesota Press, Minneapolis 1999, pp. 8-9.

organi e meccanismi produttivi di norme. In una prospettiva siffatta, la centralità dello Stato non è affatto garantita, ma può risultare soltanto all'esito di una competizione fra diversi ordinamenti<sup>59</sup>.

Si potrebbe, perciò, sostenere che l'idea del pluralismo rappresenti per questi autori, più che una conseguenza, la condizione di possibilità di una dottrina giuridica idonea a fondare il potere dello Stato su presupposti empirici e 'sociali', piuttosto che metafisici e teologici. Le loro dottrine si distinguono, invece, per la diversa configurazione del modo in cui l'ordine giuridico reagisce «dinanzi alla sfida del pluralismo sociale»<sup>60</sup>. Potremmo, dunque, parlare di teorie *implicitamente pluraliste* almeno in riferimento a Schmitt e a Mortati, anche solo per sottolineare la specialità dell'impostazione di Romano, che sarebbe invece 'pluralista' in senso *esplicito*.

La chiave di lettura proposta da Croce e Goldoni, che si articola secondo le direttrici del rapporto fra concezioni 'giuridiche' e concezioni 'politiche', da una parte, e dell'interazione fra materialità e normatività, dall'altra, consente appunto di mettere a confronto i diversi rapporti che i tre autori esaminati instaurano col pluralismo. Tale schema ermeneutico, come si è anticipato, serve altresì ad interpretare criticamente le dottrine pluraliste contemporanee, in un momento nel quale il «diritto» appare sempre più «un ambito nel quale le persone interagiscono per costituire corpi normativi acentrici, con gerarchie sempre meno intelligibili a definire chi debba fare cosa»<sup>61</sup>. Se osservate attraverso lo schema proposto nel volume, le prospettive del «pluralismo giuridico globale» e del «pluralismo costituzionale» sembrano, per un verso, cogliere le novità di un panorama giuridico assai complesso, ma mancano, per altro verso, di apprezzare la dimensione politica sottesa alla competizione fra sfere ordinamentali sovrapposte, supponendo erroneamente che «la

---

<sup>59</sup> Di «competizione per la fedeltà», del resto, parlava anche uno scritto fortemente 'pluralista' di H.J. Laski, *The Personality of Associations* (1916), in Id., *The Foundations of Sovereignty* (1921), Routledge, London 1997, pp. 139 e ss., p. 169.

<sup>60</sup> *LP*, cit., p. 200.

<sup>61</sup> *Ivi*, p. 201.

pretesa di un ordinamento di esercitare una qualche autorità giuridica sia neutrale»<sup>62</sup>.

È interessante notare come questa critica venga sviluppata a partire da un confronto con il pluralismo ‘classico’, che secondo gli autori di *The Legacy of Pluralism* servirebbe a cogliere un processo di *riconfigurazione* del rapporto tra diritto e politica e delle sue implicazioni sul nesso tra materia e norma<sup>63</sup>. Questo, come si è detto all’inizio, sembra suggerire l’idea che un’«eredità» o un «lascito» non possano individuarsi con esclusivo riferimento al ‘classico’, ma acquistino significato solo a partire dalle questioni dell’«oggi» in dialogo con quel ‘classico’. La possibilità di apprezzare l’«eredità» di un ‘classico’, e quindi del pluralismo ‘classico’, dipende pertanto dal fatto che il ‘nuovo’ continui ad interrogarsi su di esso, instaurando così una peculiare relazione con il passato, significativamente descritta come un «rapporto di distanza-vicinanza»: lo «storico», si dice infatti, «è uno specialista del passato ed è al contempo un individuo del suo tempo»<sup>64</sup>. In definitiva, il testo di Croce e Goldoni sembra per certi versi andare oltre l’interazione fra pluralismo classico e pluralismo contemporaneo, mostrando più in generale come un’interpretazione del ‘classico’ comporti l’inevitabile rilettura del ‘nuovo’.

---

<sup>62</sup> M. Croce, M. Goldoni, *A sense of self-suspicion: global legal pluralism and the claim to legal authority*, in «Ethics & Global Politics», VIII (2015), 1, p. 14, a cui si rinvia per approfondire meglio i vari punti di questa critica.

<sup>63</sup> Cfr. *LP*, cit., p. 202.

<sup>64</sup> P. Costa, *La storia del pensiero giuridico, fra “archivio” e “discipline”*, in «Dia-cronia», 2019, 2, p. 16.



Finito di stampare nel mese di ottobre 2021  
da Impressum S.r.l. - Marina di Carrara (MS)  
per conto di Pisa University Press

La maggior parte dei contributi pubblicati in questo fascicolo di *Diacronia* è stata presentata e discussa nell'ambito del VI "Seminario di storia della filosofia del diritto" dedicato a *Filosofía del derecho e historia: cuestiones metodológicas* e organizzato dall'Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba dell'Universidad Carlos III di Madrid (10-11 maggio 2021). Essi, in taluni casi si soffermano direttamente su questioni relative al metodo e ai contenuti della storia della filosofia del diritto, adottando talora prospettive nuove o inusuali; mentre in altri casi lo fanno indirettamente, muovendo da questioni al centro del dibattito contemporaneo (come i diritti umani o il tema della memoria e della giustizia transizionale). Arricchiscono il fascicolo contributi dedicati alla filosofia giuridica di Maimonide, alla teologia politica, al pluralismo politico-giuridico.

In questo numero saggi di:

Francisco Javier Ansuátegui Roig, Adriano Ballarini, María del Carmen Baranco Avilés, Ilario Belloni, Thomas Casadei, Lucia Corso, Cristina García Pascual, Francesco Mancuso, Valeria Marzocco, Lorenzo Milazzo, Cosimo Nicolini Coen, Vincenzo Omaggio, Andrea Porciello, Pier Giuseppe Puggioni.

€ 25,00

