

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

49
(2020)

DAMIANO CANALE

CONSIDERAZIONI SUL SIGNIFICATO FILOSOFICO DELLA STORIA DELLA FILOSOFIA DEL DIRITTO

(A proposito di «Diacronia: Rivista di storia
della filosofia del diritto», I, 2019, 1)

1. Una nuova rivista. — 2. Questioni di metodo. — 3. Continuità e discontinuità storiche. — 4. Il dispositivo e la trappola.

1. *Una nuova rivista.*

È di tutta evidenza come in anni recenti si sia assistito a un mercato proliferare di nuove riviste nel campo delle discipline giuridiche; un fenomeno che appare, ad un primo sguardo, del tutto sorprendente. La tendenziale omologazione dei saperi giuridici a standard internazionali, come pure l'introduzione in Italia di criteri unificati di valutazione della ricerca accademica, che si pretendono orientati a garantirne la razionalizzazione, sembrerebbero infatti favorire, anche nel campo del diritto, una naturale selezione e riduzione delle sedi di pubblicazione, come è accaduto nel contesto di altre scienze sociali, prima tra tutte l'economia. La circostanza che i saperi giuridici facciano eccezione a questa tendenza trova, in realtà, facile spiegazione. L'assenza di dati bibliometrici attendibili capaci di attivare forme di competizione tra le riviste di settore, la rapida diffusione di piattaforme per la pubblicazione in formato elettronico dei risultati della ricerca, la nascita di nuovi ambiti di indagine meritevoli di acquistare un loro riconoscimento disciplinare, come pure l'esigenza di una più immediata disseminazione dei saperi giuridici a livello internazionale, hanno stimolato, e continuano a stimolare, il sorgere di nuove iniziative editoriali. Questo fenomeno per un verso testimonia la natura del tutto peculiare dei saperi giuridici, il loro carattere poliedrico e multiforme, che affonda le sue radici nella dinamicità dei processi sociali e istituzionali con i quali questi saperi sono a stretto contatto. Per altro verso, tuttavia, questo stesso fenomeno rischia di alimentare una sorta di 'glocalizzazione' della ricerca giuridica, vale a dire la tentazione, in capo a ciascuna 'scuola' o gruppo di ricerca, di istituire una propria sede di pubblicazione privilegiata, indipendente e impermeabile ri-

spetto alle altre, al fine di legittimare sul piano scientifico una certa linea di ricerca o di ottenere un suo riconoscimento istituzionale.

Sfugge senz'altro a questo pericolo *Diacronia: Rivista di storia della filosofia del diritto*, una iniziativa editoriale nata nel 2019 grazie all'impegno (e all'ingegno) di alcuni giovani filosofi del diritto italiani, i quali, sebbene provenienti da scuole diverse, si sono scoperti accomunati da un medesimo interesse, specchio di una medesima preoccupazione. Come si legge nella *Presentazione* del primo numero della rivista, è evidente come «una grande tradizione di studi nella quale una parte consistente della filosofia giuridica italiana ha dato il meglio di sé appaia oggi indebolita e come sfibrata»⁽¹⁾. Se in passato i giovani studiosi di filosofia del diritto di regola iniziavano il loro percorso di ricerca con un lavoro di carattere storico, oggi una scelta del genere è ritenuta «non solo troppo impegnativa, ma anche scarsamente interessante o addirittura controproducente». Di più: la storia della filosofia del diritto è oramai scomparsa dai programmi di studio di moltissime università italiane, al punto da avallare l'idea secondo cui «la posizione originaria dalla quale deve muovere il cammino di chi intenda dedicarsi alla filosofia del diritto sia da cercare stendendo un velo di ignoranza su qualche migliaio di anni di riflessioni sul diritto». Da qui l'obiettivo che *Diacronia* intende perseguire: restituire voce e rilevanza alla storia della filosofia del diritto in Italia, nella consapevolezza che la filosofia del diritto, e più in generale la cultura giuridica, «non poss[on]o affrontare criticamente i temi e i problemi all'ordine del giorno senza considerarne storicamente la genesi, le interpretazioni e le stesse soluzioni che si è ritenuto di poterne offrire in precedenza»⁽²⁾. Si tratta di un obiettivo che *Diacronia* intende perseguire, come sottolineano i suoi fondatori, a prescindere da qualsivoglia ipotesi metodologica o tema di ricerca privilegiato; l'intento è piuttosto quello di dar vita a un forum di discussione aperto a contributi di ogni tipo, come per altro evidenzia la stessa struttura della rivista, articolata in una sezione monografica, curata in ogni numero da studiosi diversi, e in una sezione dedicata invece a saggi su temi distinti. Impreziosisce inoltre la rivista una sezione finale denominata «Archivio», che nel primo numero ospita la prima traduzione italiana, curata da G. Ridolfi, di un saggio di Hans Kelsen poco noto al pubblico ma di rilevante interesse, *La giustizia platonica* (1933), originariamente pubblicato nella prestigiosa cornice dei *Kant-Studien*.

La sezione monografica del primo numero, curata da Alberto Andronico e Tommaso Greco, è dedicata al tema delle «transizioni». Osservano i curatori della sezione, facendo propria una percezione da

(1) *Presentazione*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 7.

(2) *Ibidem*.

tempo diffusa nella cultura giuridica contemporanea, come «l'architettura concettuale che ha fatto la storia del pensiero giuridico moderno sembra fare sempre più fatica a far presa sulla realtà»⁽³⁾. Il nostro presente si configura, in altri termini, come un momento di passaggio, di transito da un'architettura concettuale che si era progressivamente consolidata in età moderna, ad un 'nuovo', un 'altro', le cui caratteristiche appaiono ancora sfuggenti, insondabili, proteiformi. Da qui l'idea di volgere lo sguardo all'indietro, focalizzando l'attenzione «su alcune 'transizioni' che nel passato hanno scandito con maggiore evidenza la nostra storia in un 'prima' e un 'poi'». Più precisamente — osservano ancora i curatori — l'intento non consiste nel partire dal concetto di transizione per rileggerlo in chiave storica. Vale piuttosto il contrario: i saggi contenuti in questa sezione muovono dall'analisi di alcuni momenti cruciali nello sviluppo storico del diritto e della società, per risalire poi alle forme che la transizione assume. I momenti storici cruciali selezionati dai curatori sono la conquista del Nuovo Mondo, alla quale è dedicato un saggio di Antonio Enrique Pérez Luño, la guerra dei Trent'anni e la nascita del 'modello Vestfalia', a cui dedica un saggio Stefano Pietropaoli, la crisi delle democrazie europee nella prima metà del Novecento e la centralità occulta del pensiero di Carl Schmitt in alcuni grandi protagonisti della cultura filosofico-giuridica successiva, su cui si sofferma invece Massimo La Torre. Alle pregevoli analisi proposte in questi contributi si aggiunge un saggio di Pietro Costa, non meno interessante e illuminante dei primi, dedicato al concetto di transizione e al suo rilievo metodologico nel contesto della storiografia giuridica.

In queste mie brevi note in margine al primo numero di *Diacronia* vorrei tuttavia soffermarmi su un tema che rimane sottotraccia nei saggi appena richiamati, ma che mi sembra di non trascurabile interesse qualora la storia della filosofia del diritto venga concepita non come un mero repertorio di narrazioni storiografiche — di cui il filosofo del diritto può utilmente servirsi, a mo' di supporto cognitivo, per contestualizzare i problemi di cui si occupa — quanto piuttosto come parte integrante della pratica filosofico-giuridica *tout court*. Detto in altri termini, cercherò di porre a tema il significato filosofico della storia della filosofia del diritto: il ruolo che essa può svolgere in quanto aspetto costitutivo di un'interrogazione filosofica rivolta al diritto.

La dimensione squisitamente filosofica della storia della filosofia del diritto è d'altra parte di centrale importanza nella tradizione italiana, come testimoniano i lavori di due tra i suoi principali protagonisti del Novecento: Norberto Bobbio e Giovanni Tarello. Studiosi

⁽³⁾ Ivi, p. 11.

che hanno dato ampio spazio nella loro opera a ricerche di tipo storico, sempre animate tuttavia da un intento filosofico. Nell'opera di Bobbio, ad esempio, la ricerca storica si configura come una forma contestualizzata di analisi concettuale. Compito dello storico della filosofia del diritto è isolare gli snodi concettuali attorno ai quali si articola il discorso attorno al diritto e alla politica nella storia, in particolare in alcuni grandi 'classici' del pensiero, per poi ricostruirne il profilo sistematico e individuare gli elementi di continuità, le costanti storiche che fanno da sfondo al rapporto tra diritto, politica e società⁽⁴⁾. È in altri termini il modo di concepire la filosofia del diritto a fissare il senso della ricerca storico-filosofica, al pari del metodo che deve caratterizzarla. Lo stesso vale per Giovanni Tarello, pure se a partire da presupposti diversi. È noto come per Tarello la filosofia del diritto si configuri come 'caccia alle ideologie': compito del filosofo è svelare criticamente gli usi politici del diritto e delle sue categorie concettuali, un compito che non viene meno nel momento in cui l'indagine acquista una dimensione storica. Anzi, la ricostruzione storica serve a identificare le catene causali che spiegano i diversi usi politici del diritto nel mondo contemporaneo, mediati dall'apparato dottrinale progressivamente elaborato dai giuristi⁽⁵⁾. Tanto in Bobbio quanto in Tarello, pertanto, narrare una storia della filosofia del diritto non è pratica filosoficamente neutrale. Tale pratica è piuttosto funzionale ad uno specifico modo di concepire la filosofia del diritto, i suoi obiettivi e i suoi strumenti di lavoro. A prescindere da qualsivoglia valutazione postuma si voglia riservare alle ricerche storiche di Bobbio e Tarello,

(4) Pur nella messe di studi dedicati al filosofo torinese, manca una trattazione organica e circostanziata dei contributi di Norberto Bobbio nel campo della storia della filosofia giuridica e politica. Questa lacuna è stata recentemente in parte colmata dall'ottimo lavoro di T. GRECO, *Norberto Bobbio e la Storia della filosofia del diritto*, in «Diacronia», I (2019), 2, pp. 77-105, al quale senz'altro rinvio. Si veda inoltre M. BOVERO, *Antichi e moderni: Norberto Bobbio e la "lezione dei classici"*, in *Per una teoria generale della politica. Scritti dedicati a Norberto Bobbio*, a cura di L. Bonanate, M. Bovero, Firenze, Passigli, 1986, pp. 227-239; 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, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2015, pp. 227-244.

(5) Vedi su questo punto N. BOBBIO, *Ricordo di Giovanni Tarello*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVII (1989), 2, p. 314. Cfr. anche M. TARUFFO, *Giovanni Tarello e la storia della cultura giuridica*, in *L'opera di Giovanni Tarello nella cultura giuridica europea*, a cura di S. Castignone, Bologna, il Mulino, 1989, p. 253 e ss. Sui significati assunti dalla parola «ideologia» negli scritti di Tarello vedi M. BARBERIS, *Tarello, l'ideologia e lo spazio della teoria*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XVII (1987), 2, pp. 317-355.

appare evidente come il significato filosofico della storia della filosofia del diritto sia di centrale importanza per comprendere il senso e la rilevanza di questo indirizzo di ricerca, come pure per valutare i suoi risultati.

Prima di procedere oltre, tuttavia, alcune precisazioni sono opportune. Il focalizzare l'attenzione sul significato filosofico della storia della filosofia del diritto non equivale a «servirsi della storia in vista d'altro», come potrebbe essere imputato a Bobbio e a Tarello⁽⁶⁾. Né l'interesse per questo tema sottende la contrapposizione tra 'storia della filosofia del diritto degli storici' e 'storia della filosofia del diritto dei filosofi', parafrasando una celebre distinzione bobbiana⁽⁷⁾. Contrapposizione che risulterebbe oziosa, oltre che di dubbioso interesse. Al contempo, l'attenzione per il significato filosofico della storia della filosofia del diritto non veicola necessariamente una qualche forma di *geschichtliche Philosophie* di hegeliana memoria, propugnando la trasformazione della filosofia del diritto in una filosofia della storia. Così come riduttivo sarebbe intendere il tema di cui stiamo discorrendo come un generico richiamo all'intrinseca storicità dell'esperienza giuridica, su cui ampi settori della filosofia del diritto italiana hanno posto l'accento nel Novecento.

Il significato filosofico della storia della filosofia del diritto può essere piuttosto inteso, più semplicemente, come l'insieme di presupposizioni meta-storiche che guidano, spesso inconsapevolmente, la ricerca storica in campo filosofico-giuridico, presupposizioni che si prestano ad essere interrogate filosoficamente. A partire da questa linea prospettica, le osservazioni che seguono tenteranno di porre in evidenza alcune questioni di tipo metodologico e interpretativo sollevate dalla sezione monografica del primo numero di *Diacronia*, nella speranza che la discussione di tali questioni possa arricchire la consapevolezza dei problemi con i quali lo storico della filosofia del diritto si deve confrontare.

⁽⁶⁾ L'espressione «servirsi della storia in vista d'altro» è stata utilizzata da Gilles Deleuze per caratterizzare le ricerche storiche di Michel Foucault, le quali perseguivano un intento filosofico e non un intento storiografico. Vedi G. DELEUZE, *Che cos'è un dispositivo* (1989), trad. it. di A. Moscati, Napoli, Cronopio, 2002, p. 29.

⁽⁷⁾ Qui il riferimento va ovviamente alla contrapposizione bobbiana tra «filosofia del diritto dei filosofi» e «filosofia del diritto dei giuristi»: vedi N. BOBBIO, *Natura e funzione della filosofia del diritto*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1977, p. 37 e ss.

2. *Questioni di metodo.*

Nota opportunamente Pietro Costa come la nozione di «transizione» possa apparire ridondante in abito storiografico. «Se gli storici infatti sono chiamati a comprendere e a narrare il continuo trasformarsi delle esperienze nell'orizzonte della temporalità, è della 'transizione' che essi sempre e compunte parlano; e non è immediatamente chiaro in che senso un momento di questa ininterrotta transizione sia più 'transitorio' di un altro»⁽⁸⁾. Nondimeno, prosegue Costa, il termine 'transizione' può manifestare un'esigenza fondata nel campo della storiografia: quella di «individuare una sintassi del cambiamento»⁽⁹⁾, utile «per mettere a fuoco momenti o fenomeni dei processi di mutamento che la storiografia assume come proprio oggetto»⁽¹⁰⁾. Qualsiasi storico, per rappresentare il suo oggetto di studio, ha bisogno di un metalinguaggio che gli consenta di nominare le scansioni temporali del mutamento, di descrivere le loro relazioni reciproche, e quindi di comunicare il senso della narrazione storica, in modo che questa non si riduca a una mera elencazione di eventi accaduti nel passato. Da qui l'idea, efficacemente articolata da Costa, della transizione come modello meta-storiografico, ovvero sia come strumento metodologico di cui lo storico può utilmente servirsi nel suo lavoro quotidiano. Ma qual è la struttura di questo modello? Costa la ricostruisce attraversando criticamente alcune linee di ricerca che hanno eletto i processi di transizione a oggetto privilegiato di studio. In primo luogo, in ambito politologico, i *Transitional Studies*, i quali si propongono di individuare le tappe obbligate, sotto il profilo sociale e istituzionale, che hanno guidato il passaggio dai regimi politici 'autoritari' ai regimi 'democratici', in particolare nel secondo Novecento. In secondo luogo, le ricerche interdisciplinari dedicate al tema della *transitional justice*, vale a dire all'esigenza storica di 'fare i conti col passato' nelle fasi che conducono ad un nuovo assetto politico della società, laddove questo passato sia costellato di ingiustizie, soprusi, crimini efferati, e sorga non di meno l'esigenza di mantenere coesa la società, ricostruendo un tessuto condiviso di memorie, narrazioni, valori sociali e politici. Costa pone in evidenza la fecondità di queste linee di ricerca, come pure i loro limiti sotto il profilo storiografico. In primo luogo, il pericolo di ricondurre i processi di transizione entro rigidi schematismi che rischiano di occultare le caratteri-

⁽⁸⁾ P. COSTA, *La "transizione". Uno strumento metastoriografico?*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 14.

⁽⁹⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁰⁾ *Ibidem.*

stiche peculiari e l'unicità dei contesti storici considerati. In secondo luogo, la tentazione di declinare la transizione in termini teleologici, di concepirla cioè come un modello storiografico capace di individuare i fini immanenti della trasformazione storica, e dunque la necessità di un 'prima' in funzione di un 'dopo'. Una volta depurato da «contaminazioni teleologiciste»⁽¹¹⁾, il modello della transizione diventa assai utile per orientare la narrazione storica in ambito giuridico e politico, afferma Costa. Esso conduce infatti a rappresentare una certa tranche storico-temporale come una totalità strutturata, composta da due estremi statici e dai processi intermedi che governano il movimento che va dall'uno all'altro⁽¹²⁾. Se inteso in questo modo, il modello della transizione può assumere qualsiasi contenuto e ammette ricostruzioni diverse di un medesimo lasso storico-temporale. Questo non lo rende tuttavia un modello universale, utile per comprendere qualsiasi fenomeno storico. Come opportunamente sottolinea Costa, il modello della transizione funziona bene quanto più «l'esperienza [storica] di riferimento tenda a coagularsi in *assetti e strutture*»⁽¹³⁾, come nel caso della storia dei saperi giuridici e dei passaggi da un sistema normativo ad un altro sistema normativo. Si tratta cioè un modello utile per descrivere le trasformazioni epocali della storia giuridica, e non invece eventi o fenomeni individuali.

Potremmo tuttavia chiederci, in margine alla riflessione di Pietro Costa, se non rimanga in essa qualcosa di filosoficamente impensato, di sottratto cioè ad una interrogazione capace di evidenziarne le eventuali aporie. Un primo aspetto meritevole di attenzione, sotto questo profilo, è costituito dai termini *a quo* e *ad quem* di questo modello, che Costa connota come assetti e strutture, vale a dire come entità sistematiche, di tipo socio-politico, culturale o istituzionale, composte da una pluralità di elementi ordinati secondo un criterio organizzativo di tipo funzionale, gerarchico o procedurale. Potremmo tuttavia chiederci: i concetti di «assetto» e di «struttura», intesi come strumenti meta-storici di ricerca, sono entità idealtipiche prive di qualsiasi connotazione storica? La risposta sembra invero negativa. Questi concetti sono infatti figli di una nozione di sistema elaborata in epoca moderna, in base alla quale, richiamando la celebre formula di Condillac, le diverse parti di un'arte o di una scienza devono essere disposte «in un ordine in cui tutte si sorreggano a vicenda, e in cui le ultime si spieghino mediante le prime»⁽¹⁴⁾. Si

(11) Ivi, p. 40.

(12) Ivi, p. 24.

(13) Ivi, p. 30 (corsivo mio).

(14) É.B. DE CONDILLAC, *Trattato dei sistemi*, a cura di E. Garin, Roma-Bari, Laterza, 1977, p. 3.

tratta dunque di un modo di concepire l'organizzazione del sapere e della vita sociale storicamente determinato, che giunge per tappe successive fino ai nostri giorni⁽¹⁵⁾. Una volta eletti a coordinate metastoriche di ricostruzione del passato, che fissano il punto di partenza e il punto di chiusura di una transizione storica, i concetti di assetto e di struttura rischiano pertanto di ingabbiare le testimonianze storiche entro un modo storicamente determinato di concepire il sapere attorno al diritto e alla società, e di rendere queste testimonianze significative per lo storico nella misura cui soddisfano i requisiti imposti da tali categorie⁽¹⁶⁾.

Di più: il modello meta-storico della transizione, così concepito, non rischia soltanto di proiettare sul passato le categorie con cui comprendiamo il presente; esso induce parimenti a immaginare il futuro come un'eterna iterazione della contemporaneità. Per giustificare questa affermazione è opportuno far ritorno all'*Introduzione* della sezione monografica del primo numero di *Diacronia*. Alberto Andronico e Tommaso Greco osservano qui, come abbiamo già ricordato, che l'urgenza di indagare i processi storici di transizione riflette un'esigenza del presente. È cioè l'esperienza contemporanea del transito dall'assetto politico-giuridico moderno verso un 'nuovo' le cui coordinate non sono ancora pienamente intelligibili, a stimolare il nostro sguardo verso il passato. Il modello meta-storico della transizione, tuttavia, induce a pensare che l'avvenire delle relazioni giuridiche e politiche costituirà una struttura o un assetto morfologicamente assimilabile a quello che stiamo abbandonando, per quanto dotato di contenuti diversi. Il termine *ad quem* della transizione in corso si presume cioè

⁽¹⁵⁾ Per una storia della nozione di sistema nei saperi giuridici vedi M. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, 3 vol., Milano, Giuffrè, 2002.

⁽¹⁶⁾ Si potrebbe cioè osservare che i concetti di assetto e struttura operano, nel modello storiografico della transizione, come idealtipi weberiani. Secondo Weber, come noto, le categorie idealtipiche non descrivono leggi oggettive di movimento della storia; si tratta piuttosto di «punti di vista» che consentono ad eventi storici individuali di essere compresi come dotati di senso, oltretutto come collegabili tra di loro mediante nessi causali o esplicativi adeguati. Solo in virtù delle categorie idealtipiche sarebbe infatti possibile sviluppare una genuina conoscenza storica, senza incorrere nello psicologismo adombrato dall'*Erlebnis* storicista o far proprie le ipoteche metafisico-idealistiche ancora presenti nelle filosofie del progresso universale di fine Ottocento. Vedi su questo punto M. WEBER, *Il metodo delle scienze storico-sociali* (1922), trad. it. a cura di P. Rossi, Torino, Einaudi, 1958, in particolare p. 134. Weber può in tal senso affermare che «alla storia spetta unicamente la spiegazione causale di quegli 'elementi' e di quegli 'aspetti' dell'avvenimento in questione, i quali rivestono da determinati punti di vista un 'significato universale' e perciò un interesse storico» (ivi, p. 212).

formalmente omogeneo al suo termine *a quo*. Questa prefigurazione del futuro, ovvero delle categorie concettuali che ci consentono di immaginarlo, rischia tuttavia di impedirci di cogliere le trasformazioni in atto e di prevedere il loro esito, e questo per effetto della sintassi conoscitiva che utilizziamo per tentare di comprenderle. In questo modo il filosofo e lo studioso del diritto, nell'interrogarsi sulla transizione contemporanea, rischiano di assumere le vesti dell'angelo di Benjamin, che con lo sguardo fisso verso il passato viene trascinato nel futuro dal vento della storia, incapace di coglierne la traiettoria proprio perché al futuro volge le spalle⁽¹⁷⁾.

Si potrebbe a tutto ciò obiettare, tuttavia, che allo storico è negato uno 'sguardo da nessun luogo': qualsiasi narrazione del passato è sempre storicamente situata e dunque condizionata dai problemi, dai contesti, dal linguaggio, dai concetti e dalle visioni del mondo che connotano il presente, le quali guidano qualsiasi interrogazione del passato. Lo storico e il filosofo del diritto sono cioè costitutivamente 'gettati' nel loro tempo, a partire dal quale la storia, qualsiasi storia, trova la sua misura⁽¹⁸⁾. Il modello della transizione identificato da Pietro Costa, proprio in virtù del suo carattere formale, che lo immunitizza da ipoteche di tipo teleologico, tende anzi a minimizzare tale condizionamento, fornendo allo storico un utile strumento di indagine. Le considerazioni fin qui svolte non revocano in dubbio tale assunto, senz'altro condivisibile; esse si limitano a fornire allo storico delle transizioni un suggerimento ulteriore. Il modello di cui questi si serve può svolgere un ruolo utile per la comprensione storica del passato, oltre che per la prefigurazione del futuro, nella misura in cui sollecita una duplice presa d'atto. In primo luogo, il riconoscimento della differenza insopprimibile tra passato e presente, conseguenza dell'«esperienza dello scacco»⁽¹⁹⁾ e dell'alterità che comporta l'accostarsi a mondi e linguaggi irriducibile al nostro. In secondo luogo, l'esigenza in capo allo storico e allo studioso del diritto di porre in discussione i concetti che guidano la sua comprensione della realtà contemporanea, presupposto questo irrinunciabile per conservare l'alte-

(17) W. BENJAMIN, *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di R. Solmi, Torino, Einaudi, 1955, p. 80.

(18) Secondo Gadamer, il fatto che la pratica storiografica muova necessariamente dai condizionamenti del presente non costituisce un ostacolo al coglimento delle 'verità' storiche, quanto piuttosto la condizione insopprimibile e feconda da cui muove qualsiasi tipo di conoscenza. Cfr. H.-G. GADAMER, *Verità e metodo* (1960), trad. it. di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 1990⁷, p. 312 e ss.; ID., *Il problema della coscienza storica* (1963), trad. it. di G. Bartolomei, Napoli, Guida, 1988³, pp. 61-62.

(19) GADAMER, *Il problema della coscienza storica*, cit., p. 66; ID., *Verità e metodo*, cit., p. 347.

rità e la singolarità di fenomeni storici a noi lontani⁽²⁰⁾. Detto in altri termini, la ricostruzione delle transizioni storiche può risultare utile per risponde alle domande del presente nella misura in cui produce una presa di distanza da esso, una *Entfremdung* concettuale che ne evidenzia la contingenza⁽²¹⁾. L'effetto di 'spaesamento' generato dalla ricerca storica potrà così favorire la comprensione delle trasformazioni oggi in atto, aiutandoci a prefigurazione un futuro che del presente non sia l'iterazione sclerotizzata.

3. *Continuità e discontinuità storiche.*

L'idea di storia delle transizioni come distanziamento critico dalle categorie del presente si presta a trovare ulteriore tematizzazione con riferimento ai saggi di Antonio Enrique Pérez Luño e Stefano Pietropaoli.

Pérez sottolinea come la scoperta del Nuovo Mondo agli albori dell'età moderna ratifichi e renda più netta la presa di congedo dei saperi giuridici del Cinquecento spagnolo dall'universo medioevale, favorendo la nascita e la diffusione di nuove categorie che si diffonderanno di lì a poco in tutta Europa⁽²²⁾. A quali categorie ci stiamo riferendo? In primo luogo, al concetto di libertà quale diritto connaturato a qualsiasi essere umano, che si contrappone all'idea di schiavitù naturale difesa dagli epigoni dei *conquistadores*⁽²³⁾. In secondo luogo, il concetto di *potestas* pubblica esercitata dal sovrano, basata sul consenso democratico e giustificata dal perseguimento del bene comune. Si tratta di categorie concettuali che troveranno progressiva afferma-

⁽²⁰⁾ «È indispensabile che la conoscenza si renda conto dei propri secolari pregiudizi e delle proprie attuali anticipazioni»; in assenza di tale operazione, «le nostre conoscenze dello storicamente 'altro' sono semplici riduzioni; un procedimento cognitivo che implica pregiudizi e anticipazioni, idee preconcepite sul metodo e su ciò che 'deve' essere un dato storico, livella l'esperienza e conduce inevitabilmente a tradire lo specificamente 'altro'» (GADAMER, *Il problema della coscienza storica*, cit., p. 69).

⁽²¹⁾ Su questo punto mi permetto di rinviare a D. CANALE, *Introduzione a Id., La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto civile nella Prussia del '700*, Torino, Giappichelli, 2000.

⁽²²⁾ A.E. PÉREZ LUÑO, *La conquista del Nuevo Mundo y la transición a la modernidad*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 58.

⁽²³⁾ Paolo Grossi ha mostrato come la teologia scolastica, a partire da questo assunto, fornì una fondazione antropologica al concetto di proprietà, qualificando il *dominium* sulle cose come un attributo del soggetto libero. Vedi P. GROSSI, *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*, in *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno. Atti dell'Incontro di studio (Firenze, 16-19 ottobre 1972)*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 1973, pp. 117-222.

zione nella modernità ma delle quali autori come Francisco de Vitoria e Bartolomé de las Casas preparano la gestazione, di riflesso alla barbarie e ai soprusi perpetrati dai *conquistadores* nei confronti delle popolazioni indigene. L'idea di un insieme di diritti connaturati agli esseri umani, come pure di un potere sovrano posto a salvaguardia del bene collettivo, nasce cioè — nella ricostruzione proposta da Pérez — quale reazione ad un senso originario di ingiustizia generato dagli orrori della conquista⁽²⁴⁾. Interessanti appaiono, in questo contesto, le considerazioni di Pérez con riguardo all'origine storica delle *Leyes de Indias* emanate tra il 1512 e il 1680, orientate a proteggere le popolazioni indigene e i loro beni dall'occupazione spagnola; leggi che rimasero tuttavia largamente ineffettive a causa della debolezza delle istituzioni pubbliche di fronte ai poteri di governo esercitati dai privati. Una debolezza che, secondo Pérez, ha segnato la storia sociale e politica latino-americana dal XVI secolo fino ai nostri giorni⁽²⁵⁾. Non meno interessanti appaiono le critiche di Vitoria e Las Casas agli istituti del *requerimento* e delle *encomiendas*, ai quali la ricerca storica, anche in ambito filosofico-giuridico, ha dedicato ampia attenzione⁽²⁶⁾. Anche qui Pérez sottolinea l'indignata reazione critica dei due domenicani nei confronti del requisito della conversione al Cristianesimo quale condizione per il riconoscimento della libertà individuale; una indignazione che si estende anche all'affermarsi nei territori d'oltremare di una struttura sociale e politica di tipo neo-feudale. Da qui la veemente difesa, da parte di Las Casas, delle istituzioni pubbliche basate sul consenso popolare, che sembra per certi versi anticipare l'idea di Stato democratico di diritto fondato sulle libertà individuali.

Da questa rapida ricostruzione risulta chiaro come Pérez si preoccupi innanzitutto di sciogliere l'ambivalenza che la tradizione interpretativa ha da sempre riscontrato nelle opere di Vitoria e di Las Casas, autori che per un verso hanno condannato senza riserve l'etnicidio degli indios, inaugurando la lunga stagione dei *Postcolonial Studies*⁽²⁷⁾, ma che per altro verso hanno elaborato categorie concettuali che contribuirono a legittimare la conquista⁽²⁸⁾. Pérez propone una

(24) Sull'esperienza originaria dell'ingiustizia quale chiave di volta del diritto e dell'organizzazione politica della società ha insistito, tra gli altri, H. HOFMANN, *Introduzione alla filosofia del diritto e della politica*, trad. it. di L. Basso e M. Tomba, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 78 e ss.

(25) PÉREZ, *La conquista del Nuevo Mundo*, cit., p. 72.

(26) Segnalo, da ultimo, il bel lavoro di L. BACCELLI, *Bartolomé de Las Casas. La conquista senza fondamento*, Milano, Feltrinelli, 2016.

(27) Questa la tesi sostenuta ad esempio da R.J.C. YOUNG, *Postcolonialism. An Historical Introduction*, Oxford, Blackwell, 2001.

(28) Si pensi, ad esempio, alla giustificazione fornita da Las Casas all'evangeliz-

lettura ‘assolutoria’ dell’opera dei due teologi domenicani, evidenziando gli elementi di continuità tra la loro riflessione e la filosofia politica e giuridica moderna. Questa linea interpretativa consente a Pérez di rivendicare l’attualità delle dottrine di Vitoria e Las Casas nel contesto ispano-americano, ancora oggi segnato da diseguglianze radicali e da derive di tipo privatistico nella gestione dei poteri pubblici. In questo la storia, richiamando una fortunata formula ciceroniana, sembra farsi ancora una volta *magistra vitae*: la conoscenza storica non fornisce soluzioni valide per il presente ma può nondimeno renderci avvertiti degli errori (e degli orrori) del passato⁽²⁹⁾.

Sotto il profilo filosofico-giuridico, tuttavia, occorre interrogare più in profondità la continuità segnalata da Pérez tra la riflessione dei due teologi domenicani e la filosofia politica e giuridica moderna. Si tratta di una continuità di tipo concettuale, relativa cioè al significato che le parole assumono nell’argomentazione filosofica in rapporto alle architetture di pensiero che le sono proprie? Oppure si tratta di una continuità meramente lessicale, relativa all’uso di alcune parole chiave (‘libertà’, ‘eguaglianza’, ‘popolo’, ‘sovranità’) che diventeranno centrali nel lessico politico e giuridico moderno, ma che nel contesto dell’opera di Vitoria e Las Casas conservano significati saldamente ancorati al mondo premoderno? Pérez sostiene appassionatamente la prima tesi; vi sono tuttavia ragioni che inducono a non escludere la seconda. Alcuni esempi possono essere utili per giustificare tale ipotesi. In primo luogo, il concetto di libertà naturale sviluppato dai teologi domenicani è assai lontano dall’individualismo antropocentrico che caratterizza il giusnaturalismo moderno e che in quest’ultimo fornisce fondazione filosofica al diritto e allo Stato. La libertà come *dominium* dell’uomo su sé stesso trova in Vitoria e Las Casas fondamento in Dio, che ha creato l’uomo a sua immagine a somiglianza⁽³⁰⁾. Ciò spiega la naturale razionalità dell’uomo, che ne fa un fine a sé stesso e quindi un essere libero. Da questo segue che la libertà naturale può trovare il proprio limite e la propria realizzazione non solo nelle leggi poste dal sovrano, come accade nel giusnaturalismo moderno, ma anche e soprattutto nella legge divina, da cui dipende l’armonia naturale delle cose. In ciò trova spiegazione, ad esempio, il fatto che per Las

zazione delle popolazioni indigene accompagnata dall’esercizio del potere temporale su di esse, o alla possibilità, riconosciuta da Vitoria, di qualificare la conquista del Nuovo Mondo, date certe condizioni, come una forma di ‘guerra giusta’.

⁽²⁹⁾ PÉREZ, *La conquista del Nuevo Mundo*, cit., p. 66.

⁽³⁰⁾ Vedi, ad esempio, F. DE VITORIA, *De indis recenter inventis relectio prior* (1539), in ID., *De indis et de iure belli relectiones. Relectiones theologicae XII*, a cura di E. Nys, New York, Oceana, 1964, I, 20; B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1969, I, 1.

Casas non tutti i costumi delle popolazioni indigene sono legittimi. Peccati 'contro natura' come il cannibalismo e i sacrifici umani non possono essere tollerati perché sono peccati contro Dio. Considerazioni analoghe possono essere fatte con riguardo al fondamento e alle prerogative del sovrano. Nello stato di natura, gli uomini non sono raffigurati da Las Casas come una moltitudine di individui singoli quanto piuttosto come membri di una comunità naturale, nella quale trova espressione la socievolezza umana che promana dall'intelligenza divina. La comunità può poi decidere di sottomettersi all'autorità di un re, ma l'unità politica non costituisce il *risultato* di tale sottomissione, come accade in Hobbes, quanto piuttosto il suo *presupposto*, in continuità con la tradizione aristotelica⁽³¹⁾. L'esercizio della *potestas* pubblica si inquadra dunque all'interno di una concezione ministeriale del governo e del popolo. Il re non impersona hobbesianamente l'unità politica della comunità; egli è del popolo il servitore, il ministro⁽³²⁾. Il re non detiene dunque alcun *dominium* sul suo regno; deve limitarsi ad amministrare la cosa pubblica promuovendo il bene comune. Tuttavia il re, in quanto cristiano, è anche ministro della Chiesa, e deve quindi porsi al servizio della missione evangelizzatrice affidata a quest'ultima.

Già da questi rapidi cenni appare evidente come i concetti di libertà, governo, popolo, sovranità, legge, si innestino in un tessuto filosofico ancora assai lontano da quello moderno. Cosa possiamo da ciò inferire con riguardo al tema delle transizioni storiche? La presenza di elementi lessicali comuni nelle testimonianze storiche appartenenti, rispettivamente, ai termini *a quo* e *ad quem* di una transizione epocale non segnalano, necessariamente, linee di continuità nei processi di trasformazione del diritto e della società. L'uso di un medesimo termine in contesti diversi può nascondere fratture epocali sotto il profilo concettuale, così come termini diversi talora veicolano il medesimo concetto. La ricerca delle continuità e delle discontinuità storiche — delle destrutturazioni e ristrutturazioni di assetti epocali di cui parla Pietro Costa — richiede un'accurata analisi non solo dei contesti storici, culturali e socio-politici, ma anche delle architetture concettuali mediante le quali gli attori storici del tempo comprendevano e rappresentavano linguisticamente la realtà che li circondava.

Queste osservazioni trovano puntuale riscontro nel saggio di Stefano Pietropaoli dedicato alla nascita del 'modello Vestfalia', me-

(31) Sul *pactum subjectionis* quale momento costitutivo della comunità politica in Hobbes vedi A. BIRAL, *Hobbes: la società senza governo*, in *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, a cura di G. Duso, Milano, FrancoAngeli, 1993, pp. 51-108.

(32) Cfr. LAS CASAS, *De regia potestate*, cit., II, 8.

dante il quale la storiografia giuridica ha tradizionalmente raffigurato il momento di transizione dal dualismo medioevale tra papato e Impero alla nascita di un nuovo sistema di relazioni internazionali fondato sugli Stati; un sistema basato sui concetti di sovranità, territorialità, non ingerenza, neutralità religiosa, eguaglianza formale tra i soggetti delle relazioni internazionali. Si chiede a tal riguardo Pietropaoli: il ‘modello Vestfalia’ fornisce una rappresentazione fedele della realtà storica? Oppure ne costituisce una semplificazione inadeguata, che trasforma i nudi eventi storici in una «mitologia giuridica», utilizzando un’espressione cara a Paolo Grossi? Pietropaoli ha buon gioco nel mostrare come gli accordi di pace del 1648 non contengano gli elementi distintivi del ‘modello Vestfalia’ ma costituiscano piuttosto un *unicum* storico, dove elementi del passato convivono con elementi che troveranno ampia diffusione nel futuro⁽³³⁾. Esempio in tal senso è il ruolo svolto dall’Impero nella pace di Vestfalia: «I trattati firmati a Osnabrück e Münster» — osserva Pietropaoli — «non contengono soltanto accordi tra Stati, ma esprimono anche un nuovo assetto ‘costituzionale’ del Sacro Romano Impero»⁽³⁴⁾. Si tratta cioè di accordi tra potenze sovrane, che tuttavia ridefiniscono le prerogative e l’assetto istituzionale di un degli attori in campo. Allo stesso tempo, gli accordi di pace non hanno un carattere multilaterale, come spesso affermato nella letteratura gius-internazionalistica. Ne sono firmatari l’Impero e la Francia, l’Impero e la Svezia; quello della pace di Vestfalia fu cioè «un canto a due voci»⁽³⁵⁾. I trattati del 1648 vengono inoltre conclusi a nome delle teste coronate delle potenze in campo e non per conto delle entità statali che queste impersonavano. Si tratta, in altri termini, di accordi dotati di caratteristiche ibride, le cui radici ancora in parte affondano nella tradizione medioevale e rinascimentale. Pertanto, il punto *ad quem* della trasformazione che condusse alla nascita del diritto internazionale moderno non aveva i caratteri chiaramente definiti che la letteratura è solita attribuirgli. L’esigenza di individuare un termine convenzionale nel quale si chiude una transizione epocale ha trasformato la pace di Vestfalia in un «mito»⁽³⁶⁾, oltretutto in una rappresentazione artificiosa della realtà alla quale viene attribuito un valore simbolico, utile per legittimare l’avvenire.

Con riguardo al nostro tema, la ricostruzione critica proposta da Pietropaoli stimola due ordini di considerazioni. In primo luogo, evi-

⁽³³⁾ S. PIETROPAOLI, *Vestfalia 1648. La debolezza di un modello, la necessità di un mito*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 93.

⁽³⁴⁾ *Ibidem*.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 94.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 96.

denzia come il termine *a quo* e il termine *ad quem* dei processi di transizione siano frequentemente il risultato di una modellizzazione convenzionale, che individua gli snodi epocali della trasformazione storica sacrificandone la ricchezza di dettaglio. In secondo luogo, il modello della transizione conduce tendenzialmente a raffigurare le trasformazioni storiche che hanno luogo in un certo lasso spazio-temporale come un processo dotato di una direzione di sviluppo univoca, segnata da un 'prima' e da un 'dopo', da 'antecedenti' e 'conseguenti' storici. Tuttavia, le trasformazioni storiche degli assetti sociali, giuridici e politici assumono raramente un andamento lineare; esse rivelano piuttosto un carattere discontinuo e stratificato. La storia dei saperi attorno al diritto e alla politica, in particolare, si articola in una pluralità di piani discorsivi segnati da scansioni temporali distinte, il cui gioco di incroci e di influenze reciproche costituisce il motore della trasformazione. Alcuni piani giungono in una certa fase storica a contrapporsi violentemente, altri invece seguono linee parallele e indipendenti di sviluppo, senza incontrarsi mai. Alcuni si perpetuano pressoché inalterati per secoli; altri sorgono e si estinguono nel giro di pochi anni, lasciando nondimeno un segno indelebile nei processi di trasformazione. Accade così, ad esempio, che il concetto di Stato moderno venga compiutamente elaborato sul piano filosofico già nel corso del Seicento, soprattutto grazie all'opera di Thomas Hobbes, sebbene esso trovi piena concretizzazione storica — nell'organizzazione istituzionale della comunità politica, nella struttura dell'ordinamento, nella trattatistica e nel modo di pensare dei giuristi — soltanto alla fine del Settecento. Per converso, nel Settecento europeo ancora sopravvivono linee di sviluppo della filosofia pratica saldamente ancorate alla tradizione aristotelica premoderna, come dimostra, ad esempio, l'opera di Christian Wolff, la quale, sotto il profilo concettuale, si colloca dunque 'prima' dell'opera di Hobbes⁽³⁷⁾. Per sfuggire al pericolo di indebite e affrettate semplificazioni, quali quelle segnalate da Pietropaoli, lo storico delle transizioni deve dunque acquisire consapevolezza della complessità del tessuto storico col quale si deve confrontare e cercare di restituirne la plurivocità, di evidenziare i momenti di arresto e di accelerazione del cambiamento, di non occultarne le contraddizioni e i punti ciechi.

(37) Mi permetto su questo di rinviare il lettore a D. CANALE, *Dagli stati della persona alle persone dello Stato. Wolff e le origini sistematiche dell'Allgemeines Landrecht prussiano del 1794*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVIII (1998), 1, pp. 139-194.

4. *Il dispositivo e la trappola.*

Secondo Massimo La Torre, il dibattito filosofico-politico del dopoguerra europeo è segnato dalla presenza di un 'convitato di pietra', di un bersaglio critico che resta il più delle volte nascosto tra le quinte della scena filosofica, come se la sua presenza dovesse essere rimossa ed esorcizzata; un ospite sgradito che, nondimeno, condiziona lo sviluppo della riflessione tracciandone il percorso. Stiamo ovviamente parlando dell'opera e della figura intellettuale di Carl Schmitt. Osserva sotto questo profilo La Torre: «la teoria politica del dopoguerra si costituisce *a contrario* come confutazione dell'opera di Schmitt»⁽³⁸⁾. Riprendendo una celebre formula schmittiana⁽³⁹⁾, ciò che La Torre porta acutamente in superficie è cioè «la presenza di un'assenza», una presenza che opera cioè in negativo, ergendosi a bersaglio critico privilegiato del discorso filosofico-politico reduce dalla catastrofe delle democrazie del primo Novecento e dall'esperienza drammatica dei totalitarismi. La tesi formulata da La Torre aggiunge un elemento prezioso al vivace dibattito contemporaneo sull'eredità di Carl Schmitt, un dibattito popolato, di volta in volta, da violenti anatemi, da tentativi più o meno maldestri di riabilitazione intellettuale, da attraversamenti critici che giungono a conclusioni diametralmente opposte, quasi a perpetuare la capacità dell'opera schmittiana di dividere gli animi, come ebbe a dire Jürgen Habermas⁽⁴⁰⁾. La Torre, per converso, offre al lettore una lucida 'storia degli effetti' dell'opera schmittiana nella cultura filosofico-politica europea; una storia, per l'appunto, che trova il suo filo rosso nella negazione e nell'opposizione al pensiero del giurista di Plettenberg. Cinque sono i protagonisti della storia degli effetti narrata da La Torre: Hans Kelsen, Gustav Radbruch, Franz Neumann, Hermann Heller e Hannah Arendt. La Torre mostra, per un verso, come numerosi aspetti rilevanti del pensiero di questi autori si configurino come una replica o una presa di distanza dalle tesi schmittiane. Per altro verso, di grande interesse è la ricostruzione offerta nel saggio degli eventi storici, legati alla vita personale di questi cinque autori, che spiegano

⁽³⁸⁾ M. LA TORRE, *Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito*, in «Diacronia», I (2019), 1, p. 114.

⁽³⁹⁾ «Repräsentieren heißt, ein unsichtbares Sein durch ein öffentlich anwesendes Sein sichtbar machen und vergegenwärtigen» (C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2017¹¹, p. 209).

⁽⁴⁰⁾ Per una ricostruzione del dibattito contemporaneo sull'eredità dell'opera di Carl Schmitt, con particolare attenzione al 'caso francese', rinvio a J.-F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, Roma-Bari, Laterza, 2016.

il loro atteggiamento di rifiuto nei confronti di Schmitt. In questo modo, La Torre lega l'analisi dei fatti storici all'analisi dei percorsi intellettuali, ricostruendo i collegamenti diretti e indiretti tra esperienze individuali di vita e riflessione filosofica.

Sotto la lente di ingrandimento di La Torre, in primo luogo, passa il rifiuto kelseniano della teologia politica di schmittiana, ovverosia dell'idea che i concetti politici e giuridici moderni siano concetti teologici secolarizzati. Kelsen afferma che l'escatologia cristiana è incompatibile con qualsiasi teoria della società del diritto che faccia perno sul concetto di sovranità; una sovranità che Kelsen, al contempo, dissolve «nella vigenza dell'ordine normativo»⁽⁴¹⁾, un ordinamento che nella prospettiva kelseniana è in grado di riassorbire in sé stesso il fenomeno dello stato di eccezione. Analogamente, Gustav Radbruch, in opposizione allo Schmitt interprete di Hobbes, sostiene che il diritto esprime un'intrinseca pretesa di giustizia, la cui precondizione è costituita dalla generalità della legge e dall'uguaglianza degli individui di fronte ad essa. Non sussiste dunque una costitutiva opposizione tra giustizia e legalità, tra bene collettivo e ordinamento politico dello Stato; laddove tale opposizione si manifesti in modo intollerabile, inoltre, essa non sfocia in una forma di decisionismo sovrano quanto piuttosto nell'affermazione di un diritto sovraleale posto a salvaguardi della giustizia.

La presenza *a contrario* del pensiero schmittiano è chiaramente avvertibile anche nelle tesi di Neumann ed Heller — prosegue La Torre. In Neumann attraverso il radicale rifiuto dell'opposizione amico-nemico e della commistione tra diritto e politica che caratterizzerebbe lo *ius publicum europaeum* secondo Schmitt; un rifiuto che si traduce nella valorizzazione della generalità della legge, intesa come baluardo contro agli abusi del potere, e della razionalità pratica degli uomini, che del diritto costituirebbe il fondamento. In Heller, a dispetto dell'iniziale adesione alle dottrine schmittiane, questa presa di distanza si manifesta invece nel rovesciamento della caratterizzazione polemica, oppositiva, del 'politico' offerta da Schmitt. Per Heller la politica è «ricerca del consenso, non provocazione del dissenso»⁽⁴²⁾, una ricerca che trova fondamento e limite nel diritto. È il diritto cioè a costituire il potere politico, non viceversa come sostenuto da Schmitt; questo perché l'ordinamento giuridico mette in forma l'esercizio del potere, ne garantisce il riconoscimento collettivo, e ne fissa i limiti mediante la previsione di principi fondamentali.

In Hannah Arendt l'opposizione a Schmitt si manifesta in mondo ancora diverso. La Torre ne fornisce una caratterizzazione interes-

(41) LA TORRE, *Il convitato di pietra*, cit., p. 115.

(42) Ivi, p. 129.

sante ed originale, che estende lo sguardo al di là della critica arendtiana al totalitarismo, sulla quale tanto inchiostro è stato versato. Per Arendt, in opposizione a Schmitt, il potere politico non trova fondamento in una decisione sovrana che si manifesta nello stato di eccezione; esso affonda le sue radici nella pluralità, nell'intersezione cooperativa e nella convergenza delle azioni umane⁽⁴³⁾. È cioè la pluralità degli uomini che si fanno comunità, che fissano le regole del gioco entro uno spazio comune, a costituire il fondamento del 'politico'⁽⁴⁴⁾. Il ruolo del diritto, in questa prospettiva, consiste nel *constituire* la dimensione plurale della comunità, nel garantire in essa la comunicazione tra gli uomini e la loro 'vita attiva'. Ciò spiega la diffidenza nutrita da Hannah Arendt nei confronti dell'astrattezza dei diritti umani, come pure delle garanzie formali che seguono dal riconoscimento della soggettività giuridica. Per Arendt, ricorda La Torre, l'unico diritto umano degno di questo nome è la cittadinanza, l'appartenenza alla comunità come luogo in cui si concretizza l'agire umano.

Di fronte all'articolata ricostruzione offerta da La Torre, potrebbe tuttavia sorgere spontanea una domanda: i cinque percorsi filosofici e intellettuali appena tratteggiati testimoniano un effettivo superamento del pensiero di Carl Schmitt, la compiuta transizione verso un modo alternativo di pensare la politica e il diritto, oppure i loro autori appaiono ancora imbrigliati nel 'dispositivo schmittiano'⁽⁴⁵⁾, come se esso funzionasse al modo di una trappola dalla quale, una volta entrati, è impossibile uscire?

Non è possibile in questa sede sviluppare questa ipotesi; bastino solo alcuni brevi cenni. Due mi sembrano i meccanismi del dispositivo schmittiano nei quali i suoi oppositori restano intrappolati. Il primo è costituito dall'opposizione amico-nemico: la negazione delle tesi schmittiane, elette a nemico da combattere strenuamente, comporta la loro assunzione quale spazio logico entro il quale il discorso filosofico-politico acquista significato. Il secondo meccanismo è costituito dalla caratterizzazione schmittiana del politico come uno spazio vuoto, come un qualcosa che non ha sostanza né luogo, e la cui presenza si risolve in un'assenza. Ciò comporta che una volta 'riempito', il politico rinvii sempre ad altro da sé, attivando un gioco di specchi

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 135.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 137.

⁽⁴⁵⁾ Sul concetto di dispositivo vedi M. FOUCAULT, *Dits et écrits II. 1976-1988*, Paris, Gallimard, 2001, pp. 299-300. Il termine 'dispositivo' viene qui riferito all'architettura concettuale elaborata da Carl Schmitt, la quale, al pari dei dispositivi foucaultiani, non è semplicemente un'elaborazione intellettuale o una forma di sapere, ma «in un dato momento storico ha avuto per funzione maggiore quella di rispondere a un'urgenza, svolgendo una funzione strategica dominante» (*ibidem*).

nel quale rimane intrappolata la sua visione. Questi meccanismi interni al dispositivo schmittiano sembrano inconsapevolmente attivati dai suoi oppositori. Bastino anche qui alcuni rapidi esempi per porlo in evidenza.

Abbiamo visto che Kelsen riassume il problema dell'origine del politico entro la struttura nomodinamica dell'ordinamento, come osservato puntualmente da La Torre. All'apice dell'ordinamento, tuttavia, Kelsen pone la norma fondamentale, che in continuità col neokantismo della Scuola di Marburgo viene concepita quale condizione logico-trascendentale della conoscenza, necessaria per depurare la dottrina del diritto da ogni residuo psicologicistico e volontaristico. Ma la teoria della norma fondamentale apre in realtà una via di fuga nella costruzione kelseniana: l'esistenza della *Grundnorm*, infatti, presuppone e rinvia all'effettività materiale dell'ordine sociale e politico, tanto cara a Carl Schmitt⁽⁴⁶⁾. La presa di congedo kelseniana da Schmitt finisce dunque per riproporne, come in un circolo vizioso, alcuni suoi assunti di fondo. Anche Radbruch, come abbiamo osservato, si oppone fermamente al decisionismo e all'antinormativismo schmittiano: la giustizia esige la generalità della legge e l'uguaglianza degli individui di fronte ad essa. Tuttavia, resta incerto ove passi il confine superato il quale la legge ingiusta (*gesetzliches Unrecht*) cessa di essere diritto secondo Radbruch, un superamento che può essere decretato soltanto da una decisione che opera *contro* la legge, in nome di un giusto sovralegale (*übergesetzliches Recht*) che sempre la eccede. Una posizione, questa, che sembra riproporre, a termini invertiti, il paradigma della teologia politica schmittiana. Da ultimo, anche Hannah Arendt nega che l'origine dell'ordine politico sia da rinvenire in una decisione fondamentale nella quale si manifesta il 'dio

⁽⁴⁶⁾ Osserva al riguardo Kelsen: «la validità di un ordinamento giuridico, che regola il comportamento di determinati uomini, si trova [...] in sicuro rapporto di dipendenza col fatto che il comportamento reale di questi uomini corrisponde all'ordinamento giuridico o anche, come si suol dire, alla sua efficacia» (H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. Losano, Torino, Einaudi, 1991, p. 101). In un altro passaggio della medesima opera, Kelsen osserva che la transizione da un ordinamento ad un altro si compie quanto «l'effettivo comportamento degli uomini (per i quali l'ordinamento ha pretesa di validità) non corrisponde più all'antico, ma in generale al nuovo [ordinamento]» (ivi, p. 99). Solo nel momento in cui l'ordinamento che viene diventa effettivo, ovverosia si manifesta un nuovo ordine materiale della società, una nuova norma fondamentale può essere presupposta, e questo perché la norma fondamentale è una mera conseguenza esplicativa dell'effettività del diritto. Per una più approfondita analisi dei passi kelseniani appena citati vedi A. ANDRONICO, *Custodire il vuoto. Studio sul fondamento del sistema giuridico*, in «Philosophy Kitchen. Rivista di filosofia contemporanea», 2014, 1, pp. 113-151.

terreno' della sovranità. Il problema dell'origine del politico conduce tuttavia Arendt a evocare, in modo quasi nostalgico, il mito primigenio della *polis* greca⁽⁴⁷⁾ nella quale etica e politica erano due facce della stessa medaglia e la cittadinanza non era concepita come un requisito formale per l'esercizio dei diritti politici ma si risolveva nell'agire degli uomini orientato al bene comune entro lo spazio condiviso della città. Lo spazio vuoto del politico descritto da Schmitt non viene così 'riempito' da Hannah Arendt mediante la progettazione di un modo nuovo di organizzare la società politica del suo tempo, o elaborando un nuovo assetto costituzionale in risposta ai crimini perpetrati dai totalitarismi⁽⁴⁸⁾. Arendt di fatto rinuncia a questo compito, ripiegandosi nel pensiero di una dimensione comunitaria irrimediabilmente perduta, come se l'unico modo per sfuggire al dispositivo schmittiano fosse quello di sottrarsi alla storia.

Gli esempi appena proposti forniscono alcune indicazioni interessanti con riguardo alle transizioni storiche che coinvolgono i paradigmi filosofico-giuridici. La presa di congedo da un modo di concepire la politica e il diritto che ha caratterizzato un'epoca, quale quello delineato da Carl Schmitt, non può trovare pieno compimento laddove il termine *ad quem* della trasformazione faccia propri, anche solo mediante un atto di negazione, i presupposti di ciò che si intende abbandonare. Il compiersi della transizione richiede un salto, una sorta di mutazione genetica nella sintassi del pensiero, tale da rendere il discorso filosofico irriducibile alla concettualizzazione dei problemi del passato. Solo in virtù di questo salto, che segna una discontinuità nei processi di trasformazione, possono nascere concetti nuovi attorno ai quali coagulare le esperienze del passato e la progettualità del futuro. Quanto appena detto acquista rilevanza anche sul piano meta-storico. Abbiamo in precedenza osservato che le transizioni epocali nel capo del diritto e della politica si articolano in una pluralità di piani di sviluppo, segnati da scansioni temporali distinte. Ma la transizione storica incrocia talora snodi problematici che assumono la forma di circoli viziosi ove la trasformazione ristagna poiché la raffigurazione consolidata di un problema sociale o istituzionale non consente di offrire ad esso risposte nuove. Le transizioni storiche, per trovare compimento, esigono dunque momenti di discontinuità, fratture col passato capaci di dischiudere orizzonti inesplorati al pensiero e all'azione.

(47) Cfr. H. ARENDT, *Vita activa. La condizione umana*, trad. it. di S. Finzi, Milano, Bompiani, 1988, cap. II.

(48) Vedi su questo punto, tra gli altri, G. RAMETTA, *Comunicazione, giudizio ed esperienza in Hannah Arendt*, in *Filosofia politica e pratica del pensiero. Eric Voegelin, Leo Strauss, Hannah Arendt*, a cura di G. Duso, Milano, FrancoAngeli, 1988, p. 286.