

[n.d.r.]
978-88-921-1163-9
A. Ballarini (a cura di)
Il bozza 5/01/2018
Progressioni a video: Roberto
(in I bozza)
Nuovo formato

Attenzione:
Capitolo di Scerbo devono ancora
arrivare le correzioni dall'Autore

Indice

pag.

Introduzione

di Carla Faralli

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | Diritto e storia nel pensiero di Guido Fassò | 1 |
| 2. | La storicità del diritto nel dibattito contemporaneo | 4 |
| | 2.1. Storicità e diritto | 5 |
| | 2.2. Storicità e diritti | 7 |
| | 2.2. Storicità e metodo di studio del diritto | 10 |

Sul carattere storico del giuridico

di Francisco Javier Ansuátegui Roig

- | | | |
|----|--|----|
| 1. | Premessa | 11 |
| 2. | Linguaggio, storia e problemi | 13 |
| 3. | La filosofia del diritto come concetto storico | 15 |
| 4. | Il diritto naturale e la storia come problema | 18 |
| 5. | Le funzioni storiche del diritto naturale | 24 |
| 6. | Diritti e storia | 33 |

L'originalità storica del totalitarismo.

Il diritto tra individuo e essere collettivo dominato

di Adriano Ballarini

- | | | |
|----|---|----|
| 1. | Totalitarismo, uomo-massa, essere collettivo dominato | 41 |
| 2. | Natura, <i>potestas</i> , <i>subjectum</i> , diritti soggettivi | 48 |

	<i>pag.</i>
3. Il limite dell'individualismo come prospettiva di ricerca e l'impostazione del problema di un essere collettivo dominato	53
4. Il nichilismo europeo e l'essere storico fenomenico	55
5. Il tempo previsto, il mondo anticipato e l'essere fenomenico mondo-dipendente	60
6. Il mondo dei futuri signori della terra: la signoria delle strutture	66
7. La riappropriazione storica del mondo fenomenico	71
8. La storia come esperimento e il modello <i>Übermensch</i>	77
9. Le condizioni di esistenza dell'individualità: essere collettivo dominato, essere soggetto, essere singolo storico materiale	81
10. L'ermeneutica della effettività, la caduta nel mondo-ambiente, il <i>Man</i>	91
11. Il mondo storico al di là del bene e del male	96
12. La produzione di condizioni di esistenza e il ruolo del diritto	100

Storicità del diritto e filosofia di orientamento analitico-linguistico. Quale rapporto?

di Patrizia Borsellino

1. Premessa	107
2. La filosofia del diritto italiana di orientamento analitico-linguistico. Il contesto e le ragioni	109
3. Precisazioni in tema di "analiticità"	112
4. L'accostamento analitico al diritto. Strumenti e metodi	114
5. I concetti giuridici e la loro "costitutiva" storicità	120
6. Categorie giuridiche <i>sub indice</i> . Alcuni osservatori privilegiati	123
7. Per concludere	127

Intorno al colorito neo-romantico
di Giuseppe Capograssi
 di Marco Cossutta

- | | |
|---|-----|
| 1. Il processo quale ordinamento | 129 |
| 2. Intuizionismo ed esperienza giuridica | 131 |
| 3. Lo storicismo giuridico capograssiano | 134 |
| 4. La determinazione del diritto nel processo | 135 |

Storicità del diritto.
La bandiera di una battaglia
 di Tommaso Greco

- | | |
|--|-----|
| 1. Cosa è la “storicità del diritto”? | 143 |
| 2. Diritto “al passato” | 146 |
| 3. Diritto spontaneo | 150 |
| 4. Diritto scientifico e giurisprudenziale | 154 |

Hannah Arendt, “la schiuma della terra” e il perimetro del diritto
 di Marina Lalatta Costerbosa

- | | |
|--|-----|
| 1. Come violinisti in un’orchestra | 163 |
| 2. Il diritto come le mura della città | 165 |
| 3. Il naufragio dei diritti | 170 |
| Bibliografia | 177 |

Storicità del diritto e interpretazione
 di Baldassare Pastore

- | | |
|---|-----|
| 1. Il diritto nella storia, tra volontà e ragione | 179 |
| 2. Esperienza giuridica | 182 |
| 3. Tradizione | 189 |
| 4. Ermeneutica giuridica | 193 |
| 5. Decostruzione? | 197 |

*Appunti sulla proprietà nello Handelsstaat fichtiano:
tra testo e contesto*

di Carlo Sabbatini

1.	Lo <i>Handelsstaat</i> e la Prussia fridericiana	203
1.1.	Il progetto fichtiano e l'ideologia dell' <i>Allgemeines Landrecht</i> : basi per un confronto	203
1.2.	Tutto deve restare uguale, perché tutto cambi	207
1.3.	Sul concetto fichtiano di persona	212
2.	Il fondamento della proprietà e la ripartizione delle attività lavorative nello <i>Handelsstaat</i>	215
2.1.	L'ordine della proprietà: origine e scopo	215
2.2.	Dare a ciascuno il suo	218
2.3.	L'ordine dei ceti e la chiusura dello Stato	222
2.4.	Libertà, proprietà, lavoro	226
3.	La genesi concettuale dello <i>Handelsstaat</i>	231
3.1.	Sul concetto di proprietà: dallo <i>ius in omnia</i> alla tutela giuridica	231
3.2.	La suddivisione della proprietà ed un'anticipazione dei diritti sociali	236
4.	Le radici storiche dell'impianto dello <i>Handelsstaat</i>	239
4.1.	Il <i>dominium</i> tra Medioevo ed età moderna	239
4.2.	<i>Gutsherrschaft</i> e <i>woblerworbene Rechte</i> nella politica legislativa dello ALR	242
4.3.	La rilettura del diritto alto germanico nella dottrina fichtiana della proprietà	246

Storia, esperienza giuridica e sapere giusfilosofico

di Alberto Scerbo

1.	“Torniamo alla storia”	253
2.	Storia ed esperienza giuridica	258
3.	Storicità del diritto e sapere filosofico	265

Introduzione

di Carla Faralli

Sommario: 1. Diritto e storia nel pensiero di Guido Fassò. – 2. La storicità del diritto nel dibattito contemporaneo. – 2.1. Storicità e diritto. – 2.2. Storicità e diritti. – 2.2. Storicità e metodo di studio del diritto.

1. Diritto e storia nel pensiero di Guido Fassò

Mi sono avvicinata alla filosofia del diritto alla fine degli anni '60, seguendo le lezioni di Guido Fassò, che aveva adottato nella cosiddetta parte monografica del corso un suo testo, pubblicato nel 1964, *La legge della ragione*.

Tale testo rappresenta l'esito di un percorso cominciato con gli studi giovanili su Vico e Grozio, proseguito con la pubblicazione nel 1953 de *La storia come esperienza giuridica*, in cui Fassò, pur riconoscendo all'istituzionalismo il merito di aver messo in luce l'insufficienza del normativismo, ne rileva un limite nell'aver dimenticato la componente storica del diritto, ridotto alla sola dimensione sociologica. Pertanto propone di estendere il concetto di istituzione non solo ad ogni forma di organizzazione sociale, ma anche ad ogni forma di rapporto intersoggettivo, così che l'esperienza storica si risolve interamente nell'esperienza giuridica. Ideale completamento dell'opera precedente costituisce *Cristianesimo e società* (1956), dedicata al rapporto tra religione e vita sociale.

Sul piano strettamente filosofico queste opere segnano il superamento dell'idealismo immanentistico di Croce e Gentile, che considera la storia come manifestazione di un principio assoluto e pone, quindi, implicitamente, nella società la presenza di un valo-

re. Tale superamento si manifesta nel deciso e polemico riconoscimento della eterogeneità irriducibile tra assoluto e storia, valore e società, cristianesimo e mondo, sacro e profano. La convinzione filosofica di Fassò, maturata con questi studi, della relatività della ragione, che è storica e che pure storicamente è imprescindibile condizione di ogni umana convivenza, trovano una formulazione unitaria ne *La legge della ragione*, opera fondamentale per la comprensione della sua peculiare posizione giusfilosofica.

In essa Fassò ripercorre le tappe fondamentali dell'idea di diritto naturale e sostiene, spezzando così lo schema idealistico-spiritualista che vede il momento oggettivo nel mondo classico e quello soggettivo nel mondo moderno, che, nonostante il carattere cangiante e multiforme di essa, è possibile scoprirne una certa continuità dai sofisti ai giorni nostri. Tale continuità, che egli individua nella funzione di educare gli uomini ad organizzare razionalmente la loro convivenza, costituisce una delle eredità più feconde trasmesse, attraverso la cultura medioevale, dal pensiero greco romano a quello moderno fino al mondo contemporaneo. Fassò mostra infatti la validità anche odierna di una concezione del diritto che, sorgendo dalla concretezza storica della società interpretata dalla ragione, si ponga come limite alla onnipotenza dello Stato e come garanzia di difesa delle libertà umane.

La legge della ragione si risolve così, come l'ha definita Norberto Bobbio¹, in un'“appassionata rivalutazione” del diritto naturale, vale a dire – secondo la definizione data dallo stesso Fassò nella prefazione all'opera conclusiva del suo itinerario intellettuale, *Società, legge, ragione* (1974) – «del diritto che la ragione ritrova nella natura della società, sempre intendendolo come ordine che nasce dalla storia e nel quale l'uomo non può non essere inserito proprio per la sua dimensione storica, che è la sua dimensione essenziale».

Tale concezione nasceva in Fassò da un bisogno di realismo, quello stesso bisogno di realismo che lo porta alla tavola rotonda sul positivismo giuridico tenutasi a Pavia nel 1966 a criticare l'atteggiamento “puro” o “logico-formale” dei giuspositivisti, che

¹ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano 1965, p. 10.

«costituisce un espediente comodo, relativamente facile per trattare del diritto semplificando arbitrariamente il problema di quest'ultimo, che non è semplice e neppure semplificabile». Tentati “dalla serena del sistema”, i giuspositivisti, secondo Fassò, sacrificano al sistema “la realtà della materia” che essi trattano, cioè del diritto, “scarnificandolo”, fino ad aver in mano solo quella parte di esso che si adatta a essere posta in sistema, facendo in tal modo un discorso assolutamente astratto che prescinde in modo totale dalla realtà e dalla storia.

Il positivismo giuridico risponde, secondo Fassò, ad una fase dell'evoluzione della società che ormai si è conclusa: «era la teoria giuridica adatta alla società statica anteriore alla rivoluzione industriale – egli scrive – alla società i cui valori non cambiavano perché non ne cambiavano le strutture e perciò gli interessi e gli ideali. In una società in movimento continuo e rapido, quale è la società di oggi, la considerazione del diritto entro lo schema del positivismo è fatalmente una considerazione astratta e quindi, nella migliore delle ipotesi, sterile, ma che può anche essere dannosa e ingiusta»².

Di qui “l'appassionata rivalutazione” del diritto naturale, aggettivo che in *Società, legge e ragione* Fassò definisce equivoco e che dichiara di usare per intendere non un diritto extrastorico, immutabile ed eterno, bensì, come si è detto, un diritto che nasce dalla natura storica e sociale dell'uomo, sintesi di ragione e di storia alla maniera della *common law* britannica.

Fassò stesso definisce, in una lettera a Bobbio del 6 gennaio 1972, questo suo giusnaturalismo «realismo o giusnaturalismo sociologico, se è lecito usare quest'espressione»³, un giusnaturalismo che Alessandro Giuliani riconduce alla “rivolta contro il formalismo”⁴. D'altra parte nell'ultimo capitolo della sua *Storia della*

² AA.VV., *Tavola rotonda sul positivismo giuridico* (quaderno n. 4 della rivista “*Il Politico*”), Giuffrè, Milano 1967), pp. 53-59.

³ Citata in C. FARALLI, *Sull'annosa e ricorrente disputa tra positivisti e giusnaturalisti: Bobbio e Fassò*, in *Quad. riv. int. fil. dir.*, 6, *Omaggio a Bobbio*, a cura di A. PUNZI, Milano 2017, p. 145 ss.

⁴ A. GIULIANI, *Guido Fassò e i problemi del nostro tempo*, in AA.VV., *Reason in law*, a cura di C. FARALLI e E. PATTARO, vol. 1, Milano 1987, pp. 23-35.

filosofia del diritto, dedicato alla filosofia dei nostri giorni, Fassò indica, quale caratteristica essenziale del neogiusnaturalismo, l'esigenza di conciliare l'idea di diritto naturale con la storia, con la società, la cui "natura" non può essere che la storia. «L'idea del diritto naturale a cui oggi i giusnaturalisti guardano – si legge nel capitolo citato – è più prossima a quella, di origine sociologica, del diritto libero o a quella, kantiana, della giustizia come principio formale, che non a quella sostenuta per secoli dal giusnaturalismo tradizionale, richiamantesi a un codice eterno e definito di norme perfette. Del giusnaturalismo di ogni specie e di ogni tempo ciò che il giusnaturalismo attuale conserva è la negazione della riduzione del diritto alle sole norme poste dalla volontà del legislatore: negazione che esso compie sia per un'esigenza politica di salvaguardia delle libertà dell'individuo e dei gruppi sociali minori, sia per la constatazione storica e sociologica dell'efficacia (e perciò in definitiva della validità) delle norme non statuali, sia infine per la necessità politico-sociale, oltre che etica, di adattare il diritto alla sempre più rapida trasformazione della società, a cui la legislazione dello Stato non riesce ad adeguarsi»⁵.

2. *La storicità del diritto nel dibattito contemporaneo*

Le tesi di Fassò sul rapporto tra diritto e storia sono rimaste un po' nell'ombra nel clima del giuspositivismo che ha caratterizzato la cultura giuridica italiana fino ai tardi anni '60 del secolo scorso. Stessa sorte è toccata alle tesi di Giuseppe Capograssi, non a caso influenzato come Fassò dal pensiero vichiano, che, come ricorda Marco Cossutta nel saggio nel presente volume "Intorno al colorito neo-romantico di Giuseppe Capograssi", partendo dalla nozione di esperienza giuridica approda alla storicità del diritto sia in una accezione descrittiva sia in una accezione prescrittiva. Il diritto è frutto della storia: la sfera giuridica non può essere svincolata dall'esperienza storica, ma non dall'espe-

⁵ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. 3, *Ottocento e Novecento*, nuova edizione a cura di C. FARALLI, Roma-Bari 2001, pp. 335-336.

rienza storica astrattamente intesa, ma dalla storia reale concreta degli individui, ossia della persona umana, che è e deve essere il centro del diritto. I nomi di Fassò e Capogrossi sono accostati anche da Alberto Scerbo nel suo contributo “La storicità del diritto”, che offre un ampio spaccato della riflessione sulla storicità del diritto nella prima metà del Novecento in Italia.

Il tema della storicità del diritto è tornato centrale nel dibattito postpositivistico con riferimento alla concezione del diritto nei suoi due momenti della produzione e dell’applicazione, al fondamento e alla funzione dei diritti, al metodo di studio del diritto, aspetti tra loro strettamente connessi, come ben sottolinea Francisco Javier Ansuátegui nel saggio che apre la presente raccolta “Sul carattere storico del giuridico”.

2.1. *Storicità e diritto*

Quanto alla concezione del diritto, il dibattito contemporaneo ha portato al superamento del dogma statalistico-legalistico e del rigido normativismo e all’affermarsi di visioni ordinamentali variamente declinate, ma tutte improntate ad uno spiccato pluralismo, secondo una linea di tendenza che Paolo Grossi ha felicemente sintetizzato nella formula «sempre più società, sempre meno Stato»⁶.

Come il positivismo giuridico era stato la presa di coscienza da parte dei giuristi di quel complesso fenomeno della formazione dello Stato moderno che è la monopolizzazione del potere di produzione giuridica da parte dello Stato, espressione delle condizioni di stabilità della società borghese otto-novecentesca (la temperie culturale dell’epoca, con riferimento alla Prussia, è ben delineata da Carlo Sabbatini nel contributo al presente volume “Appunti sulla proprietà nello *Handelsstaat* fichtiano: tra testo e contesto”), così il postpositivismo rappresenta la presa d’atto della crisi dello Stato moderno, provocata dalle trasformazioni economiche e sociali prodotte dalla rivoluzione industriale. Una crisi con largo anticipo

⁶ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, p. 42.

prevista e nettamente diagnosticata da Santi Romano: «Il rapido mutamento ha incrinato le muraglie erette intorno all'edificio giuridico legale; dall'esterno i fatti sociali ed economici irrompono senza che lo Stato possa più controllarli, mentre la società si autoordina, prescindendo dai dogmi e dai miti del diritto legale»⁷.

Ne è conseguito il recupero della dimensione storico-fattuale del diritto come complessa pratica sociale, il cui centro di gravità non si colloca nello Stato con le sue leggi, ma nella società con le sue componenti culturali, economiche e politiche.

Sul piano normativo le teorie giuspositivistiche si sono dimostrate inadeguate alla prova dell'imporsi storico del totalitarismo, anzi, forse anche non volendo – sottolinea Adriano Ballarini nel saggio “L'originalità storica del totalitarismo. Il diritto tra individuo e essere collettivo dominato” – hanno consentito addirittura l'affermazione del totalitarismo per vie legali, al punto che il legislatore ha potuto promulgare leggi esecrabili e intollerabili e tuttavia per il diritto giustificate e obbligatorie, semplicemente in quanto formalmente valide.

Di qui l'esigenza di fissare principi superiori alla legge quali quelli esplicitati nelle Costituzioni novecentesche, che ben poco hanno a che vedere con le carte dei diritti sette-ottocentesche. Queste ultime si proponevano – ricorro a parole di Paolo Grossi⁸ – come cataloghi di diritti intangibili, elencazioni di indole filosofico-politica viziate dall'astrattezza, ossia dal loro misurarsi non su uomini in carne ed ossa bensì su modelli disincarnati. Le moderne Costituzioni, invece, racchiudono principi fondamentali che rimandano ai valori della società, agli interessi in essa diffusi, ai bisogni concreti degli individui, quindi alla storia.

Il recupero della storicità, come carattere proprio del diritto, come sua cifra essenziale – sia nella direzione descrittivo-fattuale, sia nella direzione prescrittivo-normativa – ha avuto importanti conseguenze anche con riferimento all'interpretazione.

⁷ Il pensiero di Santi Romano è così efficacemente riassunto in P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 9.

⁸ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, cit., p. 12.

È ormai del tutto tramontato il mito di montesquieuiana memoria del giudice “bocca della legge”, la cui attività si riduce alla semplice applicazione di metodi logici di stampo sillogistico. Né in sede pratica né in sede teorica l’interpretazione si risolve nella riproduzione meccanica in tutti i casi sussumibili sotto una certa norma di un significato dato e fissato una volta per tutte, quindi in un’attività meramente dichiarativa di un oggetto già determinato e perfettamente concluso. Oggi sia nei sistemi di *common law* sia in quelli di *civil law* l’attività interpretativa, come argomenta Baldassare Pastore nel suo contributo al presente volume “Storicità del diritto e interpretazione”, è il risultato dell’intervento di vari soggetti (legislatori, giudici, giuristi, funzionari pubblici, privati cittadini); si struttura come un insieme articolato, un’unità complessa, un’impresa collettiva plurale in continua elaborazione. Vi rientrano regole, principi, istituti, procedure, istituzioni, atteggiamenti normativi, apprezzamenti di valore, ragionamenti, costruzioni concettuali, sistematizzazioni.

Come ben sottolinea Tommaso Greco nel saggio “Storicità del diritto. La bandiera di una battaglia”, giurisprudenza e scienza del diritto sono oggi i garanti di quel diritto vivente che appare come il diritto più vero, perché più vicino alla vita della società nella quale vive e dalla quale nasce. Il legame tra diritto e realtà storica, garantito dai giuristi e dai giudici, passa in gran parte attraverso l’interpretazione: l’interprete nel dar voce attuale alla norma «si trasforma – sono ancora parole di Paolo Grossi – nella garanzia della storicizzazione della norma»⁹.

2.2. Storicità e diritti

La rilevanza della storia nel discorso sui diritti ha portato al progressivo superamento sia della teoria giusnaturalistica, secondo la quale i diritti derivano dalla natura stessa dell’uomo, sono universali, eterni, inalienabili, sia della teoria giuspositivistica, che fa derivare i diritti dalle leggi dello Stato.

⁹P. GROSSI, *Società, diritto, stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, p. 118.

Marina Lalatta nel saggio “Hannah Arendt, la schiuma della terra e il perimetro del diritto” dedica largo spazio alle tesi arendtiane contro i diritti umani, sottolineando come la ratio di questa polemica non è certo quella della difesa di un potere assoluto o di un realismo politico che liquidi il principio di libertà in nome di istanze di ordine e di efficacia e neppure un rassegnato nichilismo. Essa nasce, al pari delle vecchie critiche di Bentham, Burke e Marx, dall’esigenza di smascherare la loro pericolosa astrattezza e il loro portato ideologico in nome di un angolo visuale storicizzato. Si deve guardare, secondo Arendt, all’essenza dell’uomo intesa come la storia di una vita, di ciascuna esistenza particolare. “Il diritto ad avere diritti” pertiene agli esseri umani come tali, indipendentemente dalla loro appartenenza nazionale, in quanto esseri fatti per vivere insieme.

Nel dibattito contemporaneo la riflessione si è spostata sulle ragioni storiche che stanno alla base dei diritti. Già Bobbio¹⁰ scriveva che i diritti umani «sono diritti storici, cioè nati in certe circostanze, contrassegnate da lotte per la difesa di nuove libertà contro vecchi poteri, gradualmente, non tutti in una volta e non una volta per sempre». Ad esempio, la libertà religiosa è un effetto delle guerre di religione, le libertà civili delle lotte dei parlamenti contro i sovrani assoluti, la libertà politica e quella sociale della nascita, crescita e maturità del movimento dei lavoratori salariati e così via. Certe richieste nascono, infatti, solo quando nascono certi bisogni e nuovi bisogni nascono in corrispondenza del mutamento delle condizioni della società.

Seguendo questa linea interpretativa, sono state individuate, come è noto, varie generazioni di diritti: la prima generazione è quella dei diritti di libertà (libertà di pensiero, di coscienza, di religione, ecc.), diritti di ispirazione liberale e individualista, che pongono dei limiti all’attività dello Stato e all’ingerenza dei pubblici poteri nella sfera privata: essi si sono venuti affermando nel pensiero moderno sei-settecentesco e, attraverso le rivoluzioni liberal-borghesi, hanno trovato riconoscimento nelle solenni dichiarazioni di fine Settecento.

¹⁰ Cfr. in particolare N. BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino 1990.

La seconda generazione è quella dei diritti sociali, di ispirazione democratica e socialista (diritto al lavoro, all'istruzione, all'assistenza, ecc.), che richiedono una politica attiva dei pubblici poteri attraverso l'erogazione di prestazioni e di servizi: tali diritti, contemplati nella maggior parte delle Costituzioni contemporanee, sono l'esito delle lotte della classe operaia tra Otto e Novecento.

I diritti di terza generazione sono quelli che riguardano i cosiddetti "soggetti deboli", vale a dire quegli individui che si trovano in stati di difficoltà (ad esempio, malati, anziani, handicappati, ecc.) o siano stati vittime di discriminazione sociale per ragioni di ordine storico (ad esempio, neri, donne, ecc.). Tali diritti sono in linea di continuità rispetto a quelli delle generazioni precedenti, di cui costituiscono una specificazione con riferimento a particolari categorie di soggetti.

Infine i diritti di quarta generazione sono i diritti dell'età tecnologica: si tratta di un catalogo aperto, dai confini non facilmente delineabili, includente pretese eterogenee che vanno dal diritto alla pace, allo sviluppo, all'ambiente, alla riservatezza contro le intrusioni dell'informatizzazione, al diritto di morire con dignità contro ogni accanimento terapeutico, all'integrità del patrimonio genetico e così via.

Con riferimento a questa generazione di diritti, va rilevata, da un lato, l'ampiezza dei fenomeni cui si riferiscono, dall'altro il problema della titolarità, riferita non solo a soggetti individuali, ma a gruppi, popoli, nazioni, fino alle "generazioni future", ma anche soggetti non umani come gli animali e l'ambiente. In alcuni casi, come osserva sempre Bobbio, è improprio parlare di diritti, ma l'uso di tale definizione è un espediente per attribuire un titolo di nobiltà e maggiore forza ad alcune aspirazioni ideali in vista di una loro regolamentazione.

Gran parte delle teorie contemporanee dei diritti dalla *choice theory* alla *interest theory* sono volte a individuare le ragioni che stanno alla base dei diritti e il fine di essi, quale la protezione, il riconoscimento e la promozione di interessi e beni individuali. Sono teorie dinamiche che guardano alle trasformazioni sociali e culturali, aperte alla possibilità di una realizzazione progressiva di nuovi diritti.

2.3. *Storicità e metodo di studio del diritto*

Quanto, infine, alla storicità con riferimento al metodo di studio del diritto, in particolare da parte dei filosofi del diritto, torno ancora una volta all'insegnamento di Fassò, profondamente convinto che, tra i tanti modi in cui si può affrontare la filosofia del diritto, il migliore fosse trattarne storicamente, «mostrando i problemi filosofici del diritto nel loro nascere nella coscienza dell'umanità e nel loro svilupparsi attraverso le varie epoche e le varie fasi della vita civile. Chi voglia poi trattare di essi in forma teorica o, come si suol dire, sistematica, può farlo ugualmente, a mano a mano che la storia glieli vien presentando; ma non può giustificarli, farli cioè apprezzare, né farli intendere nel loro pieno significato, se non li abbia mostrati nella loro necessità, nel loro nascere non solo dall'esperienza dell'individuo, ma dall'esperienza storica dell'umanità. Lo studio storico li proporrà prima o poi tutti, da quelli che maturano già nella coscienza dell'uomo greco; e ne mostrerà successivamente il precisarsi e l'approfondirsi, l'evolversi o il cedere il passo ad altri, fino a divenire quelli che si presentano oggi a noi: a noi che non possiamo veramente intenderli o penetrarli se non ne riviviamo questa spesso millenaria maturazione»¹¹.

La dimensione storica non è estranea neppure alla filosofia di indirizzo analitico-linguistico, rappresentata in Italia dalla scuola nord-occidentale di Bobbio e Scarpelli. Nel saggio "Storicità del diritto e filosofia di orientamento analitico-linguistico. Quale rapporto?" Patrizia Borsellino spiega che non vi è incompatibilità tra la considerazione/valorizzazione della storicità del diritto e la sua caratterizzazione in chiave analitico-linguistica, come spesso è stato sostenuto. L'apparato teorico analitico-linguistico fa cadere infatti la convinzione che le categorie giuridiche siano entità date una volta per tutte e indiscutibili, di cui si possa fare applicazione in tutti i campi, e valorizza la loro natura pragmatica di strumenti di controllo e guida dei comportamenti in relazione alla vita concreta nel suo svolgersi storico.

¹¹ G. FASSÒ, *Premessa*, in *Storia della filosofia del diritto*, vol. 1, *Antichità e medioevo*, nuova edizione a cura di C. FARALLI, Roma-Bari 2001, pp. 6-7.

Sul carattere storico del giuridico *

di Francisco Javier Ansuátegui Roig **

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Linguaggio, storia e problemi. – 3. La filosofia del diritto come concetto storico. – 4. Il diritto naturale e la storia come problema. – 5. Le funzioni storiche del diritto naturale. – 6. Diritti e storia.

1. *Premessa*

Il pensiero giusfilosofico ricorre a paradigmi o modelli di pensiero all'interno dei quali si elaborano le corrispondenti proposte in relazione all'essere e al senso del diritto. Spesso, tali modelli si presentano come autosufficienti, ma vi sono anche casi in cui si delineano attraverso la configurazione delle rispettive tesi.

Ora, la questione che intendo affrontare in questa sede riguarda il ruolo rivestito dalla dimensione storica nella comprensione del diritto. A seconda della trascendenza che si riconosca alla storia, è possibile distinguere paradigmi epistemologici più autonomi o più interdisciplinari.

* Il presente scritto rappresenta una versione modificata e ampliata dell'articolo "Storia e pluralità nella comprensione moderna del diritto", pubblicato nella *Rivista di Filosofia del Diritto*, VI, 1/2017, pp. 79-96. Sono grato a María del Carmen Barranco, Thomas Casadei, Alessandro di Rosa, Marina Lalatta, Andrea Porciello e Tommaso Greco per i commenti e per l'aiuto nel migliorare, nei limiti delle mie possibilità, il testo. La traduzione è di Michele Zezza.

** Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/Departamento de Derecho Internacional Público, Derechos Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho, Universidad Carlos III de Madrid.

Credo che la strategia che tradizionalmente è stata seguita per distinguere tra due grandi paradigmi nella comprensione del diritto (a grandi linee, il giusnaturalismo e il positivismo giuridico), lascia da parte alcune alternative.

Non sembra particolarmente problematico affermare che la relazione tra il diritto e la morale ha costituito il riferimento basilare – o quantomeno, più importante – nella distinzione tra concetti del diritto la cui contrapposizione ha caratterizzato la riflessione filosofico-giuridica fin dalle sue origini. Ma, senza dubbio, vi è un'altra questione importante che consente di contrapporre diverse forme di comprensione e concettualizzazione del diritto: *il legame tra diritto e storia*. Da questo punto di vista, è da sottolineare l'importanza della storia non solo nella concettualizzazione del diritto, ma anche in una forma particolare di intendere la filosofia del diritto.

La constatazione della rilevanza del tempo, che altro non è se non la rilevanza della storia, condiziona fortemente la nostra comprensione del senso del giuridico. Il legame tra diritto e storia è stretto, e si produce a diversi livelli. Da una parte, discende dalla stessa dimensione culturale del diritto, che è appunto un'espressione della concezione del mondo che si assume all'interno dei gruppi umani, la quale non può mai essere concepita come decontestualizzata, dal momento che solo all'interno della storia acquisisce senso. Di qui, lo stesso mutare delle concezioni: la storia non è stabilità, invariabilità, ma trasformazione, evoluzione, mutamento. La natura culturale del diritto deve indurci a evidenziare il legame tra diritto e storia. In questo il diritto non si distingue da altre manifestazioni culturali. Ma, d'altra parte, la dimensione storica, evolutiva, del diritto assume rilevanza anche in relazione agli aspetti essenziali, interni al funzionamento del sistema giuridico. Si può pensare ad esempio all'importanza della dimensione temporale all'interno del mondo giuridico, o ad aspetti come i processi, l'interpretazione evolutiva, l'originalismo o la prescrizione acquisitiva. In definitiva, come si può peraltro notare agevolmente, la storia condiziona gli aspetti principali del discorso giuridico quali le diverse teorie del diritto: le teorie dell'interpretazione e della giustizia, nonché le differenti posizioni sul ruolo e sulla funzione della scienza giuridica.

Vorrei ora concentrarmi sulla rilevanza della dimensione storica in diversi ambiti. Da una parte, può essere interessante analizzare come la maggiore o minore importanza assegnata alla storia possa condizionare la comprensione del senso stesso della filosofia del diritto. La riflessione sulla filosofia del diritto, e il suo contrasto con altre proposte di concettualizzazione del giuridico, ci conduce alla questione delle funzioni che il ricorso al diritto naturale ha svolto nell'argomentazione orientata alla giustificazione del diritto. È questo un elemento – non certo l'unico – che mostra con chiarezza fino a che punto la storia condizioni il discorso giunaturalista. Al contempo, la storia influisce sulla nostra comprensione dei diritti umani o fondamentali. Il fatto che esista un legame tra diritti umani e diritti fondamentali, da un lato, e che i diritti fondamentali rappresentino degli autentici simboli dell'identità dei nostri ordinamenti giuridici, dall'altra, giustifica di per sé l'insistenza sul suo carattere storico. Quanto intendo sostenere è che la storia condiziona la nostra forma di concepire il diritto e la filosofia del diritto; ma al contempo anche dei diritti. Può sembrare che ci troviamo di fronte a una tesi ovvia; certo è che il confronto tra diverse strategie di avvicinamento al diritto potrebbe indurci a concludere il contrario.

2. Linguaggio, storia e problemi

Il diritto è linguaggio. Però – possiamo dire – non è solo questo. Il diritto è un prodotto culturale il cui significato va molto al di là del suo mezzo di espressione. Fa parte degli elementi essenziali della cultura di qualsiasi gruppo sociale o, se vogliamo, dell'umanità. Ha una natura normativa nella quale si riflettono interessi, ideologie, necessità, desideri, e la cui materialità investe la quotidianità dell'esistenza umana. Tenuto conto di ciò, la responsabilità del filosofo del diritto non può essere ridotta all'analisi concettuale, ma deve andare oltre questa. Ciò non implica nessun disconoscimento dei meriti dell'analisi del linguaggio e dell'opera di "pulizia" dei concetti giuridici nello sviluppo della filosofia del diritto. Ma il lavoro del filosofo del diritto non dovrebbe fermarsi

qui. L'utilità scientifica, ma anche politica e sociale, della filosofia del diritto aumenta se si trascende l'analisi del linguaggio. La necessaria attenzione all'analisi del linguaggio dev'essere perciò accompagnata da altre prospettive, che sono espressione della complessità del diritto. In questo senso, l'attenzione alla storia si presenta come imprescindibile. Con le parole di Pérez Luño, l'orientamento storico «non pretende, in alcun modo, di costituirsi come modello alternativo all'analisi concettuale e sistematica dei problemi della teoria e della filosofia del diritto. Storia e sistema formano un'unità fondamentale, esplicativa della struttura tematica in cui si articola il contenuto della filosofia del diritto»¹.

Rilevare l'importanza della dimensione storica nel sapere giurifilosofico non equivale a assolutizzare tale metodo d'indagine. In questo senso, è possibile constatare l'utilità dell'identificazione di problemi essenziali per la filosofia del diritto²; d'altra parte, merita di essere considerato anche l'approccio bobbio alla storia della filosofia del diritto. Ricordiamo infatti che in "*Natura e funzione della filosofia del diritto*" il filosofo torinese scriveva: «sono spesso mal disposto nei confronti delle varie scuole analitiche, neopositivistiche, empiristiche, che crescono nell'isolamento, non si sa se più superbo o più ingenuo, delle dottrine precedenti», aggiungendo poi: «ma non amo le storie della filosofia del diritto come opere a sé stanti, perché sono generalmente (e non possono essere diversamente) elenchi di dottrine piuttosto eterogenee (qua una ideologia politica, là una teoria del diritto), esposte per sommi capi, tra le quali, per quanto siano disposte in ordine cronologico, l'autore si sforza di trovare anche un qualche ordine logico per dare alla sua opera quell'unità che la storia reale di tanti secoli non ha e non può avere. Non le amo perché non le trovo né utili né appassionanti»³. Di fronte a tale alternativa, il suo consiglio

¹ A.E. PÉREZ LUÑO, *La storia della filosofia del diritto e il suo significato attuale*, in *Riv. int. fil. dir.*, V, 1/2016, p. 166.

² Cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Sobre algunos rasgos caracterizadores de la Filosofía del Derecho*, in *Anuario de Filosofía del Derecho*, XII, 1995, pp. 175-194.

³ N. BOBBIO, *Natura e funzione della filosofia del diritto*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1984, p. 49 (originale:

era il seguente: quando si tratta di affrontare i problemi, non si dimentichino i precedenti storici: «non concepisco una buona teoria del diritto senza la conoscenza di Grozio, o di Hobbes, di Kant o di Hegel, di Austin o di Thon; né una buona teoria della giustizia senza il libro V dell'*Etica nicomachea* o le analisi di Hume; né una buona teoria della scienza giuridica senza Leibniz o Jhering»⁴. In definitiva – ammonisce Bobbio – non si deve dimenticare l'importanza della ricostruzione storica nell'analisi dei concetti e dei problemi, dal momento che è la storia «quella che ha fatto sì che nel diritto noi oggi vediamo i problemi che ci vediamo»⁵.

Occorre peraltro ricordare che Rawls ha poi richiamato l'attenzione sulla difficoltà di identificare questi problemi dal momento che assumono un aspetto differente in funzione degli schemi generali di pensiero, dei contesti, in cui vengono formulati. Così, l'incertezza in relazione ai problemi giustifica il suo interesse per la storia della filosofia. Tale interesse non esisterebbe se considerassimo: che la filosofia è definita da una serie di problemi costanti; quali sono i criteri per risolvere tali problemi in modo soddisfacente; e che esiste un costante progresso, nel corso del tempo, nella risoluzione di tali problemi⁶.

3. *La filosofia del diritto come concetto storico*

Il carattere storico riguarda non solo il nostro oggetto d'indagine, ma anche il nostro sapere in relazione ad esso. In questo senso credo possa essere interessante considerare come lo stesso concetto di “filosofia del diritto” sia in realtà un concetto storico,

Nature et fonction de la philosophie du droit, in *Archives de philosophie du droit*, VII, 1962).

⁴ *Ibid.*

⁵ G. FASSÒ, *Premessa*, in ID., *Storia della filosofia del diritto, I: Antichità e medioevo*, Laterza, Roma-Bari 2004, p. 5.

⁶ Cfr. J. RAWLS, *Lectures on The History of Moral Philosophy*, ed. by B. Herman, Harvard University Press, Cambridge, MA 2000, p. 17.

come si cercherà di mostrare. Ci troviamo di fronte a un concetto che può esser compreso in un senso ampio o ristretto.

Sembra quasi scontato affermare che la riflessione sul diritto sia radicata fin nella storia più antica. In effetti, se ammettiamo che laddove esista un gruppo umano sociale siano necessarie certe regole che, nelle forme più svariate, articolano e armonizzano, in relazione ad alcuni fini e obiettivi, la convivenza tra i componenti del gruppo (*ubi societas, ibi ius*), possiamo comprendere l'esistenza di una riflessione che, con il tempo, ha finito per risolversi in quella che oggi è effettivamente conosciuta come filosofia del diritto.

Riferendoci ad un concetto sufficientemente ampio di filosofia del diritto si può comprendere quanto afferma A.E. Pérez Luño, ovvero che la filosofia del diritto come attività è anteriore all'apparizione del termine utilizzato per designarla⁷. Nello stesso senso, si possono distinguere diverse accezioni di questa disciplina, una ampia, l'altra più ristretta⁸: così, nel primo caso, ci si riferisce a «ogni forma di speculazione teorico-conoscitiva sul diritto con la pretesa di incardinare il tema giuridico in un contesto di cosmovisione»; nel secondo, «la filosofia del diritto si riduce alla speculazione filosofica che ha alla base gli sviluppi intellettuali del positivismo e dello storicismo. Il fatto di utilizzare l'espressione "filosofia del diritto" con esclusivo riferimento alla seconda accezione non costituisce una pretesa stravagante, in quanto si basa sul mutamento radicale di prospettiva che suppone il transito dalla teoria del diritto naturale alla filosofia del diritto»⁹.

⁷ A.E. PÉREZ LUÑO, *El concepto de Filosofía del Derecho*, in *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Departamento de filosofía del Derecho y Derecho natural, Sevilla 1988, p. 109.

⁸ Per una diversa trattazione delle due accezioni, cfr. M. BARBERIS, *Giuristi e filosofi. Una storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna 2004.

⁹ G. ROBLES, *El fracaso epistemológico de la doctrina del derecho natural*, in ID., *Epistemología y Derecho*, Pirámide, Madrid 1982, p. 200. Un esempio, tra i molti, dell'uso del termine nel suo senso più ampio è costituito dal libro di A. VERDROSS, *Abendlandische Rechtsphilosophie: Ihre Grundlagen und Hauptprobleme in geschichtlicher Schau*, Springer, Wien 1958 (versione in castigliano: *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental. Visión panorámica de sus funda-*

Se si assume l'accezione ristretta, non ogni riflessione – o meglio ancora, modello di riflessione – sul diritto, effettuata con una maggiore o minore distanza rispetto al diritto in quanto oggetto di analisi, può essere racchiusa all'interno di ciò che, fin dal secolo scorso, si conosce come Filosofia del diritto. In effetti, la Filosofia del diritto costituisce uno specifico modo di avvicinarsi, comprendere e analizzare il fenomeno giuridico, nato come superamento di un altro metodo di riflessione, precedente e assai diverso – il giusnaturalismo – e che è addirittura bandito da altre correnti del pensiero giuridico. Questo modo di pensare il diritto, che in ultima istanza corrisponde al significato autentico della Filosofia del diritto, è il risultato della confluenza di determinati fattori, non solo intellettuali, ma anche politici e sociali. È questo, d'altronde, ciò che si vuole dire quando, d'accordo con F. González Vicén, si afferma che la Filosofia del diritto è un «concetto storico», sottolineando il «suo necessario radicamento in una struttura storica (...)». L'essenziale dei concetti storici è (...) la sua concrezione, il fatto che si tratta di concetti con un contenuto determinato, le cui radici si trovano in connessioni storiche oggettive¹⁰. Pertanto, il problema della sostituzione del *diritto naturale* con la *filosofia del diritto* non è, detto in sintesi, un problema meramente terminologico. In questo senso, González Vicén rifiuterebbe l'idea di A. Passerin d'Entrèves secondo la quale «la filosofia del diritto e quella politica non siano altro che diritto naturale trasposto in un diverso linguaggio»¹¹. La filosofia del diritto non è un mero sostituto del diritto naturale – inteso quest'ultimo come forma di riflessione sul diritto –, dal momento che implica una trasformazione di fattori o elementi di portata più ampia. La

mentos y principales problemas, trad. di M. DE LA CUEVA, Unam, México 1962). In un'accezione più ristretta, cfr. M. BARBERIS, *Introduzione allo studio della Filosofia del Diritto*, Il Mulino, Bologna 1993.

¹⁰ F. GONZÁLEZ VICÉN, *La filosofía del Derecho como concepto histórico*, in ID., *Estudios de Filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, La Laguna 1979, p. 208.

¹¹ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, trad. it. di V. Frosini, Edizioni di Comunità, Milano 1962, p. 29.

filosofia del diritto, in quanto riflessione sul diritto, rappresenta un concetto storico a partire della constatazione di due aspetti antitetici: da una parte, la trasformazione nella concezione dell'oggetto; dall'altra, la sua inclusione in un universo storico e sociologico determinato¹². Scrive González Vicén: «per comprendere adeguatamente ciò che s'intende con "filosofia del diritto" nella sua dimensione di concetto storico, è necessario pensarla sempre in relazione con quella che probabilmente è la cesura più forte mai sperimentata dalla coscienza giuridica occidentale: il crollo della tradizione secolare del giusnaturalismo e la nascita di ciò che tradizionalmente si suole chiamare "positivismo giuridico"»¹³.

4. *Il diritto naturale e la storia come problema*

Il legame tra diritto e storia rappresenta un aspetto peculiare della modernità. In realtà, non è un caso se si pensa che l'aspetto caratteristico della modernità è la possibilità di elaborare un discorso giuridico non necessariamente contraddistinto dall'appello al diritto naturale. Oltre a queste considerazioni – questo sembra assolutamente rilevante per il tema che stiamo trattando – la storia costituisce un gran problema per il discorso del diritto naturale. Perché? Fondamentalmente, per la caratterizzazione di questo discorso e del suo oggetto. Il diritto naturale si presenta come un

¹² Cfr. F. GONZÁLEZ VICÉN, *La filosofía del Derecho como concepto histórico*, cit., p. 215.

¹³ *Ivi*, p. 215. González Vicén ha poi fatto riferimento a questo legame tra la filosofia del diritto e il positivismo giuridico nel saggio *El positivismo en la Filosofía del Derecho contemporánea*, in *Estudios de Filosofía del Derecho*, cit., dove, ad esempio, scrive: «la filosofia del diritto di taglio positivista non coincide tanto con una "scuola" o una "direzione" all'interno della filosofia del Diritto contemporanea, quanto piuttosto con il suo modo costitutivo, quella determinazione storica del suo tema e del suo oggetto che condiziona tutto il suo sviluppo posteriore» (p. 129, corsivo mio). Sulle origini dottrinali del positivismo giuridico contemporaneo, si veda, dello stesso autore, *Del Derecho natural al Positivismo jurídico*, in ID., *De Kant a Marx (Estudios de Historia de las ideas)*, Fernando Torres Ed., Valencia 1984, pp. 203 ss.

sistema normativo contraddistinto dal suo carattere unico, invariabile, immutabile, in definitiva, a-storico. Al di là di proposte come quella di Stammmler (o Kaufman), riferite a un diritto naturale “di contenuto variabile”, la rivendicazione di un diritto Naturale “metatemporale” costituisce un aspetto condiviso da tutte le manifestazioni del giusnaturalismo¹⁴. L’immutabilità del diritto Naturale implica una proposta normativa slegata dalla storia e, pertanto, dalla variazione dalle circostanze temporali. Per questo motivo, Fassò segnala che l’autentico contrasto non è tanto quello tra diritto naturale e diritto positivo, quanto piuttosto tra diritto naturale e storia¹⁵.

Le idee di unità, universalità, immutabilità, sono idee che si suole attribuire al diritto naturale. Tuttavia, sia l’esperienza storica sia l’analisi delle principali proposte giusnaturaliste inducono a ravvisare una serie di contraddizioni interne che smentiscono quella caratterizzazione. Di fronte a queste contraddizioni sono state formulate alcune, rilevanti, critiche¹⁶. In particolare, Kelsen sottolinea l’incapacità del giusnaturalismo di identificare il contenuto dell’idea di giustizia. In effetti, le proposte in questo senso appaiono contrastanti: «non si dà, come immaginano i sostenitori di questo approccio, una sola, bensì molteplici ed eterogenee norme di giustizia; se le norme di giustizia non sono, come pretendono i teorici del diritto naturale, immanenti alla natura, allora non potranno essere trovate o dedotte dalla natura, essendo in realtà presupposte dagli stessi teorici: per tutte queste ragioni, ognuno di essi arriva, a seconda della norma di giustizia proposta, a risultati diversi e contraddittori»¹⁷. La disparità delle proposte è

¹⁴ Cfr. G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Il Mulino, Bologna 1964, p. 202; ID., *Che cosa intendiamo con “diritto naturale”*, in G. FASSÒ, *Società, legge e ragione*, Edizioni di Comunità, Milano 1974, p. 215.

¹⁵ Cfr. G. FASSÒ, *La legge della ragione*, cit., p. 200.

¹⁶ Di qui quella necessità di coniugare il diritto naturale e la storia che si riscontra in alcuni tentativi contemporanei di riabilitazione di alcune proposte giusnaturaliste. Cfr., ad es., A. KAUFMANN, *Diritto naturale e storicità*, in *Jus, X*, 1959, pp. 178-196.

¹⁷ Cfr. H. KELSEN, *Justicia y Derecho natural*, in AA.VV., *Crítica del Derecho*

insita nella storia delle teorie del diritto naturale¹⁸. Quest'aspetto è ciò che permette a Kelsen di affermare che «con i metodi della teoria del diritto naturale, e con riferimento alla giustizia, si può provare tutto e, pertanto, non prova nulla»¹⁹.

La contraddittorietà e la diversità delle proposte giusnaturaliste certificano il loro fallimento, non essendo possibile fornire una ricostruzione unitaria della legge naturale. In questo senso, proposte come quella di Alfred Verdross, che distinguono, in riferimento a una "idea dinamica del diritto naturale", tra un diritto naturale primario (immutabile) e un diritto naturale secondario (mutevole, "condizionato dalle circostanze di tempo e di luogo"), sembrano sfumare, fino a fare scomparire, le caratteristiche distintive del modello giusnaturalista²⁰. L'idea di immutabilità è stata legata, nell'ambito del giusnaturalismo, al tentativo di identificare

natural, intr. e trad. di Elías Díaz, Taurus, Madrid 1966, p. 142; ID., *La doctrina del Derecho natural y el Positivismo jurídico*, trad. di E. Bulygin, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, Fontamara, México 1991, p. 133; ID., *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, in *The Western Political Quarterly*, II, n. 4, 1949, p. 494.

¹⁸ Cfr. N. BOBBIO, *Argomenti contro il diritto naturale*, in ID., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 168-169.

¹⁹ H. KELSEN, *Justicia y Derecho natural*, cit., p. 142.

²⁰ Cfr. A. VERDROSS, *La Filosofía del Derecho en el mundo occidental. Visión panorámica de sus fundamentos y principales problemas*, cit., pp. 391 ss. A tal fine, muove dalla constatazione che affinché la legge naturale costituisca un «ordine adeguato ed effettivo per gli uomini» (p. 370), deve considerare le differenze che si producono all'interno dell'evoluzione storica. In questo senso, il diritto naturale primario s'identifica con «i principi immutabili del diritto naturale». Tale diritto naturale primario dispone di due vie di sviluppo e determinazione. Da una parte, il diritto positivo; ma prima ancora, il diritto naturale secondario, «mediante l'applicazione dei suoi principi fondamentali alle relazioni particolari di tempo e spazio» (p. 374). «Questo diritto naturale secondario è condizionato da tali relazioni ed è elastico» (p. 393). «L'individualizzazione delle norme di diritto naturale secondario deve essere effettuata dagli operatori giuridici in conformità ai procedimenti stabiliti» (p. 392). È interessante osservare che Verdross, nel momento in cui identifica questo diritto naturale secondario utilizza l'esempio dei sistemi giusnaturalisti razionalisti dei secoli XVII e XVIII, che costituiscono la base delle prime Dichiarazioni dei diritti. Ci troviamo qui di fronte a un processo di positivizzazione del diritto naturale: il diritto naturale primario si positivizza attraverso il diritto naturale secondario.

“un’essenza”, basata sul concetto di natura o di natura umana.

È stata altresì sottolineata l’incapacità del giusnaturalismo di definire il contenuto minimo e immutabile del concetto di “naturale”. L’idea di natura, «uno dei termini più ambigui in cui sia dato imbattersi nella storia della filosofia»²¹, e che da duemila anni non smette di tormentare i filosofi, costituisce un riferimento comune per le varie manifestazioni del giusnaturalismo. Sebbene rappresenti il problema fondamentale del diritto naturale, non si può affatto dire che vi sia accordo sul suo contenuto²². Secondo E.H. Carr, «l’inafferrabile entità “natura umana” ha mutato, di paese in paese e di secolo in secolo, al punto tale che è difficile non considerarla un fenomeno storico che impronta le condizioni e le convenzioni sociali»²³. La mancanza di distinzione tra i diversi significati di questo concetto rappresenta la causa delle ambiguità della dottrina della legge naturale, nonché uno dei fattori che sta alla base delle difficoltà incontrate dagli studiosi quando vogliono elaborare una storia del diritto naturale²⁴.

La critica dell’immutabilità della legge naturale si collega alla critica della sua presunta unità. Le stesse difficoltà nell’identificare il concetto di natura ci consentono di affermare che non sia possibile determinare in maniera stabile i contenuti collegabili al valore della giustizia, così come non è possibile attribuire al diritto naturale, come vedremo, delle funzioni univoche.

Da quanto detto sopra si può concludere che l’impossibilità di ricostruire l’unità interna sia uno dei fattori che determinano l’inconsistenza della proposta giusnaturalista. L’affermazione dell’unicità del diritto naturale presuppone che l’onere della prova

²¹ N. BOBBIO, *Argomenti contro il diritto naturale*, cit., p. 168; ID., *Locke e il diritto naturale*, Giappichelli, Torino 1963, p. 25.

²² Così lo considera H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, trad. it., a cura di G. De Stefano, Giuffrè, Milano 1965, p. 5 (originale: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. Prolegomena zu eine Rechtsphilosophie*, Vandenhoeck Ruprecht, Göttingen 1951).

²³ E.H. CARR, *¿Qué es la historia?*, trad. sp. di J. Romero Maura, Ariel, Barcelona 1987, p. 89. (originale: *What is History?*, Macmillan, London 1961).

²⁴ A. PASSERIN D’ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., pp. 21 ss.

nell'identificare questo contenuto unico riguardi esclusivamente il soggetto che tale contenuto unico intende rivendicare. Ad ogni modo, la difficoltà nell'individuare i contenuti di cui si predica l'immutabilità, e la rilevanza che tali contenuti assumono nella proposta giusnaturalista, in quanto riferimento normativo ultimo, hanno come conseguenza l'incapacità del diritto naturale nello svolgere la funzione essenziale attribuita al diritto positivo: la regolamentazione della vita umana sociale con criteri stabili e certi, poiché «una convivenza fondata sui principi del diritto naturale è quella in cui regna la massima incertezza. Se caratteristica di un regime tirannico è l'arbitrio, quello retto dal diritto naturale è il più tirannico, perché questo gran libro della natura non fornisce criteri generali di valutazione, ma ognuno lo legge a suo modo»²⁵. Però la difficoltà qui non è solo quella di tentare di ricondurre a unità una pluralità di proposte con i loro rispettivi contenuti, non sempre coincidenti, ma anche quella di affermare una ragione, e al contempo una morale, decontestualizzate.

La necessaria contestualizzazione della ragione pratica – ciò che ci interessa ora – è richiesta dalla sua stessa funzione: quella di offrire criteri che regolino i comportamenti umani e servire come loro parametri di valutazione degli stessi. Questi comportamenti sono tenuti in circostanze determinate, che contribuiscono a spiegarli; al contempo, la loro giustificazione e valutazione hanno senso a partire da proposte normative determinate.

Il diritto naturale disconosce l'importanza di ciò che Ortega y Gasset considerava “il punto di vista”, la prospettiva: «la realtà cosmica è tale che può soltanto essere vista attraverso una determinata prospettiva. *La prospettiva è uno degli elementi della realtà.* Lungi dal costituire una sua deformazione, ne rappresenta semmai un principio di organizzazione. Una realtà che, a prescindere dal punto di osservazione, risultasse sempre identica, sarebbe un concetto assurdo»²⁶. Il problema del disconoscimento della

²⁵ N. BOBBIO, *Argomenti contro il diritto naturale*, cit., p. 169.

²⁶ J. ORTEGA Y GASSET, *El tema de nuestro tiempo*, XIV ed., Espasa-Calpe, Madrid 1980, p. 85 (corsivo nel testo).

rilevanza della prospettiva porta Ortega a caratterizzare la filosofia sviluppata nel corso della storia come “utopica”, in quei casi in cui pretendeva di valere in modo generale, “per tutti gli uomini”²⁷. Per questo, si tratta di una filosofia “primitiva”, per via della sua unidirezionalità. «Il suo schematismo, tanto semplice quanto evidente, la sua ingenua illusione di aver scoperto tutta la realtà, la sicurezza con cui si assestano su formule immobili, ci danno l'impressione di un mondo conchiuso, definito e definitivo, *in cui non esiste più nessun problema*, in cui tutto è ormai risolto. Niente di più gradevole che passeggiare alcune ore per mondi così dolci e soavi»²⁸. Pertanto, il diritto naturale, con il suo carattere unico e inamovibile, non fa che confermare questi aspetti.

Sul piano etico, esistono argomenti per riconoscere, anche qualora si difenda il loro carattere autonomo, che i progetti morali che gli individui assumono sono fortemente condizionati dalle circostanze in cui si sviluppano. La morale è in ultima istanza individuale e autonoma. È l'individuo a formulare la domanda «che devo fare?»²⁹, ma l'autonomia della morale – senza la quale tale progetto normativo sarebbe una mera imposizione esterna, con una correlativa diminuzione della sua forza normativa – deve coniugarsi con un'ineludibile dimensione eteronoma, senza la quale i progetti morali presenterebbero un'asepsi, una purezza rispetto al contorno, che difficilmente permetterebbe di riconoscerli come autenticamente umani. In definitiva, la relazione tra la morale e il contesto non è altro che la relazione tra la morale e la storia, nella quale si realizza la temporalità dell'umano e trovano concretezza i criteri interpretativi della realtà.

²⁷ Cfr. *ivi*, p. 87.

²⁸ *Ivi*, p. 89 (corsivo nel testo).

²⁹ Cfr. M. LA TORRE, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 1999, p. 292.

5. *Le funzioni storiche del diritto naturale*

La critica al diritto naturale non deve impedire di sottolineare le virtù del ruolo storico svolto dal giusnaturalismo e il significato che una riflessione sul diritto naturale può avere attualmente, a prescindere dagli orientamenti dottrinali in cui uno possa collocarsi, poiché l'importanza di determinare l'etica giuridica materiale e i criteri dell'agire sociale corretto non stanno in funzione di queste posizioni. Persino un avversario convinto del giusnaturalismo come Hans Kelsen riconosce che «nonostante le evidenti fallacie che si porta dietro, la dottrina giusnaturalista ha avuto, e continuerà sicuramente ad avere, una grande influenza sul pensiero sociale, dal momento che soddisfa una necessità di giustizia profondamente radicata nella natura umana»³⁰.

Come noto, l'esame critico del diritto naturale suole includere anche l'intento di riscattare alcuni elementi positivi che costituirebbero il nucleo dell'eredità di questa grande tradizione di pensiero. Si pone così sul tavolo la questione delle funzioni del diritto naturale. Alessandro Passerin d'Entrèves, Guido Fassò o Elías Díaz, notoriamente, si sono occupati del tema, sottolineando che l'appello al diritto naturale ha svolto due funzioni storiche, una conservatrice e l'altra progressista.

Il carattere conservatore o progressista del richiamo al diritto naturale può essere analizzato anche nell'ambito di una teoria generale delle relazioni tra il diritto e la morale. Quando i contenuti del diritto naturale sono stati situati al di fuori del perimetro del diritto positivo, costituendo il nucleo di quello che potremmo considerare "morale critica", il ricorso al diritto naturale è servito per criticare, proporre una riforma o addirittura il superamento del diritto positivo. Questa, ad esempio, è la funzione svolta dalla rivendicazione dei diritti naturali da parte del giusnaturalismo razionalista sviluppata prima della rivoluzione liberale³¹. Una volta prodotta la positivizzazione dei diritti, entrando

³⁰ H. KELSEN, *The Natural-Law Doctrine before the Tribunal of Science*, cit., p. 501.

³¹ Cfr. E. DÍAZ, *Libertad-igualdad en la "Declaración de derechos del hombre y*

nel terreno del diritto positivo, questi rimangono come salde conquiste di fronte ai futuri venti della trasformazione. Così, il ricorso al diritto naturale ha ora la funzione di consolidare e mantenere l'esistente. È questa una circostanza che osserviamo anche nello scenario del costituzionalismo contemporaneo, nel quale si corre il pericolo della sacralizzazione del diritto positivo, e in particolare della Costituzione. Si è pertanto fatto riferimento ai «beati dello Stato costituzionale, sempre disposti a vedere nella Costituzione il compendio indiscutibile della moralità pubblica, se non addirittura della moralità»³². La costituzionalizzazione dei diritti può generare un discorso che presuppone una diminuzione della legittimità della critica alla Costituzione. A tal fine, si rende opportuno recuperare la dimensione critica della Filosofia del diritto, potendo stabilire determinate dinamiche, risultato dell'interesse che il costituzionalismo ha per la Filosofia del diritto e viceversa. Da una parte, il costituzionalismo ci presenta un magnifico scenario nel quale lavorare sulle grandi questioni giurisfilosofiche. D'altra parte, la dimensione critica della filosofia del diritto – che la differenzia dagli approcci particolari della dogmatica – sembra necessaria per evitare la sacralizzazione del diritto positivo, la quale si produce quando si considera che dal momento in cui abbiamo ottenuto il riconoscimento dei diritti prodotto della loro incorporazione nella Costituzione, ciò rappresenta il raggiungimento dei grandi obiettivi della storia dei diritti, che sembrerebbe pertanto essere giunta alla sua conclusione in maniera trionfale. Evidentemente, questa interpretazione è frutto di un ottimismo non giustificato correlato con l'esistenza di presunti paradisi terrestri dei diritti.

Si può, in effetti, non condividere la credenza nell'esistenza e nell'operatività giuridiche di un cosiddetto “diritto naturale”, ma questo non impedisce di riconoscere l'importante ruolo storico che questa idea ha svolto nella storia della cultura giuridica, indi-

del ciudadano” de 1789, ID., *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Civitas, Madrid 1978, p. 75.

³²L. PRIETO SANCHÍS, *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México 1997, p. 25.

pendentemente dalle sue sempre ricorrenti “rinascite”.

Come si è già segnalato, uno dei meriti che più in assoluto è giusto riconoscere al giusnaturalismo è costituito dalla sua funzione storica. La dimensione delle funzioni svolte dal diritto naturale è stata evidenziata da diverse prospettive, tanto giusnaturaliste quanto anti-giusnaturaliste³³. Tanto che, in alcune occasioni, si ha l'impressione di trovarsi di fronte a tentativi deliberati (assolutamente legittimi, d'altra parte) di riscattare alcune dimensioni positive del diritto naturale. Il richiamo alle funzioni sviluppate dal discorso giusnaturalista è stato talvolta presentato come una strategia forzata ai fini di una presa di coscienza circa l'implausibilità di una storia unitaria, univoca e unidirezionale del diritto naturale³⁴. Tale richiamo può essere considerato come il segno del fallimento della proposta concettuale e filosofica del giusnaturalismo. Lo riconosce lo stesso Passerin D'Entrèves quando afferma: «la nozione stessa di “funzione storica” è difficilmente compatibile con quella di un valore permanente. La storia potrà pure mostrarci la funzione che ha esercitato la dottrina del diritto naturale nella formazione della nostra eredità culturale; potrà convincerci dell'importanza dei fattori spirituali nella determina-

³³ Di fatto, l'importanza delle funzioni svolte dal Diritto naturale è stata evidenziata da autori di orientamento eterogeneo quali, ad esempio, A. ROSS, *Il concetto di validità e il conflitto tra positivismo giuridico e giusnaturalismo*, trad. it., in A. FEBBRAJO-R. GUASTINI (a cura di), *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Il Mulino, Bologna 1982, pp. 422-424; H. KELSEN, *La doctrina del Derecho natural y el positivismo jurídico*, cit., pp. 135-136; N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1984, pp. 190 ss.; J.L. LÓPEZ ARANGUREN, *Ética y política*, Biblioteca Nueva, Madrid 1999, p. 30; A. CALSAMIGLIA, *Iusnaturalismo y democracia*, in *Revista de Ciencias Sociales*, n. 41, 1996, p. 269; E. WOLFF, *El problema del Derecho natural*, trad. di M. Entenza, Ariel, Barcelona 1960, pp. 25, 213-214; H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, cit., pp. 359 ss.; A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., pp. 27, 69; J. DELGADO PINTO, *De nuevo sobre el problema del Derecho natural*, Discurso leído en la Solemne apertura del Curso Académico 1982-1983, Universidad de Salamanca, Salamanca 1982, pp. 10-11.

³⁴ Convergono su questo punto A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., p. 27 e N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo come teoria della morale*, cit., pp. 190 ss.

zione degli eventi e nella formazione degli istituti giuridici; ma non potrà impedirci di constatare il “relativismo” di tutte le teorie del diritto naturale»³⁵. «La critica più incisiva al diritto naturale [...] è quella che si rivolge alla sua stessa storia»³⁶.

Ad ogni modo, ritengo che anche il problema delle funzioni del diritto naturale meriti di essere considerato. Si tratta di un tema che può essere analizzato almeno da due punti di vista. Il primo, legato alla configurazione interna della proposta giusnaturalista. Il secondo è un punto di vista storico, determinato dai compiti che, intenzionalmente o meno, sono stati assolti dal ricorso al diritto naturale.

In relazione alla prima prospettiva, di carattere puramente teorico, possiamo osservare che la manifestazione dell'importanza delle funzioni svolte dal diritto naturale rappresenta, in alcune occasioni, la strategia alla quale ricorrono quanti prendono coscienza dell'impossibilità di continuare ad accettare determinati postulati (come conseguenza, ad esempio, dell'influsso dello storicismo sulla comprensione del concetto di diritto nell'attualità), o della necessità di identificare alcuni elementi comuni in un discorso in cui, all'interno di determinate strutture concettuali, vengono inclusi i contenuti più disparati³⁷. In altre occasioni, il tema delle funzioni del diritto naturale è richiamato ogni volta come conseguenza dell'indeterminatezza del contenuto del concetto di natura³⁸.

Per quanto riguarda la seconda prospettiva, oltre a costituire la culla dei diritti naturali che hanno probabilmente rappresentato il principale motore dei movimenti di emancipazione e liberazione nelle Rivoluzioni della fine del XVIII secolo, dal diritto naturale derivano gli stessi ideali di giustizia che informano i sistemi giuridici. Si tratta della funzione principale che il diritto naturale

³⁵ A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Il problema del diritto naturale*, cit., p. 145.

³⁶ J.L. LÓPEZ ARANGUREN, *Ética y Política*, cit., p. 31.

³⁷ È la proposta di A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., pp. 27, 69.

³⁸ Cfr. H. WELZEL, *Diritto naturale e giustizia materiale*, cit., pp. 365 ss.

ha svolto nel corso della storia: quella di costituire un osservatorio dal quale misurare i contenuti etici dei sistemi giuridici; quella di sostenere argomenti che dimostrino che il Potere politico deve incontrare determinati limiti a garanzia degli individui; quella secondo cui il diritto naturale «è per la difesa del debole, non del forte. Prevede o preconizza la compassione o la pietà, non la crudeltà. È limite, autocontrollo, non autoindulgenza»³⁹. Per quanto si possa non condividere l'idea del diritto naturale, è comunque importante tener ferma la possibilità di un controllo etico dell'Ordinamento giuridico; questo controllo deve passare per altri metodi e altri mezzi, diversi rispetto a quelli impiegati dal diritto naturale. Occorre pertanto dar ragione a Passerin d'Entrèves quando evidenzia l'importanza della funzione assolta tradizionalmente dal diritto naturale⁴⁰. Quanto preme rilevare, in altri termini, è la dimensione critica del diritto naturale rispetto all'ordine giuridico positivo.

Tuttavia, dal semplice fatto di riconoscere che il giusnaturalismo abbia svolto una funzione critica o rivoluzionaria non si può dedurre che sia l'unico movimento dottrinale al quale possa attribuirsi tale funzione. In realtà, la storia della filosofia politica e giuridica è ricca di numerosi contributi relativi alla legittimità del Potere e alle coordinate all'interno delle quali esso può dispiegare la sua azione. Molti di questi contributi sono estranei al giusnaturalismo e, in diverse occasioni, radicalmente estranei ad esso⁴¹.

D'altra parte, non si può nemmeno dire che l'unica funzione

³⁹ M. LA TORRE, *L'evoluzione del diritto e la "pretesa di progresso". Per una modesta filosofia della storia del diritto*, in *Ragion Pratica*, n. 48, giugno 2017, p. 198.

⁴⁰ Cfr. A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale*, cit., pp. 26-28.

⁴¹ N. BOBBIO (*Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 193), al riguardo, utilizza un esempio convincente: «L'unica filosofia, da cui si sono potuti trarre argomenti per la giustificazione dello Stato totalitario, è la filosofia hegeliana, unilateralmente interpretata; e per la giustificazione di uno stato totalitario di transizione (dittatura del proletariato), la filosofia di Marx. Nessuno oggi potrebbe affermare che le correnti anti-hegeliane e anti-marxistiche, sostenute variamente in questo ultimo secolo in difesa di una concezione liberale e democratica dello stato, siano state una prosecuzione del giusnaturalismo. Molto spesso, anzi, sono state ad esso dichiaratamente avverse».

assolta dalle teorie giusnaturaliste sia stata quella della critica del sistema giuridico. Si può pensare, in questo senso, alla funzione conservatrice – di difesa dell'ordine sociale costituito– evidenziata da Kelsen, ad esempio, quando riconosce come esclusiva questa funzione segnalando che «le dottrine del diritto naturale, così come sono state presentate dai suoi rappresentanti più significativi, sono servite fundamentalmente a giustificare in quanto conformi al diritto naturale gli ordini giuridici esistenti e i loro istituti politici ed economici fondamentali; che hanno avuto un carattere prevalentemente *conservatore*; che il diritto naturale solo in casi eccezionali ha assolto una funzione riformatrice e rivoluzionaria; e che quando ciò si è verificato – in America e in Francia alla fine del XVIII secolo – si è prodotto in seguito un movimento spirituale rivolto contro la stessa dottrina giusnaturalista, che ha trovato la propria espressione caratteristica nella cosiddetta Scuola storica del diritto»⁴².

In effetti, che le teorie giusnaturaliste in molte occasioni abbiano giustificato gli ordinamenti e le istituzioni esistenti a partire dall'affermazione della loro conformità al diritto naturale può essere inteso come una conseguenza del metodo giusnaturalista di affrontare il tema essenziale della relazione tra diritto naturale e diritto positivo. Dalla supremazia del diritto naturale sembrerebbe doversi derivare il carattere superfluo del diritto positivo. Cionondimeno – segnala Kelsen – «è significativo che nessuno dei teorici del diritto naturale di una certa rilevanza abbia tratto questa conclusione, e che anzi tutti quanti sottolineino con insistenza la necessità del diritto positivo»⁴³. Pertanto, se si riconosce la necessità del diritto positivo, si ammette implicitamente, seguendo l'autore austriaco, che esso sia sempre conforme al diritto naturale. Quest'accordo rappresenta, secondo il giusnaturalismo, il requisito della sua obbligatorietà e della sua validità. Ma il giusnaturalismo si prefigge di raggiungere questo adeguamento: «si

⁴² H. KELSEN, *La doctrina del Derecho natural y el positivismo jurídico*, cit., p. 136 (corsivo nel testo).

⁴³ H. KELSEN, *Justicia y Derecho natural*, in AA.VV., *Crítica del Derecho natural*, cit., p. 151.

converte il diritto positivo in un rappresentante del diritto naturale e si deduce dalla natura la norma che impone l'obbedienza al diritto positivo. Questo diritto positivo viene identificato più o meno con l'obbedienza al diritto naturale, sopprimendo di fatto, o quanto meno riducendo al minimo, le possibilità di un conflitto tra di loro»⁴⁴. Per Kelsen, in definitiva, la questione dell'adattamento del diritto positivo al diritto naturale si riduce a un problema d'interpretazione del diritto positivo. In effetti, si può attestare questa conciliazione solo dopo aver interpretato il diritto positivo. Chi dev'essere l'autore di tale interpretazione? Kelsen segnala due possibilità: o qualsiasi uomo, o l'autorità istituita dal diritto positivo. Nel primo caso, si produrrebbe una situazione di anarchia; nel secondo, è molto difficile immaginare che si assuma la decisione di considerare il diritto positivo in disaccordo con il diritto naturale. Pertanto – conclude Kelsen – «la teoria del diritto naturale che, teoricamente, secondo la sua concezione, nega ogni validità al diritto positivo in quanto tale, conduce nella pratica, ossia nella sua maniera di presentare effettivamente le cose, a un significativo rafforzamento del suo potere»⁴⁵.

In questo senso, occorre ricordare che – in relazione alla giustificazione della disobbedienza al diritto – le conseguenze pratiche del giusnaturalismo coincidono con quelle del positivismo ideologico. Nel primo caso, poiché il diritto positivo è tale nel momento in cui si adegua al diritto naturale, si produce un legame tra il giusto e il giuridico, motivo per cui diviene difficile giustificare una disobbedienza a un ordine normativo che, in quanto giusto, è riconosciuto come valido; nel secondo caso, essendo il diritto positivo espressione della volontà sovrana, soggetto politico che detiene il monopolio della determinazione di ciò che è giusto, diviene difficile giustificare una disobbedienza a un ordine normativo che, in quanto valido, è riconosciuto come giusto.

Le conclusioni che si possono trarre a partire dalle considera-

⁴⁴ H. KELSEN, *Justicia y Derecho natural*, cit., p. 152.

⁴⁵ H. KELSEN, *Justicia y Derecho natural*, cit., p. 159. Cfr. E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho natural e ideología*, in ID., *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993, pp. 145 ss.

zioni che precedono sono molteplici. Come noto, Kelsen stabilisce una relazione tra il relativismo e la democrazia. Analizzando il nesso tra le forme di Stato e le concezioni filosofiche, identifica un legame tra l'autocrazia e l'assolutismo filosofico (con la conseguente credenza nelle verità assolute), da un lato, e la democrazia e il relativismo dall'altro. L'assolutismo filosofico consiste «nel punto di vista metafisico secondo il quale esiste una verità assoluta, ossia una realtà che si dà indipendentemente dalla conoscenza umana», mentre per il relativismo filosofico «la realtà esiste solo all'interno dei limiti della conoscenza umana, e la realtà, in quanto oggetto della conoscenza, dipende dal soggetto»⁴⁶. Su queste basi, Albert Calsamiglia ha evidenziato la difficile compatibilità tra il giusnaturalismo e la democrazia⁴⁷. Sviluppando un argomento interessante dal punto di vista concettuale, l'autore ha caratterizzato il democratico di fronte al giusnaturalista. Il primo, il democratico, assume che il bene individuale e il bene collettivo (il giusto) non necessariamente debbano coincidere. Nel primo caso ci troviamo di fronte a preferenze personali, mentre nel secondo siamo di fronte a opzioni sulle quali si basano le pratiche collettive. Il democratico si caratterizza per la capacità di coniugare le proprie concezioni del bene con le concezioni collettive su ciò che è buono e ciò che è corretto. Il democratico, segnala Calsamiglia, «sa che dovrà rinunciare alla pretesa di trasformare in diritto la propria concezione del bene e cercherà di stabilire alcune regole di convivenza che possano essere accettate anche da quanti difendono altre ideologie. Il democratico non ritiene che il diritto abbia la funzione di implementare la propria concezione del bene»⁴⁸. In democrazia, il diritto rappresenta una pratica collettiva che si configura a partire da un processo collettivo in cui le deci-

⁴⁶ H. KELSEN, *Absolutismo y relativismo en filosofía y en política*, ID., *¿Qué es justicia?*, edición y traducción de Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona 1982, pp. 113-114.

⁴⁷ Cfr. A. CALSAMIGLIA, *Iusnaturalismo y democracia*, cit. Si veda anche M. TROPER, *Le concept d'État de Droit*, in *Cahiers de Philosophie Politique*, n. 24, Université de Caen, Caen 1993, pp. 30-31.

⁴⁸ A. CALSAMIGLIA, *Iusnaturalismo y democracia*, cit., p. 259.

sioni prese sono interdipendenti e rispondono alla razionalità specifica delle azioni collettive. La compatibilità tra le concezioni individuali e collettive circa ciò che è buono non implica necessariamente che il democratico – così sostiene Calsamiglia – sia uno scettico al quale non importa rinunciare ai propri valori: «il democratico può essere scettico o meno, a seconda dei casi. L'unica cosa alla quale rinuncia è alla pretesa di imporre i propri valori coattivamente agli altri, disposto ad aprire il campo della negoziazione per costruire alcune regole di convivenza tra diversi ideali di giustizia»⁴⁹. Infatti, il democratico non deve necessariamente essere uno scettico dal momento che ciò che pensa è che, sebbene abbia una concezione del buono, non debba essere accettata dalla comunità e trasposta al diritto, dal momento in cui il pluralismo è ciò che caratterizza la società in cui vive.

Il giusnaturalista, d'altra parte, pensa che la sua concezione del bene (coincidente con il diritto naturale) debba essere applicata al diritto e, a partire da lì, ricevere tutto il sostegno dell'apparato statale, dal momento che mantiene un nesso concettuale – già segnalato – tra la sua idea del bene (identificata con il contenuto del diritto naturale) e il concetto di diritto. La conclusione a cui arriva Calsamiglia è radicale: il giusnaturalista non è un democratico, dal momento che non è disposto a negoziare, «sa cos'è il bene e il corretto, ma non è disposto a negoziare perché il bene e il corretto si confondono»⁵⁰. Al contempo, egli è anche un fondamentalista, poiché non è disposto a rinunciare all'imposizione della sua concezione del bene, e a riconoscere quindi la necessità sociale dell'interazione tra le diverse concezioni del bene: «Allo stesso modo in cui la scienza non tollera l'errore, il giusnaturalismo non può tollerare una deviazione dal suo concetto di giustizia»⁵¹.

La tensione tra il giusnaturalista e il democratico affonderebbe così le proprie radici – segnala Calsamiglia – nel fatto che il primo considera il diritto come uno strumento per imporre la propria

⁴⁹ A. CALSAMIGLIA, *Iusnaturalismo y democracia*, cit., p. 273.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

concezione (privata, dunque non accettabile per gli altri) del bene. Il giusnaturalista è privo della capacità del democratico di distinguere le due dimensioni, privata e pubblica, del bene; al contrario, egli ritiene che la sua si identifichi con il giusto, e che costituisca al contempo un elemento della definizione stessa del diritto. Se il giusnaturalista è coerente, non accetta che l'opzione morale sottesa alle decisioni collettive (in forma di norme giuridiche) possa essere la seconda migliore per lui nonostante sia la prima migliore per il gruppo di cui fa parte. In definitiva, il giusnaturalista non concepisce la compatibilità, necessaria in democrazia, tra l'etica pubblica e l'etica privata⁵².

6. *Diritti e storia*

Allo stesso modo in cui la storia condiziona il concetto il diritto e la stessa idea di filosofia del diritto, essa condiziona la comprensione dei diritti. Anche quello di diritto umano, destinato alla positivizzazione nella forma del diritto fondamentale, è un concetto storico⁵³: non tutte le concezioni dei diritti considerano che la storia sia un elemento indispensabile per comprenderli. Con questo s'intende dire che sorge a partire della concorrenza di fattori di diverso tipo – morali, sociali, economici, politici, giuridici – nella modernità. Si è parlato in questo senso, in maniera particolarmente espressiva, della “invenzione dei diritti umani”⁵⁴. Con questo non si vuole dire, in altre parole, che solo a partire dalla modernità gli individui siano titolari di diritti, quanto piuttosto

⁵² Cfr. G. PECES-BARBA, *Ética pública y Derecho*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1993; ID., *Ética, Poder y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1995; ID., *Ética pública-ética privada*, in ID., *Ética pública e diritti fondamentali*, Franco Angeli, Milano 2016, pp. 129-144.

⁵³ Cfr. G. PECES-BARBA, *Sobre el puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales*, in ID., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid 1988, pp. 227-264.

⁵⁴ Cfr. L. HUNT, *Inventing Human Rights: a History*, W.W. Norton & Company, New York 2007. Dei diritti come «grande invenzione della nostra civiltà» parla anche N. BOBBIO, *Autobiografia*, Laterza, Roma-Bari 1997, p. 261.

che l'idea che gli individui hanno alcuni diritti – intesi come pretese morali – che devono essere riconosciuti giuridicamente e politicamente e la cui protezione e garanzia rientra tra le finalità essenziali delle strutture giuridico-politiche – che presentano così la loro artificialità e il loro carattere strumentale –; questa idea – dicevo – è un'idea moderna. E che pertanto non è possibile incontrarla all'interno di un'argomentazione morale, giuridica e politica appartenente a qualsiasi momento storico. Pertanto, quando si afferma che quello di diritti fondamentali è un concetto storico s'intende sostenere che sia un concetto comprensibile in chiave storica; detto in altri termini, che sorge in un determinato contesto storico e si evolve in funzione delle trasformazioni della storia. Questo assunto è sostenibile a prescindere dall'approccio difeso nell'indagine sui diritti: etico, filosofico o giuridico.

La comprensione dei diritti come un concetto storico e la conseguente attenzione dedicata alla storia non rappresenta una mera opzione metodologica. Al contrario, essa consente di constatare non solo le differenti dimensioni della sua evoluzione, ma la sua stessa evoluzione. Ad esempio, la diversa ispirazione ideologica dei diritti (liberali, sociali); la trasformazione del ruolo dello Stato in relazione ai diritti e ai vari criteri di legittimità che si applicano al riguardo (astensione, intervento), tema che si ricollega poi alle tecniche di protezione e alle successive “generazioni” dei diritti; lo sviluppo e l'espansione dei valori che concorrono a rafforzare il fondamento dei diritti (si pensi al valore della solidarietà rispetto alle minoranze prive di protezione, nonché all'importanza che questo riveste in relazione ai diritti vincolati all'ecologia); la differente funzione che hanno svolto i diritti all'interno della società (diritti esclusivamente di fronte allo Stato e diritti legati alle relazioni tra i privati).

La rilevanza della storia, e dell'analisi critica, nel discorso sui diritti si percepisce in diversi aspetti. Si può pensare in questa occasione alla questione del fondamento dei diritti, dal momento che, se possibile, rappresenta l'ambito più vicino agli interessi dei filosofi del diritto, essendo i diritti una esplicita concretizzazione dell'idea di giustizia. Ma il terreno del fondamento non è l'unico ambito all'interno del discorso dei diritti condizionato diretta-

mente dalla storia. Sarebbe possibile ampliare la nostra prospettiva e mettere in evidenza altre questioni come ad esempio quella che si riferisce al criterio con il quale si analizzano il contenuto e il senso dei differenti processi di evoluzione dei diritti. Pensiamo all'idea delle generazioni dei diritti, rispetto alla quale ci si può chiedere fino a che punto non costituisca un modello artificiale che, al di là delle sue virtù pedagogiche, mostra alcuni limiti nel momento in cui siamo chiamati a comprendere la ricchezza e la complessità dello sviluppo storico dei diritti⁵⁵. Cionondimeno, si farà in seguito riferimento al fondamento dei diritti, dal momento che costituiscono – come ho segnalato – un terreno familiare per i filosofi del diritto.

All'interno della fondazione, i valori di dignità, il riconoscimento della individualità, la libertà, l'uguaglianza si formano nel contesto del cosiddetto periodo del *tránsito a la modernidad*⁵⁶, nel quale ha inizio la costruzione dell'idea di diritti. La nascita di tale idea sarebbe impensabile in assenza delle varie riflessioni, costruzioni filosofiche, esigenze morali, che cominciano ad acquisire senso in tale momento storico. D'altra parte, il forgiarsi di questo coacervo di idee ed esigenze nei testi giuridici acquisisce significato in determinate circostanze storiche, che sono precisamente quelle che rendono possibile tale processo di positivizzazione. Si pensi – giusto per riferirsi agli inizi di una storia che si protrae fino ai giorni nostri – a tutto ciò che significa il processo di emancipazione delle colonie inglesi dell'America del Nord, per comprendere il senso di un testo come quello della Dichiarazione dei diritti del buon popolo della Virginia (1776) o la Dichiarazione d'Indipendenza degli Stati Uniti (1776); o si pensi anche a quanto presuppone il processo dell'Illuminismo che caratterizza il XVIII secolo francese e che culmina nella Rivoluzione, per comprendere

⁵⁵ Cfr. F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Rivendicando i diritti sociali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Bari 2014, pp. 13 ss.

⁵⁶ Cfr. G. PECES-BARBA, *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, in AA.VV., *Historia de los derechos fundamentales* (tomo I: *Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*), a cura di G. PECES-BARBA-E. FERNÁNDEZ, Dykinson-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid 1998, pp. 15-263.

i testi rivoluzionari e in particolare la Dichiarazione del 1789.

Il fondamento dei diritti, inteso come il discorso morale di giustificazione in relazione alla rilevanza dei diritti, si è costruito nel corso della storia. La comprensione attuale del discorso dei diritti come progetto etico è il risultato dello sviluppo delle idee nella storia⁵⁷. È qui che l'eredità del giusnaturalismo razionalista si percepisce nella maniera più chiara. Ma non tanto per l'affermazione dell'esistenza di alcuni valori atemporali e unici, quanto piuttosto per la rivendicazione della loro positivizzazione e per il loro collocarli nel centro della società. Così, l'esperienza storica smentisce – segnala Bobbio – uno dei dogmi (quello della supremazia della ragione) del giusnaturalismo – inteso come la sublimazione del razionalismo etico –: l'idea secondo la quale la mera dimostrazione dell'esistenza dei valori etici è sufficiente ad assicurare la realizzazione di questi valori. Questa dimostrazione sarebbe possibile solo grazie a un altro dogma, quello della potenza della ragione⁵⁸. In definitiva, l'eredità è l'eredità del diritto naturale nella sua funzione progressista e trasformatrice. Ovvero, rispetto alla domanda se i diritti sono naturali o storici, dovrebbe risponderci riconoscendo che, per quanto non si debba dimenticare ciò che il giusnaturalismo suppone nel nostro patrimonio culturale, i diritti non sono tali solo per il fatto di essere diritti naturali, ma piuttosto per essere il risultato di una dinamica storica, di cui una prima pietra miliare è rappresentata dalla positivizzazione e che procede poi con altri processi, studiati in particolare da Gregorio Peces-Barba e Norberto Bobbio, tra gli altri.

La storia ha lasciato ad esempio la sua impronta nel discorso sulla titolarità dei diritti, nel quale il modello del maschio, proprietario, bianco, ha smesso di essere l'unico riferimento, procedendo a una progressiva eliminazione dei suoi fattori di esclusione (religione, ideologia, genere, orientamento sessuale, e così via). Allo stesso

⁵⁷ L'intreccio tra diritti umani e dimensione della storicità, si percepisce nella raccolta di testi a cura di J. HERSCH, *Il diritto di essere un uomo*, Mimesis, Milano-Udine 2015.

⁵⁸ Cfr. N. BOBBIO, *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*, in ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990, p. 14.

modo la storia costituisce la cornice all'interno della quale si è prodotta anche una evoluzione dei valori e dei principi che formano il nucleo del fondamento dei diritti. Pensiamo, ad esempio, al superamento di una concezione della relazione tra libertà e uguaglianza che percepisce questi valori in forma esclusiva, o all'ingresso e alla diffusione, all'interno del discorso morale, di valori come la solidarietà, o alla crescita nell'attenzione per generazioni future, per fare solo alcuni esempi. In definitiva, la vocazione espansiva dell'etica a cui si è riferito Ernesto Garzón Valdés per caratterizzare le successive conquiste morali⁵⁹ non risponde a un piano premeditato, quanto piuttosto ad uno interpretabile in chiave storica.

Parlando di fondamento dei diritti e di storia, conviene chiarire che riconoscere che il fondamento dei diritti costituisce un discorso morale sviluppatosi nel corso del tempo non deve confondersi con l'affermazione di un fondamento storico dei diritti⁶⁰. Da questo punto di vista, richiamando una distinzione tra il contesto della scoperta e il contesto della giustificazione, credo si possa affermare che la storia non costituisce il fondamento dei diritti; la storia non giustifica niente; essa fornisce solo lo scenario di che può condizionare lo sviluppo e l'interpretazione di un determinato discorso morale. La storia però non giustifica. In questo senso, affermare che le circostanze storiche costituiscono una condizione dello sviluppo dei diritti – e anche delle sue violazioni – non dovrebbe intendersi nel senso di affermare che la storia costituisce la ragione dei diritti. Le ragioni dei diritti sono morali; certamente, parliamo di una morale contestualizzata e non atemporale, ma comunque una morale a tutti gli effetti.

Si potrebbe pensare che la comprensione dei diritti come con-

⁵⁹ Cfr. E. GARZÓN VALDÉS, *Representación y democracia*, in ID., *Derecho, ética y política*, cit., p. 645. Si veda anche ID., *Una advertencia benévola acerca de cinco trampas tendidas por malvados relativistas y que hay que evitar si se quiere justificar la validez universal de los derechos humanos. Una modesta propuesta de su fundamentación*, in E. DICIOTTI-V. VELLUZZI (a cura di), *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*, Giappichelli, Torino 2003, pp. 188-189.

⁶⁰ Cfr. E. FERNÁNDEZ GARCÍA, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid 1984, pp. 100 ss.

retto storico introduca anche una dimensione di relativismo nella sua concezione. Con questo si intenderebbe affermare che i diritti potrebbero intendersi come realtà mutevoli che si differenziano nella loro struttura e contenuto. Cionondimeno, condividerebbero un elemento comune che è probabilmente il tratto costitutivo dell'idea di diritti nel corso della storia: quello di costituire meccanismi o strumenti, canali attraverso i quali si materializzano le esigenze dei valori di dignità, uguaglianza e libertà che li fondano e in accordo con i quali sviluppano determinati modelli di regolamentazione sociale. È forse questo l'elemento comune che rappresenta il limite oltre il quale i riferimenti ai diritti risultano incomprensibili. Pertanto, di fronte all'evoluzione dei contenuti e delle strutture dei diritti all'interno della storia, è utile ricorrere – come si è già segnalato – alla funzione sviluppata dagli stessi nell'identificare un elemento di continuità. Questo comporta la necessità di trascendere il contenuto e l'ispirazione dei cataloghi originari dei diritti per comprendere il senso che nell'attualità hanno i diritti, e che in ogni caso deve ricollegarsi al significato che attualmente rivestono le esigenze della dignità umana.

Ad ogni modo, sembra che il ricorso alla storia, o la sua sottovalutazione, sia uno dei criteri che consentono di differenziare le proposte concettuali in materia di diritti. In questo ambito si riflette anche la distinzione generica tra le concezioni dei diritti che li concepiscono come astorici, e dunque immutabili e trascendenti rispetto all'individuo, risultato del processo di soggettivizzazione razionalista del Diritto naturale; e d'altra parte, le concezioni che propongono di intendere i diritti in chiave storica, la cui presenza negli ordinamenti giuridici – e quindi la loro forza normativa e giuridica – dipende in ultima istanza dalla volontà e dall'impegno di un Potere politico istituzionalizzato. Insieme a questo, nemmeno gli studi totalmente astratti e analitici, che molte volte dimenticano il condizionamento costituito da fattori storici, politici, sociali, riescono ad offrire una visione generale dei diritti.

La storia, e meno ancora quella dei diritti, non è mai lineare e unidirezionale⁶¹. Così come non vi è dubbio che la storia dei di-

⁶¹ Cfr. E.H. CARR, *¿Qué es la historia?*, cit., pp. 202 ss.

ritti è quasi sempre storia della lotta per i diritti. Una visione generale della stessa consente, ancor prima che le sue manifestazioni quotidiane, di intravedere il progresso nel riconoscimento delle esigenze della dignità umana e il perfezionamento dei suoi meccanismi di garanzia. Tuttavia, in questo campo, il peggior nemico del progresso dei diritti è costituito dal conformismo. Di fatto, il giorno in cui ci accontenteremo della situazione in cui si trovano i diritti coinciderà con il giorno in cui essi avranno perso la loro valenza utopica e rivendicativa, e la loro predisposizione al cambiamento. Quel giorno ci troveremo di fronte alla fine della storia dei diritti.

*L'originalità storica del totalitarismo.
Il diritto tra individuo e essere collettivo dominato*

di Adriano Ballarini

SOMMARIO: 1. Totalitarismo, uomo-massa, essere collettivo dominato. – 2. Natura, *potestas*, *subjectum*, diritti soggettivi. – 3. Il limite dell'individualismo come prospettiva di ricerca e l'impostazione del problema di un essere collettivo dominato. – 4. Il nichilismo europeo e l'essere storico fenomenico. – 5. Il tempo previsto, il mondo anticipato e l'essere fenomenico mondo-dipendente. – 6. Il mondo dei futuri signori della terra: la signoria delle strutture. – 7. La riappropriazione storica del mondo fenomenico. – 8. La storia come esperimento e il modello *Übermensch*. – 9. Le condizioni di esistenza dell'individualità: essere collettivo dominato, essere soggetto, essere singolo storico materiale. – 10. L'ermeneutica della effettività, la caduta nel mondo-ambiente, il *Man*. – 11. Il mondo storico al di là del bene e del male. – 12. La produzione di condizioni di esistenza e il ruolo del diritto.

1. *Totalitarismo, uomo-massa, essere collettivo dominato*

1. Totalitarismo è un termine coniato nei primi anni venti del Novecento in riferimento al Fascismo italiano e, poi, al Nazional-socialismo tedesco¹. In particolare, in questa seconda realtà esso ha rappresentato un avvenimento storico, almeno per l'Europa. Segno di ciò Auschwitz, cioè gli eventi che con Auschwitz sono entrati nella storia.

Auschwitz, nome tedesco della città polacca *Oświęcim*, con il campo di concentramento e di sterminio che da questa città ha avuto nome, ha fatto nascere, anche nella coscienza comune, la

¹ Cfr. S. FORTI, *Il totalitarismo*, Bari 2001, p. 3ss.

consapevolezza che si era giunti a un punto limite della civiltà occidentale. Tutte le tradizioni sociali, giuridiche e politiche proprie all'occidente apparivano distrutte².

Dopo Auschwitz, così, le istituzioni e le società europee post-belliche hanno messo in moto revisioni che, innanzitutto, sono giunte alle fondamenta del loro stesso ordine giuridico.

L'accaduto è nei fatti. Lo Stato di diritto, le teorie giuspositivistiche che lo sostenevano, insieme al tradizionale sistema di valori nel quale la società confidava, tutti questi si sono dimostrati inadeguati alla prova dell'imporsi storico del totalitarismo. Né la società, né l'ordine giuridico, o le istituzioni, niente della realtà tradizionale ha dimostrato la capacità di impedire l'affermazione dell'ideologia totalitaria. Al contrario, lo Stato di diritto, e il suo sistema costituzionale, forse anche non volendo, ha consentito addirittura l'affermazione per vie "legali" del totalitarismo. E questo, al punto che il legislatore ha potuto promulgare leggi esecrabili, e intollerabili, e tuttavia, per il diritto, giustificate e obbligatorie, semplicemente in quanto formalmente valide.

Spinte così dai fatti, teorie pur tra loro diverse, e anche storicamente antitetice, si sono ritrovate unite nel comune sforzo di adeguare il diritto alla realtà che il totalitarismo aveva imposto e, rispetto alla quale, il pensiero giuridico aveva dovuto riscontrare l'evidente inadeguatezza e i limiti delle categorie e dei modelli dei quali tradizionalmente disponeva e ai quali aveva affidato il diritto, lo Stato, l'organizzazione del sociale.

Il risultato è stato una trasformazione di struttura dello Stato di diritto costituzionale post bellico, almeno nei limiti geografici dell'Europa continentale. Essa ha introdotto principi fondamentali con forza di legge superiore nelle costituzioni ed ha assegnato a una magistratura, quella costituzionale, il sindacato di costituzionalità. Il risultato evidente è stato il venir meno della supremazia del legislatore, costitutiva del modello giuspositivistico, insieme a una svolta, potremmo dire storica, quanto alla questione dei

² H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino 2009, p. 630.

valori, ora reintrodotti nel campo del giuridico per essere elevati a principi limite e fondativi³.

2. Modifica delle costituzioni e ribaltamento del rapporto tra diritto e valori. Sono queste le revisioni attraverso le quali il mondo del diritto europeo continentale ha rivisto se stesso fin dalle proprie fondamenta. Revisioni decisive, quelle avvenute. Tutte volte ad evitare il ripetersi e ripresentarsi dell'ideologia totalitaria. Esse hanno «comportato dei profondi mutamenti nella teoria del diritto, imponendo il riordino dei paradigmi concettuali che sovrintendono alla conoscenza del diritto e, contemporaneamente, ne guidano la pratica»⁴. Di esse ancora oggi viviamo.

Tuttavia, nonostante l'oggettiva portata, anche storica, delle revisioni messe in opera, si deve dire che, di fronte a Auschwitz, la questione istituzionale e quella dei valori non esauriscono l'accaduto. Esse, cioè, non sono gli unici problemi che Auschwitz ha posto. A essi ne segue un "terzo" di problema, diciamo così, e forse quello che più pone il diritto di fronte alla necessità di rivedere le proprie fondamenta. Il problema è espresso dal titolo del saggio. Lo si vede mettendosi di fronte a ciò che rende originale il totalitarismo, specie nazionalsocialista. Lo si vede descrivendo quanto è accaduto in Germania e come, tra le due guerre, il regime nazionalsocialista ha dato realtà al totalitarismo. Auschwitz, di questa originalità, è stato l'attuazione e il laboratorio di verifica.

3. Che cosa è accaduto, tra le due guerre e, in particolare, con il nazionalsocialismo?

Un "modello", quello ariano, è stato posto come il valore fondamentale attraverso il quale misurare il diritto alla vita. Esso ha segnato la differenza tra uomo e non uomo, così come tra esistenza degna di essere vissuta ed esistenza mancata.

Nel modello della "razza" si è riconosciuto un popolo. Nel suo

³ Cfr. F. RICCOBONO, *Giuspositivismo e neocostituzionalismo: due paradigmi contrapposti*, in AA.VV., *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, Torino 2015.

⁴ F. RICCOBONO, *op. cit.*, p. 225.

perfezionamento e nella sua supremazia è stata vista la piena realizzazione individuale e collettiva.

Questo modello, al quale è stato affidato l'avvenire, ha avuto il potere di governare i giorni, determinando un "destino della necessità".

La realizzazione del modello ha conferito "identità" all'uomo ariano, "senso" al suo divenire, "innocenza" alle sue azioni. Esso si è affermato come principio di legittimazione e giustificazione dell'agire, come "valore originario e fondante" dell'esistere.

Questo è il fatto con il quale abbiamo a che fare, trattando l'esperienza tedesca del totalitarismo.

Il nazionalsocialismo fa di un modello un "destino della necessità". Ciò significa che la realizzazione del modello conferisce senso e ragione all'esistere (destino). Significa anche che l'esistenza percorre una strada a senso unico, senza alternative (necessità). Di questa "storia" il singolo non è mai il soggetto. È, al contrario, funzione e strumento della storia del modello, cioè delle forme e delle condizioni attraverso le quali il modello governa l'esistenza individuale e collettiva. Ma, attenzione! A questa storia, che esautorava completamente la sua rilevanza in quanto singolo, l'uomo non si ribella. La assume anzi interamente riconoscendosi un funzionario del sistema, e trovando in questo suo *status* il senso e la ragione della propria esistenza. All'uomo-soggetto si sostituisce "l'uomo-massa"⁵. E questo uomo si afferma, non come ipotesi intellettuale, ma come storia materiale di un popolo. Il nazionalsocialismo si costruisce come regime totalitario poggiando sul "consenso", nonostante questo lascia perplessi e increduli, fino a dimostrarsi inaccettabile, in quanto urta contro ogni valutazione tradizionali sull'uomo e la società. Di fatto, però, il totalitarismo, in Germania, si è imposto come fenomeno di massa, tanto che, almeno per un tempo, è divenuto cultura, leggi, istituzioni, pensiero dominante, vita quotidiana, informando interamente i giorni e orientando l'avvenire. Il modello uomo perseguito dal regime

⁵ Su questo si veda V. BIANCONI, *L'invenzione del linguaggio nella comprensione dei fenomeni giuridico-sociali*, in AA.VV., *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, cit., pp. 27-41.

non è stato limitato alla ristretta cerchia di una *élite*. Ugualmente, l'ordine giuridico, finalizzato a realizzare quel modello e a soddisfare i bisogni, le necessità e le aspettative ad esso propri, questo ordine, non è stato imposto da pochi, e, come si dice, dall'alto. Al contrario esso ha potuto poggiare sul consenso delle masse⁶. All'inedito modello uomo si aggiunge così l'ancora forse più inedito fatto che, in Germania, il regime non ha identificato lo Stato con il partito unico, ma, più specificamente, e senz'altro originariamente, «ha trasformato le classi in masse», sostituendo «il sistema dei partiti non con la dittatura del partito unico, ma con un movimento di massa»⁷.

4. Ciò che è accaduto in Germania è dunque che, oltrepassando ogni valore umano e giuridico della tradizione, il nazionalsocialismo ha instaurato la distinzione, radicale, tra *uomo* e *non-uomo*, questa distinzione è stata assunta come valore fondamentale di un popolo, legittimazione dell'agire politico, principio di giustizia, fondamento dell'avvenire⁸. Linea di demarcazione tra

⁶ È senz'altro questo il dato più inquietante con il quale il totalitarismo obbliga a fare i conti. E non è un caso che studiosi e uomini politici si rifiutino spesso di riconoscerlo. L'osservazione, che H. ARENDT pone nella prefazione del suo *Le origini del totalitarismo*, è un punto di partenza obbligato. Si veda H. ARENDT, *op. cit.*, p. LV. Per quanto riguarda il presente saggio, questo fatto, come si vedrà, costituisce, si può dire, l'oggetto specifico della ricerca che esso affronta.

⁷ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 630.

⁸ «L'ideologia totalitaria non mira alla trasformazione delle condizioni esterne dell'esistenza umana né al riassetto rivoluzionario dell'ordinamento sociale, bensì alla trasformazione della natura umana ... i Lager sono i laboratori dove si sperimenta tale trasformazione». Così H. ARENDT, *op. cit.*, p. 628. L'esperimento condotto dall'ideologia totalitaria nazionalsocialista, occorre sempre avere presente, non riguarda solo gli internati, ma ogni uomo. Per questo H. Arendt indica i Lager come luoghi di esperimento sulla "natura" stessa dell'uomo. Ciò che viene sperimentato è infatti il potere di togliere all'uomo ogni traccia di umanità, personale, individuale, sociale, culturale, storica, religiosa e istintuale, così che ogni azione contro di esso sia indifferente e sia indifferente per quello stesso uomo il modo di trascorrere i giorni, il senso del suo agire, il tempo della vita e finanche la sua stessa morte. Poter delimitare una linea di demarcazione che effettivamente distingua l'uomo ariano da ogni altro, e ciò sul piano della

uomo e non uomo è stato il modello ariano. Così il nazionalsocialismo ha “legittimato” Auschwitz. Su questa base, sono stati costruiti un nuovo ordine giuridico, ed è stato programmato un nuovo corrispondente ordine sociale. Avendo per fondamenta, il tempo dell’esperimento e il modello ariano, “*Das tausendjähriges Reich*” ha avuto inizio.

L’uomo senza una sua propria identità, quale che questa sia, un uomo che esiste solo in funzione della realizzazione di un modello, questo, che il nazionalsocialismo ha perseguito e, almeno per un tempo, realizzato, questa inedita condizione di esistenza dell’uomo è quello che è accaduto in Germania. Contro la tradizione occidentale alla quale apparteniamo, costruita sulla autonomia della soggettività, si affida il futuro a un uomo che si appaga e si realizza in quanto anonimo funzionario al servizio di un modello.

Possiamo nominare quest’uomo attraverso l’espressione «essere collettivo dominato»⁹. È, questo, in Nietzsche, l’uomo appaga-

natura umana, questo l’oggetto dell’esperimento. Un esperimento che si ritiene compiuto se e quando può trattare l’ariano come *uomo*, assegnando al resto della specie non ariana il carattere di *non-uomo*.

⁹L’espressione usata da Nietzsche è «Ein beherrschtes Gemeinwesen», così come si può vedere nell’edizione tedesca delle sue *Opere* (VII/339(13), p. 353 Walter De Gruyter, Berlin). Nell’Edizione italiana *Opere complete di Friedrich Nietzsche*, Adelphi, Milano 1968 ss., la si trova in VII/339(13), p. 307. Alla lettera, e secondo il senso abituale, essa dovrebbe tradursi una comunità, o collettività, dominata. Rendendo *Gemeinwesen* con “essere collettivo”, scomponendo dunque il termine e accentuando *Wesen*, cioè *essere*, viene tuttavia rimarcato dal traduttore italiano che, la realtà alla quale si riferisce Nietzsche è una condizione di esistenza, un “essere”. *Gemeinwesen* è così l’“essere” storico materiale proprio all’uomo che ha oltrepassato la *finzione dell’ego*. Esso è l’uomo che vive, come Nietzsche sottolinea nello stesso aforisma, «Am Leitfaden des Leibes», «secondo il filo conduttore del corpo», dunque secondo il suo bisogno che fa della storia il grande istituto sperimentale nel quale «l’uomo più elevato» è «da concepire come immagine riflessa della natura» (VII/2, 25[140], p. 42). “Essere”, secondo il filo conduttore del corpo, è così sempre “essere assoggettato” al “bisogno” di vivere in un “mondo anticipato”, “dominatore”, “signore della terra” (VII/2, 25[137], p. 41), in quanto “dominato” dall’*Urfactum* che la propria realtà, il proprio “essere”, è “essere strumento e funzione” (V/2, 12[42], p. 398) delle condizioni di tale dominio. È questo un “essere” nel quale l’uomo non vale mai come “singolo”, piuttosto, se vale esso vale sempre ed esclusivamente in

to dall'essere un "uomo funzionario", tanto più realizzato quanto più "anonimo" e "collettivo". Teoricamente, senza creare connessioni di causa ed effetto tra Nietzsche e il nazionalsocialismo, ritengo che questa sia la formulazione teorica più corretta capace di nominare l'uomo che in un mondo governato da modelli si trova a casa propria.

5. Essere collettivo dominato: questo, almeno nei termini che adopero, è il modello uomo che è stato sperimentato in Germania. Quello che propongo è di vedere in tale "essere" l'ulteriore problema che Auschwitz pone di fronte al diritto post bellico, accanto a quello dei valori e della struttura costituzionale.

La proposta è subordinata all'accertamento di una condizione. Essere collettivo dominato, almeno fin qui, è la formulazione di un filosofo. Innanzitutto esso deve dimostrarsi una reale condizione di esistenza. Deve poi, anche, dimostrarsi una dimensione ineliminabile per l'esistere stesso. Dunque, sempre possibile. Se questo accade, allora ci troveremmo di fronte al fatto che, con il totalitarismo nazionalsocialista, entra nella storia una dimensione dell'uomo, inedita e problematica.

Inedita, in quanto la nostra realtà individuale e collettiva è tutta costruita sull'individualismo, almeno in occidente, almeno a partire dal tempo moderno.

Problematica, perché dalla prospettiva dell'individualismo, che è l'unica a nostra disposizione, non abbiamo strumenti adeguati per "leggere" una tale condizione di esistenza.

Proprio questa dimensione, se riscontrata ineliminabile e reale,

quanto parte funzionale dell'intero processo, vale come "anonimo collettivo". Riprendo tutto questo, come si vedrà, nelle pagine che seguono. Gli scritti di Nietzsche sono citati secondo la sezione (numeri romani) ed il tomo (numeri arabi) dell'edizione italiana *Opere complete di Friedrich Nietzsche*, Adelphi, Milano 1968. Segue l'indicazione dell'aforisma (o del capitolo, se numerato) secondo la segnatura fissata dai curatori. Testo e aforismi corrispondono all'edizione in lingua tedesca *Nietzsche Werke Kritische Gesamtausgabe*, edita a Berlino 1967. Il lettore va comunque avvertito che tale corrispondenza subisce, a volte, delle variazioni. L'aforisma compare, nell'edizione tedesca, con una diversa numerazione. Raramente, ma accade.

costituisce la questione che, forse più delle altre, obbliga il diritto a rivedere le proprie fondamenta. Se, infatti, l'essere collettivo dominato è reale, allora entra nella nostra storia la possibilità che l'uomo non trova se stesso sempre e solo necessariamente realizzandosi come individuo singolo irripetibile. Si dimostra del pari reale il fatto che l'uomo ritrova se stesso come anonimo collettivo, realizzandosi in un mondo dominato da modelli. Che significa questo? Significa, innanzitutto, che, dopo gli eventi del nazional-socialismo, diviene limitante e inadeguata una comprensione dell'esistere che continui a muovere esclusivamente dall'individuo-soggetto. E, poiché ciò che introduce questo limite non è una teoria, ma la storia stessa, l'inadeguatezza va vista come una estraniamento dalla realtà. Che cosa devono fare, a questo punto, il nostro diritto europeo continentale, e il nostro costituzionalismo, interamente costruiti sulla base esclusiva dell'individualismo? Quale può essere la risposta di un diritto storico ad una dimensione dell'esistere che entra in scena ad opera della storia stessa?

2. *Natura, potestas, subjectum, diritti soggettivi*

La situazione dalla quale partiamo, e che riteniamo rappresentare esattamente la reale condizione dell'uomo, è ben descritta nei manuali di storia e di storia del diritto. Ed è da questa situazione che ci troviamo a muovere, volendo verificare se l'uomo anonimo collettivo appartiene ad una reale possibilità dell'esistere.

1. La tradizione occidentale, almeno a partire dalla Modernità, poggia su una svolta. Essa conferisce all'uomo lo status di soggetto, cioè di signore del proprio tempo e del proprio mondo. E, con questo *status*, fa coincidere la piena dignità dell'uomo stesso¹⁰.

¹⁰ Rinvio, per quanto riguarda il legame tra soggetto e Stato moderno, al mio *L'ordine giuridico moderno*, Torino 2000, spec. pp. 167-227. Allo stesso tema ho dedicato studi successivi, anche modificando alcune conclusioni. Di questi si può vedere *Sicurezza e singolarità*, in AA.VV., *Prometeo. Studi sulla uguaglianza, la democrazia, la laicità dello Stato*, cit., pp. 1-25.

La svolta è radicale, tanto da modificare ogni precedente dimensione dell'esistere individuale e collettivo. Progressivamente, e rapidamente almeno in termini storici, muta la struttura del sociale, l'impostazione della conoscenza, l'ordine giuridico e istituzionale. All'uomo-soggetto sono legate l'uguaglianza e la legittimazione materiale dell'autorità.

2. L'uomo-soggetto. Se, con il suo imporsi non teorico, bensì giuridico e sociale, se tutto cambia, ciò è perché in modo del tutto diverso è costruito il mondo che la modernità trasforma. Invece che alla legittimazione materiale dell'autorità esso è improntato alla derivazione metafisica dell'autorità stessa; il sistema delle fonti del diritto procede secondo lo schema gerarchico: legge divina, legge naturale, legge umana; al contrario della garanzia giuridica e istituzionale dell'uguaglianza, quel mondo ha per oggetto la garanzia della differenza; non conosce il singolo, ma gli ordini, le caste, i natali¹¹.

3. Ogni svolta della realtà si accompagna alla necessità della invenzione di un linguaggio adeguato a nominare quanto sta accadendo. Sintomatico, ed esplicativo è in questo il nome che viene scelto per designare il nuovo status dell'uomo.

Nel mondo premoderno spetta all'uomo il titolo di *subjectum*. Ancora fino a Cartesio. E spetta a lui come ad ogni altro *ente*. Il significato del termine è quello dell'etimo greco di "colui che sta sotto".

Vale, infatti, nel mondo che qualifichiamo premoderno, un principio assoluto. Tutto muove a partire da un *fondamento*, un *originario* che dà senso e ragione alle cose, e attraverso il quale tutto ha senso e niente è senza ragione, come Leibnitz ha senten-

¹¹ Vedi su questo M. FIORAVANTI, *Appunti di storia delle costituzioni moderne*, Torino 1995, in particolare le pp. 18 ss. Base di questo *ordine*, che sostiene uno *ius involontarium*, come afferma Fioravanti, è il sistema premoderno delle fonti del diritto sul quale vedi A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano 1982, pp. 21-65.

ziato¹². A partire dal fondamento, le cose stesse hanno un ordine, regolato secondo l'uniformità o difformità dal fondamento stesso. E in questo ordine il singolo vale solo se sta al posto che, secondo tale ordine, a lui spetta. Il fondamento imprime all'uomo e alle cose un destino della necessità. Necessità, perché con il fondamento non si può non avere a che fare. Destino, perché l'ordine che il fondamento imprime alle cose è dato una volta per tutte.

Così, nel mondo premoderno, non esiste il riconoscimento dell'individuo per ciò che egli è e per il semplice fatto che "è". E questo non per un'immaturità storica, politica o culturale. Piuttosto, la garanzia e il rispetto della singolarità individuale, così come le intendiamo ormai abitualmente noi, non esistono in quanto non sono neanche concettualmente proponibili. Tutto del reale, e nel reale, è *sub-jectum*. Ed è da questo status che il reale riceve autenticità, dunque senso e valore. I modi e le forme di assoggettamento all'ordine impresso nelle cose dal fondamento decidono del posto dell'uomo, indipendentemente da lui.

L'uomo-soggetto mantiene il termine *subjectum*, ma ne capovolge il significato, assumendo come *status* esattamente il non assoggettamento a ogni ordine, metafisico, naturale, storico, sociale. Perde così ogni consistenza il rinvio al divino e alla natura. Resta solo l'umano e ciò che l'uomo produce. Perde progressivamente legittimazione e obbligatorietà quello che era riconosciuto l'ordine delle cose. Cade, progressivamente, e a ogni livello, l'impalcatura metafisica. Appaiono contro l'uomo le leggi, le istituzioni, il sistema sociale, la conoscenza che avevano applicato il fondamento assoggettando l'uomo stesso, con lui la natura, la storia, l'accadere¹³.

¹² Rimando per questo a M. HEIDEGGER, *Dell'essenza del fondamento*, in ID., *Segnavia*, Milano 1987, pp. 79-131. E, dello stesso, *Il principio di ragione*, Milano 1991.

¹³ Di fronte alla modernità, è più facile, rispetto ad altre epoche, convincersi del fatto che determinati "concetti" sorgono solo in determinati momenti storici, e che in questo sta il tratto fondamentale della loro storicità. Ci si accorge, infatti, che essi non potevano sorgere prima. Si rileva che il loro imporsi modifica, anche radicalmente, la condizione di esistenza a loro precedente. Storico può ritenersi, in questo senso, il concetto di "soggetto". Storici, del pari, sono il con-

L'uomo *soggetto*, per la realtà dalla quale si differenzia, ha una strada obbligata da percorrere. Esso è *soggetto*, e non *sub-jectum*, man mano, e a condizione, che venga superato l'ordine metafisico. E questo è reale se si procura "un mondo" nel quale è realmente l'esclusivo signore perché in esso nulla rinvia a forme e modi del "principio del fondamento", nulla, cioè, può legittimare come autentici dei "destini della necessità"¹⁴.

Su questa base, il diritto conforme all'uomo soggetto è quello che garantisce una condizione di esistenza nella quale nessun assoluto ha di per sé rilevanza giuridica. Possiamo vedere allora nel-

petto d'"individuo" e di "diritto soggettivo". Nessuno di essi si sarebbe potuto produrre in contesti anteriori. Ciò in quanto la *potestas* che la modernità riconosce all'individuo, e il diritto che ad essa fa conseguire, sono del tutto estranei alla tradizione precedente. M. VILLEY ha ripetutamente rimarcato questo fatto ne *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Milano 1985, attribuendo ad esso una decisiva rilevanza. Forse ciò non basta per parlare di "essere storico" in riferimento all'uomo e al divenire. Non si può tuttavia non rilevare che, a volte, l'accadere pone di fronte a "novità" capaci di influenzare il corso del tempo, producendo trasformazioni rilevanti su ogni piano dell'esistere individuale e collettivo. Né si può non osservare che tali novità hanno la forza di inaugurare condizioni di esistenza, prima di quel tempo forse anche solo intellettualmente ipotizzabili, ma solo in quel tempo determinato tradotte in realtà, divenendo conoscenza, diritto, istituzioni, pensiero dominante. Troviamo queste riflessioni sul soggetto e il diritto soggettivo ne F.J. ANSUÀTEGUI ROIG, *L'autonomia presa sul serio*, in *Pluralismo delle fonti e metamorfosi del diritto soggettivo nella storia della cultura giuridica*, II, Torino 2016, spec. pp. 14-17; anche in M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano 1996, p. 44. Se ad esse attribuisco particolare rilevanza, ciò è in quanto anticipano quanto accade tra le due guerre con "l'uomo massa". Anche questo, improponibile alle epoche precedenti, diviene una realtà con la quale diritto, società, conoscenza e pensiero dominante si ritrovano ad avere a che fare. Con il Totalitarismo accade esattamente quanto è accaduto con individuo, soggetto, diritti soggettivi. A partire dal loro instaurarsi storico è iniziato «un nuovo mondo e un nuovo ordine sociale», come giustamente sottolinea Francisco Javier Ansuàtegui Roig nelle pagine citate. Nasce la Modernità. Non un'idea, ma una nuova dimensione dell'uomo entra nella storia. Lo stesso, sostengo, accade con l'uomo "strumento e funzione". Entra nella storia una inedita dimensione dell'esserci umano. Come il lettore potrà constatare, è questa in sintesi la tesi che sostengo nelle pagine di questo saggio.

¹⁴ È questa una espressione che adopero per indicare la dinamica che ogni fondamento innesca nel reale. Per una sua maggiore esplicazione si può vedere il mio *Hypotheses non fingo. Studi di diritto positivo*, Torino 2013, pp. 1-26.

la rimozione di quanto pretende di affermarsi come “dato una volta per tutte”, naturale, sociale, conoscitivo o metafisico che sia, possiamo vedere in questo la dinamica base dell’ordine giuridico che, nasce con la modernità, per arrivare fino a noi.

4. A partire dalla Modernità, dunque, e ancora fino a noi, tolto l’ordine metafisico, la base di ogni comprensione del reale è che l’uomo è un soggetto. Ciò non significa che tutto può essere spiegato soggettivamente, o che la soggettività sia la verità. Significa, piuttosto, che l’essere soggetto viene considerato un dato di fatto. Così, se non tutto è spiegabile a partire dal soggetto, certo nulla può essere accettato se contesta quella che si ritiene essere una evidenza.

5. L’essere soggetto è per noi un dato di fatto. È un dato di fatto che ad esso spetta legittimamente la signoria sul tempo e sulle cose. In quanto soggetto l’uomo ha diritto a un suo proprio tempo e a un suo proprio mondo. Questo, per noi, è il pensiero comune e dominante.

Ma allora, come è stato possibile il totalitarismo? Come è potuto accadere che l’uomo-soggetto abbia interamente abdicato a sé stesso, assoggettandosi a un modello? Il che significa assoggettarsi ad un mondo e a un tempo che appartengono al modello, e non all’uomo.

Attenzione! Non ci stiamo spostando sul terreno delle cause storiche del Totalitarismo. Descriviamo invece, e constatiamo, un fatto. Quali che siano state le cause, il totalitarismo e l’uomo al quale ritiene appartenga il futuro, se guardatati a partire dal soggetto, sono incomprensibili. Essi sono anzi degli assurdi. È assurdo, da un lato avere costruito una Età, quella moderna, poggiando sulla evidenza che la dignità dell’uomo sta nell’essere signore della storia e constatare che quest’uomo, dopo averla guadagnata, possa cedere la sua signoria, al punto da sentirsi realizzato in un tempo e in un mondo che non rispondono a lui, ma alle necessità di un modello. Dall’altro, l’uomo soggetto non sopporta in nessun caso destini della necessità. Il non assoggettamento a tali destini costituisce il suo atto di nascita. Come può il soggetto ritene-

re anche solo concettualmente possibile una condizione di esistenza nella quale l'uomo si sente realizzato proprio in quanto parte di un destino della necessità?

6. Incomprensibile, a partire dal soggetto. Assurdo, per il soggetto, pensare che l'uomo si senta realizzato in un tempo e in un mondo nei quali regole, valori, dinamiche, diritto e istituzioni obbediscono alle esigenze di un modello. Se vogliamo anche solo aprire la questione dell'essere collettivo dominato, per interrogarci quanto alla sua realtà, dobbiamo innanzitutto essere consapevoli che si tratta di avere a che fare con qualcosa rispetto a cui il sistema di lettura del quale disponiamo, il soggetto, non solo non ci può essere di alcun aiuto, ma non è neanche predisposto per aprire la questione. Il sistema soggetto, possiamo dire, non contempla la possibilità dell'essere collettivo dominato.

3. Il limite dell'individualismo come prospettiva di ricerca e l'impostazione del problema di un essere collettivo dominato

1. Il risultato è evidente. Restando fermi alla prospettiva dell'individuo soggetto, l'uomo essere collettivo dominato neanche si pone come problema. E questo significa che, per questa strada, non arriveremo mai a porre quell'"essere" come oggetto di una effettiva ricerca. L'essere collettivo dominato, per il soggetto, può considerarsi al massimo un puro esperimento mentale. E ciò semplicemente perché l'uomo, che ha la sua effettiva identità e realtà nell'essere soggetto, ritiene che da essa può anche discostarsi, ma solo nell'astrazione.

Da dove partire, se non possiamo muovere dal soggetto?

2. Ripeto i termini del problema. In sintesi, esso coincide con la domanda: è reale una condizione di esistenza nella quale l'uomo non è soggetto? Ed è reale che questo accada non come conseguenza di qualcosa che l'uomo subisce, a lui cioè imposto dall'esterno? È reale che una esistenza segnata dal destino della ne-

cessità venga pienamente vissuta dall'uomo come la propria casa, sebbene di questa casa non è padrone, così che lui non dispone del tempo e del mondo nei quali il suo esistere si realizza?

Ciò che, con il totalitarismo, appare reale è dunque che l'uomo trovi sé stesso e si senta appagato vivendo una condizione che è l'opposto di quanto abitualmente riteniamo appartenga alle aspettative della soggettività. Se questo corrisponda ai fatti, se sia cioè una reale possibilità dell'esistere, questo è il problema.

3. Non abbiamo allora alternative. Se non possiamo partire dal soggetto, anche solo per impostare questo problema dobbiamo muovere da un'altra prospettiva.

Svolta non semplice, questa. L'individualismo è consolidato e su di esso poggia l'intera età moderna, almeno quanto al suo sistema concettuale e al suo ordine giuridico¹⁵.

Considerando tradizionalmente l'uomo soggetto come l'unica realtà dell'uomo, questo significa che abbiamo bisogno di una prospettiva che oltrepassi quella tradizione medesima. La possibilità dell'essere collettivo dominato, per l'individualismo, non è reale. Ciò perché la realtà per noi lascia posto solo al soggetto, alla sua realizzazione, alla sua garanzia. Oltrepassare questo significa dire che la realtà non è solo questo.

Se imbocchiamo questa strada, sappiamo dunque dove essa ci porta. La strada, se c'è, conduce a modificare la nostra tradizionale comprensione della realtà dell'uomo. E ciò fino al punto che non risulti più assurda una condizione di esistenza nella quale, chi governa il tempo è un modello, è nella realizzazione di un modello che l'uomo trova senso e ragione, intorno a questo modello si costruisce un mondo, cioè un sistema di valori, di conoscenze, di strutture sociali, fino a che il modello diventa l'oggetto principale della garanzia giuridica e il soggetto effettivo della storia.

La realtà dell'esistere, della quale abbiamo bisogno, è quella nella quale c'è posto, non solo per l'uomo che si realizza in quanto

¹⁵ Ripeto le posizioni di G. FASSÒ, *Scritti di filosofia del diritto*, vol. II, Milano 1982, pp. 523 ss.; M. VILLEY, *op. cit.*, pp. 138 ss.; N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino 1997, spec. pp. 59 ss.

soggetto, vedendo garantite ed effettive la sua singolarità e libertà, ma anche per l'uomo che si realizza avendo una condizione di esistenza nella quale la libertà e la singolarità sono del tutto tolte.

4. *Il nichilismo europeo e l'essere storico fenomenico*

1. Posta la questione nei termini ora indicati, la “nuova interpretazione dell'intero accadere” che Nietzsche persegue come suo compito fondamentale può rappresentare la prospettiva che ci serve. Coincide con lo spostarsi, dalla comprensione metafisica del reale, alla comprensione storico-fenomenica dello stesso. Trattare l'“essere”, non come una verità, ma come “essere storico”, “condizione di esistenza”, questo che Nietzsche considera “il grande salto” rispetto alla intera tradizione occidentale, questa è la prospettiva, che non muove dal soggetto, e che può mostrare reale l'uomo voluto dal totalitarismo.

2. Nietzsche ha un principio metodologico. «Noi», scrive, in riferimento a uno dei progetti dedicati alla compilazione dell'*Eterno ritorno*, «siamo nel pieno di una attività tendente a stabilire i *fatti*»¹⁶. E il fatto che a lui si pone di fronte è il Nichilismo europeo¹⁷.

Esso, per Nietzsche, non è una teoria. È il fenomeno storico

¹⁶ VII/2, 27[67], p. 270.

¹⁷ VII/3, 34[73], p. 121. Per “la nuova interpretazione” e il suo legame con il “nichilismo europeo”, così come per i passaggi del pensiero di Nietzsche ai quali faccio riferimento, accanto alle citazioni presenti nelle note di questo saggio, il lettore potrà servirsi, volendo, anche del materiale da me già pubblicato. Potrebbe risultare utile come completamento e chiarimento del pensiero di Nietzsche. A questo fine, rinvio dunque ai miei *Trasvalutazione dei valori e ontologia giuridica in Nietzsche*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino 2000, pp. 153-179; *Nietzsche: la storia come esperimento. Condizione di esistenza materiale e libertà dell'oltre-uomo*, in *Tigor*, A. VII, 2015, n. 1, pp. 46-53; *Nichilismo europeo e storicità della trasvalutazione dei valori*, in *Tigor*, A. VIII, 2016, n. 2, pp. 3-15; e ora *Nichilismo europeo, ideologia totalitaria, neo-costituzionalismo*, in *Tigor*, A. IX, 2017, n. 2 (in corso di pubblicazione).

attraverso il quale l'ontologia perde ogni valore e il divenire si sperimenta senza senso. Con conseguenze precise. È il fenomeno storico attraverso il quale nulla di quanto accade può più essere riferito ad un "aldilà". È il fenomeno attraverso il quale l'ontologia si dimostra causa di estraniamento, e l'estraniamento si rivela autoestraniamento¹⁸.

Con il Nichilismo non accade qualcosa che si impone all'uomo dall'esterno¹⁹. L'uomo stesso ha prodotto il mondo che lo ha alienato, riponendo il senso in assoluti, e facendo dell'essere un fondamento e principio di verità. È l'ontologia la causa della crisi dei valori tradizionali, e con ciò è essa stessa la causa del fatto che questi valori non hanno più alcun senso. Si capovolge, in Nietzsche il rapporto tra Nichilismo e non senso. Esso non è la causa della perdita di senso del mondo tradizionale. È invece il fenomeno storico che rivela dove conduce l'ontologia, e che cosa essa effettivamente è.

L'ontologia ha estraniato l'uomo, rendendolo straniero in casa propria, cioè nel divenire. E l'uomo stesso, producendo il mondo metafisico, ha prodotto la propria alienazione. Il Nichilismo europeo rivela tutto questo, e imposta la svolta. Si afferma con esso storicamente un nuovo bisogno di senso. Un senso non più cerca-

¹⁸ Questa ricostruzione del pensiero di Nietzsche è sostenuta dal materiale al quale facevo riferimento nella nota precedente. È la sintesi di quanto da me dettagliatamente esposto, e documentato attraverso i testi di NIETZSCHE, nei saggi *Nichilismo europeo e storicità della trasvalutazione dei valori* e *Nichilismo europeo, ideologia totalitaria, neocostituzionalismo*. I termini "estraniamento" e "autoestraniamento" non appartengono al vocabolario di Nietzsche. Ritengo tuttavia non sia una forzatura adoperarli. Nelle mie intenzioni essi nominano correttamente la dinamica tra "mondo vero" e "mondo apparente" conseguenza dell'errore dei filosofi. Vedi VI/3, pp. 73-74 e 75-76; VIII/2, (249) 10[137], p. 176; VIII/2, (53) 9[73], p. 47; VIII/3, 14[153], pp. 125-126.

¹⁹ Questo "autoinganno", come lo definisce Nietzsche, lo si ritrova, per lui, in «quasi tutti i grandi "sistemi"». Esso nasce dal «pregiudizio fondamentale» di credere che l'ordine e la sistematicità «debbono inerire al *vero essere* delle cose, mentre il disordine, il caos, l'insondabilità deriverebbero solo da un mondo falso o incompletamente conosciuto – sarebbero insomma un errore – il che è un pregiudizio morale» VII/3, 40[9], p. 318. «Pregiudizio morale» e «Superstizione», quella di credere «all'incondizionato» VII/3, 34[28], p. 109.

to fuori dal divenire, ma nel divenire stesso, così da superare l'estraniamento. Una *riappropriazione* del mondo come mondo proprio, dopo aver sperimentato che si è prodotto un mondo rivelatosi estraneo e nemico: questo è il Nichilismo²⁰.

Il Nichilismo non è una teoria, o una condizione dell'animo, un pessimismo. Esso è innanzitutto un *contromovimento storico*²¹, cioè un movimento che storicamente segna la riappropriazione del mondo del divenire, che si realizza "contro" l'autoestraniamento ontologica, che al divenire ha tolto ogni senso, rendendolo privo di valore, e rendendo priva di valore l'intera storia materiale.

Contromovimento. Il Nichilismo colma il vuoto di senso la-

²⁰ È questo un ulteriore termine chiave per la comprensione del fenomenico. E le indicazioni di Nietzsche in tal senso sono molte. Ne indico alcune: V/2, 12[200], p. 418; 12[208], p. 419; 14[8], p. 448; 14[9], p. 448.

²¹ Valgono, a questo proposito, le annotazioni di Nietzsche riportate in VIII/2, 11[411], pp. 393-394. L'intero «Tentativo di una trasvalutazione di tutti i valori», insieme al progetto della «Volontà di potenza», vengono indicati da Nietzsche come «un *contromovimento*». E questo è decisivo, sia per la comprensione del Nichilismo europeo, così come del futuro che questo fenomeno storico prepara. Leggiamo così: «Perché infatti è ormai *necessario* l'avvento del nichilismo? Perché sono i nostri stessi valori precedenti, che traggono in esso la loro ultima conclusione; perché il nichilismo è una logica pensata fino in fondo dei nostri grandi valori e ideali-perché dobbiamo prima vivere il nichilismo, per accorgerci di quel che fosse propriamente il *valore* di questi "valori" ... Noi abbiamo bisogno, quando che sia, di *nuovi valori* ...». Il *contromovimento* consiste dunque, nel ripiegamento della morale su sé stessa (VII/2, 25[503], p. 130), fino a trarre la conclusione che ogni morale è una ipotesi regolativa di condizioni di esistenza (VII/2, 25[307], p. 78), nella fine conseguente dei valori tradizionali, sperimentabili ormai come una ipotesi che ha fatto il suo tempo, e, inoltre, nella posizione di una nuova ipotesi, cioè di una nuova morale per una nuova condizione di esistenza. Viene meno quella che Nietzsche chiama «la corruzione dell'«aldilà»» (VIII/3, 14[6], p. 12), subentra quello che possiamo definire il «bisogno dell'«aldiquà»». Con ciò viene meno il «pregiudizio morale» che si ha bisogno di un «mondo vero» (VII/3, 40[9], p. 318) contrapposto al mondo nel quale siamo e scompare con esso la «superstizione» del «credere all'incondizionato» (VII/3, 34[28], p. 109). Il Nichilismo europeo, su queste basi, inaugura la condizione di esistenza secondo la quale ormai «crediamo al solo divenire, anche nelle cose spirituali» (VII/3, 34[73], p. 121). Questa condizione fenomenica, che ha bisogni del tutto diversi dalla precedente, è quella che esige nuovi valori. Nietzsche li definisce a volte valori dettati dalla «fisiologia». Certamente non potranno essere valori assoluti.

sciato dalla crisi dei valori tradizionali, percorrendo, ma in direzione opposta, la stessa strada che ha determinato l'estraneazione.

La direzione del contro movimento. Il Nichilismo produce un "mondo anticipato". Così come per la metafisica esso è un mondo per l'uomo improntato alla sicurezza. Un mondo orientato dalla Logica. È questo, infatti, secondo Nietzsche, l'unico modo per "essere". Ma l'"essere" che questo "mondo" rende una "condizione di esistenza" è in tutto e per tutto un *essere fenomenico*²². La Logica non viene più scambiata per criterio del vero. Viene ripresa così come fenomenicamente è sempre stata. Essa è una ipotesi regolativa di condizioni per essere.

5. Riappropriarsi del proprio mondo, dopo averlo ceduto al mondo metafisico. Restituire al fisico il senso che ad esso si è tolto inventando il metafisico. Compiere "il grande salto" rispetto all'intera tradizione occidentale. E ciò, riappropriandosi del fenomenico, e cercando solo in esso un senso. Questo è il Nichilismo. E, per questo, il Nichilismo si attua ponendo la realtà aldilà di ogni antitesi. «Grande *liberazione* che il comprendere questo comporta» scrive infatti Nietzsche, «la contrapposizione viene allontanata dalle cose, l'omogeneità di tutto l'accadere è *salvata*»²³.

6. "Fenomenico". Se questo termine deve designare il campo nel quale l'uomo si riappropria di sé e del proprio mondo, allora ha ragione Nietzsche. Il mondo fenomenico che serve all'uomo, non è certo quello nel quale ogni fenomeno rimanda ad una verità che è sempre esterna ai fenomeni stessi, diversa da loro e con loro inconciliabile. Il mondo fenomenico che serve all'uomo è proprio quello nel quale «la contrapposizione viene allontanata dalle cose». Condannato alla estraneità dalle antinomie metafisiche, «l'omogeneità di tutto l'accadere» è certamente per l'uomo una «grande liberazione».

²² VII/3, 34[73], p. 121.

²³ VIII/2, 9[140], p. 70.

7. Il fatto dal quale Nietzsche muove è sempre lo stesso ed è quello che spiega i passaggi e le affermazioni. L'estraniamento è il prodotto di un mondo da noi stessi prodotto, il mondo metafisico. E questo mondo è estraniante perché necessariamente antinomico. Il principio, che fin dall'inizio lo sostiene, stabilisce infatti che può esserci un senso nel divenire solo se c'è un "essere" dal divenire completamente diverso. La distanza, differenza e inconciliabilità tra essere e divenire, questo è il fondamento del senso, per la Metafisica. Ma è anche ciò che allontana sempre più il senso dalla realtà materiale, fino a lasciarla completamente priva di senso. La realtà scissa prodotta dalla scienza dell'essere è la realtà che conduce al Nichilismo. Se Nietzsche lo definisce "Nichilismo europeo" ciò è perché esso è il fenomeno che nasce e si sviluppa nel mondo della metafisica occidentale, avendo esclusivamente in essa la sua causa. La storia europea ha così, per Nietzsche, il Nichilismo come suo avvenimento presente perché essa è la storia dell'essere come verità. È la storia della realtà antinomica che sul fondamento di questa verità storicamente è stata costruita. Un "essere", concepito come il "totalmente altro dal divenire", ha fatto dell'Occidente un destino della necessità. Necessariamente, l'Occidente, per Nietzsche, è entrato in crisi, necessariamente ha condotto al non senso, e prodotto storicamente il fenomeno del Nichilismo. I progetti di Nietzsche per la nuova interpretazione dell'accadere sono scanditi dalla successione: "avvento" del Nichilismo, "necessità" del Nichilismo, "auto superamento" del Nichilismo²⁴.

8. Per superare l'estraniamento, per avere come nostro il mondo che noi stessi creiamo, occorre superare la realtà scissa prodotta dalla ontologia. E poiché causa primaria della scissione è l'antinomia tra essere e divenire, a partire dalla quale la metafisica ha

²⁴ Ripeto qui quanto Nietzsche afferma in VIII/2, 11[411], p. 393 e in VIII/3, 13[4], pp. 4-5. Sottolineo, ancora una volta, che questo è il punto decisivo per comprendere la nuova interpretazione che Nietzsche progetta. Rinvio, per questo, al mio *Nichilismo europeo e storicità della trasvalutazione dei valori*, in *Tigor*, A. VIII/2016, n. 2, spec. pp. 4-6.

spostato tutto il senso nel soprasensibile, fino a svalutare completamente il sensibile, il contro movimento del Nichilismo coincide con il superamento della loro opposizione.

“Il grande salto”, che Nietzsche progetta di compiere rispetto alla lettura ontologica del reale, parte da essere e divenire come mondi separati e antinomici, per giungere a un “essere” che, al contrario di quello voluto dalla ontologia, è “fenomenico” in quanto interamente “coinvolto nel divenire”, ad esso sempre esposto, dal divenire medesimo “dipendente”.

5. *Il tempo previsto, il mondo anticipato e l'essere fenomenico mondo-dipendente*

1. Da “essere” come ciò che sempre è “aldilà del divenire” a un “essere coinvolto nel divenire”. Come si realizza questo passaggio? E che significa?

Per comprendere occorre partire dallo stesso punto di Nietzsche. E questo punto è una condizione di esistenza nella quale, fallita la metafisica, ci si ritrova senza senso.

L'alternativa, per Nietzsche, è abbandonarsi al pessimismo o trovare un senso.

Nietzsche segue questa seconda strada. E non perché soggettivamente ritiene che un senso deve per forza trovarsi. Piuttosto sta ai fatti. E, tolta la metafisica, i fatti sono i fenomeni, l'accadere, in una parola il divenire. E il divenire si dimostra effettivamente senza senso, per la sua casualità. Ma, senza ricorrere a nulla di “esterno”, si constata che questa casualità e imprevedibilità può essere tolta dal divenire. Ciò che è imprevedibile lo si può rendere prevedibile, ciò che è casuale lo si può rendere necessario. Si ottiene questo risultato logicizzando l'accadere. Il che significa, innanzitutto, rendendo il tempo una realtà cronologica e misurabile.

2. Il tempo è il modo attraverso il quale la realtà innanzitutto si impone a noi. Essa non è mai ferma, bensì muta. E il suo mutamento ha una direzione. Sempre va “avanti”. Per questo l'esperienza immediata del reale è che esso diviene. E diviene andando

da un prima a un dopo. Inesorabilmente e continuamente. Non è errato, dunque, concordare con Nietzsche quando sostiene che il nostro problema è la difficoltà di vivere il divenire. Esso, infatti, è sempre un passato che si perde e un futuro del quale non si sa nulla. Concludere esistenzialmente che tutto è un caso sembra dunque il modo più realistico di avere a che fare con il divenire. E che l'esistere sia un caso spesso si impone all'esistenza come il primo dubbio e il primo problema, o anche come una inevitabile constatazione.

Rendere il tempo una realtà calcolabile e misurabile già toglie casualità al divenire. Questo non è più qualcosa di estraneo e estraniante. Non è più ciò che semplicemente passa. Misurato e calcolato, esso è ora prevedibile. E la previsione ferma il tempo, rendendolo ciò di cui si può disporre.

3. Il tempo cronologico e misurabile è il primo passo attraverso il quale il divenire può essere vissuto come qualcosa di non casuale. Ma, attenzione a non ridurre questo passaggio al piano delle sensazioni soggettive.

Rendere il tempo misurabile e con esso rendere il divenire una condizione di esistenza, tutto questo è reale se si trasforma in un "mondo", cioè, come indica Nietzsche, in un "mondo anticipato"²⁵. Che significa? Significa che il divenire si trasforma in una condizione di esistenza e perde il non senso che lo contraddistingue se conoscenza, strutture sociali, istituzioni, diritto, valori, di fatto ciò che per noi riempie l'espressione "mondo dell'uomo", se tutto questo viene orientato dal calcolo, dalla prevedibilità, dalla certezza. Un mondo anticipato è un mondo nel quale l'uomo può vivere, cioè essere, sentendosi al sicuro rispetto al divenire, perché l'intero suo mondo lo rassicura e assicura che l'imprevedibile sarà sempre ricondotto alla previsione, il caso alla necessità, l'occasionale al calcolo²⁶. In questo mondo anticipato la sicurezza è

²⁵ Sintetizzo in questo modo l'affermazione di Nietzsche «Il suo bisogno inventa già, come creatore, il mondo a cui lavora, lo anticipa: questa anticipazione ("questa fede nella verità") è il suo sostegno» VIII/2, (65) 9[91], p. 43.

²⁶ VIII/2, 9[38], pp. 14-15; VIII/2, 9[91], p. 43; VIII/2, 11[99], p. 259.

ciò che dà senso. Il divenire perde così la sua estraneità quando la certezza della previsione diviene il valore primario del mondo dell'uomo, il che significa quando l'uomo riconosce come suo proprio mondo e suo proprio tempo solo quelli strutturati secondo i modi e le forme del calcolo anticipante. Quando questo risultato viene raggiunto, allora il bisogno primario che il mondo fenomenico ha, questo bisogno è appagato. Senza dover ricorrere a nulla di metafisico, la prevedibilità dà senso alle cose. Essa trasforma il divenire nella casa dell'uomo.

4. Un mondo anticipato, cioè logico, calcolabile, prevedibile, sicuro. E, in quanto sicuro, sempre familiare, non estraneo, né inquietante. Un mondo, cioè un insieme di costumi, leggi, valori, conoscenze, consuetudini e istituzioni tutte costruite secondo il pensiero dominante che nella sicurezza si vive e che garantire la sicurezza significa garantire la vita.

Fare del divenire un mondo anticipato realizza il salto programmato da Nietzsche. Insieme a questo "mondo" si affermano infatti due realtà.

La prima, che non c'è un essere senza mondo. La seconda, che la condizione di esistenza nella quale l'uomo ha un suo proprio tempo, nella quale cioè si sente un essere, quella "condizione" è mondo dipendente²⁷.

Sempre, per Nietzsche, la *Logica* «è il tentativo di *comprendere, o meglio di rendere per noi formulabile, calcolabile il mondo reale secondo uno schema di essere da noi posto*» VIII/2, 9[97], p. 48. Per mezzo della *Logica* cerchiamo dunque di «riordinarci un mondo in cui la *nostra esistenza* sia resa possibile – creiamo con ciò un mondo che è calcolabile, semplificato ... per noi». VIII/2, 9[144], p. 72.

²⁷ Le espressioni «non c'è essere senza mondo» e «mondo dipendente», non sono di Nietzsche. Appartengono a Martin Heidegger. Preciso, a questo proposito, che la seconda, «mondo-dipendente», *welthörig*, deve il suo conio a Heidegger stesso. La si trova in M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano 2006, p. 87. La prima è una sintesi di quanto Heidegger afferma in ID., *I problemi fondamentali della fenomenologia*, Genova 1999, pp. 284-285 e in ID., *Logica. Il problema della verità*, Milano 1986, pp. 140-144. Rendo in questo modo le proposizioni: «Il mondo appartiene alla costituzione ontologica dell'esserci»; «Il mondo esiste, vale a dire è solamente se l'esserci ci è» (*I problemi*); «Finché l'esserci è il suo "ci", esso è in un mondo»; l'essere presso il mondo «è nel modo dell'esser-

5. Il passaggio è obbligato. E deriva dal fatto che, ora, i modi e le forme che rendono prevedibile il divenire, cioè che permettono all'uomo di viverlo come la propria casa, queste sono i "soggetti reali" del mondo per l'uomo nel quale il divenire si trasforma. Sono essi che trasformano il divenire nel luogo e nel tempo nei quali l'uomo si sente a casa. Rispetto a queste forme e a questi modi tutto viene dopo. Essi garantiscono infatti la condizione primaria. Quella di vivere dove senza prevedibilità si sperimenta l'impossibilità di vivere. Quella di avere un proprio tempo e un proprio mondo dove, senza prevedibilità, ci sarebbe solo la casualità estraniante.

Il mondo anticipato consente all'uomo di essere. Questo è il fatto. E il mondo anticipato è la "condizione" senza la quale non si può vivere. Dunque, ciò che realizza la trasformazione del divenire in un mondo sicuro, quello decide anche dei valori, delle leggi e delle strutture necessarie a garantire la sicurezza che si raggiunge. Fin dal quotidiano tutto deve essere orientato alla certezza, rendendo ovvio e mentalità dominante il principio: sono, se innanzitutto sono al sicuro, e sono al sicuro se vivo in un "mondo anticipato", in un mondo che ha senso perché non è mai casuale, e, nel quale, il senso del vivere, ha la sua misura nel grado di prevedibilità che hanno i giorni.

Legittimamente, a questo punto, si deve concludere che non c'è un essere senza mondo. Infatti solo il mondo anticipato crea la condizione per vivere. Ma detto questo, si deve anche aggiungere che "questo essere" è "mondo dipendente". Esso dipende, infatti, dalle condizioni attraverso le quali si realizza la sicurezza, cioè dalle strutture che fanno di una realtà casuale una casa per l'u-

costretti a riferirsi al mondo»; «l'esserci si trova sempre in un rapporto determinato con il mondo che lo circonda, costretto a riferirsi, se vogliamo prendere come esempio noi stessi, a un determinato mondo circostante da una determinata costituzione» (*Logica*). La paternità delle espressioni da me adoperate è dunque riscontrabile. Se le adopero in riferimento al pensiero di un Autore diverso ciò non accade tuttavia per leggerezza esegetica. Ritengo piuttosto che esse nominino correttamente, e in generale, porte di accesso alla fenomenicità. Non mi sembra dunque errato utilizzarle anche per Nietzsche che nell'esclusivo mondo fenomenico intende muoversi.

mo. Queste strutture, con le loro condizioni di conservazione e consolidamento, attraverso le quali è garantito di fatto l'essere in un mondo prevedibile, esse sono i "valori" fondanti. Vengono prima di tutto. Il rapporto tra essere e mondo è indissolubile, così che essere nel mondo costituisce un fenomeno unitario. Fenomeno unitario significa che non troviamo mai una condizione di esistenza, nella quale l'uomo può essere, se non come mondo. Ma, significa anche che, nel rapporto essere-mondo, il primo dipende interamente dal secondo.

6. Nella realtà di un mondo anticipato si realizza il salto di Nietzsche rispetto alla tradizione occidentale perché scompare ogni antinomia, venendo meno quella tra essere e divenire. Essere, ora, non è più l'opposto del divenire. Esso è, anzi, il "modo" che l'uomo ha in un mondo anticipato. In questo mondo, che ha un senso, l'uomo "è".

Questo è il punto al quale arriva Nietzsche. Poggia sul reperto primario che l'indagine incontra leggendo i fenomeni senza in nulla riferirli a qualcosa "fuori" da essi. In questa fenomenologia, o descrizione, il termine "essere" equivale a "vivere" e nomina una "condizione" nella quale si dimostra possibile "vivere nel divenire".

"Essere" dunque è una "condizione di esistenza"²⁸, questo per Nietzsche è il fatto dal quale muovere per comprendere il reale in modo non ontologico. Ciò significa muovere dal fatto che a. essere non è la verità delle cose; b. per essere occorre una condizione; c. la condizione della quale si ha bisogno per essere è quella che permette di vivere nel divenire.

Dall'essere, come realtà fuori dal divenire, nominato come verità delle cose perché ritenuto l'inizio originario immutabile e definitivo che da senso al divenire, da questo si passa all'essere come un modo di vivere nel divenire, a qualcosa che, come il divenire, muta con il mutare delle condizioni che il divenire può richiedere per esistere.

²⁸ VII/2, 25[307], p. 78.

Adoperando la terminologia di Nietzsche possiamo dire che, quella che veniva considerata “verità” ora è un “bisogno”²⁹. Il bisogno di avere un mondo anticipato, non casuale. Non solo. Quello che apparteneva al mondo metafisico, separato e distante dal fisico, ora è un bisogno materiale che dipende dal fisico. Esso si appaga, infatti, di volta in volta, in risposta a quanto è necessario per rendere il divenire un luogo abitabile. Il modo come il mondo anticipato viene costruito cambia con il cambiare delle condizioni che lo rendono costruibile.

7. Conclusione: come il divenire non può considerarsi mai una realtà stabile, lo stesso vale per le condizioni di esistenza in esso rese possibili da mondi anticipati. Di fatto, ogni mondo anticipato è una condizione di esistenza. Questo significa che “essere nel mondo”, realisticamente compreso, è sempre e solo una *ipotesi*³⁰. Ogni mondo, progettato per garantire un divenire sottratto alla casualità, questo è un possibile modo d'essere. Almeno potenzialmente. Decide se è una condizione di esistenza la verifica che esso è capace di tradursi in realtà.

Nel mondo fenomenico governa allora una consapevolezza. In esso, non solo essere è un modo per vivere, e non una verità. Ma, non è neanche mai un modo stabile. Lo stesso vale per gli strumenti, le forme e i modi che realizzano un mondo anticipato. Tutto cambia seguendo le condizioni che, di volta in volta, trasfor-

²⁹ «Sono i nostri bisogni che interpretano il mondo»; «ciò che è logico è l'istinto stesso»; «l'origine dei nostri giudizi di valore: dai nostri bisogni»; tutta la storia è una *morfologia* della «forza inventiva che ha trovato le categorie operative al servizio del bisogno, del bisogno di sicurezza», categorie come «*sostanza, soggetto, oggetto, essere, divenire*» le quali, per questo, «non sono verità metafisiche». VIII/1, 7[60], p. 300; VIII/2, 25 [333], p. 85; VIII/1, 7[2], p. 240; VIII/1, 6[11], p. 224.

³⁰ «Ciò che abbiamo creduto più di tutto, ogni *a priori*, ... forse, risulta essere una condizione di *esistenza* della nostra specie – qualcosa come un'ipotesi fondamentale. Per questo, altri esseri potrebbero fare altre ipotesi fondamentali ... *Per questo*, tutte queste ipotesi potrebbero essere pur sempre false ... viene il compito del governo della terra. E, con ciò, la domanda: *come vogliamo* il futuro dell'umanità? Nuove tavole di valori, necessarie» VII/2, 25[307], pp. 78-79.

mano il divenire in un tempo prevedibile e calcolabile. Stando ai fatti, quell'“essere”, che è reale solo se ha un mondo, e che dal mondo sempre dipende, esso è correttamente compreso quando è trattato come un “essere storico”.

Siamo fenomenici fin nelle cose spirituali diventa siamo storici fin nelle cose spirituali. E questo è il “grande salto”.

6. *Il mondo dei futuri signori della terra: la signoria delle strutture*

1. La possibilità di misurare il tempo, creando un mondo anticipato, è la porta alla realtà fenomenica che Nietzsche apre. Questa possibilità trasforma profondamente ciò che la tradizione filosofica ha nominato “essere”. Questo, ora, è “mondo dipendente” e ogni indagine sul reale deve partire da esso come reperto primario.

Avviene così che il Nichilismo, dopo aver condotto la metafisica alle sue logiche conseguenze, mostrando che essa ormai ha fatto il suo tempo come condizione di esistenza, innesca un *contromovimento* capace di portare oltre la situazione di estraniamento prodotta da quel mondo.

Il Nichilismo getta le basi sulle quali costruire una nuova condizione di esistenza, nella quale l'uomo si senta a casa propria.

Per l'uomo ciò significa riappropriarsi di quanto il mondo metafisico gli ha tolto. È un mondo per l'uomo quello che il Nichilismo inaugura. È il mondo che si prepara «per un genere di uomini che» secondo Nietzsche «ancora non esiste», il genere dei «“signori della terra”»³¹.

2. Prima di compiere un qualunque passo ulteriore, occorre tuttavia comprendere molto bene questa affermazione di Nietzsche. Equivocare significa assegnare al Nichilismo un compito e un avvenire che ad esso non appartengono. Significa soprattutto mal com-

³¹ VII/2, 25[137], p. 41.

prendere la porta che, con l'essere fenomenico, si apre sulla realtà.

Un punto, a questo proposito, deve essere ben chiaro. La riappropriazione, che il Nichilismo inaugura, riguarda l'accadere e la storia materiale. Ciò significa che, con il Nichilismo, è innanzitutto il divenire a riappropriarsi di sé stesso, dimostrandosi una realtà che non ha più bisogno di ricorrere ad altri da sé, per avere senso e valore.

3. La nuova interpretazione dell'accadere, che s'inaugura con il Nichilismo, è, così, un contro movimento rispetto alla metafisica, ma anche rispetto alla nostra tradizionale comprensione dell'uomo.

Essere fenomenico. Esso libera il divenire dalla estraniamento. E lo libera fissando come principio il fatto che, nulla del divenire, deve mai rimandare a qualcosa fuori dal divenire stesso. Questo principio è, in campo fenomenico, il valore primario. Così che tutto dell'essere è subordinato all'affermarsi e attuarsi di questo valore. Una condizione di esistenza, nella quale è possibile essere, è una condizione di esistenza governata dalla priorità di questo valore.

4. Solo in un divenire che si è riappropriato di sé, solo là c'è la possibilità di un essere non estraniato. Questo è ora il principio. E esso ha precise conseguenze. Soprattutto per l'uomo. La conseguenza generale è che, con il Nichilismo, anche l'uomo si riappropria di sé. Ma, assumendo uno *status*, nel suo essere nel mondo, che non è quello al quale è abituato come soggetto.

Motivo di ciò, la condizione della sua riappropriazione. L'uomo si riappropria di sé, in quanto ora può vivere in un mondo che si è riappropriato di sé. La condizione, nella quale ora può esistere, è quella che determina l'appropriazione. E questa condizione è quella fenomenica, garantita da un mondo anticipato. E questa, ai fini della riappropriazione di sé, è una condizione che non ammette deroghe. Senza di essa, c'è l'estraniamento.

Data questa condizione, l'uomo che si riappropria di sé ha un rapporto specifico con il proprio mondo. E tale specificità sta nel fatto che, il mondo nel quale l'uomo si sente non estraniato, e che dunque vive come la sua propria casa, questo mondo, è prodotto

dall'uomo, ma non è necessariamente un mondo del quale lui dispone.

È un punto decisivo, questo. Un punto che modifica il nostro modo abituale di vedere la posizione e il ruolo che l'uomo ha rispetto al mondo.

5. Che significa, infatti, che per sentirsi a casa propria, dunque non estraniato, anzi al sicuro, non necessariamente questo equivale a sentirsi signore della casa così come noi abitualmente intendiamo questa signoria? Alcuni passaggi danno la risposta.

Decisivo, in ogni caso, per comprendere, è tenere fermo il fatto che ci troviamo ora in un mondo fenomenico. E che questo mondo, in generale, è la casa dell'uomo perché, in esso, non c'è estraniamento. Nulla della storia materiale e dell'accadere trova ora senso e valore fuori dal divenire.

Da qui, le conseguenze. La prima, e la più importante, è che l'essere fenomenico non è una teoria. Diciamo, infatti, che il divenire è fenomenico se ha un senso a partire da sé stesso. Ma dobbiamo sempre contemporaneamente aggiungere che avere un senso a partire da sé stesso è un fatto reale solo se, e quando, il divenire viene trasformato in un mondo anticipato.

L'essere fenomenico non è una teoria sul mondo, ma sempre una "produzione del mondo".

Una seconda conseguenza allora si impone. È l'uomo, senza dubbio, che trasforma il divenire in un mondo anticipato. È lui che produce mondi. Ma sono poi le condizioni e strutture, attraverso le quali il mondo prodotto non esce mai da sé stesso, sono queste a garantire che, in quel mondo, sicuramente il senso lo si troverà sempre e solo al suo interno.

Terzo passaggio. È l'uomo che produce mondi anticipati, questo resta. Ma del mondo che produce, lui non è signore. Sono le strutture di questo mondo quelle che governano. Governano il divenire così che, non avendo mai bisogno di altro da sé stesso, esso permane un mondo non estraniante.

6. Il governo delle strutture costituisce il passaggio decisivo per la realtà del mondo fenomenico. Il motivo è storico. Devono

governare le strutture perché non deve più accadere quanto è accaduto con la Metafisica. Anche lì l'uomo è artefice di mondi. Ma il mondo prodotto dall'uomo è poi divenuto estraneo e nemico all'uomo stesso. Questo perché ha cercato il senso in una realtà diversa dal divenire.

Nel mondo che l'uomo crea, e che deve essere il suo proprio mondo, nulla può essere lasciato al caso, non per quanto riguarda il senso. L'uomo deve poter contare sul suo mondo. Essere sicuro che non diventerà estraniante, e nemico.

Questa assicurazione il mondo la può dare attraverso le sue strutture. Un mondo, certamente strutturato in modo da escludere il ricorso a "mondi esterni", è un mondo del quale l'uomo si può fidare, nel quale si può sentire al sicuro, a casa propria.

È questo il mondo anticipato nel quale l'uomo può vivere. È questo che produce. Ma è anche il mondo nel quale l'uomo, per vivere, deve obbedire alle strutture che fanno di quel mondo un mondo sicuramente fenomenico.

Le strutture che di fatto salvano il divenire dalla estraniamento, queste effettivamente guidano e governano il divenire. E questo vale in generale. Anche per l'uomo. Egli è, e resta, a casa propria, se vive secondo le strutture che garantiscono l'esclusione di ogni ricorso fuori dal divenire.

7. Il Nichilismo è un effettivo e reale contro movimento perché capovolge il rapporto tra uomo e mondo prodotto. Nella Metafisica l'uomo produce mondi, ne è artefice e signore. Ma questi mondi si rivelano poi sempre estranianti. Con il Nichilismo questa produzione di mondi non si ferma. Resta l'artefice. Ma cambia chi di questo mondo è signore. Con ciò si realizza il contro movimento. Il mondo è governato dalle strutture. L'uomo non è più signore. E il mondo non è più estraniante per l'artefice che lo ha prodotto.

La modifica del nostro modo abituale di intendere l'uomo sta nelle affermazioni di Nietzsche. «L'uomo artista», scrive, «è divenuto opera d'arte»³². Questo nella nuova interpretazione dell'ac-

³² III/2, p. 51.

cadere, nel divenire che si è riappropriato del proprio senso. I futuri signori della terra sono, infatti, sempre e comunque “artisti”. Sono loro che continuano a inventare il mondo, così che sia un mondo anticipato. Ma essi sono “signori” perché abitano una “terra” non estraniata. Così dipendono dalle condizioni che mantengono non estraniata quella terra. Sono, allora, signori se non si distinguono dal loro proprio mondo, trattandolo come un oggetto. Posto che la signoria coincide con il vivere un mondo non estraniato, lo *status* dei signori della terra è quello di essere “strumento e funzione” del mondo che hanno inventato. Appartengono interamente a quel mondo, che loro stessi producono. Essi sono la loro stessa invenzione, la loro propria “opera d’arte”.

I futuri signori della terra. Tanto non sono un soggetto, come noi abitualmente lo intendiamo, che Nietzsche definisce “l’oltre-uomo”, cioè “l’uomo ponte” tra estraniamento e superamento della stessa, come altrimenti nomina in Zarathustra l’*Über-mensch*, questo uomo lo chiama «essere collettivo dominato»³³.

8. L’oltre-uomo, l’uomo che va oltre l’estraniamento metafisica, capovolge il rapporto tradizionale tra uomo e mondo, costruito sempre per differenza dell’uomo da tutto ciò che lui stesso non è. In un mondo che, quanto al senso, non ha bisogno mai di ricorre-

³³ Zarathustra annuncia «Il “superamento di sé” dell’uomo» VII/3, 39[10], p. 306. Ma è sempre decisivo non equivocare sul significato di questa affermazione. Scrive infatti Nietzsche sotto il titolo «Il SUPERUOMO»: «Il mio problema non è di stabilire che cosa possa prendere il posto dell’uomo, bensì quale specie di uomo debba essere scelta, voluta, *allevata* come specie di valore superiore» VIII/2, 11[413], p. 394. «La mia proposizione finale è» infatti che «l’uomo *reale* rappresenta un valore molto più alto dell’uomo “desiderabile”» VIII/2, 11[118], p. 265. Per questo «Il problema che io pongo qui non è di stabilire che cosa debba prendere il posto dell’umanità, nella successione degli esseri, bensì di fissare quale tipo di uomo si debba *allevare*, si debba *volere*, come tipo di valore superiore, più degno di vivere, più sicuro dell’avvenire» VIII/2, 11[414], pp. 395-396. In questo senso, «L’uomo ha il massimo valore come strumento e funzione» del tipo che si ritiene più adatto all’allevamento V/2, 12[42], p. 399. E questo “tipo”, che non può essere né “persona”, né “soggetto”, condizioni di esistenza ormai superate, e da superare, Nietzsche, nel suo primo piano per *La Volontà di potenza*, lo chiama «essere collettivo dominato» VII/3, 39[13], p. 307.

re a qualcosa fuori di sé, governa l'omogeneità dell'intero accadere. Non ci sono antitesi, neanche riguardo all'uomo e alla sua identità. Vale il principio che tutto è strumentale a che non si crei estraniamento. E tutto è in funzione di questo risultato. Anche l'uomo.

7. La riappropriazione storica del mondo fenomenico

1. Riappropriazione di sé del divenire. Poiché essere è essere storico, vale l'annotazione di Nietzsche, siglata come principio metodologico. Essa dice: «esattamente lo stesso svolgimento, ma una interpretazione superiore dello svolgimento»³⁴.

La storicità impone una regola. All'interno del fenomenico, non si volta mai definitivamente pagina, né mai si inizia da zero. «Vogliamo essere gli eredi di tutta la moralità passata: e non cominciare di nuovo»; «Il mondo esistente ... noi vogliamo continuare a costruirlo – e non a liquidarlo, come sbagliato, con la critica!»³⁵. Così scrive Nietzsche. E lo scrive a ragione.

Nulla del divenire può essere buttato, una volta che si è compreso che non ci sono due mondi, uno vero e uno falso, e che il divenire ha senso e valore di per sé. Piuttosto, questo divenire va di volta in volta letto nella sua effettività, secondo le sue strutture e dinamiche, così come queste si affermano storicamente. Essere mondo-dipendente significa innanzitutto, poiché è il mondo storico quello di cui si tratta, essere storia-dipendente.

2. La conseguenza di questo principio metodologico è che non valgono categorie o essenze. Valgono solo i fatti. Il mondo del quale il divenire si riappropria è così il mondo quale storicamente si è affermato. Si riappropria del mondo metafisico, con le sue strutture e dinamiche. Esattamente lo stesso svolgimento dell'accadere, vuole Nietzsche. E l'accadere, fino a lui si è svolto secon-

³⁴ VIII/1, 1[119], p. 30.

³⁵ VII/2, 25[457]-25[438], pp. 120, 114.

do la metafisica. Ma una interpretazione superiore dello svolgimento, aggiunge. Cioè una interpretazione che non conduca alla estraniamento. Il senso dell'essere va trovato all'interno della storia così come essa si è attuata. La riappropriazione segue le stesse strade della Metafisica in quanto storia occidentale.

3. Nietzsche ha impostato la sua analisi affermando: «prima della questione sull'“essere” dovrebbe essere decisa quella sul valore della logica»³⁶. Dichiarando che la logica è uno strumento per vivere e che l'errore è stato quello di trasformare i principi di ragione in “giudici” dell'“essere”³⁷, ha indicato l'origine del Nichilismo europeo nella impostazione storicamente data alla questione “essere”.

4. Logica-essere. Da questo rapporto inizia la metafisica occidentale. Si innesca la dinamica che conduce al non senso e che impone la necessità di una nuova interpretazione dell'accadere.

Ma, attenzione! È facile qui cadere in un equivoco, falsando poi le affermazioni di Nietzsche. Si può infatti ritenere che, l'impostazione storica della questione essere che conduce al Nichilismo europeo sia stata “l'impostazione logica”. Non è così. La Logica, piuttosto, è un modo corretto di impostare la questione essere. Corretto in termini fenomenici e nell'ambito dell'essere fenomenico. Essa, infatti, misurando il tempo e, con ciò, rendendo il divenire, attraverso il calcolo, “un mondo anticipato”, realizza una condizione di esistenza, dunque un “essere”, stando alle cose stesse, cioè secondo la struttura del divenire, il tempo. La misurazione del divenire va dunque vista come un modo, forse il primo, senz'altro quello storicamente affermatosi, un modo attraverso il quale si può vivere il divenire secondo le possibilità d'essere in esso contenute. Logicizzazione, razionalizzazione, sistematizzazione appartengono, per Nietzsche, alla vita³⁸. Essi costruiscono un

³⁶ VII/3, 40[23], p. 326.

³⁷ VIII/2, (28) 9[38], p. 14 e VIII/3, 9[13], p. 8.

³⁸ VIII/2, (65) 9[91], p. 43.

“mondo” del tutto fenomenico, nel quale il senso è la certezza, essendo tutto sicuramente prevedibile, e il divenire, reso logico e sistematico, non dipende da altri che da se stesso.

L'errore che conduce al Nichilismo europeo non sta dunque nella Logica. L'errore sta nel non aver visto ciò che la Logica dimostra, e cioè che il divenire può avere un suo proprio senso, quello appunto di essere un mondo anticipato.

5. Un “pregiudizio”, secondo Nietzsche, ha reso possibile questo errore. Il pregiudizio morale che il divenire, di per sé, non può avere senso e valore, e che, per averli, se si vuole rintracciarli, occorre rivolgersi “fuori” dal divenire stesso. Fidando su questo “pregiudizio”, quali che siano i modi dell'accadere, il loro senso e il loro valore viene riferito ad altro dall'accadere stesso. E così si è fatto anche con la Logica. Si è constatato che essa produce una condizione di esistenza, dunque un essere, ma si è dedotto che questa produzione doveva avere la sua origine “fuori” dal divenire, posto che questo, di per sé, manca di un qualunque valore o senso. Non riferita al divenire, la Logica, con i suoi caratteri, specie la sua capacità di trasformare l'accadere nel “ritorno di casi identici”, è apparsa come la prova dell'esistenza, oltre il divenire, di un mondo certo, sicuro, stabile, esso sì capace di sostenere un essere. Questo mondo, con i suoi caratteri, è stato visto come mondo del permanente e ad esso è stato affidato ogni senso e valore. La Logica, da modo del divenire, è stata trasformata in giudice del divenire³⁹.

³⁹ «È questa la mia obiezione fondamentale contro tutte le cosmodicce e teodicee filosofico-morali, contro tutti i *perché* e i *sommi valori* proposti finora in filosofia e in filosofia della religione. *Una determinata specie di mezzi è stata fraintesa come scopo*» VIII/2, (249) 10[137], p. 176. Così, «facendo della logica un criterio del *vero essere*, noi siamo già sulla strada di porre tutte queste ipostasi come sostanza, predicato, oggetto, soggetto, azione, ecc., come realtà; ossia di concepire un mondo metafisico, cioè un “mondo vero”» VIII/2, (53) 9[73], p. 47. «Il principio di contraddizione» secondo Nietzsche «fornì lo schema» attraverso il quale entrò nel reale «la corruzione dell'“aldilà”» VIII/3, 14[153], p. 126 e 14[6], p. 12.

6. Dal “pregiudizio”, all’“errore”. La questione essere, che la Logica aveva impostato secondo il divenire, viene dalla Metafisica poggiata su un fondamento esterno al divenire. Essere, da condizione di esistenza, dipendente dal “mondo” che strumenti materiali, nel caso storico la Logica, costruiscono rendendo vivibile il divenire, da questo è stato trasformato in realtà meta-fisica, indicando nella Logica la prova e la giustificazione di questa conclusione.

La Metafisica ha dunque falsificato il “valore” della logica, attribuendogli contenuti assoluti, ad essa del tutto estranei. Con ciò, è stata falsificata la questione essere, ed è stato falsificato l’intero accadere. Il divenire, privato di un senso e di un valore propri, è stato snaturato.

Con il Nichilismo europeo, l’accadere si riprende ciò che da sempre è suo, si riprende il senso dell’essere e i modi del divenire si riappropriano del valore e del senso che ad essi compete. L’accadere si riappropria del suo proprio statuto, secondo il quale esso è «assenza di fondamento»⁴⁰. In conseguenza di ciò, siamo fenomenici anche nelle cose spirituali, e il divenire non ha bisogno di altri che di sé per tradursi in condizione di esistenza con un suo proprio senso e un suo proprio valore.

7. La nuova interpretazione dell’accadere è un’interpretazione storica. Essa accade nella storia, e la storia alla quale si riferisce, e con la quale ha a che fare, è la storia della Metafisica, cioè la storia dell’interpretazione che l’Occidente storicamente ha dato dell’accadere.

Esattamente lo stesso svolgimento, ma una interpretazione superiore dello stesso svolgimento. Questo afferma Nietzsche. Lo “svolgimento” è la Metafisica, cioè la storia che, partendo dal mondo vero, si ritrova storicamente di fronte al fatto che questo mondo non serve più a nulla. L’interpretazione superiore di questo svolgimento, senza nulla modificare di ciò che ha condotto alla Metafisica, restituisce ai fatti il valore del quale la Metafisica li ha espropriati.

⁴⁰ V/2, p. 45.

Formalmente questa restituzione coincide con la comprensione fenomenica del divenire. Sostanzialmente essa si realizza riappropriandosi della Logica e del mondo che effettivamente la Logica produce.

8. La Logica, così come Nietzsche la presenta, non è mai una teoria. Piuttosto essa è sempre un mondo “prodotto”. E un mondo strutturato così che dipende solo da sé stesso. La Logica ottiene ciò facendo dell'essere una condizione di esistenza orientato esclusivamente dalla previsione. E la sicurezza della prevedibilità garantisce dal dover ricorrere a qualcosa di esterno, garantendo dall'estraniazione. Il senso dell'accadere è che esso è sicuramente prevedibile. Così, per vivere in esso, non si ha mai bisogno di nulla. In un mondo già sempre previsto, sempre si sa che cosa fare, perché sempre si sa come andranno a finire i giorni.

Anche la Metafisica, in questo senso, è stata una forma di previsione, dunque una Logica. Attraverso il principio del fondamento ha garantito che tutto ha senso e niente è senza ragione. Ha anche garantito così che il divenire ha una direzione certa. E ha anche garantito il dopo la morte. Ma lo ha fatto rimandando a una realtà meta-fisica.

Un mondo certo che il senso si trova nei fatti, questo è quello che libera il divenire dalla estraniazione. E questa certezza la Logica la garantisce trasformando il divenire in un “mondo anticipato”, come dice Nietzsche, cioè prevedibile. Questo è il prodotto della Logica. Essa fa del divenire un tempo misurato, razionale, sistematico, sempre sotto controllo. E questa realtà vive delle condizioni che la mantengono sistematica. Solo di esse ha bisogno. In esse c'è il suo senso e il suo valore, perché attraverso di esse il divenire è vivibile, e può essere vissuto senza dover mai ricorrere a realtà “esterne”. Il mondo “sistematizzato” è il mondo certo che il senso si trova nel sistema e che basta restare al suo interno per non rischiare mai l'estraniazione.

9. Ma la sicura previsione non è solo il risultato di un calcolo. E il mondo anticipato non è solo il prodotto della precisione.

Qui la riappropriazione storica del divenire compie il suo pas-

so decisivo. La Logica è calcolo, ma essa è innanzitutto “finzione”⁴¹. E il mondo anticipato, che essa produce, è fenomenico in quanto logico, ma è logico perché in esso “la finzione è la realtà”⁴².

Poiché è finzione, la Logica procede per ipotesi e il suo campo di azione sono i “tipi”, cioè i “modelli”. A tipi e a modelli è destinato il mondo anticipato. E un “tipo d’uomo” è l’*Übermensch*⁴³. “Modelli”, cioè “artisti” che divengono “opera d’arte”, sono i “futuri signori della terra”.

L’errore della metafisica è consistito nel non accettare che “finzione e realtà sono la stessa cosa”. Ha così scambiato per verità i risultati della Logica. E ha fatto, di ciò che era finzione, una “cosa in sé”, cominciando dall’uomo⁴⁴.

La riappropriazione storica del divenire coincide con l’accettazione del fatto che la finzione è la realtà. E questa realtà è sicura che il senso appartiene solo al divenire se si affida esclusivamente a modelli. Un mondo anticipato, un mondo sicuramente non

⁴¹ «Il modello di qualcosa di assolutamente *fittizio* è la logica ... Qualcosa del genere non esiste nella realtà» VII/3, 34 [249], p. 181. E ciò conformemente al fatto che «*La conoscenza è la FALSIFICAZIONE con cui ciò che è eterogeneo e incalcolabile viene reso uguale, simile e calcolabile*» VII/3, 34 [252], p. 182. «L’*Io stesso è una costruzione del pensiero*, dello stesso valore di “materia”, “cosa”, “sostanza”, “individuo”, “scopo”, “numero”; quindi solo una *finzione* regolativa, col cui aiuto si introduce, si *inventa*, in un mondo del divenire, una specie di stabilità e quindi di “conoscibilità”. Il credere alla grammatica, al soggetto e oggetto grammaticale, ai verbi, ha soggiogato finora la metafisica; io insegno ad abiurare questa fede» VII/3, 35[35], p. 203.

⁴² VII/3, 40[53], p. 341

⁴³ «*Superuomo* [...] Il problema che io pongo qui non è di stabilire che cosa debba prendere il posto dell’umanità, nella successione degli esseri, bensì di fissare quale tipo di uomo si debba *allevare*, si debba *volere*, come tipo di valore superiore, più degno di vivere, più sicuro dell’avvenire» VIII/2, 11[414], pp. 394. 396.

⁴⁴ «I postulati logico-metafisici, il credere nella sostanza, nell’*accidens*, nell’attributo, ecc., trovano la loro forza di persuasione nell’abitudine di considerare tutto il nostro fare come conseguenza della nostra volontà, in modo che l’*io*, come sostanza, non perisca nella molteplicità del mutamento»; «se non crediamo più al soggetto ... cade infine anche *la cosa in sé*» VIII/2, 9[98], p. 55; VIII/2, 9[91], pp. 47-48.

estraniante, un mondo certamente prevedibile, è, a questo punto, un mondo di modelli.

Nel progetto della nuova interpretazione dell'accadere, alla Logica, Nietzsche fa seguire programmaticamente la Fisica, poi la Morale, quindi l'Arte e, infine, la Politica⁴⁵. Sono, questi, i passaggi necessari attraverso i quali l'ipotesi si fa sistema di conoscenza, consuetudine, pensiero dominante, senso comune, istituzione. Si fa mondo. Ma per un modello, al quale destinare il futuro. Dopo la Morale segue l'Arte, la finzione tradotta in opera, e, quindi la Politica, "l'allevamento e selezione del tipo"⁴⁶.

8. *La storia come esperimento e il modello Übermensch*

1. Nietzsche ritiene di poter definire la storia nominandola "il grande istituto sperimentale"⁴⁷. Essa è la storia delle ipotesi di esistenza messe in campo per vivere. L'ipotesi ultima, quella alla quale conduce il Nichilismo europeo, è che l'uomo si riappropria del suo proprio mondo quando questo è un mondo di modelli. Resta saldo il principio che il senso è nel divenire e che il mondo per l'uomo è un mondo anticipato. Solo che ora, il mondo al quale l'uomo lavora, per garantirsi che sarà sempre un mondo non estraniante, è un mondo di modelli. Lavorando solo con modelli, ed essendo lui stesso un modello, l'uomo produce un mondo che nel modello ha il suo senso e il suo valore. Esso è la nuova forma di mondo anticipato inaugurata dal Nichilismo europeo. La previsione ha ora il modo del vivere sempre secondo il modello e per realizzare il modello. Essa è un modo della certezza, in quanto il

⁴⁵ VII/3, 40[2], p. 315.

⁴⁶ «*Superuomo*. Il mio problema *non* è di stabilire che cosa possa prendere il posto dell'uomo, bensì quale specie di uomo debba essere scelta, voluta, *allevata* come specie di valore superiore»; «È passato il tempo della piccola politica; già il prossimo secolo porterà con sé la lotta per il dominio della terra – *la costrizione alla grande politica*»; con essa «il problema della disciplina e dell'allevamento» VIII/2, 11[413], p. 394; VI/2, 208, p. 144; VIII/1, 1[237], p. 59.

⁴⁷ VII/2, 26[90], p. 157.

modello stabilisce esattamente come i giorni devono essere spesi per avere senso. Esso appaga ogni bisogno e governa il tempo.

2. L'*Übermensch* di Nietzsche è un "tipo d'uomo"⁴⁸, un "modello". È il modello d'uomo che non è più un *ego*. E, in quanto non è un "io", non è neanche un "soggetto".

L'oltreuomo sa che «non esiste affatto l'"ego"» e che «il "soggetto" non è altro che una finzione»⁴⁹. Si rende conto che «Appartiene ancora all'*iperbolica ingenuità* dell'uomo "il porre" se stesso come senso e misura delle cose»⁵⁰. Questo perché, dove è stato appurato che il divenire non ha alcun "fondamento", e che, dunque, "il fenomenale è l'unica specie di essere", c'è la consapevolezza che tutto quanto pretende di sottrarsi in qualunque modo al divenire, questo è un retaggio della metafisica. E che, come retaggio metafisico esso è estraniante, come tutto ciò che la metafisica ha voluto fosse un "in sé", una realtà dato una volta per tutte, una "natura", una "sostanza" o "identità" inalienabile⁵¹, scendendo il mondo in antinomie insanabili.

L'*ego* non fa eccezione di fronte a questa consapevolezza. E neanche fa eccezione lo schema soggetto-oggetto. Entrambi rappresentano l'applicazione all'uomo della convinzione metafisica che il reale si afferma per opposti e che ha senso a partire da anti-

⁴⁸ VIII/2, 11[414], p. 396.

⁴⁹ VIII/2, 9[108], p. 62.

⁵⁰ VIII/2, 11[99], p. 291.

⁵¹ VII/3, 35[35], p. 203. L'uomo che vive il grande salto, muove, infatti, come scrive Nietzsche, da una «*Idea fondamentale*». E questa idea si traduce negli imperativi: «*Smettere di sentirsi come questo fantastico ego!*» e «*Imparare gradualmente a liberarci di questo presunto individuo!*» V/2, 11[7], p. 281. Occorre infatti, per Nietzsche, lasciarsi alle spalle «la mitologia di un essere corrispondente all'"io"» VIII/1, 7[1], p. 239. E, d'altro canto, quale alternativa avrebbe l'uomo? Mantenere l'*ego* significherebbe continuare a ritenere che esistano degli "in sé", cioè "realtà", "entità", "esseri" al di fuori del divenire, e perciò capaci di non subirne le sorti. Questa differenza ontologica sta alla base della metafisica. E sorregge, con la "sostanza", anche l'"io". Ma, per Nietzsche, «*L'essere manca. Ciò che diviene, il fenomenale è l'unica specie di essere*»; «Non esiste alcun essere al di sotto del fare, dell'agire, del divenire» VIII/1, 7[1], p. 257; VI/2, 1, p. 45.

nomie. Ma, nel fenomenico, regna sovrana “l’omogeneità dell’intero accadere”, come si è visto. Così, l’oltre uomo, è innanzitutto oltre l’estraniamento metafisico dell’io e del soggetto. Vive del modello che sta realizzando. E vive in “omogeneità” con questo modello. Non è un io, è un funzionario. Non è un soggetto, è un essere collettivo dominato.

Questo stesso uomo si realizza in un mondo di modelli, nel quale nessuno è un io. Tutti vivono per realizzare un modello di oltre-soggettività. E l’oltre-soggettività è il senso del loro essere. Un senso che si traduce nel fatto che l’oltre uomo è “*al di là del bene e del male*”. Così egli, non è un ego, ed è reale, se tutto di lui è “innocente”⁵².

L’innocenza. Questa la condizione di esistenza adatta all’oltre uomo. È quella che dà realtà al mondo come finzione. Un mondo innocente è l’ipotesi estrema di mondo anticipato, nel quale tutto è previsto perché nulla può mai non essere innocente.

L’oltre uomo, si riappropria del proprio mondo sostituendo al principio: tutto ha senso e niente è senza ragione, l’ipotesi che il divenire è innocente. Il primo, per realizzarsi ha avuto bisogno del fondamento, una realtà meta-fisica. La seconda, per essere reale, non ha bisogno di uscire dal divenire. Ad essa basta un modello.

3. Il totalitarismo ha fatto di un modello un destino della necessità. E a questo modello un popolo ha affidato il proprio avvenire. Realizzando questo modello, quel popolo si è ritenuto innocente. La realizzazione del modello ha segnato così l’inizio e la meta dell’esistenza, dando senso al tempo. Ha poi fatto di questo tempo un mondo, nel quale tutto, fin dal quotidiano, è stato finalizzato al modello stesso, compreso l’uomo. Da qui siamo partiti, ponendoci la domanda se sia reale che l’uomo abdica alla propria

⁵² L’innocenza è il carattere fondamentale che la nuova interpretazione riscontra nell’accadere, tanto che Nietzsche scrive «Tutto è innocenza: e la conoscenza è la via alla comprensione di questa innocenza» IV/2, 107, p. 103. Così, quello che Nietzsche progetta come «*Il ritorno alle cose stesse*» ha, tra i punti principali, «L’uomo innocente» e «L’individuo come esperimento» V/2, 11[219], p. 352.

soggettività, sentendosi realizzato come strumento e funzione, essere collettivo dominato. La risposta che si profila è, ora, affermativa.

Se l'uomo, al quale il totalitarismo affida il futuro, è un assurdo guardandolo dalla prospettiva del soggetto, esso diviene perfettamente comprensibile nella realtà fenomenica descritta da Nietzsche.

La premessa, ormai acquisita, è che ci muoviamo sul piano delle condizioni di esistenza. Questo significa che, dentro le coordinate di un mondo fenomenico, il problema dell'uomo è quello del mondo che lui stesso produce.

All'interno di queste coordinate, dove la condizione base per vivere è vivere in un mondo proprio, il che significa vivere in un mondo il cui senso non venga dall'esterno, e dove per riconoscere che si sta nel proprio mondo la condizione è che si abbia questa sicurezza, qui diventa del tutto possibile che l'uomo, e la sua soggettività, vengano interamente subordinati alle condizioni che la sicurezza rendono effettiva, cioè alle strutture che la garantiscono.

In generale, adoperando la lettura del reale fornita da Nietzsche, siamo in grado di dire che, letto fenomenologicamente, l'uomo può abdicare completamente alla sua soggettività. Il valore prioritario, per lui, è che il senso sia nel divenire. In caso contrario la sua esistenza sarà estraniata, e il mondo nel quale si trova, non potrà mai essere il suo proprio mondo. Questo "valore" è reale in un "mondo anticipato". E le condizioni che realizzano questo mondo sono il "valore reale". Esse garantiscono infatti che il senso è dentro il divenire, i fatti, la storia. Garantiscono la non estraniamento.

Il Nichilismo europeo rivela, per Nietzsche, che la forma storica attuale del mondo anticipato è un mondo di modelli, all'interno del quale anche l'uomo è un modello. E il tempo del modello pone come condizione che il "modello base", possiamo dire, sia l'*Übermensch*, l'uomo che è oltre il soggetto e la soggettività, oltre l'ego e l'individuo.

L'uomo voluto dal totalitarismo è, a questo punto, del tutto possibile. La sua esistenza è una condizione reale nel mondo fenomenico. Lo stesso totalitarismo può essere letto come una ver-

sione storica del rapporto Logica-Essere. Esso inventa un mondo anticipato, un mondo che ha senso solo a partire da sé stesso, basato sulla “finzione” di un “modello”. Questa finzione, nei termini di Nietzsche, trasforma gli uomini “artisti”, coloro che creano il regime, in “opere d’arte”, funzionari e strumenti del regime creato. Il tempo del modello che inizia, assicura il futuro, così come legge il passato. E, come finzione collettiva rende anche innocenti.

9. *Le condizioni di esistenza dell'individualità: essere collettivo dominato, essere soggetto, essere singolo storico materiale*

1. Se ci atteniamo alla nuova interpretazione dell'accadere imposta da Nietzsche possiamo dunque dire che è reale una condizione di esistenza nella quale signore della storia non è l'uomo, ma un modello. Questo, se ci atteniamo ad una lettura fenomenica del reale, senza cercare il senso fuori di esso. Se, come sostiene Nietzsche, siamo fenomenici anche nelle cose spirituali.

Non cercare il senso dell'essere fuori dal divenire. Quando questo è il valore primario, in questo caso, “essere” è “mondo-dipendente”. Avrà bisogno, in ogni caso, di un mondo governato dalla Logica. Il che, con il Nichilismo europeo, significa aver bisogno di un mondo governato da modelli. Tipi d'uomo la cui realtà non è più quella dell'individuo, ma dell'essere collettivo dominato.

2. Partiti dall'assurdo, ci ritroviamo nel comprensibile. E non perché ci siamo procurati una convincente teoria sull'uomo. Non abbiamo bisogno di porci sul piano della verità, e delle dispute che possono derivarne. Vediamo piuttosto che, per essere reale, l'essere collettivo dominato ha solo bisogno di un mondo costruito sulla certezza che l'esistere cercherà e troverà il senso solo all'interno del divenire. Vediamo che, di fatto, esso ha solo bisogno di un mondo nel quale il divenire è sempre sicuramente prevedibile, perdendo così ogni interesse a uscire da sé stesso.

3. Se, partiti dall'assurdo, ci ritroviamo nel comprensibile, ciò è allora perché non è certo difficile, per noi, pensare come reale un tale "mondo". E questo, in quanto, disponiamo di quanto è necessario a produrlo.

Si può dire, infatti, che, condizioni di esistenza, nelle quali è reale il "tipo" essere collettivo dominato, sono in generale quelle dominate dal calcolo e dalla previsione. In esse, l'obiettivo di avere una esistenza assicurata quanto al suo divenire, precede ogni altra considerazione. La prevedibilità diventa senso e valore. E rispetto ad essi l'uomo abdica alla propria soggettività. Non, perché costretto, ma perché vivere in un mondo certo, cioè sempre prevedibile, lo considera equivalente a vivere in un mondo che è solo suo e nel quale, sempre, potrà sentirsi a casa propria. Produrre, così, un mondo governato dalle leggi del calcolo e della previsione significa per l'uomo garantirsi un mondo proprio. Che poi l'uomo si assoggetti a quelle leggi, lasciando che siano esse a governare il divenire, questa è semplicemente la condizione per mantenersi proprietario. La contraddizione, che sembra opporre artefice a funzionario, reale se il piano è quello della verità dell'uomo, scompare dove l'unica realtà, e dunque l'unico senso, è la produzione di un mondo sicuramente prevedibile. In questo mondo, ciò che fa sentire l'uomo signore è sapere sempre che cosa deve fare e come andranno i suoi giorni. E le leggi del calcolo rispondono perfettamente a questa sua esigenza.

Ancora più semplice è pensare la realtà dell'uomo essere collettivo dominato se, seguendo il Nichilismo europeo, ci atteniamo al fatto che la Logica è sì calcolo, ma innanzitutto è "finzione". E che il mondo al quale lavora è "anticipabile", cioè sistematizzabile e prevedibile, perché, nel fenomenico, "la finzione è la realtà".

Ciò che semplifica, a questo punto, è rendersi conto che il mondo anticipato è un mondo di modelli. Non è certo assurda, infatti, la possibilità che l'esistere coincida con modelli, affidando ad essi la comprensione del passato e il senso dell'avvenire. Questo perché è verificabile, anche nel quotidiano, il fatto che l'uomo spesso vive i suoi giorni secondo un modello, e sentendosi realizzato se realizza il modello che segue. Questo modello può essere familiare, storico, etnico, religioso, politico, culturale. Non im-

porta. Quello che importa è constatare che, se il modello è posto come valore, ancor più come valore assoluto, il risultato è che l'uomo finisce per sentirsi appagato, non tanto per il realizzarsi della sua singola soggettività, ma per il realizzarsi del modello con il quale l'ha fatta coincidere. E, anche qui, non è certo assurda, o irrealista, una condizione di esistenza governata da modelli, e da modelli assoluti. In questa condizione, basta seguire il modello per sapere sempre che cosa fare e come andranno le cose. E l'uomo si sente un "essere", sente cioè di avere una consistenza, sa che la sua esistenza vale e ha senso, tutto questo in dipendenza del modello.

Non è azzardato, in questo caso, ritenere che il termine più adatto a esprimere questa condizione è "dominato". E non è neanche azzardato concludere che, in presenza di modelli, specie se assoluti, l'esistenza singola abdica per una esistenza collettiva. Dove l'uomo vive infatti il proprio tempo così come il modello stabilisce che deve essere vissuto, là lo vive, anche, come tutti lo vivono. Potenzialmente il tempo del modello è sempre il tempo di un essere collettivo dominato.

La Logica, che il Nichilismo europeo inaugura, è la produzione di mondi, sempre prevedibili, dunque logici, perché costruiti a partire da un modello e strutturati così che l'esistere ha senso solo se realizza quel modello. In questa Logica, il problema dell'uomo, come Nietzsche ha ben chiaro, coincide con l'individuazione del tipo adatto al modello.

A questo punto, quello di cui è importante rendersi conto, è che, spostandosi sul piano della produzione e della produzione di modelli, è sempre meno assurdo considerare reale l'uomo essere collettivo dominato. Non è difficile, infatti, pensare a una realtà, singola o collettiva, storica, culturale, o anche istituzionale, strutturata secondo modelli e ai fini della produzione di modelli. L'unico ostacolo a un tale tipo di produzione potrebbe essere il riconoscere che l'uomo, e le cose, hanno una loro verità indisponibile. Ma, tolta questa ipotesi, che è l'ipotesi metafisica, la realtà, che non ha un essere dato una volta per tutte, è sempre una realtà che "è da fare", cioè "da inventare". Così, nei fatti, se quello che si persegue è un divenire che ha senso solo a partire da sé stesso,

non ci sarà essere se non prodotto, e non ci sarà produzione se non di modelli singoli, sociali, culturali, religiosi, politici. E questo anche indipendentemente dalla consapevolezza che si è un “essere storico”. Come ho detto, non ci si muove sul piano della verità. Basta, perché l’essere storico sia reale, vivere in un mondo strutturato così che mai il senso provenga da realtà esterne al divenire.

4. Arrivati, con Nietzsche, alla conclusione che per avere un mondo fenomenico basta produrre un mondo di modelli, abitato da modelli, a questo punto il totalitarismo nazionalsocialista può essere visto come la realizzazione storica di un mondo fenomenico. E potremmo vedere l’originalità di tale totalitarismo nel fatto che, per la prima volta nella storia occidentale, esso ha realizzato un mondo progettato per essere del tutto, o radicalmente, post metafisico. Per un tempo questo progetto ha avuto realtà e sono divenute reali le condizioni ad esso necessarie. Esso si è strutturato, divenendo mondo. E le strutture sono state le istituzioni, il diritto, la propaganda attraverso le quali è stato garantito e prodotto l’uomo funzionario. Un anonimo collettivo dominato dal modello uomo perseguito dal totalitarismo.

L’essere collettivo dominato è dunque una reale condizione di esistenza. Non è un assurdo. Occorre tuttavia precisare bene questo risultato.

In generale, appurato che il totalitarismo è una forma di mondo fenomenico, diviene legittima la conclusione che il mondo fenomenico in generale, anche aldilà di Nietzsche, è una reale condizione di esistenza. Verrebbe da dire, infatti, dopo il totalitarismo, che nessuno può negare la possibilità che l’uomo costruisca un mondo interamente improntato alla sicurezza, e questo per abitare un divenire che mai cerchi un senso al di fuori di sé stesso. Così, realizzabile un mondo fenomenico, diviene facile pensare che le conseguenze siano quelle indicate.

Con il rafforzarsi della possibile realtà della costruzione di un mondo fenomenico si rafforza la possibile realtà di un mondo di modelli, abitato da modelli, costruito per l’uomo essere collettivo dominato.

A questo punto, sembrerebbe lecito avanzare la tesi che, partiti dall'assurdo, siamo finiti con il trovarci in presenza, non solo di una reale condizione di esistenza, ma di una condizione sempre possibile.

5. Resta un dubbio, ad impedire l'ultima affermazione. È vero, infatti, che il totalitarismo possiamo vederlo come il fenomeno storico attraverso il quale diventa reale la costruzione di un mondo nel quale, come scrive Nietzsche, «si è fenomenici fin nelle cose spirituali». Storicamente, possiamo dire, è stato costruito un mondo di modelli e funzionari, non di soggetti. Dunque, questo "tipo" di mondo è reale. Ma, dobbiamo subito aggiungere, è reale in un totalitarismo. Dunque, se, e quando, si afferma una ideologia totalitaria.

Questa aggiunta è necessaria, dato che abbiamo solo il fenomeno storico del totalitarismo, in particolare quello nazionalsocialista, che sorregge le conclusioni raggiunte. E non è senza conseguenze.

Ciò che riscontriamo è una connessione, storica, tra mondo fenomenico e totalitarismo. Come non dedurre da questa connessione che il mondo fenomenico, e dunque l'uomo essere collettivo dominato, sono reali, ma solo nel mondo della ideologia totalitaria?

Abbiamo, qui, allora, una reale condizione di esistenza. Ma non abbiamo una condizione di esistenza sempre possibile. Occorrono, per renderla possibile, le condizioni storico sociali, eccezionali e specifiche che, in un tempo storico determinato, hanno reso reale progettare e realizzare un mondo di modelli.

Il problema dell'uomo essere collettivo dominato, esce sì a questo punto dall'assurdo, ma si rivela un problema del tutto confinabile. Legato indissolubilmente al totalitarismo esso dipende dalle sorti di questo fenomeno. Il totalitarismo è il suo mondo.

La conseguenza è rilevante. La descrivono i punti seguenti.

Potremmo sì avere mondi che si strutturano così da trovare solo al proprio interno il senso. Ma questi mondi, non potranno mai essere mondi di modelli, abitati da modelli. E ciò fintanto che non assumono la forma del totalitarismo.

Legare l'essere collettivo dominato esclusivamente al totalitarismo comporta che basta evitare il totalitarismo per impedire la costruzione di mondi fenomenici.

A questo punto, l'uomo essere collettivo dominato è un problema, ma può essere risolto sul piano istituzionale, strutturando l'ordine giuridico così che sempre garantisca individui, e mai modelli. La realtà con la quale il diritto si ritrova ad avere a che fare è quella di individui che vanno salvaguardati dalle forme e dai modi anche quotidiani di identificazione con modelli. Il che non significa evitare che l'individuo, nella sua storia personale, possa trovare senso e ragione nella ripetizione di un modello. Questo sarebbe impossibile⁵³. Significa, invece, che il diritto garantisce il

⁵³ Questa impossibilità la giustifico sulla base della affermazione 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 S. FREUD, *Eine Schwierigkeit der Psychoanalyse*, in *Sigmund Freud Gesammelte Werke*, XII, Frankfurt a.M., 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 Einfuehrung in die Psychoanalyse*. La sentenza di Freud è in S. FREUD, *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 piut-

singolo nella sua specifica storicità materiale, e non modelli di singolarità.

6. Evitare un mondo di modelli. Questa appare la soluzione. La quale si traduce nell'evitare l'affermarsi di forme totalitarie.

Il problema è relativamente semplice, se manteniamo le conclusioni appena raggiunte. Se cioè un mondo di modelli è una condizione di esistenza reale, ma limitata al mondo totalitario. Esso va escluso dove il totalitarismo non è una realtà. In questo caso, l'uomo essere collettivo dominato viene riconosciuto come reale, ma la sua realtà è limitata dalla eccezionalità del totalitarismo. Possiamo arrivare a concludere che l'epoca delle ideologie è tramontata. Concluderemmo che è tramontata la possibilità di un reale mondo fenomenico. Divenuto storicamente reale una volta, ora esso appartiene alle scienze storiche.

7. Non fermarsi a questa conclusione è possibile attraverso Heidegger. E questo se utilizziamo quanto Heidegger elabora sul rapporto tra effettività-temporalità-essere. Attraverso l'analisi della temporalità, compare, infatti, un dato emblematico. E cioè che, là dove la questione essere è una questione storica⁵⁴, si scopre che c'è una "tendenza" dell'uomo all'essere collettivo dominato, e che questa "propensione" è più forte della spinta alla singolarità e soggettività. Ciò perché il primo garantisce quello che il secondo non potrà mai dare: sicurezza e innocenza. Così, sulla base della dinamica della temporalità diventa difficile pensare che l'essere collettivo dominato sia una condizione unica, o eccezionale, per l'uomo. Si profila anzi la conclusione opposta, per quanto inquietante.

tosto 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.

⁵⁴ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, Milano 2006, pp. 33-35.

8. Dove porta Heidegger? Porta a una dimensione dell'esistere nella quale il termine totalitario non va più assegnato solo a un Regime, bensì ad ogni condizione di esistenza nella quale l'uomo abdica alla propria singolarità per avere sicurezza e innocenza. Totale e totalitario diventano così anche forme quotidiane. Tutte quelle nelle quali i giorni vengono interamente orientati alla sicurezza, così che la sicura prevedibilità, e il sicuro dominio del tempo, sono vissuti come il senso dell'essere.

Il problema, che l'essere collettivo dominato pone, non viene dunque meno con Heidegger. Esso resta quello del reperto primario, come l'ho definito, che scaturisce dal mondo fenomenico. E cioè che "essere" è "mondo dipendente", con tutto ciò che questo comporta.

Tuttavia, se sono valide le analisi di Heidegger, arriviamo al risultato che l'"essere mondo dipendente" non determina una condizione di esistenza a senso unico, sebbene si presenti come una propensione ineliminabile dell'esserci.

Possiamo allora avanzare due conclusioni. La prima che essere collettivo dominato è una reale condizione di esistenza sempre possibile. È sempre possibile che la "propensione" alla sicurezza abbia il sopravvento, portando il singolo ad abdicare alla propria singolarità. Usciamo, dunque, dalle conclusioni precedenti, alle quali siamo pervenuti con Nietzsche.

Ma, e questa è la seconda conclusione, non possiamo in ogni caso considerare la questione della dipendenza dal mondo definitivamente conclusa. Ciò che accade è che il problema della realtà dell'essere collettivo dominato, diciamo così, si sposta sulla "misura" alla quale arriva una tale dipendenza. Se, con Heidegger, un mondo di modelli è possibile, ma non è l'unico mondo per l'uomo, si apre tuttavia la questione di stabilire la "misura" nella quale i modelli possono e riescono a orientare i giorni, ponendosi come l'effettivo senso dell'esistere.

Che ci sia in generale una certa dipendenza dagli eventi e dalla storia, così come dal mondo ambiente, questo è, infatti, generalmente accettato e ritenuto un dato di comune esperienza. Sembra normale rifarsi a modelli. A volte necessario.

Ma qui è diverso. La questione, infatti, è duplice. Si tratta di

stabilire, innanzitutto, se è reale che questa dipendenza arriva fino ad escludere la singolarità. Ancor più, si tratta di concludere che, in questa esclusione della propria singolarità, l'uomo si trova a casa propria, più che nel mondo nel quale è soggetto.

All'interno del pensiero di Nietzsche, o se riteniamo che la sua interpretazione dell'accadere corrisponde ai fatti, il problema non si pone. Lì, la Logica è l'unico modo per essere. Automaticamente, dunque, "essere" coinciderà sempre con le condizioni attraverso le quali la Logica imprime sicurezza al divenire, rendendolo vivibile. La dipendenza dal mondo, cioè dalle strutture che lo assicurano, è qui totale.

Anche nel caso del totalitarismo, come si è visto, regna l'automatismo.

Dopo Heidegger, o meglio utilizzando quelle che attraverso lui possono essere viste come porte di accesso alla realtà, abbiamo un uomo che, non esclude il perseguimento della propria singolarità. Anzi, la ritiene la sua condizione più propria. Appartiene alle possibilità dell'esserci quella di esistere come singolo storico materiale. Vediamo, però, che quest'uomo ha un problema. Ciò che a lui sbarra il passo, verso quanto ritiene proprio, è che si ritrova a casa propria, anche, innanzitutto, e per lo più, come, "essere" "mondo dipendente". E questo in quanto, è individuo, in quanto è un "esser-ci"⁵⁵. È un ente che si comprende solo all'interno del-

⁵⁵ Il conio del termine si deve a Heidegger. Con esso Heidegger, 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. È l'esserci l'essere 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" ha innanzitutto il tempo e il senso della storia alla quale appartiene, finanche della sua generazione. 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 ricerca già nelle ultime lezioni da lui tenute a Friburgo nell'estate 1923. Queste lezioni, pubblica-

le strutture storico materiali secondo le quali si tempora lizza, così come delle dinamica che governa il tempo. In quanto “esserci”, così, l’individuo non è mai un dato di fatto, una “essenza”. Sempre, piuttosto, “ha da essere”. E niente assicura che sia, secondo la singularità, o, al contrario, secondo l’essere collettivo dominato⁵⁶.

Alla conclusione che, sulla base della dinamica della temporalità, diventa difficile pensare all’essere collettivo dominato come a una condizione unica, o eccezionale, per l’uomo, poiché sembra profilarsi anzi la conclusione opposta, a questo si aggiunge, così, che, se basta garantire l’individuo nella sua specifica storicità materiale, per essere aldilà di un mondo di modelli, occorre tuttavia avere ben chiaro che cosa intendiamo per individuo. Infatti, proprio questo individuo, e proprio nella sua storicità, mostra un esserci nel quale non è del tutto sicuro che l’uomo voglia per se stesso, sempre e senz’altro, la realizzazione dell’individualità, dimostrando un’incancellabile e prevalente tendenza all’esistenza anonima, purché sicura e innocente. Se non teniamo conto di questa realtà dell’esserci, e identifichiamo l’individuo semplicemente e unicamente con l’essere soggetto, la nostra garanzia da un mondo di modelli sarà compromessa fin dal suo inizio.

All’interno di queste coordinate la questione dell’essere collettivo dominato ha la sua corretta impostazione.

te in italiano come *Ontologia. Ermeneutica della effettività*, 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*, Milano 2017; *Prolegomeni alla storia del concetto di tempo*, Genova 1999; *Logica*, Milano 1986; *I problemi fondamentali della fenomenologia*, Genova 1999; poi in *Essere e tempo*, Milano 2006 e nella *Lettera sull’“umanismo” in Segnavia*, Milano 1994. Anche in questo caso, se propongo di applicare a Nietzsche un termine indiscutibilmente proprio a Heidegger, ciò ha una ragione. Ritengo infatti che l’esserci costituisce una porta di accesso alla storicità fenomenica. Una porta, tanto inedita, quanto necessaria, che, se non la si varca, rende inutile la ricerca. Mi sembra così legittimo adoperarla quando, come è per Nietzsche, si punta ad essere fenomenici anche nelle cose spirituali e a compiere il grande salto nella storicità.

⁵⁶ Zusein.

10. L'ermeneutica della effettività, la caduta nel mondo-ambiente, il Man

1. Il dato dal quale Heidegger muove è «la temporalità» come «fenomeno fondamentale della effettività»⁵⁷. Compare già nei suoi primi scritti come un reperto primario rintracciabile attraverso quella che Heidegger definisce *ermeneutica della effettività*⁵⁸.

Ermeneutica della effettività: non riconducibile alla ermeneutica classica essa è senz'altro una nuova interpretazione dell'accadere, una interpretazione non metafisica. Volendo accedere al reale, questa interpretazione è ermeneutica della effettività perché si attiene rigorosamente a un principio di metodo. Heidegger lo sintetizza al termine delle lezioni da lui tenute a Marburgo nel semestre invernale 1925/26, e titolate *Logica*. Scrive infatti «le strutture dell'esserci, la temporalità stessa, non sono qualcosa come una impalcatura costantemente disponibile per possibili cose semplicemente-presenti, ma sono, in base al loro senso più proprio, possibilità di essere dell'esserci, e solo questo»⁵⁹.

Si afferma dunque con Heidegger una ricerca che, ha di mira il senso dell'essere, ma non lo cerca in un "mondo vero", bensì nelle strutture dell'esserci, vedendo, in queste "strutture", "possibilità d'essere" e non semplici "impalcature". Il campo di indagine, a mio parere, è lo stesso di Nietzsche. È il "mondo" nel quale è possibile "essere" e senza il quale non si dà alcun "essere". Senz'altro, entro questi confini, è il campo fenomenico che ho scelto per trovare un ingresso nel Totalitarismo. Sulla base di queste considerazioni, propongo dunque Heidegger, dopo Nietzsche, come porta di accesso al fenomeno storico della Ideologia Totalitaria.

2. L'ermeneutica della effettività, partendo dalla temporalità come fenomeno fondamentale, ne esplora la struttura. Si trova

⁵⁷ M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit., p. 40.

⁵⁸ M. HEIDEGGER, *Ontologia*, cit., pp. 19-42.

⁵⁹ M. HEIDEGGER, *Logica*, cit., p. 274.

allora di fronte il fatto che l'esistenza, nel suo necessario temporalizzarsi, ha una "propensione", una tendenza ineliminabile. Heidegger riscontra che l'esistere tende costantemente a "cadere" nel suo "mondo ambiente", che altro non è se non innanzitutto il suo "passato storico"⁶⁰.

Questa propensione non è senza effetti. Cadere nel proprio passato storico vuol dire infatti semplicemente ripeterlo, facendo dell'esistere la ripetizione di realtà cristallizzate dal tempo, di fatto facendone la ripetizione di "modelli". La tendenza che Heidegger riscontra ha come suo effetto principale il fatto che il tempo dell'esistere è sempre più anonimo ed ha come soggetto il *Man*. Governata dal passato, l'esistenza non potrà mai infatti essere riferita a singoli, ma sempre e soltanto ad una realtà collettiva, quella, in sintesi, della Tradizione. E poiché la Tradizione è di tutti e di nessuno, pur stabilendo che cosa ognuno deve fare e come la deve fare, il signore del tempo e del mondo è appunto un *Man*, cioè un anonimo così si dice, così si fa, così si deve fare, così tutti pensano⁶¹.

Heidegger sintetizza questa tendenza dicendo che il passato non è mai solo dietro, ma che esso è sempre anche avanti. Per la propensione dell'uomo a cadere nel suo mondo ambiente il passato, orienta in qualche modo i giorni dell'esistere. E può renderli addirittura la pura ripetizione del passato stesso. In questo senso, per Heidegger, l'uomo è «mondo-dipendente».

Da qui, una conclusione. La comprensione fenomenologica della realtà evidenzia che l'uomo deve costantemente fare i conti con una *intima fatalità*⁶², cioè con qualcosa della quale non può liberarsi. Questo qualcosa è la tradizione, cioè, in termini temporali, il suo passato storico. L'uomo può cadere nella tradizione e rovinare in essa. Fino a fare della sua vita la ripetizione di ciò che è stato.

⁶⁰ Ho recentemente trattato questo tema in *Ermeneutica storicità filosofia del diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 3, luglio-settembre 2016, pp. 377-413.

⁶¹ M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., pp. 157-162.

⁶² M. HEIDEGGER, *Interpretazioni fenomenologiche di Aristotele*, Napoli 2005, p. 22.

3. *Verfallen*⁶³. È questo il termine che designa l'“intima fatalità” dell'esistenza materiale. Ma, attenzione! Esso non nomina una condizione di essere assoggettato nella quale l'uomo, senza volerlo, o perché obbligato, finisce per ritrovarsi. Piuttosto, il “decadimento” nella Tradizione è una inclinazione che l'uomo ha. Se “cade” nel passato, nei suoi modi ormai “cristallizzati”, questo è perché da ciò trae una condizione di esistenza del tutto particolare. La Tradizione, con i suoi modelli, quando esattamente ripetuta conferisce certezza e innocenza. Se il *Verfallen* è l'intima fatalità, con la quale la vita costantemente ha a che fare, ciò è perché la vita tende costantemente alla sicurezza e a sgravarsi di sé stessa. Una aspettativa, questa, che diviene realtà quando soggetto della storia, non è il singolo, ma la Tradizione. Una aspettativa tanto più appagata quanto più il “Chi”, che governa il tempo e struttura il mondo, questo è un Anonimo⁶⁴.

4. In sintesi, se diamo credito alle analisi di Heidegger, possiamo concludere dicendo che, nel campo della storicità fenomenica, l'esistenza secondo modelli è un “modo” che appartiene alla struttura dell'“essere” fenomenico. È *un modo dell'esserci*. Un modo “costitutivo”, e sempre possibile. Dunque non mai definitivamente eliminabile, come non è eliminabile la dinamica del temporalizzarsi attraverso la quale l'esserci si fa esistenza.

È il *Verfallen*, la ineliminabile tendenza a cadere in forme ormai cristallizzate, è questa “intima fatalità” quella che mantiene sempre aperta la porta ai modelli. Essi possono essere storici, cul-

⁶³ 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». Non può infatti essere cancellato. Occorre sempre farci i conti. Esso è ciò che incatena l'esserci alla storicità materiale. E senza di esso non avrebbe senso affermare che l'esserci è “*Welthörig*”. Per questo tema, in particolare, rinvio al mio *Ermeneutica storicità filosofia del diritto*, cit., pp. 386 ss.

⁶⁴ Quando il «“Chi” è il neutro», quando è «*il Si*», «In questo stato di irrilevanza e di indistinzione il Si esercita la sua autentica dittatura» M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., p. 158.

turali, religiosi, tradizionali, politici, etnici, famigliari, questo non conta. Conta il fatto che hanno il potere di orientare il divenire, fino a renderlo un destino della necessità. Ognuno di loro è la realtà del fatto che “il passato è sempre anche avanti”. Attraverso ognuno di loro il passato viene “ripetuto”. Il risultato è sempre lo stesso: il tempo dell’essere, guidato da un *Anonimo*, acquista certezza, prevedibilità, innocenza.

5. Il *Verfallen* è il modo attraverso il quale il tempo dell’*esserci* viene posto *al di là del bene e del male*. Va dunque visto come un modo di garantire l’esserci dalla estraniamento. Infatti, posto oltre il bene e il male, l’esserci non cercherà mai un qualunque “mondo vero”. E ciò, semplicemente, perché non ne avrà bisogno, potendo vivere nel divenire assumendolo così come esso esattamente è, cioè come storicamente si afferma. L’indifferenza nei confronti del bene e del male sgrava l’esistenza da ogni giudizio su come essa si temporalizzerà. All’esserci ciò che infatti interessa è avere un mondo che lo assicura da ogni estraniamento. Questo, lo si è visto, è il “valore”, nel campo del fenomenico. I modi e le forme che attuano e consolidano questo valore, in questo stesso campo, sono indifferenti per l’*esserci*.

6. Se adoperiamo quanto ora detto, possiamo concludere che l’uomo essere collettivo dominato è una reale condizione di esistenza, è una condizione sempre possibile, e che ciò è sperimentabile, sia nel quotidiano che sul piano storico collettivo.

7. Nel quotidiano, fermi i risultati dell’ermeneutica della effettività, l’uomo, voluto dalla Ideologia Totalitaria nationalsocialista, può essere un qualunque uomo. Questo perché, fin dal quotidiano, l’uomo può cadere nel proprio mondo ambiente, così da garantirsi, grazie all’anonimato che ne deriva, sicurezza e innocenza. *Verfallen*, “cadere nel proprio mondo ambiente”, cioè fare dei propri giorni l’esclusiva “ripetizione” di quel “mondo”, potenzialmente rende l’uomo strumento e funzione del *Man*, di fatto lo rende assoggettato a modelli. Su questo piano, non solo quello che possiamo nominare essere collettivo dominato è una reale

condizione di esistenza. Ma è anche una condizione sempre possibile. Cadere, infatti, nel proprio mondo ambiente, il che significa in modelli cristallizzati, è una propensione ineliminabile.

8. Ma, anche sul piano storico collettivo siamo di fronte a una condizione reale e sempre possibile. La caduta nel mondo ambiente non è infatti limitata al passato. Essa può orientare l'intero futuro, facendone la ripetizione di modelli consolidati, o di un nuovo modello. L'obiettivo che si raggiunge è sempre lo stesso. Si ottiene sicurezza, perché il futuro mai potrà riservare sorprese. E si ottiene innocenza, perché il modello è neutro, non è di nessuno, pur potendo appartenere a tutti.

L'esistere secondo modelli assicura che non si ha bisogno di altro che del modello stesso. La realizzazione del modello coincide infatti con il sentirsi realizzato come essere, perché si dispone del futuro. Certo, non se ne dispone come singoli. Il modello è di tutti e di nessuno. Se ne dispone collettivamente. Se ne dispone in quanto essere collettivo dominato.

9. In questa prospettiva, come già dopo Nietzsche, è senz'altro legittimo vedere nel Totalitarismo la realizzazione di un mondo fenomenico e del suo reperto primario, che, in quel mondo, essere è mondo dipendente. A differenza di quanto è possibile dire adoperando Nietzsche, ora il Totalitarismo non appare come la inevitabile realizzazione storica del modo d'essere del fenomenico. Appare invece come il fenomeno nel quale la tendenza dell'uomo a farsi mondo-dipendente si è fatta storia materiale.

I caratteri storici sono sempre gli stessi. Un modello, quanto di più anonimo ci sia, ha conferito certezza e innocenza, facendosi "mondo". Tutto, conseguentemente, è stato subordinato al modello. E in questo "mondo" si è ritrovato un popolo. Se in questo ordine di valori anche la vita dell'uomo è stata subordinata al modello, ciò è perché "modello" e "condizione di esistenza" possono essere la stessa cosa. Non c'è essere senza mondo diventa, nei fatti, non c'è essere senza modello. Così come essere mondo-dipendente diventa essere modello-dipendente.

Con Heidegger, facciamo anche un passo ulteriore nella com-

preensione del fenomeno. Diviene chiaro che non è un caso che il totalitarismo abbia poggiato sul consenso. Qualunque uomo, fin dal quotidiano, lo abbiamo visto, può esistere in forme di mondo-dipendenza. E l'essere mondo-dipendente, per la portata di sicurezza e innocenza che è capace di garantire, può orientare l'intero futuro, facendosi fenomeno storico collettivo. Un mondo di modelli altro non è che il mondo del *Man* descritto da Heidegger. Sembra allora che questo mondo viva sempre, quando progettato e costruito, del *Man*, cioè del tacito, anonimo, generale consenso.

A tutto questo possiamo aggiungere ancora un elemento, rilevante per rispondere alla questione che fin dall'inizio ho posto. Se vere le conclusioni, che si possono trarre da una ermeneutica della effettività, il Totalitarismo avrebbe la sua originalità nell'essere la porta attraverso la quale entra nella storia una nuova dimensione della realtà dell'uomo. Data la propensione ai modelli, e dato che questo appartiene all'uomo singolo e alla sua realtà collettiva, il Totalitarismo rivelerebbe una forma costitutiva dell'esserci, dunque un modo d'essere con il quale sempre deve avere a che fare. Il totalitarismo, così, sarebbe l'atto storico che inaugura una dimensione dell'uomo, nuova e originale rispetto alla modernità. Sarebbe questa la dimensione nella quale l'uomo non si trova a casa propria sempre e solo in quanto individuo soggetto, ma anche in quanto anonimo collettivo.

11. *Il mondo storico al di là del bene e del male*

1. Sulla base dei dati raccolti, utilizzando Nietzsche e Heidegger, è possibile confermare una conclusione, ritenendola come la base dalla quale in ogni caso partire per muovere in un mondo storico fenomenico. La base è che l'uomo gioca la sua condizione di esistenza, e con essa la sua storia, sul tavolo del mondo che lui stesso costruisce. E, in questo senso, l'uomo è un "essere mondo dipendente". Questa conclusione risponde al problema che avevo posto all'inizio, cioè verificare la realtà di una dimensione dell'uomo nella quale non ci fosse posto solo per l'individuo soggetto. La risposta è, a questo punto, affermativa. Non solo, la dimensio-

ne dell'uomo cercata si dimostra più ampia del previsto. In essa, c'è posto, per l'individuo soggetto, per l'essere collettivo dominato, per il singolo storico materiale. Ogni "posto" è un "mondo". E, ogni mondo è una condizione di esistenza. Questa dimensione dell'uomo diviene reale quando è compreso innanzitutto come un *esser-ci*. Si vede infatti che, sul piano del "temporalizzarsi", e del "*Verfallen*", l'uomo può esistere come individuo soggetto, essere collettivo dominato, singolo storico materiale. Ciò in dipendenza del mondo secondo il quale si temporalizza, ha cioè la sua condizione di esistenza. Fenomenicamente il divenire si dimostra una casa nella quale c'è posto per diversi modi d'essere uomo.

2. Sono necessarie tuttavia alcune precisazioni, per comprendere questi risultati senza equivoci e per individuare le conseguenze che da essi si può ritenere che derivino. Cerco di chiarirle attraverso i passaggi che seguono.

A. Con le conclusioni raggiunte, non diciamo nulla sulla verità dell'uomo. L'espressione "mondo dipendente" descrive una condizione, dominante o tendenziale, dell'esserci. Così indica l'analisi del fenomenico. Vale per Nietzsche, come per Heidegger. Per il primo, essa è la condizione che si accompagna al modo d'essere dell'esistere nel divenire. Non offre alternative. Per il secondo, è una "propensione", o "intima fatalità", che si impone all'esserci. Non sempre totalmente. Anche se ha la potenzialità di assoggettarlo completamente. E, a volte, questo è il modo come viene sperimentata. Per entrambi, è sempre il mondo che l'uomo stesso produce quello dal quale poi si ritrova a dipendere.

Non diciamo nulla sulla verità dell'uomo, perché ciò di cui trattiamo, e che ci interessa, è la produzione di mondi ambiente e quale rapporto si instaura tra l'uomo e questi mondi. Se c'è in ciò anche una questione di verità, questa è successiva.

B. Mondo dipendente. È una effettiva porta di accesso alla realtà storico fenomenica. E, aldilà, della sua piena comprensione teorica, occorre aver chiaro che, in ogni caso con questo carattere dell'esserci abbiamo a che fare sempre e comunque. Sul piano della storicità elementare, niente nasce mai dal nulla, né alcunché comincia mai ad esistere da solo. Il dato primario, nel mondo sto-

rico fenomenico, è che ognuno ha già sempre un suo mondo, la sua origine materiale, e che un tale mondo è comunque un mondo prodotto. Senz'altro non dal singolo individuo, certamente definito da elementi storico collettivi, ma tuttavia pur sempre prodotti dall'uomo. E il rapporto con questo mondo non è certo in termini di signoria o di indipendenza. Nessuno sceglie la propria origine materiale. Nessuno se ne distacca mai completamente. A volte essa ha anche il potere di segnare l'avvenire, e in modo che esso sia la semplice ripetizione di quella origine.

C. L'uomo, dunque, è sempre, in qualche modo, mondo dipendente. Questo possiamo accettarlo come un fatto. E il mondo dal quale dipende è un mondo che, in qualche modo, lui stesso ha costruito. Oppure che altri per lui lo hanno fatto. Il piano, a partire dal quale l'esserci muove per comprendere sé stesso e la sua esistenza, resta quello della produzione di mondi e del rapporto che poi si instaura tra mondi prodotti e uomo.

D. Mondo dipendente. Questa realtà rende comprensibile l'essere collettivo dominato: esso è l'uomo che "cade" interamente nel proprio mondo ambiente. Ma questa stessa realtà non esclude l'individuo soggetto. E ciò in due sensi. Non esclude che l'uomo possa rapportarsi al mondo come a un suo oggetto. Dunque che sia nel modo del soggetto e della soggettività. Ma apre anche all'uomo la possibilità di esistere come colui che non cade interamente nel proprio mondo e non vive mai in esso esclusivamente come un soggetto. Ciò in quanto sa che sempre è esposto al mondo, e esiste sempre escludendo di poter avere un rapporto di signoria e possesso con il mondo che lui stesso produce.

E. Cadere, o non cadere nel mondo non è il risultato di teorie, o di atteggiamenti dell'animo. Neanche lo si può ritenere il risultato di un atto di volontà. Cadere o non cadere nel mondo dipende dal "modo" come questo mondo è costruito. Soggetto e essere collettivo dominato sono reali perché hanno un mondo nel quale possono esistere, da soggetto o da essere collettivo dominato. È il mondo prodotto, con le sue strutture, quello che permette e garantisce la condizione di esistenza, come individuo o come funzionario. Escludendo la possibilità della singolarità. Lo stesso vale per l'uomo che nel mondo non cade. Questa possibilità è reale, se

le strutture sono orientate così da non garantire esclusivamente l'essere soggetto o l'essere collettivo dominato. In caso contrario, ogni tentativo di sottrarsi alla caduta nel mondo, anche se perseguito, è destinato a fallire.

F. Occorre avere ben presente che, nel fenomenico una condizione di esistenza vale l'altra, poiché non c'è una misura che, in un divenire storico, possa distinguere l'autentico dal non autentico. Dovremmo procurarcela fuori dal divenire stesso. La costruzione di mondi ambiente si accompagna alla consapevolezza che la differenza tra condizioni di esistenza è solo nella realtà. Il che significa nel modo come progettiamo e costruiamo. La differenza sta nelle strutture di tale mondo. Se realizzate, così da garantire esistenza alla individualità storico materiale, oppure per garantire un mondo di modelli, e dunque un modello d'uomo, o, infine, per garantire che l'uomo possa avere sempre con il proprio mondo un rapporto da signore e padrone.

G. Sul piano dell'esserci, non ci sono linee nette di demarcazione tra forme di esistenza possibili. La singolarità è sempre esposta al *Man*. E è difficile stabilire la potenzialità del *Man*, così come il tempo del suo imperio, una volta che esso si instauri come il carattere garante di un mondo sicuro, anonimo e innocente. È anche difficile stabilire se, e quando, l'uomo si orienta verso la propria individualità. Regnando esclusivamente l'individuo soggetto, tutto era ed è semplice. L'uomo vuole realizzare la propria soggettività, superando ogni ostacolo. Costruisce quindi un mondo che risponde a questa sua esigenza. Ma, non c'è solo l'individuo soggetto. E non è solo quella dell'individuo soggetto l'esistenza che l'uomo persegue.

H. Il mondo storico è aldilà del bene e del male, nel senso che tutto quanto accade ha la dignità di reale condizione di esistenza. Se allora l'uomo gioca sul tavolo del mondo che lui costruisce la sua stessa esistenza ciò è perché, aldilà del "modo d'essere" che storicamente realizza, dunque del mondo che costruisce, non c'è per lui alcun "essere reale", almeno per un tempo, cioè per il tempo che restano salde le strutture che sorreggono e garantiscono il mondo che ha costruito. Il mondo storico è aldilà del bene e del male, ma la produzione di mondi, attraverso la quale si attua,

non è senza conseguenze per l'uomo. Niente nel mondo fenomenico è definitivo, ma la condizione prodotta ha un suo tempo, garantito dalle sue strutture.

12. *La produzione di condizioni di esistenza e il ruolo del diritto*

1. Questo saggio inizia con una questione e alcune domande, che la questione solleva.

A. La questione è l'uomo essere collettivo dominato al quale il totalitarismo nazionalsocialista riserva l'avvenire. È in questione se questo "essere" è una reale condizione per l'uomo. È in questione la reale possibilità di verificare che la dimensione dell'uomo non comprende solo l'essere soggetto.

B. Se la risposta al problema è affermativa, dicevo, ci troviamo di fronte a una dimensione dell'esistere inedita.

C. L'intera modernità occidentale è costruita sull'individualismo. Ciò significa che, a partire dalla modernità, realtà e dignità dell'uomo sono state identificate con il suo essere un soggetto che ha diritto alla realizzazione della propria soggettiva singolarità.

D. Sulla base dell'individuo soggetto il mondo dell'uomo ha acquisito una specifica identità. Esso è divenuto il mondo dell'uomo soggetto. E così è stato strutturato, in modo che diritto, istituzioni, cultura, scienza e società garantissero questa soggettività.

E. Reale l'uomo essere collettivo dominato, diventa reale che la dimensione dell'uomo non è soltanto quella dell'individuo soggetto. E questo al punto che essa permette come reale l'esistenza dell'uomo come funzionario anonimo. E, essere reale qui significa che l'uomo trova se stesso, e si sente a casa propria, sia come soggetto che come anonimo collettivo.

F. Che cosa devono fare, a questo punto, il nostro diritto europeo continentale e il nostro costituzionalismo interamente costruiti sulla base esclusiva dell'individualismo? Quale può essere la risposta di un diritto storico ad una dimensione dell'esistere che entra in scena ad opera della storia stessa?

2. Posta la domanda, ciò che progressivamente si è definito è il piano sul quale rispondere. E questo piano, ormai è chiaro, non è quello delle teorie e dei principi. Il piano è quello della storicità fenomenica e, con esso, quello della produzione di mondi. Il mondo prodotto è quello nel quale abita l'uomo storico. Questo mondo, con le sue strutture, è la sua condizione di esistenza.

3. Produrre mondi. Come anche ormai è chiaro, non c'è, in campo storico fenomenico, un mondo "autentico" e uno "non autentico". Questa distinzione è quella che ha retto la Metafisica, dimostrandosi estraniante. Là dove l'essere manca e "il fenomenale è l'unica specie di essere" ogni mondo è una condizione di esistenza, con tutta intera la dignità che è una casa nella quale abita un "essere".

4. Produrre mondi non è tuttavia un fatto neutro. Ogni mondo ha la sua specificità, le sue garanzie, risponde a precisi bisogni. La impossibilità di giudicare le condizioni di esistenza non significa che esse sono "indifferenti" per l'uomo, cioè che in tutte trova la sua casa. Al contrario. Il mondo, che rende reale una condizione di esistenza, esclude che in esso ci sia posto per una condizione diversa. Almeno questo è il suo orientamento, o senso dell'essere. Il mondo strutturato per garantire il singolo soggetto non è il mondo né dell'essere collettivo dominato né del singolo storico materiale. Non lo è prevalentemente, e, se le strutture lo permettono, non lo è assolutamente. E ciò, va sempre ripetuto, non per una questione di verità, o di natura dell'uomo. Ma semplicemente perché le strutture adatte a sostenere l'uomo soggetto e la sua signoria sul mondo, tendono a impedire di fatto modi d'essere diversi.

5. Interviene qui forse la differenza principale, tra la nuova dimensione dell'uomo che compare con il totalitarismo e l'individuo soggetto voluto dalla modernità occidentale. Il "soggetto", infatti, al quale viene riconosciuta una identità inviolabile, è anche indifferente, o può esserlo, di fronte al divenire, e al mondo che abita. L'uomo storico fenomenico che appare con il totalitarismo, cioè l'uomo che non ha una identità definitiva, che può realizzarsi

come singolo, ma che può anche perdere interamente la sua singolarità, questo uomo non può permettersi l'indifferenza dell'uomo soggetto.

6. L'uomo soggetto voluto dalla modernità si rapporta al mondo come allo spazio della propria soggettiva realizzazione. Rappresenta se stesso nell'opera che di volta in volta produce. E ritiene di poterla trattare come una sua semplice rappresentazione. È lui l'artefice. Dunque, è anche colui che decide che cosa fare della propria opera. L'uomo storico fenomenico, come si è visto, è mondo dipendente. E, al minimo, questo significa che è sempre coinvolto con il mondo che produce, quale che sia la misura di questo coinvolgimento. Questo significa che, pur essendo l'artefice del mondo che abita, non può comportarsi nei suoi confronti da signore e padrone. E questa impossibilità fattuale, che impronta di sé il rapporto tra l'uomo e il mondo che lui stesso produce, è ciò che rende del tutto inedita, e originale, la nuova condizione dell'uomo.

7. Di fronte alla domanda: quale può essere la risposta di un diritto storico ad una dimensione dell'esistere che entra in scena ad opera della storia stessa? ritengo che, a questo punto, possiamo le coordinate, stando all'interno delle quali, è possibile impostare una risposta.

A. L'essere soggetto è una limitata porta di accesso alla realtà dell'uomo. Esso, alla pari dell'essere collettivo dominato, e del singolo storico materiale è una possibilità d'essere. Non ha il carattere della unicità. È superficiale dunque continuare a riferirsi all'uomo, identificando i suoi bisogni e le sue aspettative con quelli dell'individuo. È anche superficiale costruire un mondo che garantisca giuridicamente e istituzionalmente l'uomo solo in quanto individuo.

B. L'"uomo reale", se vogliamo adoperare questa espressione, è l'uomo la cui identità non è mai un dato di fatto. Sempre può perderla. In campo storico fenomenico, nel quale le condizioni di esistenza hanno tutte pari dignità, niente assicura che l'uomo si orienti verso una di esse, piuttosto che verso un'altra. Di fronte a

ciò, l'uomo soggetto, a senso unico, è "l'uomo desiderabile". Garantisce stabilità e certezza, quanto alle sue aspettative, come alle garanzie necessarie. Esso tuttavia, come accaduto nella Metafisica, rischia di essere estraniante. Così come auto estraniante rischia di essere il mondo che lui produce. Per il diritto, organizzare un mondo che sia solo per l'uomo soggetto significa organizzare un mondo improntato alla garanzia della sua sicura realizzazione. Dunque un mondo prevedibile. E strutturato secondo i modi e le forme della prevedibilità. A questo punto, lo abbiamo visto, il mondo più sicuro è il mondo dei modelli. Il rischio di estraniamento di questo uomo desiderabile è quello che il suo bisogno di sicura realizzazione finisca per sentirsi appagato solo se gli viene garantito un mondo di modelli, nel quale vivere come modello.

C. Per l'uomo reale, è sempre possibile "cadere" nel mondo. Non è mai estraneo, o indifferente, al mondo che produce. Si può discutere sulla misura del suo essere mondo dipendente, ma non si può non tenere conto dello specifico rapporto che egli ha con il suo proprio mondo. Così, allora, come è superficiale pretendere di accedere alla realtà dell'uomo adoperando l'unica porta dell'individualismo, è superficiale pensare di accedervi escludendo la possibilità che egli faccia coincidere il suo proprio mondo con un mondo di modelli.

D. Tra uomo soggetto e uomo funzionario si pone l'individuo storico materiale. Esso non è né l'uno né l'altro ma può esserlo. E, almeno fenomenicamente, dove manca l'autentico, non abbiamo una condizione che sicuramente lo metta al riparo. A differenza dell'uomo soggetto, ma anche dell'essere collettivo dominato, l'individuo storico materiale non è mai definitivamente al sicuro. Cioè non può essere mai sicuro di non cadere nel mondo, e di non identificarsi con modelli. È "reale" proprio perché, come direbbe Nietzsche, non è un "essere", cioè, non è una entità data una volta per tutte.

E. Se questa è la realtà dell'uomo, quale ruolo può avere il diritto? Intanto, e in generale, la risposta può essere che deve stare ai fatti. Ma stare ai fatti, nel mondo fenomenico, e anche in riferimento all'uomo, non significa mai disporre di un terreno certo e sicuro.

Un fatto è che, visto il rapporto tra l'uomo e il mondo che

produce, l'uomo non è mai signore e padrone del suo mondo. Ma un fatto è anche che tende a esserne il signore, vivendo come soggetto. Oppure è anche un fatto che tende a fare del mondo il suo signore, vivendo come funzionario.

Nel mondo fenomenico non ci sono verità. Ci sono realtà storiche. Il che significa, per l'uomo, mondi da lui prodotti. Difficile stabilire, nel fenomenico, perché l'uomo si decide per un mondo piuttosto che per un altro. Ancor più difficile è stabilire quali siano i margini di questa decisione. Non è raro, infatti, che l'uomo si ritrovi semplicemente in un mondo e, in esso, si lasci vivere.

F. Nel mondo fenomenico, il diritto ha un ruolo decisivo. E, almeno storicamente, il suo ruolo non è interscambiabile con quello di altre strutture. È il diritto che, garantendo le strutture necessarie al mantenimento del mondo prodotto, garantisce una specifica condizione di esistenza. Il mondo che l'uomo produce è innanzitutto un mondo giuridico istituzionale. In questo senso, il totalitarismo è emblematico. Esso non è una semplice dittatura. È un ordine giuridico delle cose. Al punto che decide della legittimità del diritto alla vita.

G. Per l'uomo, il rapporto con il mondo che lui stesso produce non è neutro. Questo perché il mondo, sebbene da lui prodotto, non è la sua semplice "rappresentazione", dunque una immagine, o una visione del mondo, rispetto alla quale egli è libero di decidere se averci a che fare, se liberarsene, o se non tenerne affatto conto. Il significato di questa affermazione è chiaro. Quale che sia il mondo prodotto, o per il quale in qualche modo l'uomo si decide, questo mondo ha un suo proprio tempo, dettato e orientato dalle strutture che lo realizzano. Il rapporto dell'uomo con il mondo prodotto non è allora neutro per almeno due motivi.

Il primo è che i mondi non sono interscambiabili. Ognuno di loro garantisce una specifica condizione di esistenza. È, così, "per" l'uomo soggetto, l'essere collettivo dominato, o il singolo storico materiale. E la condizione, nella quale l'uno si ritrova a casa propria, risulta del tutto estraniante per l'altro. L'esempio storico della Metafisica è emblematico. Esso attesta che un mondo costruito su assoluti è, in generale, estraniante per l'intera esistenza storico fenomenica.

A ciò si deve aggiungere che, quale che sia il mondo nel quale si ritrova, se anche estraniante, non è facile per l'uomo sottrarsi ad esso. Meno ancora, per lui, è facile abbandonarlo. E forse non è neanche possibile. Mondo dipendente significa che l'uomo sta al tempo del mondo nel quale si ritrova, almeno fintantoché le strutture che lo realizzano permangono salde nel loro orientare i giorni.

Neanche il diritto può dunque muovere da un presupposto di neutralità rispetto alla condizione di esistenza che rende reale. Attraverso le strutture che esso garantisce viene garantita una condizione di esistenza, oppure un'altra. È superficiale pensare che il diritto segue semplicemente gli eventi. Così come è superficiale continuare a pensare che l'uomo è un soggetto e che le strutture sono solo strumenti, adoperando i quali l'uomo costruisce, si afferma e si realizza.

Storicità del diritto e filosofia di orientamento analitico-linguistico. Quale rapporto?

di Patrizia Borsellino

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La filosofia del diritto italiana di orientamento analitico-linguistico. Il contesto e le ragioni. – 3. Precisazioni in tema di “analiticità”. – 4. L'accostamento analitico al diritto. Strumenti e metodi. – 5. I concetti giuridici e la loro “costitutiva” storicità. – 6. Categorie giuridiche *sub iudice*. Alcuni osservatori privilegiati. – 7. Per concludere.

1. *Premessa*

Può una riflessione sulla storicità del diritto essere affrontata dall'angolo visuale della filosofia del diritto di orientamento analitico-linguistico?

È questa una domanda che potrebbe sembrare mal posta o, quantomeno, destinata ad avere una pressoché scontata risposta negativa, dal momento che non è di certo l'attenzione per la dimensione storica dei problemi a rappresentare l'elemento che si è soliti considerare caratterizzante di un approccio filosofico-giuridico, quale quello proprio della filosofia analitica del diritto¹, di cui non sembra controversa l'ispirazione razionalistica, in conti-

¹ Scrive Uberto ScarPELLI «Gli storici di mestiere vedono un autore nel contesto del suo tempo, ne studiano la formazione, le relazioni, gli orientamenti di fondo, le influenze, le fortune; un analitico entra nelle articolazioni del discorso, distingue nel sistema ed apprezza le singole soluzioni di specifici problemi, nella catena degli scrittori coglie la catena dei problemi e delle loro trasformazioni sino ai problemi attuali» (U. SCARPELLI, *Prefazione* a U. SCARPELLI-C. LUZZATI, *Compendio di Filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, p. XI).

nuità con quella tradizione illuministica oggetto di presa di distanza e di considerazione (vigorosamente) critica da parte degli orientamenti che elevano la storicità a categoria fondamentale per l'analisi e la comprensione di qualunque atto, espressione, manifestazione umana e, nello specifico, per l'analisi e la comprensione del diritto. Il riferimento d'obbligo è, ovviamente, alla Scuola storica del diritto (Hugo, Savigny, Puchta), ma, con specifico riferimento al contesto italiano, anche allo Storicismo idealistico crociano.

Ma, da ciò che si considera ovvio e scontato torna spesso opportuno prendere le distanze, ed è questo che cercherò di fare nelle pagine del presente contributo, nel quale intendo sostenere che non vi è affatto incompatibilità tra considerazione/valorizzazione della dimensione storica del diritto e caratterizzazione del diritto in chiave analitico-linguistica, ma che, al contrario, proprio dall'approccio al diritto in tale prospettiva si possono trarre elementi utili a far chiarezza sui presupposti e sui meccanismi che consentono, anzi, richiedono di considerare il diritto strumento/prodotto culturale, di cui la storicità si può considerare dimensione costitutiva.

L'osservatorio per portare argomenti a sostegno di questa tesi non sarà, però, pretenziosamente, rappresentato dalla filosofia analitico-linguistica del diritto nel complessivo sviluppo avuto nelle diverse aree nelle quali se ne è realizzata la diffusione², bensì, sarà circoscritto al contesto italiano e, in particolare, alla "Scuola analitica di filosofia e teoria generale del diritto", che, all'indomani della seconda guerra mondiale, è nata, in Italia, nella linea dell'insegnamento e per impulso di Norberto Bobbio, e, negli anni '50 e '60, è stata alimentata, prima che dai contributi dei diversi studiosi che vi si sono poi riconosciuti, dai fondamentali studi dedicati da Uberto ScarPELLI alla semiotica del linguaggio prescrittivo, alla definizione del e nel diritto e all'analisi dei con-

² Tra queste, in particolare, l'area anglosassone (Hart, Raz, Dworkin), l'area scandinava (Olivecrona, Ross), l'area polacca (Wróblewski), l'area di lingua spagnola, l'area germanica. Cfr. U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, in AA.VV., *La cultura filosofica italiana dal 1945 al 1980*, Guida, Napoli 1982, p. 178. Cfr., inoltre, V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Il Mulino, Bologna 2004.

cetti giuridici³. Una limitazione di campo tutt'altro che casuale. Al contrario, motivata dalla convinzione che le specificità dell'approccio analitico al diritto realizzato in questo contesto giustifichino l'attenzione e consentano l'incontro con diverse prospettive filosofico-giuridiche e, in particolare, con quelle che, da diversi angoli visuali, affermano la storicità del diritto.

2. La filosofia del diritto italiana di orientamento analitico-linguistico. Il contesto e le ragioni

Non si può intraprendere l'analisi degli apporti teorici dati dalla filosofia del diritto italiana di orientamento analitico-linguistico e, in particolare, di quelli utili ad avvalorare la tesi dell'imprescindibile dimensione storica del diritto, senza richiamare brevemente il contesto in cui l'opzione per l'approccio filosofico-giuridico di tipo analitico linguistico è maturata, nonché il significato culturale di cui è stata investita.

Va, in particolare, ricordato come, in un contesto, quale quello del nostro Paese, e in un momento storico, quale quello post-bellico, segnati da una forte esigenza di ricostruzione morale oltre che materiale, l'idea di poter realizzare, anche nello e attraverso lo specifico campo degli studi filosofico-giuridici, un rinnovamento profondo, abbia preso corpo all'interno del programma del "Neoiluminismo", vale a dire, per usare le parole dello stesso Bobbio, di quel «... modo di pensare e di atteggiarsi di fronte ai problemi dell'uomo e della sua storia»⁴, condiviso da studiosi, diversi per formazione⁵, ma accomunati, per un verso, dall'intento

³ Cfr. in particolare, U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Accademia delle Scienze di Torino, Torino 1959. Il libro è stato ripubblicato nel 1985, in una nuova edizione a cura di Anna Pintore.

⁴ N. BOBBIO, *Empirismo e scienze sociali in Italia*, in *Atti del XXIV Congresso nazionale di Filosofia* (L'Aquila, 28 aprile-2 maggio 1973), vol. I, Società Filosofica Italiana, Roma 1973, p. 11.

⁵ Cfr. P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio metateorico del diritto* (1991), Maggioni, Rimini 2014, in particolare nota 11 del capitolo primo.

di svolgere un lavoro culturale costruttivo⁶, con il quale incidere in una società bisognosa di trasformazioni profonde e, per altro verso, dall'insofferenza per ogni forma di vaniloquio filosofico e dal rifiuto di quel «genio speculativo»⁷, di cui, nella tradizione filosofica italiana, sono state inequivocabili manifestazioni la non-curanza o, forse meglio, il sospetto verso le scienze e le spiegazioni della realtà, conseguite con metodi suscettibili di controlli intersoggettivi, che ne sono il prodotto e, per contro, l'esaltazione della filosofia come forma di conoscenza superiore, capace di condurre direttamente alla Verità, senza passare attraverso l'esplorazione del mondo fenomenico. Una filosofia, questa, pretenziosa, ma inconsistente, alla quale Bobbio, insieme agli altri esponenti del movimento neoilluministico, contrappone «una filosofia che non abbia fretta, che non immagini quello che non può conoscere, riconosca, anzitutto, i propri limiti, ritorni all'esperienza e, per paura di quello che potrà trovare, non si rituffi a capofitto nella tradizione»⁸.

Era il programma di una riflessione improntata ai valori della razionalità e dell'aderenza all'esperienza, per la quale è stata usata la denominazione di “filosofia scientifica”. Un'espressione, questa, con la quale non si è inteso sottoscrivere la riduzione di ogni forma di sapere a scienza, ma, piuttosto, riconoscendo nella scienza il fatto culturale fondamentale dell'età moderna, si è inteso proporre l'estensione ad ambiti diversi, quali quelli dell'etica in generale, e del diritto in particolare, della stessa idea di controlla-

⁶ Era quell'ideale di una “cultura militante”, lontana tanto dalla cultura apolitica, per l'intento di fare i conti, e molto da vicino, con la realtà del tempo, quanto dalla cultura politicizzata, tratteggiando il quale Bobbio ha dato voce alla convinzione, condivisa nella sostanza anche da altri esponenti del Neoilluminismo, da Nicola Abbagnano a Giulio Preti, da Enzo Paci a Ludovico Geymonat – per limitare la menzione solo ad alcuni autorevoli studiosi – che quello dell'intellettuale debba essere un impegno politico specifico e mediato, consistente nel «riflettere, più di quel che si faccia di solito negli istituti ufficiali della cultura accademica, sui problemi della vita collettiva» (N. BOBBIO, *Politica e cultura*, Einaudi, Torino 1955, p. 16).

⁷ N. BOBBIO, *op. ult. cit.*, p. 207.

⁸ N. BOBBIO, *Filosofia e cultura*, in *La rassegna di Italia*, 1946, p. 123.

bilità intersoggettiva dei discorsi, che ha trovato nella scienza il primo ambito di esplicazione. Tutto ciò – come ha scritto Scarpelli – con l’obiettivo di favorire la comunicazione tra gli studiosi, consentendo, pur in presenza di diverse posizioni, «un’accumulazione di concetti, di problemi e di prospettive teoriche, assimilabile all’avanzamento di una disciplina scientifica»⁹.

Ora, quella di cui tracciavano la direzione gli orientamenti filosofici del Novecento accomunati dalla concezione della filosofia come analisi del linguaggio¹⁰, agli studiosi, e a Norberto Bobbio primo fra tutti, persuasi della necessità della svolta neoilluministica, è apparsa come la strada utilmente percorribile, insieme alla strada proposta da Kelsen nella dottrina pura del diritto.

In controtendenza con l’impostazione nella quale si difendeva la rappresentazione del diritto come “unità vivente”, non dubitando della sua attingibilità per via intuitiva¹¹ e non si esitava, per cercare l’unità a tutti i costi, a costringere la complessità del reale in schemi troppo rigidi per consentirne la comprensione, la dottrina giuspositivistica kelseniana offriva, per un verso, il modello di un accostamento teorico al diritto imperniato sulla posizione di distinzioni accurate, a partire dalla distinzione «che segna la rottura del mondo moderno di fronte alle epoche precedenti»¹², vale a dire dalla distinzione tra fatti e valori.

Per altro verso, gli orientamenti analitico-linguistici erano quelli nei quali, per usare ancora le parole di Scarpelli, «mentre da noi si celebravano i fasti dell’idea incarnata nello Stato e spiegata nella Storia, ... si era fatto un serio lavoro volto a elabo-

⁹ U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, cit., p. 175.

¹⁰ Dall’empirismo logico del Circolo di Vienne e del Circolo di Berlino, alla Scuola analitica di Oxford, al Pragmatismo americano. Cfr. G. PRETI, *Le tre fasi dell’empirismo logico*, in *Riv. critica storia fil.*, 1954, pp. 38-51.

¹¹ È la posizione emblematicamente espressa da Giuseppe Capograssi (cfr. G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, pp. 707-815) e da Bobbio criticata nel saggio N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in *ID.*, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1955, pp. 75-107.

¹² N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico* (1961), II, Giappichelli, Torino 1979, p. 156.

rare nuove tecniche della ragione, atte a mettere ordine nel disordine, a sceverare il senso dal non senso, a separare logica e passione, a rendere possibile un controllo delle proposizioni formulate nell'ambito di un discorso logicamente organizzato»¹³.

Nulla di meglio per chi avvertiva la forte esigenza di estendere a ulteriori ambiti dell'attività umana i criteri di rigore e di controllabilità intersoggettiva propri dei discorsi scientifici e, soprattutto, di radicare su un solido e ben delimitato terreno di lavoro, quale quello rappresentato dal linguaggio, la riflessione sul diritto e la costruzione del sapere giuridico.

Entrambi gli orientamenti parvero offrire il modello di un lavoro teorico improntato a concretezza e rigore, non meno che a cautela e senso del limite, di cui si avvertiva con urgenza il bisogno nel periodo successivo alla guerra, ed entrambi costituirono termini di riferimento privilegiati nel programma di rinnovamento della cultura giuridica italiana fatto proprio dalla e realizzato all'interno di quella – il riferimento è, alla Scuola analitica di filosofia e teoria generale del diritto – nella quale, si può individuare «l'unica scuola nel significato forte della parola»¹⁴, presente nello scenario filosofico-giuridico italiano del dopoguerra, ove si ritenga che gli atteggiamenti e i metodi comuni valgano a identificare una scuola più delle relazioni personali, nonché il contesto nel quale è stata realizzata la maggior parte del lavoro importante nei settori della teoria generale e della metodologia giuridica.

3. *Precisazioni in tema di "analiticità"*

Ma che tipo di lavoro analitico è stato quello intrapreso e poi realizzato nella "Scuola di Bobbio"¹⁵?

¹³ U. SCARPELLI, *La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia*, in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano 1976, pp. 9-10.

¹⁴ U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, cit., p. 174.

¹⁵ L'espressione «scuola di Bobbio» ricorre nel titolo lavoro di una studiosa spagnola di Bobbio. Cfr., M.A. BARRERE UNZUETA, *La escuela de Bobbio. Reglas*

È indubbio che si è trattato di un lavoro teorico improntato, in primo luogo, all'analiticità già propria della "Analytical Jurisprudence", legata al pensiero filosofico-giuridico inglese e avviata da John Austin, alla quale si richiamano correnti analitiche «per la comune tendenza a guardar dentro le macchine del diritto e della cultura giuridica, a riconoscerne i pezzi, a smontarli e rimontarli, a disegnarne i modelli e determinarne le relazioni: occupandosi più della struttura interna del diritto che delle sue funzioni sociali, più del diritto come sistema di sottosistemi fatti di norme e di istituti che del diritto come sotto-sistema del sistema sociale»¹⁶.

E l'analiticità, propria di chi ravvisa nella posizione di chiare distinzioni e nel rifiuto dei riduzionismi il rimedio contro le distorsioni che ostacolano la comprensione della realtà, non meno di quanto impediscano prese di posizioni, non ideologicamente viziate, riguardo alla sua eventuale trasformazione, è senz'altro quella alla quale ha improntato il vastissimo lavoro, realizzato nell'ambito della teoria generale del diritto, non meno che nel campo della teoria generale della politica, Norberto Bobbio, che, più e meglio di ogni altro studioso, ha fatto del «distinguere per capire, e per un fare in condizioni e con strumenti pubblicamente esibiti»¹⁷ le proprie parole d'ordine.

Non è, tuttavia, soltanto questa l'analiticità che ha connotato la filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia nel corso del suo sviluppo a partire dalla seconda metà del secolo scorso¹⁸. Vi è anche l'analiticità fatta propria da chi, nel solco della tradizione della filosofia come analisi del linguaggio, propone di estenderne i metodi e di applicarne gli strumenti allo specifico ambito della filosofia del diritto e, più in generale, della filosofia dell'etica, di cui la filosofia del diritto costituisce una parte importante, avvedendosi che le nozioni giuridiche, a cominciare dalla nozione di

y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica, Editorial Tecnos, Madrid 1990.

¹⁶ U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, cit., p. 177.

¹⁷ U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, cit., p. 181.

¹⁸ Cfr. U. SCARPELLI, *La filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia*, cit. e ID., *Filosofia e diritto*, cit.

norma, e dalla stessa nozione di diritto, vanno accostate e trattate come strutture di linguaggio, e che dietro le controversie in ambito giuridico vi sono, prima di tutto, divergenze circa il significato dei termini in uso.

Del resto, se è vero che Bobbio ha affermato di non essersi mai considerato un filosofo analitico nel senso stretto riferibile a chi fa propri atteggiamenti e metodi logico empiristici¹⁹, è altresì vero che l'analiticità, nel senso degli orientamenti filosofici di tipo analitico-linguistico, è quella di cui Bobbio ha prospettato l'adozione nello studio del diritto, nel saggio del 1950, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*²⁰, destinato ad assumere per i filosofi del diritto di orientamento analitico «il valore di un manifesto programmatico»²¹.

4. *L'accostamento analitico al diritto. Strumenti e metodi*

Nelle pagine degli scritti degli anni '50²², nelle quali veniva richiamata l'attenzione dei giuristi e della cultura giuridica sugli indirizzi metodologici facenti capo all'empirismo logico, a cominciare dalle pagine di *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, non sono mancati alcuni fraintendimenti nell'interpretazione dello stesso orientamento logico-empiristico. Primo fra tutti, quello, rilevante ai fini dell'affermazione della scientificità della giurisprudenza, rappresentato dall'attribuzione all'empirismo logico della concezione della scienza come analisi del linguaggio.

¹⁹ Cfr. il *Prologo a la edición española*, p. 11, con cui Bobbio apre il volume A. RUIZ MIGUEL (a cura di), *Contribución a la teoría del derecho*, Torres Valencia, 1980, nel quale sono raccolti, tradotti in lingua spagnola, diciotto saggi di Bobbio. Cfr. anche P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio: profilo dello studioso*, in C. VIOLI (a cura di), *Norberto Bobbio, A Bibliography*, Giuffrè, Milano 1984, p. 61.

²⁰ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, pp. 342-367.

²¹ E. PATTARO, *Il positivismo giuridico italiano dalla rinascita alla crisi*, in *Pol. dir.*, 1972, pp. 821-852.

²² N. BOBBIO, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950.

gio²³. Ma, al di là dei fraintendimenti, da Bobbio, peraltro, superati negli sviluppi successivi della sua riflessione, quegli scritti coglievano puntualmente la fertilità di un approccio, che porta a intendere il diritto «non come un mondo a sé, un campo autonomo dell'esperienza o l'oggetto di una particolarissima esperienza normativa, ma come un discorso in ciò non distinguibile (come genere) da altri discorsi»²⁴.

Per Bobbio, e per gli studiosi che hanno tratto stimolo dal suo insegnamento, accostarsi all'orientamento analitico-linguistico ha significato, prima di tutto, ricevere l'importante sollecitazione a portare su un ben definito piano di riferimento, quello rappresentato, appunto, dalla dimensione linguistica del diritto o, più semplicemente, dal diritto come linguaggio, la riflessione filosofico-giuridica volta, nella prospettiva critico-metodologica propria della cosiddetta "filosofia del diritto dei giuristi"²⁵, al chiarimento

²³ Nel sottolineare il carattere innovativo della concezione logico-positivistica della scienza e nel sottoporla all'attenzione dei giuristi e dei teorici generali, Bobbio ha, infatti, inizialmente posto l'accento sulla costruzione di discorsi rigorosi, individuandovi la condizione non solo necessaria, ma anche sufficiente della scientificità, sottovalutando, però, con ciò quell'esigenza di «trovare una fondazione al discorso rigoroso che permettesse di considerarlo non solamente rigoroso ma anche discorso in qualche senso empirico» (M. JORI, *Il metodo giuridico tra scienza e politica*, Giuffrè, Milano 1976, p. 52), che anche il positivismo logico più liberalizzato ha sempre tenuto ferma nel caso in cui non si stia parlando di scienze formali. Cfr., sul punto, P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio meta-teorico del diritto*, cit., in particolare il capitolo secondo.

²⁴ R. GUASTINI, *Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto (I) 1949-1960*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1978, p. 301.

²⁵ Di "filosofia del diritto dei giuristi", contrapposta alla "filosofia del diritto dei filosofi" Bobbio aveva parlato, infatti, nel 1965, in uno dei suoi lavori più noti, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, per caratterizzare in maniera sintetica ed efficace due diversi modi di intendere e di praticare la filosofia del diritto e per prendere decisamente posizione a favore di quello a cui rimanda la prima delle due formule. La "filosofia del diritto dei filosofi" – notava Bobbio – è quella praticata dai filosofi del diritto che ritengono di poter ricavare soluzioni appropriate, e magari definitive, per i problemi che si presentano nel campo dell'esperienza giuridica, "applicando" a tale specifico ambito gli assunti generali di uno tra i molteplici indirizzi che concepiscono la filosofia come ricerca sui massimi problemi. La filosofia del diritto dei filosofi è, detto in altri termini, la pretenziosa

dei presupposti concettuali, degli assunti valutativi, dei modelli di regolazione giuridica sottesi alla disciplina di una determinata materia. E ha significato poter realizzare tale riflessione avvalendosi di uno strumentario teorico, tipicamente analitico-linguistico, costituito, innanzitutto, da una concezione del linguaggio e del significato, destinate ad avere importanti ripercussioni sul complessivo apparato di concetti che concorrono a configurare l'universo del diritto.

Il riferimento è alla concezione convenzionalistica, in base alla quale il linguaggio va riguardato come un insieme di segni che, attraverso complicati processi, sono stati posti in altrettanto complesse relazioni tra loro e con elementi di esperienza non linguistica, per rispondere a bisogni degli utenti, dove le relazioni non sono casuali, ma conformi a regole²⁶. Quindi, linguaggio

ricerca che mira all'individuazione delle soluzioni normative appropriate, o addirittura necessitate, per diversi problemi, sulla base della delimitazione, a livello concettuale, delle proprietà ontologiche costitutive di determinati enti, ad esempio dell'ente persona, o dell'ente diritto stesso, e questo sul presupposto che vi siano valori e disvalori inerenti a certi stati di cose ed eventi e, correlativamente, prescrizioni e valutazioni fondabili sulle proposizioni cognitive che a quegli stati ed eventi si riferiscono. La "filosofia del diritto dei giuristi" è, invece, il differente approccio del filosofo del diritto che si impegna nell'adempimento di un più modesto compito critico o metodologico, non perdendo mai di vista il diritto, nelle sue espressioni storicamente determinate, e ciò che fanno i giuristi, anzi facendo specifico oggetto di riflessione proprio il diritto, il discorso delle norme e i discorsi sulle norme. Da una parte, la fiducia nella praticabilità di sintesi ardite, realizzate compiendo «evoluzioni nei cieli della metafisica». Dall'altra parte, l'adozione di uno "stile di lavoro", verso il quale Bobbio ha sempre manifestato una decisa propensione, in cui si dà precedenza all'analisi sulla sintesi, a muovere dalla convinzione che questa sia la strada da percorrere se si hanno a cuore la chiarezza e il rigore concettuale, se non si vuole correre il rischio «di costruire ... case di sabbia in cui nessuno andrebbe volentieri ad abitare» e, soprattutto, se si aderisce alla «credenza nell'estrema fallibilità dell'intelletto umano e nella provvisorietà (e rivedibilità) delle sintesi cui esso può giungere nel tentativo di unire organicamente i dati raccolti». Cfr. N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, pp. 44-45. Cfr. anche P. BORSELLINO, *Bobbio "filosofo del diritto dei giuristi"*, in M. SAPORITI (a cura di), *Norberto Bobbio: rigore intellettuale e impegno civile*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 29-45.

²⁶ Cfr. U. SCARPELLI, *Filosofia analitica, norme, valori*, Comunità, Milano, 1962, p. 26.

come complesso fenomeno culturale, segnato, in modo determinante, dall'intervento umano²⁷. E linguaggio come struttura regolativa, cioè come insieme di segni governato da regole (sintattiche, semantiche, pragmatiche), che giocano un ruolo fondamentale nella determinazione del rapporto tra segni, significati e utenti. Una prospettiva, questa, nella quale il significato non va considerato come un ente mentale, *trait d'union* tra le parole e le cose, bensì come la complessa relazione tra segni ed elementi non linguistici istituita, appunto, da regole operanti a diversi livelli, dove le regole circa l'uso legittimo che di una parola, o di un insieme di parole, si può fare, nella comunicazione, possono essere formulate mediante una definizione²⁸ adoperata per descrivere, con un'operazione di ricognizione "lessicale", il modo in cui un termine è stato o è usato da una persona o da un insieme di persone all'interno di una comunità di utenti del linguaggio, oppure per prescrivere in che modo un termine deve essere usato, introducendone un significato *ex novo*, con un'operazione "stipulativa", o, ancora, realizzando una modifica e precisazione di significati già in uso, come avviene con l'operazione "ridefinitoria"²⁹.

Entro la cornice convenzionalistica, destinata a valere per il linguaggio, a prescindere dalle diverse configurazioni/articolazioni, che ne possono essere individuate, con riguardo al profilo fun-

²⁷ Cfr. U. SCARPELLI, *La meta-etica analitica e la sua rilevanza etica*, in U. SCARPELLI, *L'etica senza verità*, Il Mulino, Bologna, 1982. Si tratta della prospettiva nella quale – come scrive Scarpelli – «pensiamo che non sia preconstituita una struttura oggettiva o soggettiva dell'esperienza, destinata a riflettersi nella struttura del linguaggio, sì che la struttura del linguaggio possa essere campo, in tutte le sue articolazioni e sino nei piloni centrali, di decisioni e stipulazioni» (p. 90).

²⁸ Da intendersi, secondo Scarpelli, in conformità con la caratterizzazione fornitane da Rudolf Carnap (*Testability and Meaning*, in *Philosophy of Science*, 1936) come «formulazione per mezzo di altri termini delle condizioni di applicazione di un termine». Cfr. U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto* (1959), in U. SCARPELLI (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, p. 183).

²⁹ Per la distinzione dei tre differenti possibili usi della definizione, riproposta sulla scorta di R. ROBINSON, *Definition*, Oxford University Press, Oxford 1954, 1954, cfr., U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, cit., p. 192.

zionale o a quello relativo al diverso operare delle regole³⁰, viene accolta, e riceve significative rielaborazioni, la concezione del linguaggio prescrittivo o normativo che, superando la cosiddetta “fallacia descrittivistica”, vale a dire la tesi, rimasta a lungo presente in semiotica³¹, secondo cui solo i linguaggi o discorsi descrittivi sono dotati di significato in senso pieno, nonché, superando le interpretazioni in chiave emotivistica o espressivistica³² del significato degli enunciati normativi, riconosce che gli enunciati dei discorsi prescrittivi possono, a pieno titolo, essere considerati dotati di significato, alla condizione di fare riferimento a un’azione, di esprimere un modello di comportamento individuabile, così come gli enunciati descrittivi sono dotati di senso se fanno riferimento a un identificabile evento del mondo. Si tratta della prospettiva d’analisi legata alla cosiddetta “svolta prescrittivistica”³³ in teoria del linguaggio, dopo la quale non è apparso

³⁰ Riguardo a questo profilo, i diversi linguaggi si possono considerare collocati su un’ideale linea continua, ai due estremi della quale stanno, da una parte, i linguaggi formalizzati, e, dall’altra, il linguaggio ordinario, nel quale le regole non sono, come nei primi, rigorosamente formulate ed univoche.

³¹ A partire dalle posizioni caratterizzanti la filosofia linguistica del primo empirismo logico, proprie, primi fra tutti, di Ludwig Wittgenstein e di Rudolf Carnap. Per riferimenti, cfr. U. SCARPELLI, *Etica, linguaggio, ragione*, in U. SCARPELLI, *L’etica senza verità*, cit., pp. 49-72.

³² Come emblematica formulazione dell’accostamento al linguaggio normativo in chiave emotivistica, cfr. J.A. AYER, *Language, Truth and logic* (1936), trad. it., *Linguaggio, verità e logica*, Feltrinelli, Milano, 1961 e CH.L. STEVENSON, *Ethics and Language* (1944), trad. it., *Etica e linguaggio*, Longanesi, Milano, 1962.

³³ Tale svolta è legata soprattutto all’importante lavoro di R. HARE, *The language of Morals* (1952), trad. it., *Il linguaggio della morale*, Roma, 1968. In esso, Hare formula per primo la teoria, poi accolta e posta al centro dei loro studi da importanti studiosi italiani del linguaggio normativo, quali Giulio Preti e Uberto ScarPELLI, secondo cui in ogni enunciato può essere individuato un elemento, detto “frastico”, che contiene il riferimento a stati o eventi dell’esperienza, e un secondo elemento, detto “neustico”, che esprime la funzione dell’enunciato. Con questa operazione si mette in luce non solo che, per quanto riguarda la significanza, dipendente dai frastici, non c’è nessuna differenza tra enunciati descrittivi e prescrittivi, ma che, come ha sottolineato Preti, è possibile «costruire il discorso normativo con l’identica logica del discorso scientifico, differendo solo i neustici» (G. PRETI, *Praxis ed empirismo*, Einaudi, Torino, 1957, p. 216).

più contestabile che privi di significato sono tutti gli enunciati, qualunque ne sia la funzione, incapaci di fare riferimento a una situazione o a un'azione (nel mondo empirico), per descriverla piuttosto che per qualificarla prescrittivamente come obbligatoria, vietata, lecita, giusta, immorale, ecc.³⁴

Ma entro quella cornice, trova, altresì, spazio, una concezione del linguaggio giuridico, inteso come linguaggio in funzione prevalentemente, se non esclusivamente prescrittiva³⁵, nella quale, se, per un verso, si riconosce la continuità tra linguaggio giuridico e linguaggio ordinario e il “prestito semiotico” che il primo riceve dal secondo³⁶, per altro verso, si dà risalto alla “tecnicizzazione” del linguaggio giuridico, legata alla presenza di termini propriamente tecnico-giuridici di carattere normativo³⁷ e, di questi, gra-

³⁴ Che sia la presenza o l'assenza di un frastico, che consenta il riferimento a stati di cose o ad azioni nel mondo empirico almeno astrattamente configurabili, a marcare la differenza tra enunciati dotati di senso o privi di senso, tanto in ambito descrittivo, quanto in ambito prescrittivo, è comprovato, secondo Hare, dall'evidente insensatezza sia dell'enunciato descrittivo «l'assoluto è verde», sia di quello prescrittivo «rendi l'assoluto verde», da una parte, e dall'altrettanto evidente sensatezza sia dell'enunciato descrittivo «la porta è chiusa», sia dell'enunciato prescrittivo «chiudi la porta», dall'altra parte (R. HARE, *op. cit.*, p. 30).

³⁵ Posto che l'espressione «linguaggio giuridico» può essere usata nell'accezione ampia, inclusiva sia del linguaggio usato dagli organi con competenza normativa per formulare norme giuridiche generali e astratte o individuali e concrete (linguaggio delle norme), sia del linguaggio usato nell'esposizione ed elaborazione del diritto in ambito dottrinale e di teoria del diritto, così come nello svolgimento di attività a fini pratici (linguaggio sulle norme), la prescrittività è stata oggetto di problematizzazione con riguardo ad alcune tipologie di norme, quali le norme costitutive e, quindi, anche al linguaggio delle norme, ma, soprattutto con riguardo al linguaggio sulle norme. Cfr. N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), in *Autore?, Studi per una teoria generale del diritto* (1970), Giappichelli, Torino, 2012, pp. 119-149.

³⁶ E la conseguente importazione dell'ambiguità e della vaghezza proprie del linguaggio ordinario. Cfr. C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Giuffrè, Milano 1990.

³⁷ Di tale natura sono, secondo Scarpelli, «... Termini designanti fatti qualificati secondo norme, giuridiche o non giuridiche, e qualificazioni di fatti secondo norme, giuridiche o non giuridiche, nonché termini che designano norme o sistemi di norme o loro elementi o aspetti ...» (U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, cit., p. 188).

zie al superamento della «fallace concezione del linguaggio come specchio di una realtà, per cui a ogni nome nel linguaggio dovrebbe corrispondere qualcosa (un ente, una relazione) nella realtà»³⁸, si individua la specifica funzione, che è quella di richiamare non proprietà empiriche o ontologiche di individui o cose, ma il trattamento normativo, con la correlativa ascrizione di diritti e doveri, già attuato dal diritto vigente o auspicato nel diritto futuro, in relazione a certi individui³⁹.

5. I concetti giuridici e la loro “costitutiva” storicità

Le tesi in tema di linguaggio, di linguaggio normativo e di linguaggio giuridico sinteticamente richiamate nel precedente paragrafo hanno importanti ripercussioni sul modo di intendere e di trattare i concetti e le categorie che configurano l’universo giuridico.

Innanzitutto, nella prospettiva in cui si sposta l’attenzione dagli enti, e dalle proprietà degli enti destinate a rispecchiarsi nelle parole, alle parole stesse, con la consapevolezza che sono le regole, già adottate o proposte circa il loro uso, a determinarne le funzioni in diversi contesti, non si può più pensare che parlare di concetti voglia dire parlare di qualcosa di diverso dal significato di parole e dalle regole d’uso, da cui il significato dipende, con la prima importante implicazione che, quando si è, in generale, alle prese con un problema di “concettualizzazione”, la domanda corretta alla quale rispondere non sarà «di che cosa è nome il nome portatore di questo concetto», bensì, «come è usato il nome portatore di questo concetto»⁴⁰, e, si potrebbe aggiungere, come è

³⁸ U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, cit., p. 194.

³⁹ Per riferimenti alla modalità definitoria appropriata per tali termini e, in particolare, al necessario ricorso a una “definizione condizionale”, «con la quale si stabilisca un metodo di determinazione di tipo speciale, comportante un’operazione o operazioni di qualificazione di fatti secondo norme», cfr. U. SCARPELLI, *La definizione nel diritto*, cit., p. 189.

⁴⁰ U. SCARPELLI, *Filosofia e diritto*, cit., p. 196.

stato usato e come, e per quali ragioni, potrebbe essere usato in modo diverso.

Se poi si rivolge, nello specifico, attenzione ai concetti giuridici, vale a dire al significato dei termini in uso nel diritto, e, con particolare riguardo ai termini tecnico-giuridici normativi, si prende atto che si tratta di termini il cui significato incorpora il riferimento al trattamento di atti e comportamenti umani stabilito da norme, e non a enti, individui, cose o situazioni “oggettivamente” determinabili nelle loro proprietà, ancor meglio si può comprendere la vanità/sterilità di una ricerca, a tutti i costi, di referenti dei termini nella realtà, realizzata con la convinzione o, meglio, con l’illusione, di poter pervenire a categorizzazioni perfettamente adeguate, potremmo dire sottratte al tempo, al mutare delle circostanze, in una parola, sottratte alla Storia.

Ma, a ben guardare, proprio l’ambito giuridico ha rappresentato un vero e proprio terreno di elezione per il radicamento di questa convinzione o illusione e per il riproporsi di attitudini concettualistiche, quali quelle che hanno trovato espressione nella dogmatica “puristica”, della quale, come ricordava ScarPELLI in un saggio del 1983⁴¹, già Philip Heck aveva criticato il cosiddetto “metodo dell’inversione”, vale a dire, la pretesa di poter risalire da norme date allo stabile e definitivo sistema di concetti che si ritengono esservi sottesi, per poi dedurre da questo ulteriori norme richieste da problemi via via emergenti, invece di pervenire alle norme, necessarie per colmare le lacune, a partire dalla comparazione e dalla valutazione analogica degli interessi in gioco⁴².

L’onnipresente fantasma del concettualismo ha, del resto, accompagnato l’ostinata negazione che si possa parlare di “vuoto giuridico” anche quando si è in presenza di situazioni e di scenari profondamente mutati, rispetto al passato, quali quelli che, negli ultimi decenni, si sono venuti delineando in presenza di “nuove” aspettative individuali alla formazione di una famiglia, oppure di

⁴¹ U. SCARPELLI, *La teoria generale del diritto. Prospettive per un trattato*, in U. SCARPELLI (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 281-340.

⁴² Cfr. U. SCARPELLI, *op. ult. cit.*, p. 336.

umentate possibilità di intervento sulla vita, a seguito degli straordinari progressi in ambito bio-medico avvenuti a partire dalla seconda metà del ventesimo secolo. Chi, anche di fronte a questi scenari, rifiuta l'idea del "vuoto giuridico", chiudendo gli occhi di fronte alla necessità di specifici interventi normativi e delle preliminari, spesso non facili, scelte valoriali, che ne costituiscono il presupposto, lo fa, infatti, a muovere dall'assunto concettualistico che nel patrimonio di concetti, di cui il pensiero giuridico occidentale ha arricchito il diritto privato e il diritto pubblico, siano già incorporate tutte le risposte.

In altre parole, si guarda ai concetti, di cui il giurista si avvale quando, in ambito teorico, non meno che in ambito pratico, è chiamato ad adempiere alla sua funzione sociale, «quella di qualificare comportamenti come obbligatori, proibiti o permessi, e quindi di ascrivere diritti e doveri»⁴³, come a degli arnesi, riposti in un metaforico scaffale, già pronti e adatti per ogni possibile uso, e non bisognosi di essere messi a punto o, addirittura, di essere riplasmati, quando la materia da trattare appare particolarmente delicata o eccessivamente resistente.

Ora, la filosofia del diritto di orientamento analitico-linguistico, di cui si trovano tracciate le linee nei contributi di Norberto Bobbio e di Uberto Scarpelli, fa cadere il velo "ideologico" che avvolge la tesi della fissità delle categorie giuridiche e ne occulta la natura "pragmatica" di strumenti, per la guida e il controllo dei comportamenti, dei quali si tratta di capire come ci servono, se ci servono, e in quale misura, e direzione, possiamo eventualmente modificarli perché ci servano meglio, quando si fanno strada, e si pongono sul piano dell'esistenza materiale, vale a dire della vita concreta nel suo svolgersi, esigenze, aspettative, bisogni, nuovi e diversi, rispetto al passato, che chiamano in causa il diritto.

In altre parole, l'approccio e l'apparato teorico analitico-linguistico destituiscono di fondamento la convinzione che le categorie giuridiche siano "entità" date una volta per tutte e indiscutibili, di cui possa essere fatta applicazione in tutti i campi, così da

⁴³ N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica* (1967), cit., p. 154.

pervenire all'appropriata, o addirittura scontata, soluzione normativa per le questioni in gioco e, per contro, consentono di liberare le categorie giuridiche – a cominciare da nozioni giuridiche fondamentali, quali, in primo piano tra diverse altre⁴⁴, quelle di soggetto di diritto, capacità e persona – dalle paralizzanti ipoteche oggettivistiche e naturalistiche, che ne fanno il luogo di insuperabili controversie, restituendole al tempo e alla storia. Così facendo, aiutano a comprendere che i confini della capacità, così come quelli della soggettività o della personalità giuridica, non sono già tracciati e in attesa di essere rilevati e descritti. Sono, al contrario, suscettibili di essere ridisegnati e, quindi, anche estesi o ristretti, sulla base di considerazioni di valore che, chi le fa proprie, ha l'onere di esplicitare, assumendosene la responsabilità.

6. *Categorie giuridiche sub iudice. Alcuni osservatori privilegiati*

In relazione alle sopra menzionate categorie, sono state soprattutto le accresciute possibilità d'intervento sulla vita e il ripensamento dei modelli ai quali improntare le relazioni di cura⁴⁵, richiesto da un contesto culturale sempre più segnato dal riconoscimento del valore della libertà individuale, a operare da fattori di crisi rispetto alla loro configurazione come nozioni stabilmente definite e non rimodulabili.

Per quanto riguarda, ad esempio, la nozione di capacità, intesa, nell'accezione di capacità di agire, come idoneità di un individuo al compimento di atti giuridici, nel campo delle cure si è messo in discussione che il criterio necessario e sufficiente per investire delle scelte, in forma attuale o anticipata, gli individui ai quali le cure sono destinate, possa essere rappresentato dall'acquisizione di un modo d'essere, o, se si preferisce, di una qualità

⁴⁴ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra "moralì" e diritto*, Cortina, Milano 2009, in particolare, pp. 52-58.

⁴⁵ Cfr. P. BORSELLINO, *op. ult. cit.*, in particolare capitolo terzo, "Il rapporto medico-paziente tra morale, deontologia e diritto: diritti, doveri, responsabilità".

collegata al raggiungimento di una certa soglia di età, cioè dall'elemento tradizionalmente considerato imprescindibile per il valido compimento di atti, suscettibili di incidere sulle situazioni giuridiche di un soggetto. Con riguardo al campo della salute, ha riscosso e va sempre più riscuotendo consensi la tesi che a contare sia il possesso, da parte degli individui, anche minorenni, di discernimento sufficiente per compiere scelte relative ai trattamenti sanitari, e che la rigida contrapposizione tra capacità e incapacità sia destinata a lasciare il campo a un'articolazione della condizione soggettiva realizzata tenendo conto di un'ampia gamma di situazioni intermedie tra i due estremi della piena riferibilità e della totale assenza di ogni possibile riferimento alla volontà di un soggetto⁴⁶.

Non più ovvia e scontata appare, peraltro, anche la consolidata distinzione, effettuata con riferimento alla titolarità di diritti, obblighi e altre situazioni soggettive, tra "soggetto parte" e "soggetto terzo". Non andando, anche in questo caso, oltre un rapido cenno, si può rilevare come a sollecitarne il ripensamento siano state, in tempi relativamente recenti, le aumentate conoscenze nell'ambito della genetica e, sulla base di queste, la disponibilità di test diagnostici e predittivi, che consentono l'acquisizione di informazioni genetiche relative sia a un individuo sia a tutti coloro che ne condividono i caratteri ereditari. Ciò comporta che vi siano dei soggetti che, rispetto al soggetto di cui, mediante i test, vengono acquisiti dati genetici, non possono, in senso proprio, essere più considerati "terzi", dal momento che una parte di quei dati appartiene o dovrebbe appartenere anche a loro. Di qui la necessità di costruire una "nuova" categoria giuridica, rivedendo una dicotomia consolidata. Quella dei cosiddetti "terzi non estra-

⁴⁶ In questa direzione orienta la legge n. 6 del 9 gennaio 2004 (*Introduzione nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, relativo all'istituzione dell'amministrazione di sostegno e modifica degli articoli 388, 414, 417, 418, 424, 426, 427 e 429 del codice civile in materia di interdizione e di inabilitazione*), il cui primo articolo dichiara l'intento di «tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana».

nei”, in posizione intermedia tra il soggetto dei dati e i terzi propriamente detti. Soggetti riguardo ai quali si va affermando l’idea – per usare l’espressione che ricorre in una Raccomandazione del Consiglio d’Europa⁴⁷ – di una “protezione legale ibrida”, da assicurare introducendo eccezioni, in alcuni casi e previa un’accurata valutazione degli interessi in gioco, alla regola generale che subordina alla libera determinazione del soggetto l’acquisizione, il trattamento e la comunicazione dei dati⁴⁸.

Infine, qualche breve considerazione in merito alla nozione di persona. Basta una rapida ricognizione nelle più rilevanti questioni di rilevanza bioetica per avvedersi che tale nozione viene messa in campo per contestare la liceità non solo morale, ma anche giuridica, dell’aborto, non meno che per giustificare una disciplina, come quella introdotta in Italia, in materia di procreazione medicalmente assistita, dalla legge n. 40 del 2004, che contiene limitazioni e divieti (esclusione dei soggetti portatori di malattie genetiche trasmissive, divieto della diagnosi pre-impianto, divieto di qualunque forma di sperimentazione sugli embrioni, ecc.), a fondamento dei quali viene posta l’affermazione che l’embrione e, a maggior ragione, il feto sono persone⁴⁹. Ma la qualifica di persona gioca un ruolo fondamentale anche in relazione a situazioni completamente diverse. Si pensi a quegli stati di sospensione tra la vita e la morte, quali lo stato vegetativo permanente, che rappresentano l’effetto collaterale non voluto e, allo stato attuale delle conoscenze, non sempre prevedibile, della messa in atto di tecniche rianimatorie e di sostegno vitale volte al recupero di funzioni vitali compromesse a seguito di gravi eventi traumatici. Se, in relazione a questi stati, ha trovato sostenitori la

⁴⁷ Si tratta della Raccomandazione n. 5 del 1997, consultabile presso il sito del Consiglio d’Europa, www.coe.fr/dataprotection/rec/.

⁴⁸ In questa prospettiva, e nella linea della Raccomandazione n. 5 del 1997, il Garante per la privacy, con una Decisione del 22 maggio 1999, ha autorizzato ad accedere ai dati sanitari del padre una donna affetta da glaucoma bilaterale e interessata, ai fini di una futura gravidanza, a conoscere se il padre fosse stato affetto dalla stessa malattia.

⁴⁹ Cfr. P. BORSELLINO, *Bioetica tra “moralì” e diritto*, cit., il capitolo ottavo.

teoria della cosiddetta “morte corticale”⁵⁰, è perché si è ritenuto di poter sostenere che gli individui in questa tragica condizione non sono più persone. E ancora, la tesi che gli animali non umani, soprattutto quelli che presentano affinità rilevanti con l’uomo, quali i primati, sono persone, trova significativo spazio nel dibattito animalista⁵¹.

In queste e in molte altre situazioni, l’attribuzione o, per contro, la negazione dello *status* di persona, con le importanti conseguenze che ne discendono sul piano normativo, vengono fatte sul presupposto che “persona” denoti un insieme di proprietà attingibili grazie alla conoscenza scientifica o, secondo taluni, sul piano metaempirico di un’indagine filosofica capace di una più “pregnante” comprensione teoretico/ontologica. In forza dell’individuazione di tali proprietà, si opera l’identificazione delle persone con “enti” dotati di certe caratteristiche biologiche e psicologiche, dall’individuo non nato, portatore del genoma umano, all’individuo umano nato, all’individuo umano capace di coscienza e di interazione con il mondo esterno, a individui non umani in possesso di capacità cognitive e relazionali.

La diffusa convinzione che la qualificabilità di un individuo come persona possa svolgere un ruolo decisivo in relazione a molti dei più delicati problemi bioetici bisognosi di risposte sul piano giuridico, oltre che sul piano morale, non va, a ben guardare, disgiunta, da una trattamento della nozione di persona che lascia intravedere l’adesione, più o meno consapevole, a quella teoria dei concetti giuridici fondata sui presupposti essenzialistico-realistici, di cui la filosofia del diritto di orientamento analitico-linguistico consente di cogliere la fallacia. Nel momento stesso in cui disto-

⁵⁰ Cfr. C.A. DEFANTI, *Soglie: Medicina e fine vita*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007.

⁵¹ Cfr. L. BATTAGLIA, *Etica e diritti degli animali*, Laterza, Roma-Bari, 1997; S. CASTIGNONE (a cura di), *I diritti degli animali. Prospettive bioetiche e giuridiche*, Il Mulino, Bologna, 1985; M. MIDGLEY, *Perché gli animali* (1983), trad. it. Feltrinelli, Milano 1985; T. REGAN, *I diritti animali* (1983), trad. it. Garzanti, Milano 1990; P. SINGER, *Liberazione animale* (1976), trad. it. Mondadori, Milano 1990; V. POCAR, *Gli animali non umani*, Laterza, Roma-Bari, 2005.

glie dalla ricerca, a tutti i costi, di un referente nella realtà del nome portatore del concetto di persona, la teoria analitica dei concetti giuridici, nella linea già anticipata dalla “dissoluzione” kelseniana dell’identificazione della persona con l’individuo come ente bio-psicologico⁵², consente di guardare alla nozione di persona come a una sorta di artificio con il quale si dà evidenza a un insieme di diritti e di doveri già riconosciuti o ancora da riconoscere a un soggetto mediante norme e, con un radicale cambiamento di prospettiva, di comprendere che, dietro la domanda “quali individui siano persone”, a meno che non si tratti della domanda sugli usi del termine “persona” in un certo contesto, non v’è un’esigenza conoscitiva, bensì l’esigenza pratico-valutativa di prendere posizione a favore di certe linee di comportamento.

7. *Per concludere*

La coerente applicazione all’ambito giuridico delle tesi in tema di linguaggio e di definizione, nella linea indicata e percorsa, all’interno della “Scuola analitica di filosofia e teoria generale del diritto”, da Norberto Bobbio e da Uberto Scarpelli, prima di altri studiosi che ne hanno seguito l’insegnamento, porta a riconoscere nel diritto un “prodotto storico”, vale a dire il risultato di una costruzione realizzata per rispondere a concrete e fondamentali esigenze di tutti gli uomini, prima fra tutte, quella di poter contare su condizioni e su strumenti finalizzati al contenimento di divergenti interessi, così da prevenire e/o comporre i conflitti e garantire la convivenza degli individui in società. Una costruzione che i cambiamenti degli scenari socio-economici e culturali non consentono di considerare mai conclusa.

Diritto, quindi, non come qualcosa di dato e di predeterminato nella sua complessiva configurazione e nelle sue specifiche articolazioni, bensì come campo di scelte, di cui sono necessariamente

⁵² H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), Einaudi, Torino 2016, p. 87.

te investiti tutti i soggetti che, nella sua costruzione, sono a diverso titolo coinvolti.

Ma la storicità, intesa in questo senso, non è, a sua volta, una proprietà “oggettiva”, né indica una direzione obbligata nella quale realizzare la costruzione del diritto. La direzione potrà essere quella del cambiamento, ma anche quella della conservazione, quella della valorizzazione dell'autonomia, dell'accrescimento dell'uguaglianza e dell'allargamento degli spazi di partecipazione, oppure quella del mantenimento o, addirittura, dell'incremento delle differenze e delle discriminazioni nella titolarità dei diritti e della valorizzazione dei poteri consolidati.

La filosofia analitica del diritto non ci dice quale sarà o dovrà essere la direzione, ma ci dice che a determinarla saranno le scelte valoriali, che coloro, che sono impegnati nell'elaborazione del diritto, sapranno consapevolmente compiere in sede normativa non meno che in sede dottrinale, assumendosene la responsabilità.

Intorno al colorito neo-romantico di Giuseppe Capograssi

di Marco Cossutta

SOMMARIO: 1. Il processo quale ordinamento. – 2. Intuizionismo ed esperienza giuridica. – 3. Lo storicismo giuridico capograssiano. – 4. La determinazione del diritto nel processo.

1. *Il processo quale ordinamento*

La vastità del tema proposto dagli organizzatori di questo incontro di studi, *La storicità del diritto. Esistenza materiale. Filosofia. Ermeneutica*, è tale da poter abbracciare nella sua interezza la riflessione giuridica e filosofica così come si è venuta sviluppando dai suoi albori sino ai nostri giorni. È pertanto d'uopo ritagliare uno specchio d'acqua in questo mare magnum e, lasciando ogni velleità di spaziare sull'infinito orizzonte, concentrare su questo scorcio la propria attenzione.

L'area che ha attirato l'interesse è quella perimetrata dall'espressione *esperienza giuridica*, la quale rimanda, nella cultura giuridica italiana, inequivocabilmente alle speculazioni di Giuseppe Capograssi.

Accantonando per ora lo specifico del filosofo e giurista di Sulmona, più in generale si può constatare come, se l'esperienza giuridica si sostanzia nella *ricerca* del diritto attraverso il processo ove si svolge la controversia (da cui alla *prospettiva processuale del diritto*¹), il processo non può prescindere dai fatti concreti; sono

¹ Cfr. in tema E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova 1983; G.

proprio i fatti, i piccoli accadimenti quotidiani, che lo illuminano². Fatti tra loro collegati in una ricerca di unità, che è offerta dal loro fondersi con il contesto sociale dal quale sorgono e per il quale ricercano soluzione.

I fatti, i fatti personali, tra loro collegati determinano la storia del diritto ed il diritto, per essere espressione di una *giusta giustizia*³, è prodotto dalla storia, ma nel contempo la determina, in quanto sorge da una realtà sociale caratterizzata da una *prassi regolare* e ritorna a questa quale *regola*. Scindere il diritto dalla storia, che è tutt'uno con il non riconoscere nel diritto "il farsi stesso della persona"⁴, implica il relegarlo al ruolo di legge astratta, inoperante nel contesto sociale se non sorretta dalla potenza⁵.

In tale contesto il diritto, prendendo a prestito le parole di Paolo Grossi, «nella sua essenza, più che potere è ordinamento, è

FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, *Ottocento e Novecento*, Bologna 1970 (sugli sviluppi più recenti di tale prospettiva vedi l'Appendice redatta da C. Faralli per l'edizione aggiornata, Roma-Bari 2001), F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, Padova 2013 e F. CAVALLA, *La prospettiva processuale del diritto. Saggio sul pensiero di Enrico Opocher*, Padova 1991.

² Cfr. G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo (ricordando Giuseppe Chiovenda)*, ora in G. CAPOGRASSI, *Opere*, vol. IV, Milano 1959, pp. 131-169 (ma 1938). Pur consapevoli di effettuare una scelta quanto meno riduttiva, limitiamo l'analisi dell'orizzonte speculativo capogrossiano di fatto a due sole opere; oltre al contributo che prende l'avvio dall'omaggio alla memoria di Giuseppe Chiovenda, qui richiamato, faremo riferimento al saggio *Giudizio processo scienza verità*, pubblicato nel 1950 sulla *Rivista di diritto processuale* nel primo fascicolo di quell'annata (ora in *Opere*, vol. V, Milano 1959, pp. 51-76, da cui sono tratte le citazioni). Per un verso non può essere questa la sede per affrontare un'analisi esaustiva dell'opera del pensatore di Sulmona, per altro si ritiene che i due *brevi saggi* diano conto con estrema chiarezza della prospettiva capogrossiana in tema di processo, di esperienza giuridica e della centralità dell'attività interpretativa quale momento fondativo del diritto (si veda in proposito E. OPOCHER, *Riflessioni su diritto e processo nella filosofia dell'esperienza giuridica di G. Capograssi*, in AA.VV., *Studi in onore di Angelo Falzea*, I, Milano 1991).

³ Cfr. S. SATTA, sub voce *Giurisdizione*, in *Enc. dir.*, 1970.

⁴ E. OPOCHER, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, in *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX. Atti dell'XI Congresso nazionale della Società italiana di filosofia giuridica e politica*, Milano 1976, p. 94.

⁵ Cfr. in proposito F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Milano 1983.

la stessa società che si auto-organizza percependo certi valori storici, disegnando su di essi alcune regole e osservandole nella vita quotidiana»⁶. Prospettiva, questa, lontanissima da quella che ritiene che «il carattere delle giuridicità non sale dal basso verso l'alto, ma discende dall'alto verso il basso, dalla fonte ai soggetti»⁷.

2. Intuizionismo ed esperienza giuridica

Ritornando a Capograssi⁸, innegabili appaiono le influenze della corrente dell'*intuizionismo* sul suo pensiero⁹; Bergson, *in primis*, e Blondel, i quali esortano ad assecondare il fluire dell'esperienza senza rimanere imbrigliati in una (falsa) conoscenza concettuale della stessa: *l'intuizione*, quindi, contrapposta alla ragione scientifica. Per inciso, questo cenno ci permette di comprendere come Capograssi giunga al pensiero degli intuizionisti, suoi quasi contemporanei, attraverso la riflessione di Giambattista Vico, che all'evidenza del razionale contrappone il criterio dell'identità del vero col fatto.

Al di là di questa chiosa, ritengo che si possano correttamente leggere alcuni passaggi capograssiani attraverso lo spettro messoci

⁶ Così in P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari 2007, p. 6.

⁷ N. IRTI, *Società civile. Elementi per una analisi del diritto privato*, Milano 1992, p. 133.

⁸ Per un primo approccio al pensiero di Capograssi cfr., oltre al volume F. MERCADANTE (a cura di), *Due Congressi su Giuseppe Capograssi. L'individuo, lo stato, la storia. G. Capograssi nella storia religiosa e letteraria del novecento*, Milano 1990, i lavori di G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia nel pensiero di Giuseppe Capograssi*, Padova 1976, e di U. PAGALLO, *Ambiguità dello stato sociale*, Padova 1990. Sul concetto di esperienza giuridica nel pensiero di Capograssi si rimanda a E. OPOCHER, *sub voce Esperienza giuridica*, in *Enc. dir.*, 1966; ID., *Lezioni di filosofia del diritto*, cit., pp. 231-237, nonché a R. MENEGHELLI, *Riflessioni sul significato metafisico dell'esperienza giuridica*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, XXIX, 1952, n. 4, pp. 425-444. Cfr. altresì il volume collettaneo AA.VV., *La filosofia dell'esperienza comune di Giuseppe Capograssi*, Napoli 1976.

⁹ Cfr. F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., pp. 401-412.

a disposizione da questa prospettiva di pensiero, da Bergson in particolare.

Pare, infatti, che Capograssi veda nel processo¹⁰ il luogo/momento in cui la legge, il frutto della *pressione sociale*, si incontra con la giustizia, l'*aspirazione* oltre la pressione sociale; non tanto, quindi, luogo/momento di applicazione meccanicistica della legge, che schiaccerebbe ogni anelito di giustizia secondo il ciceroniano *summus ius, summa iniuria* (*De officiis*, I, 10, 33), quanto luogo/momento in cui, bergsonianamente, le legge si incontra con l'*aspirazione* alla giustizia fondendosi attraverso l'*incedere* dialettico azionato dalle parti (attore, convenuto, giudice, pubblica opinione – *éndoxa*), e dando in questo modo vita al diritto (sulla cosa controversa). Un diritto che prima del processo non è presente; vi è, infatti, soltanto la legge, le opposte pretese delle parti ed i valori sociali che incarnano l'*aspirazione* alla giustizia. Un diritto che dopo il processo, per quanto da questo istituito nella sentenza che chiude il caso in specie, si dissolve, dato che deve essere nuovamente *esperito* (*intuito*, potremmo anche dire) a fronte di nuovi fatti che conducono ad un nuovo processo.

Vi è pertanto nel diritto un'anima entimematica, che lo porta a venire costantemente ricercato in un inesauribile processo fra il *chiuso* e l'*aperto*, ove il diritto non appartiene interamente al *chiuso*, in quanto, pur legato alla *pressione* (la legge), è informato dalla *aspirazione* (alla giustizia), ma non appartiene interamente all'*aperto*, in quanto istituzionalizzato nella sentenza che chiude la controversia.

Questa trama, che vede dunque sullo sfondo l'intuizionismo bergsoniano (nella sua particolare declinazione offerta da Blondel), non è certamente estranea alla più *antica* riflessione vichiana sul fenomeno giuridico, caratterizzata, per il filosofo partenopeo, attraverso il contrasto fra l'elemento universale, assoluto (*vero*) – la giustizia – e l'elemento particolare (*certo*), storicamente determinato, della lettera della legge¹¹. Va rammentata in propo-

¹⁰ Cfr. i già richiamati saggi *Intorno al processo* e *Giudizio processo scienza verità*.

¹¹ Data l'economia del discorso si rimanda a E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia*

sito la visione di Vico della legge quale dato empirico storicamente variabile, in quanto frutto dell'arbitrio umano, che pur tuttavia deve realizzare il valore razionale assoluto (la giustizia), che fuori dal diritto posto non avrebbe alcuna realtà concreta. Il diritto per Vico è perciò la realizzazione storica di un valore assoluto¹².

La prospettiva capograssiana non può svilupparsi che attraverso il riconoscimento della storicità del diritto; anche qui il diritto è il frutto della storia, di una storia intesa in senso ampio, il cui protagonista è l'*uomo comune*; è la storia che offre significati (mutevoli in senso diacronico e sincronico) ai luoghi comuni (o *éndoxxa*), che animano il processo nel suo essere luogo/momento del dire e del dire contro, ma che anche (e soprattutto) informano quella *adspiration* (o senso di giustizia) che interagendo con la *pression* (in vero istituita in formule rigide – quindi, in un certo qual modo, a-storiche) permette il manifestarsi del diritto.

Anche su questi tratteggi si manifesta l'ombra del pensiero di Vico, della sua *Scienza nuova*, ove riscontriamo una concezione di un diritto "naturale", sì universale ed eterno, che si realizza però nella storia manifestandosi nei "costumi delle nazioni", che variano e progrediscono; di un *vero* immanente al *certo*, di un "diritto eterno che corre in tempo".

Un'idea di diritto "naturale", condotto nel suo incedere dalla *Provvidenza*, che permette la realizzazione dell'universale razionale (ove la razionalità non è quella cartesiana – osteggiata dal Vico, né quella razionalità scientifica contro cui l'intuizionismo sorge). Questo diritto "naturale", lontanissimo dalle teorizzazioni dei giusnaturalisti classici e moderni, ritroverà, come noto, assieme all'idea di *Provvidenza*, cittadinanza nel corpus dottrinale capograssiano.

Ritornando a quanto sopra tratteggiato, ovvero a quella interazione tra *adspiration* e *pression*, la quale permetterebbe il *manifestarsi del diritto*, va sottolineata proprio questa formulazione che

del diritto, cit., pp. 206-211 e F. TODESCAN, *Compendio di storia della filosofia del diritto*, cit., p. 401 ss.

¹² Anche qui, non potendo sviluppare in maniera adeguata tale tema rimandiamo, per un primo approccio, a G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, *L'età moderna*, Bologna 1968, pp. 265-285.

non ci appare equivalente al dire “al diritto di manifestarsi”, perché, come già rilevato, per Capograssi, prima del processo il diritto non c'è.

3. *Lo storicismo giuridico capograssiano*

Quest'ultima chiosa ci permette di riconoscere una caratteristica propria alla prospettiva dell'esperienza giuridica, che la pone in intima sintonia con il nucleo originario di quello che viene definito lo storicismo giuridico (Gustav Hugo e Friedrich Savigny)¹³: la netta distanza sia dalle istanze giusnaturalistiche (classiche), che da quelle giuspositivistiche (che hanno origine dal cosiddetto giusnaturalismo moderno). Entrambe, per dirla con Opocher, «prospettive di validità statiche»¹⁴.

Prospettive bergsonianamente *chiuse*, che non premettono all'esperienza (alla ricerca) di accostarsi al fenomeno giuridico nel suo concreto svolgersi, quindi, nella sua *storicità*¹⁵. Sono, giusnaturalismo e giuspositivismo, rappresentazioni del *certo* giuridico, che fermandosi ad una conoscenza concettuale e, per altri versi, dogmatica, non permettono all'esperienza di protendersi verso il *vero*, pertanto di *intuirlo*. Queste fanno riferimento o a sistemi assiologici preventivamente assunti, a cui il concreto agire devi ricondursi, oppure ad un diritto statutale impenetrabile dalla vita concreta, che si applica così com'è.

Il diritto, viceversa, va ricercato nel concreto, riconoscendo l'incidenza fondamentale sullo stesso di quelli che vengono definiti i fattori meta-giuridici; il fenomeno giuridico va quindi considerato in tutte le sue implicazioni sociali; Opocher direbbe «in tutte le sue impurità»¹⁶.

¹³ Cfr. in tema M. LALATTA COSTERBOSA, *Storicismo giuridico*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino 2010, pp. 59-87.

¹⁴ Vedi E. OPOCHER, *sub voce Esperienza giuridica*, cit., p. 736.

¹⁵ *Ibidem*, p. 742.

¹⁶ *Ibidem*, p. 742. Appare qui evidente il ricollegarsi di tale prospettiva ad istanze giuridiche antiformalistiche sviluppatesi in Europa a cavaliere fra Otto e

La sfera giuridica non può dunque venire svincolata dall'esperienza storica, ma non dall'esperienza storica astrattamente intesa, ovvero i grandi avvenimenti estrapolati dal quotidiano, piuttosto una storia reale, concreta, fin'anco banale come è quella vissuta dall'*uomo della strada*¹⁷, che, per certi versi, riscontriamo in quei "costumi delle nazioni" a cui fa riferimento Vico, nel momento in cui si riconosce che la storia è ciò che è stato fatto dagli uomini.

L'esperienza storica, che si incarna nel diritto, è, per dirla con Capograssi, l'*esperienza comune*; esperienza dei singoli; singolare, ma nel contempo comune perché riguarda ogni umana persona.

Va qui richiamata ancora la lezione vichiana, alla quale Capograssi volge il suo sguardo; gli esseri umani, nel loro concreto agire, pur ritenendo di perseguire il proprio utile, attuano il disegno "razionale" della *Provvidenza*, che si serve degli umani "fini ristretti" per realizzare l'assoluto, che nella storia si incarna.

Come è stato sottolineato da Opocher, la tesi del diritto come esperienza postula la storicità di esso e la centralità della persona umana; la nozione di esperienza giuridica approda quindi alla storicità del diritto¹⁸, da cui al «colorito neo-romantico di Capograssi»¹⁹.

4. *La determinazione del diritto nel processo*

Fra le molte due sono le questioni che qui appaiono degne di rilievo. La prima, di carattere generale, è offerta dal rapporto fra il diritto come fatto storico ed il diritto come valore. La seconda,

Novecento; basti qui richiamare il movimento per il diritto libero e la prospettiva della scuola *scientifica* di Gény. Rileva in proposito Fassò come «Capograssi [...] tirava le somme, pur se da una posizione personalissima, di un movimento che sotto vari e spesso contraddittori aspetti era in atto da tempo», G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, cit., p. 393.

¹⁷ E. OPOCHER, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, cit., p. 85.

¹⁸ Cfr. E. OPOCHER, *sub voce Esperienza giuridica*, cit., p. 746.

¹⁹ E. OPOCHER, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, cit., p. 77.

che rappresenta una sorta di specificazione della prima, inerisce al ruolo del giurista nella individuazione/definizione del proprio oggetto: il diritto (non la legge, la cui posizione è di altrui compito, non la morale, dato che la stessa, in se stessa, esula dalla sua sfera di competenza).

Il rapporto fra il diritto come fatto e il diritto come valore è in vero centrale, a maggior ragione discutendo di storicismo giuridico. All'interno di questa sua particolare declinazione, ove «il diritto è valore perché legato alla realtà empirica»²⁰, va ben chiarito cosa possa intendersi con (ovvero cosa sottenda a) l'espressione «realtà empirica».

Ciò anche (e soprattutto) al fine di evitare derive determinate da una superficiale lettura degli hegeliani *Lineamenti di filosofia del diritto*, che potrebbero indurre l'osservatore a ritenere lo storicismo giuridico e con questo la nostra particolare declinazione, un momento *giustificazionista* dello *status quo*.

La «realtà empirica» evocata dalla prospettiva dell'esperienza giuridica è quella relativa alla dimensione umana. Se il diritto è l'incarnarsi nella storia dell'eticità, se insomma il diritto si riconnette all'eticità, allora lo stesso non può negare il valore della persona (qui sono evidenti echi intuizionistici ed impronte vichiane riconducibili all'assunto per il quale l'assoluto non è trascendente all'individuale ed a questo opposto, all'incontrario nell'individuale – il *certo* – è presente e si concreta il *vero*; se per Vico la vera realtà è la storia, l'individuale, di cui la storia è costituita, ha la stessa verità dell'universale, tanto da ritenere che l'universale sia l'individuale nel quale prende forma concreta e reale).

In altri termini, il soggetto in azione (nel suo *slancio vitale*) non può negare se stesso²¹.

Vi è pertanto un dato *prescrittivo* proprio a questa versione dello storicismo giuridico, che si accosta ad un dato *descrittivo*,

²⁰ E. OPOCHER, *sub voce Esperienza giuridica*, cit., p. 736; cfr. anche ID., *La filosofia dell'esperienza giuridica*, cit., p. 81.

²¹ Cfr. *ibidem*, p. 84.

per il qual il diritto è specchio della condizione umana, la riflette mostrandola per quella che è²².

In questa accezione *descrittiva* il diritto rielabora in modo puntuale gli “umori sociali”, ne è espressione (si pensi ai già richiamati *éndoxa*, che partecipano alla determinazione del diritto); pur tuttavia il diritto è il frutto di una storia umana che pone al centro dell’esperienza se stessa: la persona, l’«uomo della strada», l’uomo comune.

La centralità del soggetto individuale e la necessità di riconsiderare il fenomeno giuridico in tutte le sue implicazioni sociali²³, approfondendo l’incidenza del meta-giuridico sulla vita del diritto (della *adspiration* sulla *pression*), riconducono il diritto al farsi stesso della persona umana, dell’universale nell’individuale.

Tale afflato prescrittivo, proprio alla prospettiva dell’esperienza giuridica che lo eredita dall’intuizionismo e ancor prima dal pensiero di Vico, interseca con l’hegeliano «sii una persona e rispetta gli altri come persone», così come lo leggiamo nel § 36 dei *Lineamenti di filosofia del diritto*.

È quindi il riconoscimento della assoluta e pertanto imprescindibile centralità della persona umana (non dell’individuo astratto del liberalismo), che preserverebbe tale prospettiva dalle derive *giustificazionistiche* dell’esistente, del valore del diritto quale specchio oggettivo, nel bene e nel male, del concretizzarsi storico dell’umanità.

Il diritto vale in quanto fa valere la persona umana. È, quindi, la fede assoluta nella persona umana (ma a ben vedere in un *Trascendente assoluto* che si incarna nella *Provvidenza*: Vico, Bergson, Blondel sono sullo sfondo della – sia pur originale – speculazione capograssiana²⁴) a preservare il diritto da ogni acritica accettazione dell’esistente ed a far sì che tale prospettiva ambisca a palesarsi quale alternativa radicale all’autoritarismo/totalitarismo

²² Cfr. *ibidem*, p. 94.

²³ Cfr. *ibidem*, p. 84 e *sub voce Esperienza giuridica*, cit., p. 742.

²⁴ Non va sottaciuta la constatazione di Guido Fassò che riconosce in Capograssi un «filosofo a tendenza mistica, profondamente sensibile al fatto religioso», così in G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III, cit., p. 391.

ed alla spersonalizzazione dell'individuo nell'attuale società contemporanea²⁵.

La seconda questione qui posta, il ruolo del giurista nell'*iter* di individuazione/definizione del diritto, ci conduce dalle apparenti *fumisterie* capograssiane²⁶ a quello che è stato definito «un ramo non fecondo» del suo pensiero, in particolare la «sua veduta, secondo cui il processo giurisdizionale serve a concretare le norme sostanziali, altrimenti destinate a rimanere mere ipotesi, larve»²⁷.

Non possiamo qui seguire, come in altra sede, l'itinerario critico di Fazzalari, ci limitiamo a rammentare che, da quanto sopra premesso, per Capograssi è proprio il processo il luogo in cui il diritto si svolge, ove si assiste alla trasformazione della legge generale in legge del caso concreto²⁸. Quindi il diritto, che garantisce all'interno del processo la «attuazione di giusta giustizia», non è la legge; per dirla con Piovani, «non è una proposizione comandata ma un'esperienza ordinata»²⁹.

Il diritto, in buona sostanza, va intuito all'interno del processo³⁰.

²⁵ Vedi E. OPOCHER, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, cit., p. 85 ove sottolinea come «la filosofia dell'esperienza giuridica si pone come una concezione decisamente "antitotalistica" e chiaramente esprime una reazione della cultura giuridica e filosofica italiana nei confronti dell'esperienza nazifascista e, successivamente, della sempre più accentuata "massificazione" dell'individuo imposta dall'avvento della società industriale».

²⁶ Così G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista-interprete*, in P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, Bari 1973, p. 76.

²⁷ E. FAZZALAI, *Valori permanenti del processo*, in *Iustitia*, XLII, 1983, n. 3, p. 238.

²⁸ Cfr. G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, cit., p. 56.

²⁹ «Il diritto non è una proposizione comandata ma un'esperienza ordinata. Il diritto non è la legge, non perché pretenda essere fuori dalle leggi o sopra le leggi, ma perché è l'insieme sistematico di leggi applicate, leggi nate per soddisfare scopi di individui umani e messe in opera da individui umani per i loro scopi, con i vari modi che i vari scopi possono implicare», P. PIOVANI, *Introduzione*, a G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, Milano 1962, p. XV.

³⁰ Per Capograssi, «l'interpretazione è ineliminabile dalla vita giuridica non per la pretesa generalità della legge, non perché la legge non possa prevedere i casi singoli, ma perché la singola norma, la singola legge, il singolo comando che

Tale affermazione non è, a ben vedere, propria soltanto al *fumoso* Capograssi, se di lì a poco verrà, sia pure su altro sfondo teorico, istituzionalizzata da Giannini e Crisafulli, che osservano il primo operato della Corte costituzionale, quella Corte all'interno della quale Capograssi fu nominato, ma, a causa della prematura morte, non poté insediarsi. Ci riferiamo ovviamente alla celeberrima distinzione fra *disposizione* e *norma*³¹.

La norma giuridica (o diritto, che dir si voglia) è il frutto dell'incontro inevitabile tra disposizione legislativa e quel portato meta-giuridico (valori, interessi) a cui si faceva sopra riferimento. Incontro che si sostanzia nell'attività interpretativa, alla quale in prima persona partecipa il giurista (impegnato vuoi nella giurisprudenza in senso stretto, vuoi nella dottrina).

L'attività interpretativa opera, in questa prospettiva, un trasferimento di valori dall'ambito prettamente sociale a quello più propriamente giuridico (su questo punto si rimanda, sempre nell'ambito della prospettiva dell'esperienza giuridica, all'opera di

sono sempre particolari formazioni, debbono essere ricondotti alla loro vera essenza spirituale e razionale e non possono esserlo, se non in quanto sono riportati a questa profonda esigenza di formazione della vita giuridica come unità, come realizzazione dei principi costitutivi di questa vita, solo per i quali quelle leggi quei comandi quelle norme singole hanno significato e valore originale», citiamo da G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, ora in *Opere*, II, Milano 1959 (ma 1937), p. 490. Specifica Capograssi di come «in altri termini si tratta di cogliere la razionalità concreta che dà il valore all'azione che fa il valore dell'azione. Questa ricerca del principio o valore al quale misurare l'azione e decidere in virtù di essa la controversia è un ritrovamento del principio adeguato alla controversia. È indifferente se il principio sia già obiettivamente posto prima e al di fuori della controversia: non si tratta di trovare un principio generale come si farebbe in una ricerca teorica, si tratta di trovare il principio che costituisce il valore al quale adeguare l'azione o le azioni che formano l'oggetto della controversia. [...] La regola alla quale conformare l'azione, che deve regolare l'azione, si presenta appunto come regola decisiva della controversia e cioè come regola che è uscita fuori dalla sua generalità indistinta e si è concretata e determinata in modo da poter essere misurata adeguata dell'azione che è concreta e determinata», *ibidem*, p. 530.

³¹ Cfr. M.S. GIANNINI, *Alcuni caratteri della giurisdizione di legittimità della norma*, in *Giur. cost.*, I, 1956, nn. 4-5 e V. CRISAFULLI, *sub voce* *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, 1964.

Luigi Caiani, ove con chiarezza traspare l'idea della storicità del diritto³²).

Non quindi mera ri-cognizione sui testi legislativi da applicarsi al caso di specie, piuttosto vera e propria determinazione della norma giuridica nel processo (e per il processo), sì da evitare lo «spettacolare gioco della parti», a cui fa cenno Salvatore Satta nella sua voce *Giurisdizione*³³.

In definitiva si tratta di porre in essere nel processo e più in generale nell'attività giurisprudenziale una sorta di attività interpretativa *inter-sistemica*, che, abbandonando l'idea di applicazione formalistica della legge, permetta, attraverso il recupero delle impurità meta-giuridiche, di determinare la regola (la norma giuridica o il diritto che dir si voglia) atto a dirimere la controversia ed ad offrire *soddisfazione sociale*.

In questo contesto, la norma vale in quanto frutto dell'espe-

³² Per Caiani «dal punto di vista giuridico (come sotto molti aspetti anche da quello scientifico) il linguaggio è un fenomeno tipicamente sociale, e quindi che l'uso da parte del legislatore di determinati significati linguistici, che si riferiscono a cose, a concetti, a situazioni, a bisogni, a interessi o a comportamenti, dipende in ultima analisi dal valore sociale che essi vengono mano a mano assumendo. Valore che pertanto non è affatto così oggettivo e immutabile come potrebbe sembrare». Questo, infatti, seguendo il pensiero del giurista padovano, dipende da molteplici fattori «in cui concorrono vuoi la costitutiva storicità e dialetticità delle istituzioni e dei rapporti umani, che pertanto si riflette sullo stesso significato dei termini che vi si riferiscono, vuoi, in particolare, tutti quegli altri elementi di carattere sociale ed anche tecnico [...] nel quale date parole vengono usate e introdotte». Da qui deriva «la modificazione del loro significato in ragione della evoluzione storica della realtà e dei rapporti sociali cui essi si riferiscono». In questo modo, per l'autore, si coglie «il processo di traduzione e recezione delle valutazioni sociali metagiuridiche nell'ambito dell'ordinamento positivo, cioè in forma giuridicamente valida [...]». Vale a dire che è in questo compito fondamentale della giurisprudenza che si può cogliere, in un certo senso, lo stesso processo produttivo del diritto, il quale invero, da questo punto di vista, potrebbe esser visto come un processo sempre più approssimato e determinato di traduzione dei giudizi di valore operanti socialmente in giudizi di valore operanti giuridicamente», le citazioni sono tratte da L. CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica*, Padova 1954, p. 209 ss.

³³ «È come se si riducesse l'ordinamento ad uno spettacolare giuoco delle parti, di cui una pone la legge, l'altra la applica, l'una comanda, l'altra trasmette il comando e obbedisce o fa obbedire», così a p. 220.

rienza comune, quindi della storia; qui l'attività del giurista riacquista dignità, in quanto non chiamato, quale *razionale* del legislatore, a rendere ragione ai potenti di turno, ma investito nel processo di determinazione del diritto.

Per chiudere con le parole del mio Maestro, Francesco Gentile, «tutto questo consente di riconoscere la funzione politica del giurista, quali ne siano i ruoli specifici, quella cioè di tradurre in controversia i conflitti, sicché ancora più chiara ne risulti la terribile responsabilità comunitaria»³⁴.

³⁴F. GENTILE, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Soggetti e norma individuo e società*, Napoli 1987, p. 152.

Storicità del diritto. La bandiera di una battaglia

di Tommaso Greco

SOMMARIO: 1. Cosa è la “storicità del diritto”? – 2. Diritto “al passato”. – 3. Diritto spontaneo. – 4. Diritto scientifico e giurisprudenziale.

1. Cosa è la “storicità del diritto”?

Anche se non si può certo dire che «oggi la parola “storicità” è sulla bocca di tutti», come scriveva Arthur Kaufmann nel 1969¹, mi pare si possa invece sostenere che – forse non diversamente da ieri – oggi quella della *storicità del diritto* è la bandiera di una battaglia. E il campo di battaglia è quello che vede competere le teorie giuridiche, non tanto (o non solo) per affermare la propria maggior vicinanza alla “verità” del discorso scientifico, quanto piuttosto per determinare le coordinate del discorso giuridico (anche) pratico (da questo punto di vista, si può dire che non ci siano teorie più scientifiche di altre; venendo, ogni teoria, a rovesciarsi in una politica del diritto).

Bandiera di una battaglia, dunque. Ma *contro chi?* e *per che cosa?* Sul primo fronte, la battaglia è senza dubbio, quella che vede nei capisaldi del pensiero giuridico di matrice illuministica (e quindi universalistico e formalistico) l’avversario da affrontare e superare ai fini di un ritrovamento del legame tra il diritto e la vi-

¹ A. KAUFMANN, *La storicità del diritto alla luce dell’ermeneutica*, 1969, in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, a cura di G. MARINO, Giuffrè, Milano 2003, p. 35.

ta; sul secondo fronte – il *che cosa* – quello che viene chiamato un “ritorno al diritto”² si incentra principalmente su una rinnovata vitalità di fonti mortificate dal legicentrismo di marca positivista e statualistica.

Si può pertanto guardare alla storicità del diritto come ad un paradigma; una maniera di impostare il discorso sul diritto che investe tutti gli aspetti che lo riguardano: un modo di guardare al diritto e, al contempo, alla sua teoria e alla sua storia. Così che può valere per tutta la tradizione storicistica quanto Giovanni Tarello affermava a proposito della Scuola storica: che essa, cioè, «designa una concezione del fenomeno giuridico, una concezione del ruolo e del mestiere del giurista ed una metodologia scientifica»³.

Forte è la tentazione, perciò, di guardare a questo paradigma come ad uno dei poli di una dicotomia, contrapponendolo al paradigma opposto; un paradigma opposto che tuttavia non è agevole individuare con precisione se ci si muove tra categorie consolidate, come ad esempio la distinzione/opposizione tra giusnaturalismo e giupositivismo. Sul piano teorico, infatti, è possibile distinguere lo storicismo non solo dal normativismo positivista ma anche dal giusnaturalismo razionalistico⁴. Nella sua celebre *Introduzione alle scienze giuridiche*, ad esempio, Angelo Falzea vede nello storicismo una “concezione del valore giuridico come valore *reale*”, da tenere distinta dalle “concezioni del valore giu-

² Cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma-Bari 2015.

³ G. TARELLO, *Sulla scuola storica del diritto*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, a cura di R. GUASTINI-G. REBUFFA, Il Mulino, Bologna 1988, p. 103.

⁴ E giustamente, Guido Fassò si soffermava su questo “intreccio” nel 1958 quando – in uno scritto che era, più che critico, demolitore della prospettiva presentata da Leo Strauss in quel classico dell’antistoricismo che è *Natural Right and History* del 1953 – notava che «il vero e primo avversario» del giusnaturalismo sarebbe lo storicismo, mentre «l’avversario che i giusnaturalisti italiani vecchi e recenti [...] intendono combattere è invece [...] il positivismo» (G. FASSÒ, *Diritto naturale e storicismo*, 1958, in ID., *Scritti di filosofia del diritto*, a cura di E. PATTARO-C. FARALLI-G. ZUCCHINI, vol. I, Giuffrè, Milano 1982, p. 346). Questo intreccio emerge anche dalla sintesi storica offerta da M. LALATTA COSTERBOSA, *Storicismo giuridico*, in AA.VV., *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Giappichelli, Torino 2010, pp. 59-87.

ridico come valore *ideale*”, sia nell’accezione sostanziale (il giusnaturalismo), che in quella formale (il giusformalismo)⁵. È noto, peraltro, che la polemica storicistica, rivolta nei giorni nostri principalmente contro le persistenti rigidità positivistiche di molta parte della cultura giuridica, nasce all’inizio (e si mantiene a lungo, si pensi a Benedetto Croce) soprattutto in avversione agli schemi delle scuole del diritto naturale, come ben documentò Friedrich Meinecke nel suo classico lavoro su *Le origini dello storicismo*, accurata ricostruzione del pensiero degli autori riconducibili alla tradizione storicistica⁶.

Anche sul piano della pratica giuridica (ma con quante implicazioni e presupposizioni di carattere filosofico!⁷) lo storicismo si pone a esplicita difesa della particolarità contro l’universalità (e quindi in forte avversione al giusnaturalismo razionalistico), e della fattualità contro la logicità formale nelle decisioni giuridiche (in netta contrapposizione, stavolta, al formalismo giuridico)⁸. Diventa difficile, perciò, dicotomizzare il discorso sullo storicismo, se non si vuole procedere a inutili e dannose semplificazioni teoriche. Al di là delle contrapposizioni tra scuole, quindi, conviene cercare di fissare qualche punto caratterizzante, al fine di avere un quadro quanto meno approssimativo della configurazione che il terreno giuridico assume nella visione della tradizione storicistica.

⁵ A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche*. I. *Il concetto di diritto*, Giuffrè, Milano 1996, p. 119 ss. Su questo importante testo della scienza giuridica italiana della seconda metà del Novecento, e sul suo impianto basato su una netta «professione di fedeltà al metodo storico», cfr. F. MACARIO, *Il concetto di diritto e la storia del pensiero giuridico nella “Introduzione alle scienze giuridiche”*, in *Riv. dir. civ.*, 2017, n. 4, pp. 971-981.

⁶ Nella cui prefazione, tra l’altro, si trovano le celebri parole con cui lo storico tedesco riconosceva al giusnaturalismo di essere «stato la stella polare in mezzo a tutte le tempeste della storia» (F. MEINECKE, *Le origini dello storicismo*, 1936, Sansoni, Firenze 1954, p. XI).

⁷ Che sono quelle tipicamente espresse dallo storicismo filosofico, sul quale si veda la ricca ricostruzione storica e concettuale offerta da F. TESSITORE, *Introduzione a lo storicismo*, Laterza, Roma-Bari 2009.

⁸ Sono i caratteri magistralmente messi in luce da P. GROSSI nel suo ormai classico lavoro su *L’ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 1995.

2. Diritto “al passato”

Storicità del diritto è innanzi tutto consapevolezza della necessaria – cioè ineliminabile, consustanziale, forse si potrebbe dire ontologica – relazione tra il diritto e la storia, tra il diritto e la vita. In che senso? Oppure, in quanti sensi?

Qui non si tratta del rapporto che il diritto intrattiene con il tempo in quanto dimensione estrinseca (insieme allo spazio) della sua validità formale⁹. Se questo sembra essere l'unico modo in cui diritto e tempo si relazionano per la tradizione hobbesiano-benthamiana del pensiero giuridico moderno, esiste d'altra parte una tradizione per la quale il tempo assume una dimensione costitutiva del diritto stesso; per la quale, in altre parole, non è pensabile un diritto che non entri in relazione strutturale con il tempo in cui esso si esprime¹⁰, e a cui esso – occorre aggiungere – dà espressione.

Guardando alla tradizione storicistica – che è tradizione moderna anch'essa, ma consapevolmente avversa al filone giusnaturalistico e contrattualistico, poi sfociato nel positivismo giuridico formalistico – un primo senso dell'affermazione secondo cui c'è una relazione costitutiva tra diritto e storia è quello che vede il diritto vivente sempre in dialogo con la storia che sta alle sue spalle: esso non solo è frutto di un passato, di uno svolgimento delle vicende umane che proprio nel diritto trova il suo compimento, ma con quel passato continua ad essere in dialogo perché altrimenti risulterebbe incomprensibile. Questo passato è fatto di “lotte per il diritto”, come ci ricorda Rudolf von Jhering, ed è fatto anche, più semplicemente, di tutto ciò che ha reso possibile o necessaria una determinata norma giuridica. Da questo punto di vista, non diversamente da tutto ciò che esiste, anche il diritto «è, innanzitutto, al di là di tutto e prima di tutto, *il suo passato*»¹¹. Se storici-

⁹Una esemplificazione classica è in H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano 1984, p. 42 s.

¹⁰Per un quadro generale ricco di spunti, cfr. M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza, Roma-Bari 2004.

¹¹A. BALLARINI, *Hypotheses non fingo. Studi di diritto positivo*, Giappichelli, Torino 2013, p. 42.

tà indica dunque «la condizione propria di tutte le cose umane», ecco la necessità di approfondire la conoscenza delle radici storiche di ogni materiale, proprio nella consapevolezza che nei materiali storici è possibile rintracciare quella «presenza dell'antico con la sua capacità di influenzare e condizionare»¹².

Lungi dal pensare che «l'oblio delle origini è salutare per il giurista»¹³, il difensore della storicità del diritto andrà perciò alla ricerca di queste origini, non tanto, o non solo, perché è convinto che in esse si celi qualcosa di profondo e di vero, quanto soprattutto perché la coscienza della continuità storica gli appare un elemento ineliminabile della conoscenza e della pratica giuridica¹⁴. Nota è l'immagine – usata da Paolo Grossi – della *linea*, la cui ricostruzione è compito specifico dello storico del diritto, da affiancare al *punto*, di cui si occupa il giurista positivo. Scrive, ad esempio, l'illustre storico fiorentino: «c'è una linea che si distende unitaria, perché il diritto è vita, non è scritto sulle nuvole ma sulla pelle degli uomini, e saranno proprio i grandi problemi della vita a fornire il *continuum* spirituale dello storico»¹⁵.

Questo filo della continuità storica – che permette, peraltro, di assegnare il diritto alla dimensione del «relativo»¹⁶ – appare, allo stesso tempo, come oggetto e come metodo del lavoro del giurista, perché se esso rappresenta precisamente l'obiettivo della ri-

¹² Cfr. G. MARINI, *Jakob Grimm*, Guida Editori, Napoli 1972, p. 144.

¹³ M. LA TORRE, *Amicizie pericolose. Tortura e diritto*, in *Riv. fil. dir.*, 2015, n. 2, p. 271.

¹⁴ «Se il diritto “vive” nel tempo, se il tempo ne è una caratteristica costitutiva, comprendere il diritto vuol dire comprenderlo come storia. Il sistema può essere scoperto solo nella storia, perché è una realtà storica il “nesso organico” fra gli istituti che lo compongono» (M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, cit., p. 64). Si vedano le limpide pagine dedicate a “la scienza giuridica come scienza storica” da G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1966, p. 104 ss.

¹⁵ P. GROSSI, *Il punto e la linea. L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista*, 1995, in ID., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, p. 7.

¹⁶ Così afferma Paolo Grossi, in I. BELLONI-E. RIPEPE (a cura di), *Incontro con Paolo Grossi*, Plus-Pisa University Press, Pisa 2007, p. 34.

cerca, ne costituisce al contempo uno dei suoi presupposti metodologici, nel momento in cui la ricerca si dipana, non lungo catene concettuali razionalisticamente determinate – e quindi astratte –, bensì lungo nessi storicamente concreti¹⁷. C'è un rifiuto del “sistema”, inteso come schema di connessioni astrattamente fissate nel quale si vuole «dedurre ogni determinazione empirica da un concetto primario e fondamentale»¹⁸; e c'è, invece, una ricerca delle connessioni concrete che si dipanano lungo la storia e che fanno, a loro modo, sistema¹⁹. Ciò spiega anche il rifiuto della dogmatica, parola per certi versi tanto cara ai giuristi e che invece un autorevolissimo storico del diritto come Francesco Calasso considerava «la più infelice parola che il linguaggio dei giuristi possenga», meravigliandosi del fatto che «un tale concetto abbia potuto trapassare nel mondo del diritto», un concetto tanto “statico” dentro quella «esperienza tutta umana per eccellenza governata dalla legge del movimento»²⁰.

Ecco allora, muovendo da quest'ultimo spunto, un secondo senso da attribuire al legame tra diritto e storia: un senso forse ancora più importante di quello precedente, e certamente più importante sul piano della pratica. Quel sentimento della continuità che fa volgere lo sguardo al passato non è relegato al piano conoscitivo, ma diventa principio di individuazione del meccanismo interno che presiede – e che *deve* presiedere – alla individuazione e allo sviluppo del diritto, anche nel presente.

Si può forse parlare qui di un «diritto “al passato”» – nel senso di un diritto coniugato *nel presente*, ma appunto con lo sguardo rivolto al passato – il quale esce dalla stanze e dalle pagine dello studioso, che ne ha fatto oggetto e metodo della propria ricer-

¹⁷ Cfr. G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, cit., p. 93 ss.

¹⁸ G. MARINI, *Jakob Grimm*, cit., p. 152.

¹⁹ «Il diritto e ogni altra manifestazione storica devono essere seguiti storicamente, avvicinati nella loro fisionomia reale, che è anche fisionomia complessiva: ma non fisionomia dedotta arbitrariamente da un unico principio, bensì ricercata nello spirito che pervade tutte le parti» (*ivi*, p. 152).

²⁰ F. CALASSO, *Storicità del diritto e scienza del diritto*, 1963, in ID., *Storicità del diritto*, Giuffrè, Milano 1966, p. 180.

ca, e diventa indicazione politica: diventa una indicazione di politica del diritto.

Il «diritto (coniugato) al passato» diventa in tal modo difesa di un diritto che affonda le sue radici nella storia e nell'esperienza, certo non per rimanere fisso e immutabile – perché la vita è una continua «tensione al mutamento», direbbe l'ultimo «ispirato» Zagrebelsky²¹ – ma che si rinnova a partire da ciò che sta alle sue spalle, piuttosto che da ciò che gli sta dinnanzi. Un diritto generato dunque da quella che Ferdinand Tönnies chiamava volontà *essenziale*, e che rappresenta il principio del suo radicamento nella storia e nella vita, piuttosto che da una volontà *arbitraria*, generata da principi ancora «astratti», che non hanno ancora saputo farsi strada a sufficienza nella realtà dei rapporti individuali e sociali²². In questo senso, il diritto – che è sempre un qualcosa che si fa (si applica, si interpreta) nel presente per proiettarsi nel futuro – trae dunque le sue determinazioni dalla storia, non nel senso banale che esso si limita ad accogliere passivamente nelle sue norme i rapporti (di forza) *dati*, bensì nel senso che esso si cala pienamente nella realtà dalla quale nasce, per assecondarne lo sviluppo.

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Einaudi, Torino 2016, p. VII.

²² Com'è noto, nel suo classico lavoro su *Comunità e società* (la cui prima edizione risale al 1887), Ferdinand Tönnies distingue due tipi di volontà, in relazione al rapporto che essa intrattiene con il pensiero: «la volontà in quanto in essa è contenuto il pensiero, e il pensiero in quanto in essa è contenuta la volontà». Mentre la volontà essenziale, tipica della comunità, «è l'equivalente psicologico del corpo umano, cioè il principio dell'unità della vita» e in quanto tale «implica il pensiero», la volontà arbitraria, tipica della società, «è una formazione del pensiero stesso, la quale possiede quindi una vera e propria realtà soltanto in relazione al suo autore». Da ciò discende che la volontà essenziale, in quanto «immanente al movimento», «è fondata sul passato e deve essere spiegata in base a questo, come il divenire che ne deriva», mentre la volontà arbitraria, che è trascendente in quanto «non possiede se non un'esistenza posta in pensiero», «precede l'attività alla quale si riferisce e ne rimane al di fuori» (F. TÖNNIES, *Comunità e società*, a cura di R. TREVES, Edizioni di Comunità, Milano 1963, pp. 129-130).

3. *Diritto spontaneo*

Tutto ciò appare estremamente coerente con il fatto che “storicità del diritto” abbia significato anche fede nell’esistenza di un diritto “spontaneo”, e soprattutto convinzione che nella spontaneità e nello sviluppo graduale si esprima quella che viene considerata la “vera” natura del diritto. Una natura che si sviluppa appunto storicamente, lungo strade non battute dal volontarismo legicentrico ma occupate piuttosto dal lento (anche se forse non sempre armonioso) evolversi delle vicende umane. Questo essere mutevole secondo linee continue, linee che perciò non prevedono tagli e interruzioni, è alla base del noto parallelismo tra diritto e linguaggio – «il cuore della dottrina della scuola storica del diritto»²³ –, più volte richiamato da Savigny nel suo celebre libretto del 1814, come ad esempio quando scrive che il «nesso organico tra il diritto e l’essenza e il carattere del popolo si conserva anche nel progredire dei tempi, anche in questo paragonabile alla lingua. Come per la lingua, infatti, anche per il diritto non esiste un momento di stasi assoluta; esso è soggetto allo stesso movimento e alla stessa evoluzione di ogni altra funzione del popolo, e questa funzione obbedisce anch’essa alla stessa legge di necessità interna che governa il fenomeno antichissimo della lingua»²⁴.

Questa tesi, che solo nel lento stratificarsi della storia e della vita il diritto si formi legittimamente, perché solo per questa via esso appare davvero vicino ai bisogni giuridici della società e dei suoi membri, ha condotto a vedere nella consuetudine – proprio in quanto «si origina dal basso e dal particolare»²⁵ – la fonte del diritto più adatta e più conforme alla natura e alla funzione del fenomeno giuridico. Come scriveva ancora una volta Savigny, «ogni diritto ha la sua origine in quello che l’uso corrente con qualche inesattezza chiama diritto consuetudinario, vale a dire che il drit-

²³ G. MARINI, *Jakob Grimm*, cit., p. 173.

²⁴ F.C. VON SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza*, 1814, in A.F.J. THIBAUT-F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. MARINI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, p. 99.

²⁵ P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 88.

to è creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, e poi dalla giurisprudenza», il che significa che esso «è sempre opera dunque di forze interiori che agiscono silenziosamente e non dell'arbitrio di un legislatore»²⁶. Opinione che, certo, è consegnata alla storia del pensiero giuridico e ha in questa una sua collocazione precisa nell'ambito della polemica anticodicistica svoltasi in Germania nei primi decenni del secolo XIX, e che tuttavia sembra individuare un punto cruciale dell'esperienza giuridica, là dove segnala che il diritto non è mai riducibile totalmente alla dimensione volontaristica e potestativa e conserva una dimensione – che può essere chiamata ordinamentale o istituzionale –, la quale (ri)emerge ogni qualvolta il sistema formalizzato entra in crisi²⁷.

A questa convinzione fa da *pendant* l'avversione per l'intervento del legislatore. La quale, ancor prima di essere una avversione politica, si presenta come avversione motivata teoricamente, a partire proprio dall'*idea* di diritto. Se il diritto è spontaneità, infatti, l'interruzione di questa spontaneità non può che apparire innaturale, quindi arbitraria. Giuliano Marini così sintetizzava l'idea di Savigny nel suo lavoro su Jakob Grimm: «Il diritto è parte della vita del popolo, sorge dalla sua vita, dalla sua fede, dai suoi costumi, in uno sviluppo lento, organico, spontaneo; l'intromissione del legislatore vi suona arbitrio, violenza, corruzione»²⁸.

Punto delicato, questo, tanto più oggi quando il legislatore appare nel medesimo tempo onnipotente e inadeguato, sul quale è perciò opportuno soffermarsi, valutando l'impatto che le critiche ad esso rivolte possono avere sulla tenuta della tesi storicistica. La critica principale all'argomento della spontaneità, avanzata da Jhering in un suo saggio in commemorazione di Savigny, era innanzi tutto politica: se si fosse aspettata l'evoluzione delle cose, diceva l'ex adepto della giurisprudenza dei concetti, non ci sa-

²⁶ F.C. SAVIGNY, *La vocazione del nostro tempo ...*, cit., p. 101.

²⁷ Cfr. ad es. due scritti lontani nel tempo, ma accomunati da questa medesima convinzione: N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, *Introduzione* di P. GROSSI, Giappichelli, Torino 2010, e P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, 2002, in ID., *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 279 ss.

²⁸ G. MARINI, *Jakob Grimm*, cit., p. 159.

rebbero state molte delle soluzioni giuridiche che pure ci paiono accettabili e persino giuste. Jhering faceva riferimento a quei casi (la schiavitù, l'abbandono dei minori, l'eliminazione dei vecchi inutilizzabili) nei quali si può registrare l'«*emergenza del sentimento del diritto rispetto al diritto*», casi del tutto particolari e anche rari, nei quali l'evoluzione del diritto si deve «a singoli individui eminenti, che innanzi tutto si liberano dalle visioni tradizionali e, guadagnando alla propria causa l'opinione pubblica, costringono la legislazione a imboccare la strada da essi indicata»²⁹.

Considerando il punto di vista assunto dalla scuola storica era certamente più confacente domandarsi se anche i “salti” non facessero parte della storia, e quindi se non fosse “storia” da prendere in considerazione anche l'intervento di una volontà legislatrice. E di fatto era anche questa la domanda che Jhering poneva a Savigny, in pagine pur così fitte di ammirazione e di riconoscenza (il saggio cominciava riferendosi al Maestro appena scomparso designandolo con le celebri parole: «la stella più splendida che la giurisprudenza tedesca potesse esibire»³⁰).

Quella teoria così spesso meccanicamente riproposta del divenire “organico”, dello sviluppo a partire dall'interno per quanto rappresentasse un progresso così grande rispetto alla concezione della storia razionalistica del secolo precedente, portava e porta in sé il rischio di una aberrazione non minore, da un altro lato; cioè quella di sotto-valutare, quanto la prima aveva sopra-valutato, il valore e l'importanza della forza attiva dell'uomo, il ruolo che la decisione libera, la riflessione e l'intenzione giocano nella storia. Nella rappresenta-

²⁹ R. VON JHERING, *Storia dello sviluppo del diritto romano. Introduzione: compito e metodo della storiografia giuridica*, in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, a cura di R. RACINARO, Giuffrè, Milano 1989, p. 227. «Se avessimo dovuto attendere – continua Jhering – che si destasse il sentimento del diritto del popolo avremmo ancora il diritto di mare, i processi contro le streghe, le pene disumane del medioevo e molti altri orrori, per cui il sentimento del diritto del popolo una volta non sentiva neanche il minimo sdegno. Il fatto che noi lo sentiamo non lo dobbiamo ad esso, ma alla visione e agli sforzi di spiriti illuminati, che vedevano più in là del popolo» (*ivi*, p. 228).

³⁰ R. VON JHERING, *Friedrich Carl von Savigny*, 1861, in ID., *La lotta per il diritto e altri saggi*, cit., p. 49.

zione di molti membri di quella scuola il *fare* dell'uomo, il far presa consapevole e calcolato sul movimento dello sviluppo storico, è affetto da una macchia, proprio come se il compito dell'uomo fosse quello di mettere le mani in grembo e di aspettare finché il genio della storia gli faccia capitare ciò che è necessario mentre dorme e nella forma del "divenire", e come se anche nel passato qualcosa fosse mai "*divenuto*", altrimenti che attraverso e per mezzo del "fare" dell'uomo³¹.

È proprio il *fare* dell'uomo a fare la storia, il che significa che esso *fa* anche il diritto. E *lo fa* persino quando pensiamo che non lo faccia perché non riusciamo a individuarne l'origine o i soggetti: «la semplice circostanza, che non possiamo indicare un *fare*, dice ancora Jhering, non ci autorizza ancora a supporre un *divenire*»³².

L'obiezione di Jhering è importante perché permette di sottolineare come il riferimento al *fare* non comporti necessariamente lo smarrimento della storicità. Non a caso, quel fine studioso e interprete della scuola storica che fu Giuliano Marini, oltre a mettere in luce come nel pensiero del primo Savigny fosse presente l'idea della «storicità della legislazione»³³, presentava il pensiero di Jhering come *dissoluzione critica* del patrimonio teorico di quella scuola, per «il rifiuto di strumenti teorici come la fiducia in una originaria spontaneità creativa del popolo e di atteggiamenti pratici come la contrarietà alla legislazione», sottolineandone però la capacità di portare quella medesima scuola ad una «*conclusione positiva*, per la fedeltà mantenuta, sia pure con nuovi strumenti, alla tesi della storicità del diritto e della scienza giuridica»³⁴. I «nuovi concetti di lotta, di interesse, di scopo» apparivano a Marini come un qualcosa che non ostacolava «l'interpretazione storicistica del mondo umano», ma che anzi erano «in grado di perfe-

³¹ *Ivi*, pp. 62-63.

³² R. VON JHERING, *Storia dello sviluppo del diritto romano*, cit., p. 217.

³³ G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, cit., p. 102 s.

³⁴ G. MARINI, *La storicità del diritto e della scienza giuridica nel pensiero di Jhering*, in *Jherings Erber. Göttinger Symposion zur 150. Wiederkehr des Geburtstags von Rudolph von Jhering*. Hg. von Franz Wieacker und Christian Wollschläger, Wandenhoeck & Ruprecht, Göttingen 1970, pp. 155-56.

zionarla, nella direzione di uno storicismo antimetafisico, sensibile alle indicazioni della scienza»³⁵. Così, se per Jakob Grimm – ce lo ricorda ancora Marini – «la dottrina dell'origine legislativa del diritto [...] doveva apparire non sufficientemente storica, perché il diritto in tal modo era come staccato dalla vita»³⁶, per Jhering era proprio l'intervento attivo di soggetti illuminati che poteva invece garantire quella dinamicità del diritto e del sentimento del diritto senza la quale davvero il diritto si stacca dalla vita.

Si può sottolineare, allora, un primo punto conclusivo, ponendolo in maniera interrogativa: alla domanda su quanto sia essenziale per la storicità del diritto il riferimento al diritto *spontaneo*³⁷ si può aggiungere (o addirittura sostituire) quella relativa alla possibilità di riformulare il tema della spontaneità, rendendolo inclusivo di pratiche giuridiche diverse da quelle che danno vita al diritto consuetudinario (ad es., come vedremo subito, il diritto giurisprudenziale). Conclusione che rende lo storicismo compatibile sia con la consapevolezza che anche ciò che ci appare, o che trattiamo, come “spontaneo” è comunque frutto di una azione dell'uomo, sia con la piena convinzione che l'azione con cui l'uomo vuole il diritto è un'azione storica anch'essa, che si fa mediatrice tra il passato e il futuro di una determinata comunità politica e giuridica.

4. *Diritto scientifico e giurisprudenziale*

L'impressione che si potrebbe ricavare da quanto detto sin qui, di trovarsi cioè di fronte a una battaglia tra “conservatori” e

³⁵ *Ivi*, pp. 159 e 160.

³⁶ G. MARINI, *Jakob Grimm*, cit., p. 165.

³⁷ Quello della evoluzione spontanea del diritto, peraltro, è tema che va oltre i confini dello storicismo e arriva a lambire addirittura il terreno della scuola analitica del diritto, come propone di fare il lavoro di M. BARBERIS, *L'evoluzione nel diritto*, Giappichelli, Torino 1998, nel quale il tema della ricerca è ripensato in costante dialogo con la prospettiva giusevoluzionistica di autori come Bruno Leoni e F.A. von Hayek.

“progressisti”, è in ogni caso del tutto sbagliata. Guardando alle manifestazioni e alle dichiarazioni riconducibili allo storicismo giuridico, viene da dire che la disputa aperta dai difensori della storicità del diritto, piuttosto che riguardare i contenuti del diritto medesimo, riguardi invece la questione – anche questa ricorrente, nella storia del diritto e del pensiero giuridico – di *chi* debba essere il “signore del diritto”³⁸.

Certo, permane al fondo dello storicista, probabilmente, una diversa convinzione di sapore antropologico, particolarmente cara allo storicismo italiano: basti pensare alle parole con cui Croce commentava Vico: «chi pensa, come il Vico, che “i costumi valgano più delle leggi”, e, insieme, che “i costumi non si cangino d’un tratto ma per gradi e in lungo tempo” non sarà incline al facile legiferare e non s’illuderà di poter plasmare a nuovo l’umanità sopra un modello soggettivo»³⁹. E tuttavia, non sembra di poter dire che lo storicista è avverso al mutamento, che sia cioè – per definizione – un conservatore. Eugenio Ripepe ha ricordato – nella sua bella rievocazione della figura di Marini, e delle parole che questi aveva speso per distinguere l’inclinazione ideologica di alcuni degli storicisti dalle conseguenze che dalle loro idee si potevano trarre – che «la prospettiva fatta propria dalla Scuola storica rivela un potenziale che non può essere in alcun modo inficiato dal retroterra ideologico intuibile alle spalle di questo o quell’altro dei suoi esponenti, perché è una cosa sola con la nuova strada da essa imboccata, o comunque aperta agli studi giuridici, che inaugurava un modo anch’esso nuovo di guardare al diritto e di interrogarsi su di esso: una strada destinata a tagliar fuori quella sorta di passaggio obbligato, o letto di Procuste che fosse, costituito dalla polarizzazione giusnaturalismo/giuspositivismo, alla quale tanta parte della riflessione tradizionale sul diritto non è riuscita invece a sottrarsi»⁴⁰. Del resto – prendiamo ancora in

³⁸ Cfr. R.C. VAN CAENEGEM, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, a cura di M. ASCHERI, Giuffrè, Milano 1991, in particolare p. 61 ss.

³⁹ B. CROCE, *La filosofia di G.B. Vico*, Laterza, Bari 1965, p. 103.

⁴⁰ E. RIPEPE, *Giuliano Marini e la storicità del diritto: percorsi interpretativi di*

prestito le parole di Rippepe – affermare che «nel diritto si manifesta lo spirito di un popolo [...] significa che i contenuti sono sempre storicamente giustificati in quanto evidentemente non possono essere mai del tutto casuali o arbitrari, non certo che essi debbano di conseguenza essere considerati immutabili per l'eternità: che sarebbe invece, questo sì, un modo di contravvenire all'assioma della storicità del diritto»⁴¹.

Se è così, al cuore dello storicismo può forse rintracciarsi una opzione per uno sviluppo del diritto che percorra vie che siano il più vicine possibili alla realtà delle cose, alla sua particolarità, alle sue dinamiche, in una parola: alla sua storia, da cui discende sia la preferenza per un diritto giurisprudenziale, sul modello del *common law*, sia la rivendicazione di uno spazio ampio per la scienza del diritto, chiamata a “leggere” la realtà più che le norme del legislatore, e a volgere lo sguardo verso il *basso* della società piuttosto che verso l'*alto* del potere. Come ha scritto ancora Paolo Grossi, «la funzione primaria della scienza [...] è interpretativa nel senso più alto del termine, ossia mediatrice fra testo normativo vecchio e società vivente il proprio cammino nella storia»⁴².

E non è un caso che questo avvenga. Il giudice – lo ha scritto Gerhart Husserl nel suo suggestivo lavoro su *Diritto e tempo* – è, tra coloro che rappresentano i poteri dello stato, l'espressione istituzionale dell'uomo che guarda al passato più che al futuro. Guarda al passato, non per amore della tradizione, bensì per fare quanto gli è richiesto: operare cioè una “presentificazione” di ciò che gli è offerto dal passato stesso, in termini di norme statuite e di precedenti, al fine di una decisione. Scrive Husserl: «la via temporale che il giudice percorre nel processo di applicazione del diritto, riporta, in *una* direzione, alla situazione storica da cui la norma (della cui applicazione si tratta) è nata. Questo percorso nel passato è necessario per un'interpretazione della legge che sia conforme alla cosa in questione. La via in direzione *opposta*, che

filosofia giuridica, in N. DE FEDERICIS-C. PALAZZOLO (a cura di), *Storicità del diritto, dignità dell'uomo, ideale cosmopolitico*, Liguori, Napoli 2008, p. 172.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² P. GROSSI, *Storicità del diritto*, in ID., *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 98.

conduce all'“oggi”, dev'essere percorsa dal giudice per instaurare una relazione vivente fra la norma da applicare ed il presente, sul cui terreno egli si trova mentre giudica»⁴³.

E se è così per il giudice, in dialogo costante col passato sono anche i giuristi. Ecco perché, come già per Savigny, anche per gli storicisti contemporanei essi sono i veri interpreti della vita e della socialità del diritto. Se per i rappresentanti classici della Scuola storica essi «sono il nuovo ceto che rappresenta il popolo e ne esprime le vedute giuridiche in forma scientifica, ma senza l'arbitrio di cui fanno uso i legislatori»⁴⁴, per uno storicista convinto, come (l'attuale Presidente della Corte Costituzionale) Paolo Grossi⁴⁵, essi sono ancora oggi il soggetto principale cui è affidato il compito di mantenere viva la storicità del diritto in un'epoca di grandi e profondi mutamenti: «Il diritto sta ritrovando la sua storicità, la sua specularità al divenire storico. In questa riscoperta è il trionfo dei giuristi, teorici e pratici, impegnati nell'ordinare senza soffocarlo un movimento ancora magmatico e incandescente. La coscienza della storicità deve essere la consapevolezza salvante del giurista di oggi, che non può limitarsi a guardare la stella fissa di un diritto ufficiale vigente in un certo Stato o in una certa entità trans-nazionale»⁴⁶.

Giurisprudenza e scienza del diritto sono pertanto i garanti di quel *diritto vivente* che, nella prospettiva storicistica, appare come il diritto più vero, perché più vicino alla vita. Così che, in definitiva, *storicità* può significare soprattutto questo: non isolamento del diritto dalla realtà circostante, che è sempre una realtà storicamente

⁴³ G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, a cura di R. CRISTIN, Giuffrè, Milano 1998, p. 55.

⁴⁴ G. MARINI, *Jakob Grimm*, cit., p. 149.

⁴⁵ Per un profilo ricostruttivo della ricca vicenda accademica e scientifica di Paolo Grossi, teso a sottolineare, tra le altre cose, come negli studi storici grossiani sia presente «il senso profondo degli interessi in gioco e della durezza dei conflitti economico-sociali innescati dalle scelte operate, in apparenza, nel “cielo dei concetti giuridici”», cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Paolo Grossi: una storia accademica e un percorso scientifico*, in *Riv. dir. civ.*, 2012, n. 3, pp. 389-407 (p. 396 per la citazione).

⁴⁶ P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 124.

determinata, nella quale esso vive e dalla quale esso nasce (e sulla quale spesso, in misura più o meno grande, esso incide).

Questo legame tra diritto e realtà storica – garantito da giudici e giuristi – passa in gran parte attraverso l'interpretazione, l'atto meno legislativo che si possa immaginare. Proprio quando la norma giuridica, con la volontà che essa manifesta, «sembra sottrarsi al corso del tempo», essa è infatti costretta a subire l'irruzione del tempo, il quale «irrompe attraverso l'interpretazione e l'applicazione»⁴⁷. Come nota il già citato Husserl, a differenza di altri prodotti umani, «la norma giuridica (una volta che è *presente*) non è affatto indipendente dal comportamento degli uomini a cui essa si riferisce. Le norme giuridiche non vengono immesse nel flusso della storia come “prodotti finiti” dello spirito umano» ma necessitano continuamente di interventi attivi da parte di coloro ai quali esse si rivolgono⁴⁸: «la questione del senso di una norma giuridica può essere formulata sempre e soltanto nel modo seguente: quale significato essa ha *oggi*, in relazione alla concreta condizione di vita?»⁴⁹. Ecco che l'interprete, nel dar voce attuale alla norma, «si trasforma nella garanzia della storicizzazione della norma»⁵⁰.

Liberata dalle catene del formalismo e concepita come lo strumento essenziale per garantire la dinamicità e persino la giustizia del diritto, l'interpretazione – atto mai meramente tecnico ma sempre eminentemente valutativo – diventa il luogo cruciale del rapporto tra il diritto e la vita, e il terreno più fecondo sul quale si realizza e trova compimento dunque la storicità del diritto. «Non si spiega questo delicato e complesso lavoro del giurista – sono parole di Vincenzo Palazzolo, maestro di Giuliano Marini e di altri studiosi come lui vicini alla prospettiva storicistica – finché non si riconosca il carattere valutativo dell'interpretazione; la quale, anche se non si svolge mai arbitrariamente, ma permane

⁴⁷ M. BRETONI, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, cit., p. 37.

⁴⁸ G. HUSSERL, *Diritto e tempo*, cit., pp. 35-36.

⁴⁹ *Ivi*, p. 17.

⁵⁰ P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato*, cit., p. 118.

vincolata alla totalità del sistema giuridico quale organica connessione di norme, ha la funzione di vivificare, di aggiornare e di rimettere a nuovo le proposizioni normative superate, e, quindi, di operare, più o meno consapevolmente, in vista dell'emanazione di proposizioni normative nuove, in modo che si realizzi la conformità dell'ordinamento alle esigenze attuali della convivenza e della coscienza sociale e giuridica»⁵¹.

La persistente attualità della proposta storicistica, non solo sul piano teorico ma soprattutto su quello pratico, sta forse qui, principalmente: nella valorizzazione del piano applicativo-interpretativo, che la porta a tenere strettamente legato il momento della "lettura" delle norme con la realtà storicamente e socialmente determinata alla quale esse si rivolgono. Se realtà, esperienza, vita e storia sono sempre un po' più in là delle parole del legislatore – le quali non possono mai contenerle interamente – sta a chi deve affrontare le questioni concrete che quelle pongono al diritto, fare in modo che esso, anziché distaccarsene definitivamente, ne realizzi e ne incarni l'espressione più adeguata.

⁵¹ V. PALAZZOLO, *Sapere e libertà e altri saggi*, Giuffrè, Milano 1964, p. 389.

Hannah Arendt, “la schiuma della terra” e il perimetro del diritto

di Marina Lalatta Costerbosa

SOMMARIO: 1. Come violinisti in un’orchestra. – 2. Il diritto come le mura della città. – 3. Il naufragio dei diritti. – Bibliografia.

Interrogarsi sulla storicità del diritto significa verificare la possibilità di eleggere la storia, la realtà fattuale nel suo sviluppo, a sua cifra essenziale e ineludibile. Tale indagine viene a prodursi sulla base del presupposto che, per dirla con Dworkin, il diritto non sia un concetto meramente «criteriale», ossia fondato sull’accordo attorno a una definizione «che fissa i criteri per l’applicazione corretta del termine»¹ (come nel caso ad esempio del concetto di celibato che acquisisce un preciso significato, una volta stabilito cosa s’intenda per “celibe”). Il diritto è infatti un concetto di natura diversa, non necessita di criteri concreti e posti una volta per tutte perché lo si possa definire. Piuttosto, qualcosa può dirsi diritto pur nel più ampio e profondo disaccordo, poiché si tratta di un *concetto interpretativo* il quale, anche in uno scenario controverso, si mantiene ancorato a un nocciolo condiviso minimale, alla comune tacita sottoscrizione di una nozione del diritto, compatibile con la radicale pluralità delle sue declinazioni².

Questa idea di diritto pone in una luce singolarmente promet-

¹ R. DWORKIN, *Justice in Robe*, 2006, trad. it., *La giustizia in toga*, Laterza, Roma-Bari 2010, p. 12, ma anche pp. 243 ss.

² *Ivi*, p. 244.

tente la prospettiva storica, in quanto imprescindibile e al tempo stesso moderatamente aspirazionale, ovvero aperta costitutivamente a un processo evolutivo che può ritenersi non deterministico (almeno in ipotesi, non potendo qui aprire il discorso a prospettive filosofico-storiche).

Osservare il diritto dal punto di vista della sua storicità impone dunque di inserirsi in un panorama caratterizzato dal dissenso, eppure da una sorta di intuitiva e basilica intesa di fondo.

Seguendo questa traccia e facendo un passo in avanti, ci si può ora chiedere quale sia nello specifico la più credibile connessione concettuale tra diritto e storia. Ci si può domandare se la storicità sia condizione *solo necessaria* del diritto, e per definirlo sia quindi indispensabile approdare a un principio ulteriore di legittimità, oppure essa ne sia *anche* la condizione *sufficiente*.

Qualora s'intenda la storicità come condizione necessaria e sufficiente, occorre capire e precisare poi come la storicità venga intesa: in modo descrittivo/fattuale o prescrittivo/normativo? A rappresentarla in una direzione prescrittiva e normativa è ad esempio lo storicismo giuridico; mentre si attestano su una linea interpretativa, che si autorappresenta come descrittiva e fattuale, tutte le concezioni del diritto fondate sul principio dell'efficacia (così è ad esempio per il realismo giuridico).

Su questo sfondo, una sorta di tipologia solo abbozzata delle forme di relazione tra storia e diritto, vorremmo soffermarci nelle prossime pagine esclusivamente sulla prima versione della relazione, quella che lega il diritto alla storia, intendendo la storicità come elemento indispensabile, ma non esaustivo, della pretesa normativa intrinseca al diritto. Vorremmo riflettere sulla nozione di diritto sul terreno di una comprensione della storicità incline al dialogo con l'ideale della giustizia, distanziata da una prospettiva non realistica e non giustificazionista. Con questa finalità scegliamo di circoscrivere l'argomentazione all'idea di diritto di Hannah Arendt, perché siamo convinti che essa possa offrire originali spunti di approfondimento, controcorrente, persino a tratti eversivi, eppure per la problematicità che evocano, come vedremo tra breve, ancora del tutto attuali.

1. Come violinisti in un'orchestra

Per cominciare vorremmo sottolineare come Arendt, pur non consegnandoci attraverso la sua opera una trattazione specificamente dedicata al concetto di diritto, approdi all'elaborazione di una definizione di diritto e a una critica dei diritti umani che sarebbe sconveniente liquidare in modo frettoloso.

Nelle maglie del suo discorrere attorno al diritto, la dimensione della storia è onnipresente, mentre convinta appare la diffidenza verso ogni universalismo astratto, fonte possibile di contraddizioni o fondamentalismi. Ciò implica un'apertura costitutiva al confronto tra arbitrii e un'opzione di fondo di matrice relativistica. Del resto è di Arendt la convinzione profonda che «molto più affidabili [...] si rivelano i dubbiosi e gli scettici, non perché il dubbio o lo scetticismo siano un bene in sé, ma perché grazie a essi ci abituiamo a esaminare le cose e a farci una nostra idea in proposito. I migliori tra tutti sono quanti hanno una sola certezza: qualunque cosa accada, finché vivremo, dovremo continuare a convivere con noi stessi»³.

Dopo queste prime considerazioni molto generali, proviamo però ora ad addentrarci in un'argomentazione che via via ci conduca alla comprensione del concetto di diritto arendtiano.

Prendiamo le mosse da una chiarificazione concettuale che può fungere nella nostra riflessione da bussola metodologica. La ricaviamo dal capolavoro del 1955 di John Searle, *The Construction of Social Reality*, là dove egli distingue tra fatti bruti e fatti istituzionali, tra un pezzo di legno che si muove in diagonale e la mossa in diagonale dell'alfiere nel gioco degli scacchi, per utilizzare una metafora cara anche ad Arendt.

I fatti istituzionali, come sappiamo bene, esistono nella misura in cui *noi* li riconosciamo, li "vediamo". Una pietra è *per l'osservatore* un fermacarte, ad esempio. Ma a qualificare la norma come fatto istituzionale è la *condivisione* di una specifica funzione e uno

³ H. ARENDT, *Personal Responsibility under Dictatorship*, 1964, in *Responsibility and Judgment*, 2003, trad. it., *La responsabilità personale sotto la dittatura*, in ID., *Responsabilità e giudizio*, a cura di J. KOHN, Einaudi, Torino 2004, p. 38.

specifico significato a essa attribuiti. Ciò corrisponde a una intenzionalità non solo individuale, ma anche a una *intenzionalità collettiva*.

«Alcune specie di animali – afferma Searle – non solo si impegnano in un comportamento cooperativo, ma condividono anche stati intenzionali come credenze, desideri, intenzioni»⁴. L'elemento cruciale nell'intenzionalità collettiva corrisponde al senso del fare qualcosa insieme, mentre l'intenzionalità individuale che ogni persona possiede è derivata dall'intenzionalità collettiva che si condivide. La vita mentale di una persona si situa nel suo cervello, per così dire, ma si declina nella forma anche autopercepita di un «noi intendiamo», dell'essere costitutivamente in risonanza con l'altro. Questo Searle lo ha riconfermato nelle sue *Reith Lectures* del 1984, poi raccolte nel bel volumetto *Minds, Brains and Science*, ove interpreta la tradizionale analogia tra il nostro cervello (del cui funzionamento complesso a tutt'oggi molto ci sfugge) e gli ultimi ritrovati della tecnologia come la vetusta reiterazione di una rappresentazione del rapporto mente-corpo ancora giocato nella contrapposizione tra monismo e dualismo⁵. A ben vedere, un pregiudizio, una falsità. «Mental states are biological phenomena. Consciousness, intentionality, subjectivity and mental causation are all a part of our biological life history, along with growth, reproduction, the secretion of bile, and digestion»⁶. L'unità "dialettica" di mente e corpo consente di scartare da entrambe le forme classiche di riduzionismo e di comprendere il funzionamento della mente umana, che è sempre relata e *in context* e come tale in un'incessante relazione sinergica con l'esterno e con la propria dimensione strettamente corporea, biologica, genetica, chimica.

Per questo è facile individuare lo sguardo di Searle sulla società, sul vivere in società degli esseri umani, sulle forme istituzionali, *in primis* il diritto, che si presenta come fonte produttrice di significati e di una realtà immaginata e inventata, qualitativamente

⁴ *Ivi*, p. 33.

⁵ J. SEARLE, *Minds, Brains and Science*, Penguin Books, London 1991, p. 44.

⁶ *Ivi*, p. 41.

altra dall'aggregato di individui e di cose che altrimenti residuerebbe. «C'è una grande differenza tra due violinisti – questa la metafora efficace scelta da Searle – che suonano in un'orchestra, o lo scoprire che, mentre sto provando la mia parte, qualcuno nella stanza accanto sta provando la propria parte, e scoprire così che, per caso, stiamo suonando lo stesso pezzo in sincronia»⁷.

Seguendo questo filo del ragionamento, riusciamo a giungere rapidamente alla concezione del diritto di Arendt, della quale possiamo subito osservare la sintonia con quello sguardo sul diritto che lo vede corrispondere a un insieme di regole/norme/controlli, sostenuti da sanzioni, che opera in termini generali e astratti ed esplica la sua funzione in senso *regolativo*. Ma anche, al contempo, a emergere è la prossimità a un concetto dall'anima storica, un concetto dispiegato nella dimensione della contingenza geografica e temporale. Per Arendt, il sistema delle norme giuridiche costituisce l'insieme delle condizioni di possibilità del vivere sociale e ne determina la forma e l'identità comune. È questo il carattere *costitutivo* del diritto, il quale rimanda a una *intenzionalità collettiva*, chiamata a esprimere un assetto sociale corretto.

2. Il diritto come le mura della città

In una delle sue opere più belle, *Vita Activa* (1958), Arendt riflette sulla condizione umana, ritraendola in forma tridimensionale. La condizione di vita dell'uomo ha a che fare innanzitutto con la necessità naturale e biologica da fronteggiare, di cui ci si deve appropriare per sopravvivere. Per questo l'attività lavorativa è costitutiva della condizione di vita. Così come è costitutiva della presenza dell'uomo sul pianeta, del suo essere nel mondo, la capacità creativa materiale: l'operare proprio di un uomo che sa fabbricare il mondo degli oggetti, che sa costruire dimora e attrezzi, quel mondo che diventa poi anche l'universo tecnologico con tutte le sue contraddizioni.

⁷ *Ivi*, pp. 34-35.

A queste due dimensioni della condizione umana se ne aggiunge una terza, quella che individua quanto vi è di peculiare nell'umanità, ovvero il tratto, già incontrato, della socialità, della relazionalità. Gli esseri umani sono *essenzialmente* insieme gli uni agli altri.

La pluralità è la terza condizione dell'uomo alla quale corrisponde l'attività più significativa, l'agire propriamente detto, il pensare e il comportarsi verso gli altri. La libertà dell'uomo rinvia al suo stare insieme agli altri, insiste nel comunicare, nel dialogare, nel contrario dell'isolamento. Si può lavorare da soli, si può fabbricare da soli, ma non si può agire da soli. «Se fosse vero che la sovranità e la libertà si identificano, allora nessun uomo potrebbe esser libero, perché la sovranità, l'ideale di non compromettere l'autosufficienza e la padronanza di sé, è in contraddizione con la condizione della pluralità»⁸. Abbiamo bisogno degli altri per essere noi stessi in quanto esseri capaci di libertà, siamo creati come esseri in relazione. La libertà è sempre libertà *con* gli altri (in comunità).

Su questo sfondo il diritto è la condizione di possibilità della coesistenza tra individui, di *questa* forma di convivenza, la quale ruota attorno al valore della libertà e si avvicina, a nostro giudizio, a quella costellazione dell'anarchismo politico che afferma il primato della ragione, di una ragione nella quale va riposta fiducia, contro le infinite guise del dominio, senza che questo implichi la riduzione della centralità del sentimento della compassione per il debole che subisce il dominio del più forte. «Il terreno comune del “canone” dell'anarchismo politico» non è tanto o prioritariamente «l'avversione per lo Stato», ma «la pietà per il dominato e l'inferiore, quale che esso sia, come che esso fenomenologicamente possa darsi, con in più il “principio speranza”»⁹.

Arendt ci sembra quasi (implicitamente) aver accolto come progetto, possibilità della e per la politica, l'ideale dell'anarchia

⁸ H. ARENDT, *The Human Condition. Vita Activa*, 1959, trad. it., a cura di A. DAL LAGO, *Vita activa*, Bompiani, Milano 1964, p. 173.

⁹ M. LA TORRE, *Nostra legge è la libertà. Anarchismo dei Moderni*, DeriveApprodi, Roma 2017, p. 232.

nella formulazione che Kant aveva contemplato tra le forme paradigmatiche della relazione tra forza e libertà nella sua tipologia consegnata alle pagine dell'*Antropologia pragmatica*, ove si legge che l'anarchia corrisponde a «Gesetz und Freiheit ohne Gewalt» (legge e libertà senza violenza)¹⁰.

Questo portato pretenziosamente normativo della proposta arendtiana spiega anche l'insistita polemica che scorre nelle pagine di diversi scritti.

Arendt ingaggia una dura lotta contro la società di massa e denuncia l'incorso depauperamento della sfera pubblica. Reale rischia di rimanere solo il simulacro della dimensione pubblica, un "pubblico" fittizio, perché si tratta piuttosto di un privato dilatato e onnipervasivo, dell'annullamento dell'autonomia nell'isolamento e nella mercificazione di una condizione umana degradata. Ogni volta in cui la forma dell'attività dell'uomo riconducibile al lavoro o quella corrispondente al costruire si assolutizza, la condizione umana diventa una condizione del vivere alienante. Se si assolutizza e si rende esclusiva la dimensione dell'attività lavorativa, la sfera pubblica svanisce per lasciare il posto a una socialità da gregge. Se a fagocitare la condizione umana è l'attività dell'*homo faber*, del fabbricare, dell'opera concreta e statica, la sfera pubblica cede il passo al mercato, al dominio della ragione strumentale e giù giù, lungo una china difficile da arrestare, alla disumanizzazione della ragione strumentale.

Solo l'agire rende pienamente ragione della sfera pubblica nella sua pienezza ed essenza. Solo l'agire riscatta gli esseri umani dall'isolamento che viceversa caratterizza gli altri due momenti. E agire è per Arendt comunicare tra diversi. La caratteristica strutturale della sfera pubblica è il suo non sopravvivere «alla realtà del movimento che l(a) crea, ma scompare non solo con la spari-

¹⁰I. KANT, *Anthropologie im pragmatischer Hinsicht*, 1798; trad. it., *Antropologia dal punto di vista pragmatico*, Laterza, Roma-Bari 2001, Parte II, "E. Il carattere della specie", "Delineazione del carattere del genere umano", II, p. 226 (traduzione modificata sostituendo «violenza» a «forza» per rendere il termine tedesco *Gewalt*). Sulla tipologia kantiana delle diverse combinazioni di libertà, legge e violenza o forza cfr. M. LA TORRE, *Nostra legge è la libertà*, cit., pp. 10-11.

zione degli uomini [...] ma con la stessa scomparsa e l'arresto delle loro attività. [...] (È) ovunque le persone si raccolgano insieme, ma solo potenzialmente, non necessariamente e non per sempre»¹¹.

La sfera pubblica nasce dall'agire insieme praticabile grazie al diritto, dalla condivisione di parole e azioni. «Il potere è realizzato solo dove parole e azioni si sostengono a vicenda, dove le parole non sono usate per nascondere le intenzioni ma per rivelare realtà, e i gesti non sono usati per violare e distruggere, ma per stabilire relazioni e creare nuove realtà»¹² che possano mirare a muoversi *in concerto*. Altrimenti non è più politica, non è più diritto, ma forza, potenza, violenza.

L'intuizione di Arendt concerne l'intreccio per l'uomo essenziale tra parola e agire, è attraverso il linguaggio e l'azione che «ci inseriamo nel mondo umano», un mondo ospitale se reso plastico e al contempo regolato in virtù del sotteso tessuto di norme. L'idea di fondo è che «(g)li uomini possono benissimo vivere senza lavorare, possono costringere gli altri a lavorare per sé, e possono benissimo decidere di fruire e godere semplicemente del mondo delle cose senza aggiungere da parte loro un solo oggetto d'uso; la vita di uno sfruttatore o di uno schiavista e la vita di un parassita possono essere inique, ma essi certamente sono esseri umani [...]. Ma una vita senza discorso e senza azione [...] è letteralmente morta per il mondo; ha cessato di essere una vita umana perché non è più vissuta *fra* gli uomini»¹³, perché ne tradisce la libertà impedendogli ogni gesto creativo, ogni inizio di qualcosa di nuovo nel mondo.

Possiamo dunque concludere provvisoriamente rilevando come la libertà abbia per Hannah Arendt bisogno del diritto e il diritto rintracci nella sua tutela la propria ragion d'essere.

¹¹ H. ARENDT, *Vita activa*, cit., p. 146.

¹² *Ibidem*.

¹³ J.S. MILL, *On Liberty*, 1859, trad. it., *Sulla libertà*, SugarCo, Milano 1990, p. 128. Corsivo nostro.

Perché questo non sia contraddittorio, però, il diritto non può corrispondere all'inveramento di un modello astratto e astorico, ma deve essere espressione della libertà di soggetti concreti che con-vivono, che tendono a vivere "in concerto" in uno spazio comune.

Nei frammenti postumi si ritrovano pensieri decisivi a conferma di questa visione del diritto.

«Siamo così abituati a intendere legge e diritto, nel senso dei dieci comandamenti, come comandamenti e divieti il cui unico senso – spiega – è dato dal dovere di obbedirvi, da dimenticare facilmente l'originario carattere spaziale della legge. Ogni legge crea innanzi tutto uno spazio in cui essa ha valore, e quello spazio è il mondo in cui possiamo muoverci in libertà. Ciò che è al di fuori di quello spazio è privo di legge e, a rigor di termini, privo di mondo, ai sensi della convivenza umana è un deserto. [...] Questo *infra* [...] il mondo delle relazioni che si forma dall'agire, l'attività propriamente politica dell'uomo, è certo ben più difficile da distruggere del mondo fabbricato delle cose, in cui il fabbricante e produttore rimane l'unico signore e padrone. Ma se questo mondo di relazioni viene devastato, allora alle leggi dell'agire politico, in cui i processi sono in effetti difficilmente annullabili all'interno del politico, si sostituisce la legge del deserto»¹⁴.

Il diritto per Arendt è come il muro delle città medievali, consente e qualifica il vivere di cittadini che sono tali solo dopo la costruzione di quella robusta e imponente cinta perimetrale.

La legge (qui nel senso del *nomos* dei Greci e non della *lex* dei Romani) quindi, il diritto, crea, *costituisce*, lo spazio pubblico; è il momento prepolitico del fabbricare che precede e pone le premesse per l'agire, per il vivere politico. La legge «è *costitutiva* di ogni ulteriore agire politico e di ogni relazione politica. Come le mura della città, alle quali Eraclito paragona la legge, devono prima essere costruite affinché possa esistere una città identificabile nella sua forma e nelle sue demarcazioni, così la legge *deter-*

¹⁴ H. ARENDT, *Was ist Politik?*, 1993, trad. it., a cura di U. LUDZ, con *Prefazione* di K. SONTHEIMER, *Che cos'è la politica?*, Einaudi, Torino 2006, pp. 95-96.

*mina la vera fisionomia dei suoi abitanti, che li distingue e discerne da tutte le altre città e dai loro abitanti»*¹⁵.

Ricordando Alessandro Passerin d'Entreves e attribuendogli il merito di aver paragonato il diritto all'insieme delle regole del gioco¹⁶, in una nota importante del saggio *Sulla violenza*, Arendt prosegue in questa metafora, sintetizzando così il proprio punto di vista sull'universo del diritto e sul suo valore per la convivenza in società.

«Fulcro dell'essenza delle norme giuridiche non è che mi sottometto a esse volontariamente o le riconosco teoricamente come valide, ma che nella pratica io non posso partecipare al gioco del diritto finché io non mi conformo»¹⁷; «la mia motivazione per accettare è il mio desiderio di giocare, e poiché gli uomini esistono solo nella pluralità, il mio desiderio di giocare coincide con il mio desiderio di vivere»¹⁸.

Questo non significa subordinazione o asservimento passivo alle norme preesistenti in società. Esse si possono rifiutare, si può cercare di sovvertirle, si può promuovere persino una rivoluzione, si può disubbidire. Ma «negare le regole per principio non corrisponde semplicemente alla "disubbidienza", bensì al rifiuto di entrare a far parte della comunità umana»¹⁹.

3. *Il naufragio dei diritti*

La storicità come fattore caratterizzante il diritto ritorna anche nelle tesi arendtiane contro i diritti umani, la parte più controversa e forse a prima vista persino "scandalosa" o provocatoria della riflessione. Arendt critica la conquista giuridica e politico-morale

¹⁵ *Ivi*, pp. 87-88.

¹⁶ H. ARENDT, *On Violence*, 1968, in ID., *Crisis of the Republic*, Harvest Book, San Diego-New York-London 1972, p. 193.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*. Traduzione nostra.

¹⁹ *Ibidem*. Traduzione nostra.

rappresentata dal riconoscimento mondiale dei diritti dell'uomo, si oppone cioè alla contromisura di giustizia e di indignazione che l'intero pianeta ha condiviso, quale risposta agli orrori della Seconda guerra mondiale, ai lager e alle stragi atomiche.

La *ratio* di questa polemica non è però certo quella della difesa di un potere assoluto o di un realismo politico che liquidi il principio di libertà in nome di istanze d'ordine e di efficacia; e neppure un rassegnato nichilismo che non può non trasformarsi nel tempo nel più fedele alleato del dominio e della potenza.

La motivazione di fondo ricorda per certi aspetti (tra loro assai distanti) la ancora più vecchia critica di Bentham, di Burke e di Marx ai diritti umani e alla loro pericolosa astrattezza, al loro intrinseco portato ideologico e al pericolo che tale implicito inganno determini conseguenze politiche. Vuoi in senso conservatore, tradendo le istanze democratiche della Rivoluzione; di questo era preoccupato Jeremy Bentham. Vuoi adulterando la realtà e smarrendo il valore della tradizione e delle consuetudini radicate nella storia, per il conservatore Burke. Vuoi rendendoti portavoce di quello spirito borghese che contrabbanda progresso per soggezione; questa volta nella prospettiva marxiana.

Anche alla base della critica di Arendt vi è lo smascheramento di un *errore teorico*, quello concernente il riferimento normativo alla "natura" umana, concetto gravido di indesiderabili conseguenze e mistificazioni paralizzanti e contraddittorie. In *Vita activa* è cristallina sul punto.

«Il problema della natura umana [...] pare insolubile sia nel suo senso psicologico individuale sia nel suo senso filosofico generale. È molto improbabile che noi, che possiamo conoscere, determinare e definire l'essenza naturale di tutte le cose che ci circondano, di tutto ciò che non siamo, possiamo mai essere in grado di fare lo stesso per noi: sarebbe come scavalcare la nostra ombra»²⁰. L'angolo visuale di Arendt è dunque sempre storicizzato, riferito alla condizione umana che «non coincide con la natura umana»²¹. Si

²⁰ H. ARENDT, *Vita activa*, cit., pp. 9-10.

²¹ *Ivi*, p. 9.

deve guardare all'essenza dell'uomo, ove per essenza umana però Arendt non intende «la natura umana in generale (che non esiste) né la somma totale delle qualità e dei difetti dell'individuo, ma l'essenza di *chi è*», la storia di *una* vita, di ciascuna esistenza particolare.

La confutazione arendtiana dei diritti umani si fonda inoltre sul riconoscimento di un *errore pratico*: la scelta di uno strumento sbagliato per il perseguimento di un ideale di giustizia corretto.

Tale ideale comprende un principio di eguaglianza che passa attraverso il riconoscimento della diversità: l'idea che gli esseri umani sono uguali in una cosa su tutte, l'unicità che li caratterizza, e rivendica pertanto un rispetto senza condizioni. A questa idea si accompagna, in un nesso biunivoco strettissimo, il principio di libertà che consiste essenzialmente nella capacità di dare inizio a qualcosa di nuovo; con ancora una metafora, è la natalità che pertiene a ogni persona.

Nel riconoscimento dei diritti il rispetto di questi due principi, che ne sono gli ispiratori, viene tradito dalla loro traduzione storico-politica. I diritti umani falliscono nel loro intento, nella loro presunta difesa della libertà e della dignità delle persone. In fondo è come se sotto la bandiera dei diritti umani si potessero solo sempre difendere diritti fondamentali positivi ovvero riconducibili a uno stato nazione, dunque capovolgentisi nel loro contrario, diventando da universali particolari e nazionali.

Così argomenta Arendt nel saggio del 1949 *The Rights of Man. What are They?*; più estesamente nel capitolo del 1951 delle *Origini del totalitarismo*, "The Decline of the Nation State and the End of the Rights of Man"; come pure nel saggio sulla *Disubbidienza civile*.

Il «diritto di avere diritti»²², per riprendere la celebre espressione arendtiana, si trasforma in una prospettiva che nel riconoscere i diritti dell'altro nega di fatto il diritto, ad averne, di altri.

Questa critica ai diritti umani è la critica al loro portato ideo-

²² H. ARENDT, *The Origin of Totalitarianism*, 1951, trad. it., *Le origini del totalitarismo*, 3 voll., vol. 2, Bompiani, Milano 1978, p. 297.

logico, controproducente, tale da innescare una viziosa circolarità. Il principio di giustizia a monte dei diritti umani è ciò che deve essere preliminarmente fondato e protetto. Esso consiste appunto nel «diritto ad avere diritti» che pertiene agli esseri umani come tali, indipendentemente dalla loro appartenenza nazionale, e in quanto esseri fatti per vivere insieme, esseri viventi ai quali inerisce la condizione della pluralità.

Ad Arendt tutto questo si chiarisce ben presto con evidenza, allorquando nella temperie tardoweimariana e poi nell'incubo nazista, le si presenta in carne e ossa il problema della apolidicità.

Gli apolidi, coloro che «una volta lasciata la patria d'origine», «rimasero senza patria»²³, «privati dei diritti umani garantiti dalla cittadinanza, si trovano a essere senza alcun diritto, la *schiuma della terra*»²⁴.

La condizione dell'apolidicità consente di intuire il limite applicativo, reale della libertà difesa attraverso i diritti. Diritti garantiti dal riconoscimento dell'appartenenza nazionale hanno una natura bifronte: con una mano assicurano libertà, ma con l'altra sono pronti a ritrarle, qualora i presupposti di tale assicurazione vengano meno sulla base di sempre possibili mutamenti politici.

«La dichiarazione dei diritti dell'uomo alla fine del XVIII secolo [...] documentava l'emancipazione del genere umano da qualsiasi tutela, la sua condizione di maggiorenne. Vi era però anche un'altra implicazione [...] Essa intendeva essere una garanzia per gli individui che, con l'inizio della nuova epoca, non erano più sicuri della condizione acquisita con la nascita o dell'eguaglianza di fronte a Dio come cristiani. In altre parole – continua Arendt in un rapido *excursus* storico –, nella nuova società secolarizzata [...] fu opinione concorde che i diritti umani dovessero essere invocati ogni qual volta gli individui avevano bisogno di protezione contro la sovranità dello stato e l'arbitrio della società. Poiché tali diritti erano inalienabili e irriducibili e non derivavano la loro validità da altri diritti o leggi, non occorre nessuna auto-

²³ *Ivi*, p. 372.

²⁴ *Ibidem*.

rità per istituirli; l'uomo stesso ne era la fonte e il fine ultimo»²⁵. Ma questa narrazione ha un carattere paradossale per Arendt, poiché affida la tutela dei diritti a un'idea rarefatta e irrealistica dell'individuo. «Il paradosso implicito nella dichiarazione degli inalienabili diritti umani consisteva nel prendere in considerazione un uomo "astratto", che non esisteva in nessun luogo»²⁶.

E qui si radica il cortocircuito teorico. Si muove dall'esigenza di tutela della sfera di integrità e autonomia dell'individuo. La si sostiene ponendo in gioco una fondazione di essa che trascende la dimensione empirica e concreta della sua esistenza. Ci si scontra con il limite che tale astrazione porta con sé, ovvero la sua non traducibilità nella realtà storica determinata e particolare. L'applicazione che ne deriva non può dunque che passare dalle maglie della dimensione nazionale della comunità politica, entrando in una tensione drammatica, di più, in una latente contraddizione con l'idea di giustizia dalla quale si erano prese le mosse.

«La questione dei diritti umani si intrecciò ben presto – avanza Arendt nella sua lettura – inestricabilmente con quella dell'emancipazione nazionale; solo la sovranità del popolo, del proprio popolo, sembrò capace di garantirli [...] i diritti dell'uomo erano stati definiti inalienabili perché si presumeva che fossero indipendenti dai governi; ma ora si scoprì che, appena gli individui perdevano la protezione del loro governo ed erano costretti a contare sul minimo di diritti che dovevano avere acquistato con la nascita, non trovavano nessuna autorità disposta a garantirlo»²⁷.

È come se la condizione limite dell'apolidicità avesse svelato ad Arendt un elemento di perversione nella dinamica sottesa alla istituzionalizzazione dei diritti.

«I diritti umani si sono rivelati inapplicabili, persino nei paesi che basavano su di essi la loro costituzione, ogni qual volta sono apparsi degli individui che non erano più cittadini di nessuno stato sovrano [...] così durante l'ultima guerra gli apolidi si sono

²⁵ *Ivi*, p. 403.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ivi*, pp. 403-404.

inevitabilmente trovati in una posizione peggiore degli stranieri nemici, che continuavano a essere indirettamente protetti dai loro governi in virtù degli accordi internazionali»²⁸.

In questo percorso difficile, perché seriamente controcorrente, scomodo ed esposto a facili fraintendimenti, a emergere è l'esigenza teorica e pratica di una rimessa in discussione della presupposta autosufficienza della rivendicazione astratta dei diritti individuali. A ben vedere, infatti, essa non può essere disgiunta dal riconoscimento dello *status* nazionale, dell'appartenenza a una determinata comunità politica. Ma la diarchia di libertà individuale, nella sua astrattezza, e appartenenza nazionale, nella sua concretezza, altera – secondo la filosofa tedesca – irrimediabilmente la pretesa universalistica dei diritti, ridotta a chimera, eppure dichiarata sulla carta, una carta sotto questa luce fuorviante. «La disgrazia degli individui senza status giuridico non consiste nell'esser privati della vita, della libertà [...], ma nel non appartenere più ad alcuna comunità di sorta, nel fatto che per essi non esiste più nessuna legge, che nessuno desidera più neppure opprimerli»²⁹.

Negando l'appartenenza si negano contemporaneamente anche i diritti. Occorre dunque andare oltre o fermarsi un passo prima rispetto ai diritti umani. Sicuramente nella visione di Arendt vi sarebbe bisogno di una strada alternativa, per raggiungere in modo più affidabile e certo l'obiettivo indispensabile e urgente della messa in sicurezza della pretesa legittima della loro titolarità.

«Ci siamo accorti dell'esistenza di un diritto ad avere diritti (e ciò significa vivere in una struttura in cui si è giudicati per le proprie azioni e opinioni) solo quando sono comparsi milioni di individui che lo avevano perso e non potevano riacquistarlo a causa della nuova organizzazione del mondo [...] Solo perché l'umanità era completamente organizzata la perdita della patria e dello status politico poteva identificarsi con l'espulsione dall'umanità stessa»³⁰.

²⁸ *Ivi*, pp. 406-407.

²⁹ *Ivi*, p. 409.

³⁰ *Ivi*, p. 411.

In questa chiave interpretativa, ancora più grave della revoca dei diritti fondamentali, è per un individuo l'espulsione dalla comunità, la marginalizzazione, l'annullamento della sua appartenenza, il diventare raminghi, "figli di nessuno", eredi senza patria.

«L'individuo può perdere tutti i cosiddetti diritti umani senza perdere la sua qualità essenziale di uomo, la sua dignità umana. Soltanto la perdita di una comunità politica lo esclude dalla umanità»³¹. E così, il diritto che «corrisponde a questa perdita, non può essere formulato nelle categorie del XVIII secolo perché esse presuppongono che i diritti scaturiscano immediatamente dalla "natura" dell'uomo [...] Il punto decisivo è che tali diritti, e la dignità umana a essi legata, dovrebbero rimanere validi e reali anche se un solo uomo esistesse sulla terra; essi sono indipendenti dalla pluralità umana e dovrebbero quindi conservare il loro valore anche se un individuo fosse espulso dalla società»³². Infatti, «quando furono proclamati per la prima volta, i diritti dell'uomo furono considerati indipendenti dalla storia e dai privilegi che la storia aveva accordato a certi strati sociali [...] I diritti storici furono sostituiti dai diritti naturali, e la "natura" messa al posto della storia, nella tacita presunzione che essa fosse meno estranea della storia all'essenza dell'uomo»³³. Invece, il dominio dell'uomo sulla natura, giunto sino al punto estremo della possibilità della sua distruzione, rende evidente la precarietà della natura, l'instabilità di essa quale punto fermo o fondamento di leggi e diritti.

È una critica questa che si avvicina molto a quella di Burke, Arendt lo riconosce espressamente, eppure ella preferisce ricavare la sua confutazione da uno sguardo sui «superstiti dei campi di sterminio, gli internati dei campi di concentramento e gli apolidi»³⁴.

«La concezione dei diritti umani è – conclude Arendt – naufragata nel momento in cui sono comparsi individui che avevano perso tutte le altre qualità e relazioni specifiche, tranne la loro

³¹ *Ivi*, p. 412.

³² *Ivi*, p. 413.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ivi*, p. 415.

qualità umana. Il mondo non ha trovato nulla di sacro nell'astratta nudità dell'esser-uomo»³⁵.

Per questa via Arendt approda a un concetto di diritto e a una critica coraggiosa (al di là delle riserve che pensiamo essa possa suscitare) della nozione dei diritti dell'uomo, lontani da ogni chiana giustificazionista, poiché ostinatamente ancorati all'ideale della libertà come «natalità» nello spazio plurale.

Il diritto e i diritti, sotto i suoi occhi, riscoprono il valore della storia come rispetto e considerazione per la concretezza del vivere delle persone, la durezza dei loro bisogni, la violenza della loro sofferenza. È a partire da *questa* consapevolezza che Arendt si dovrebbe ricercare la via più sicura per il perseguimento dell'ideale della libertà.

Bibliografia

- ARENDR H., *On Violence*, 1968, in ID., *Crisis of the Republic*, Harvest Book, San Diego-New York-London 1972.
- ARENDR H., *Responsibility and Judgment*, 2003, trad. it., *La responsabilità personale sotto la dittatura*, in ID., *Responsabilità e giudizio*, a cura di J. KOHN, Einaudi, Torino 2004.
- ARENDR H., *The Human Condition. Vita Activa*, 1959, trad. it., a cura di A. DAL LAGO, *Vita activa*, Bompiani, Milano 1964.
- ARENDR H., *The Origin of Totalitarianism*, 1951, trad. it., *Le origini del totalitarismo*, 3 voll., Bompiani, Milano 1978.
- ARENDR H., *Was ist Politik?*, 1993, trad. it., a cura di U. LUDZ, con Prefazione di K. SONTHEIMER, *Che cos'è la politica?*, Einaudi, Torino 2006.
- BALIBAR É., *Arendt, le droit aux droits et la désobéissance civique*, in ID., *La proposition de l'égaliberté*, Puf, Paris 2010, cap. 6, pp. 201-227.
- BENHABIB S., *Dignity in Adversity. Human Rights in Troubled Times*, Polity Press, Cambridge, Mass. 2011, capp. 2-3.
- BIRMINGHAM P., *Hannah Arendt and Human Rights. The Predicament of Common Responsibility*, Indiana University Press, New York 2006.
- FINE R., *Notes on Hannah Arendt and the Decline of Human Rights*, in <https://warwick.ac.uk/fac/soc/sociology/staff/robertfine/home/teaching>

³⁵ *Ibidem*.

material/humanrights/lecturepodcast/notes_of_the_decline_of_human_rights_in_the_work_of_hannah_arendt.pdf.

- GOLDONI M.-MACCORKINDALE C. (a cura di), *Hannah Arendt and the Law*, Hart, Oxford 2012.
- KLABBERS J., *Possible Islands of Predictability. The Legal Thought of Hannah Arendt*, in *Leiden Journal of International Law*, 20, 1, 2007, pp. 1-23.
- LA TORRE M., *Hannah Arendt and the Concept of Law. Against the Tradition*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 99, 3, 2013, pp. 400-16.
- VOLK C., *From Nomos to Lex: Hannah Arendt on Law, Order and Politics*, in *Leiden Journal of International Law*, 23, 4, 2010, pp. 759-779.
- WALDRON J., *Arendt's Constitutional Politics*, in D. VILLA (a cura di), *The Cambridge Companion to Hannah Arendt*, Cambridge University Press, Cambridge 2000, pp. 201-20.

Storicità del diritto e interpretazione

di Baldassare Pastore

SOMMARIO: 1. Il diritto nella storia, tra volontà e ragione. – 2. Esperienza giuridica. – 3. Tradizione. – 4. Ermeneutica giuridica. – 5. Decostruzione?

1. Il diritto nella storia, tra volontà e ragione

Il diritto positivo presenta un carattere culturale e storico. È un prodotto della volontà umana. In esso, tuttavia, acquistano rilevanza le ragioni, le finalità della creazione normativa, insieme ai risultati dell'interpretazione e dell'applicazione.

Il diritto si configura come una complessa pratica sociale, risultante dai processi di positivizzazione. Si caratterizza come un processo dinamico di azioni e decisioni, suscettibili, a loro volta, di ulteriori specificazioni e determinazioni, ad esito di scelte e deliberazioni, che pongono in evidenza il ruolo del ragionamento e dell'argomentazione¹. L'argomentazione, invero, pervade l'intera pratica giuridica². Dietro e dentro la deliberazione giuridica vi è un'esigenza argomentativa. L'aspetto giustificativo, peraltro, contribuisce a liberare la prescrizione giuridica dal sospetto di essere arbitraria.

¹ F. VIOLA, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Riv. fil. dir.*, IV, 1, 2015, p. 69.

² Cfr. M. ATIENZA, *Diritto come argomentazione. Concezioni dell'argomentazione*, 2006, Editoriale Scientifica, Napoli 2012, pp. 54-61. Si veda, altresì, A. ABIGNENTE, *Argomentazione giuridica*, in U. POMARICI (a cura di), *Atlante di filosofia del diritto*, vol. II, Giappichelli, Torino 2012, spec. pp. 10-14.

Il diritto positivo, dunque, non si identifica con la (né si esaurisce nella) mera *voluntas* dell'autorità che decide. Ha a che fare, invece, con il rapporto che connette gli atti di normazione con le attività ermeneutiche che da essi si sviluppano³. Si costruisce, di continuo, attraverso l'opera congiunta e concorrente di fattori diversi. È il risultato dell'intervento di vari soggetti (legislatori, giudici, giuristi, funzionari pubblici, privati cittadini); si struttura come un insieme articolato, un'unità complessa, un'impresa collettiva plurale, in continua elaborazione. Vi rientrano regole, principi, istituti, procedure, istituzioni, atteggiamenti normativi, apprezzamenti di valore, ragionamenti, costruzioni concettuali, sistematizzazioni.

Il diritto è dotato di una sua stabilità, riconducibile per molti versi ai documenti normativi prodotti nei modi previsti, ma non si risolve in tali documenti⁴. Porta con sé, anche, una riserva di potenzialità, che richiede processi interpretativi per attualizzarle⁵. Ciò rende possibile il suo adeguarsi e modificarsi in relazione alle esigenze applicative.

Se quello potestativo rappresenta un elemento strutturale proprio del diritto, altrettanto essenziale è l'aspetto che riguarda l'idea di ragione, operante come freno, argine della *voluntas* e che attiene ai modi di esercizio dei poteri normativi e ai suoi contenuti⁶. D'altra parte, in tutta la storia del pensiero giuridico, è presente

³ G. ZACCARIA, *Sul concetto di positività del diritto*, in ID. (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, Giappichelli, Torino 1991, pp. 329-330, 344.

⁴ G. TARELLO, *La nozione di diritto positivo*, in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, Il Mulino, Bologna 1988, pp. 210-211; A. CATANIA, *Filosofia del diritto. Introduzione critica ai concetti giuridici*, a cura di F. MANCUSO, Giappichelli, Torino 2015, pp. 63-64.

⁵ F. VIOLA, *Il diritto come pratica sociale*, Jaca Book, Milano 1990, pp. 121-123, 125-126.

⁶ Sul rapporto tra volontà e ragione nel pensiero giuridico e nelle organizzazioni giuridiche che assumono il modello dello Stato di diritto cfr. K. TUORI, *Ratio and Voluntas. The Tension between Reason and Will in Law*, Ashgate, Farnham-Burlington 2011; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Editorial S.L. Dykinson, Madrid 2013.

l'idea secondo la quale l'uso della ragione e la pratica del diritto siano o debbano essere indissolubilmente legati, perché soltanto l'uso della ragione – nei suoi diversi sensi (come facoltà intellettuale, come facoltà impositiva, come capacità di ragionare, come guida della condotta) – garantisce che la pratica del diritto non sia arbitraria e raggiunga lo scopo di condurre gli esseri umani verso una buona società⁷.

“Ragione”, in questa sede, è termine che rinvia al tema della razionalità delle decisioni giuridiche, al tema della loro giustificazione, alla luce di orientamenti, opzioni, valori giuridici e meta-giuridici, nonché al tema della logica interna del diritto, che si lega alla coerenza con i principi che lo foggiano⁸. Il diritto, pertanto, include non solo le decisioni dell'autorità politica, le interpretazioni e le decisioni dei giudici, ma anche le costruzioni elaborate dai giuristi, che sono i depositari della ragione giuridica⁹. Essa trova qui il proprio terreno di formazione, di coltura e di sviluppo.

Il diritto, invero, è una dimensione della storia umana e in questa si inserisce. La storicità si configura come caratteristica propria, cifra essenziale del fenomeno giuridico. Storia, qui, rinvia alla società che diviene nel tempo. Nel diritto si coglie una delle trame del tessuto complesso della vita sociale¹⁰. La giuridicità, così, si connette inescandibilmente alle particolari condizioni

⁷ N. BOBBIO, *La ragione nel diritto*, in C. FARALLI-E. PATTARO (eds.), *Reason in Law. Proceedings of the Conference Held in Bologna, 12-15 December 1984*, vol. I, Giuffrè, Milano 1987, pp. 76 ss., 83-87. Sul significato di “ragione” nell'ambito del diritto, e sulle diverse modalità con cui si definisce il rapporto “ragione/diritto”, cfr. G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, Cedam, Padova 1996, pp. 3-20.

⁸ Traggo spunto, in proposito, da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari 2002⁷, pp. XVI-XVII.

⁹ Cfr. L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967, p. 498. Si veda anche A. NIETO, *Critica della ragion giuridica*, 2007, Franco Angeli, Milano 2012, pp. 189-191. Per un inquadramento del tema si rinvia a B. PASTORE, *Diritto giurisprudenziale e ragione giuridica*, in *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, vol. II, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2016, pp. 1139-1152.

¹⁰ P. GROSSI, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 100-102, 115.

della vita sociale e del momento storico in cui si sviluppa, manifestandosi nelle variegate forme¹¹ e modalità della positivizzazione.

2. Esperienza giuridica

Le caratteristiche del diritto alle quali si è fatto riferimento possono essere riassunte richiamando la nozione di “esperienza giuridica”. È, questa, un’espressione vaga, generica, polivalente, ampiamente diffusa nel linguaggio dei giuristi (in sede di filosofia e teoria del diritto, di storia del diritto e in dottrina), di risalente antichità, ma di relativamente recente tecnicizzazione¹², che comunica una raffigurazione del diritto rinviante alla sua dimensione e vocazione concreta, al suo farsi storico e sociale, in polemica con ogni concezione formalistica¹³.

L’uso di “esperienza giuridica” rinvia ad un insieme di assunzioni di fondo. Rappresentare “qualcosa” (un ambito, un campo) come esperienza, infatti, è un processo attivo, che comporta interpretazioni, ricostruzioni, segnate da presupposti teorici di partenza. I dati sono ritagliati attraverso schemi concettuali fatti propri dai partecipanti a pratiche sociali¹⁴. In ambito giuridico, tali pratiche ricomprendono la produzione di regole, la loro interpretazione-applicazione, il loro uso, la loro conoscenza.

Come tutte le nozioni, anche quella di “esperienza giuridica”

¹¹ Come ha sottolineato E. OPOCHER, *Il prisma del diritto. La realtà giuridica e il problema del suo valore*, a cura di F. TODESCAN, Wolters Kluwer-Cedam, Padova 2016, p. 249, il diritto, se da un lato è storicamente condizionato, dall’altro condiziona il mondo storico, attraverso le sue specifiche forme.

¹² Così R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna 1987, p. 347, nota 6. Cfr. altresì E. OPOCHER, *Esperienza giuridica*, in *Enc. dir.* XV, Giuffrè, Milano 1966, pp. 735-736.

¹³ Cfr. G. TUZET, *Dover decidere. Diritto, incertezza e ragionamento*, Carocci, Roma 2010, pp. 237-238, 243-244; N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Giuffrè, Milano 2017, pp. 297-298.

¹⁴ Si veda V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, Il Mulino, Bologna 2003, pp. 132-133. Cfr. anche N. LIPARI, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 301.

si evolve storicamente, muta, si adatta ai cambiamenti attraverso interventi selettivi ai quali concorrono vari soggetti¹⁵. È il risultato di un'attribuzione di senso.

Qual è il senso della configurazione del diritto come esperienza giuridica?

Il diritto viene identificato con l'esperienza nel suo complesso, ma l'esperienza si concreta nei singoli atti in cui si pone e attraverso i quali si costruisce. La risoluzione del diritto in esperienza indica lo sforzo di riunire e organizzare la vita del diritto (la forma di vita giuridica) nella sua interezza, riconducendone le diverse manifestazioni "ad una coordinante comune"¹⁶.

Il sintagma, allora, implica il rifiuto di ogni formalismo e delle astrattezze concettuali, rivelando la problematicità del fenomeno giuridico: carattere davanti al quale mostrano i loro limiti tutte le teorie semplificatrici e riduzionistiche.

Riferirsi all'esperienza giuridica conduce a considerare il diritto nell'insieme di tutti gli aspetti in esso presenti, di tutti i suoi tratti distintivi, in relazione alla vita dell'individuo. Permette di scorgere, nell'insieme degli elementi ad esso riferibili (situazioni, rapporti, strutture organizzative, atteggiamenti normativi, attività conoscitive), i nessi, le correlazioni, i condizionamenti, le implicazioni, ma anche le discontinuità, le contraddizioni, i conflitti, le negazioni¹⁷.

Nell'esperienza giuridica – secondo la riflessione di Riccardo Orestano – i comportamenti umani, le relazioni, le strutture, le istituzioni, le norme, le attività di riflessione, di analisi e di elaborazione sui comportamenti e sulle norme, le attività di "riflessione sulla riflessione" (nell'insieme, tutto ciò che si ricomprende sotto la denominazione di "scienza del diritto") sono assunti come componenti di un unico mondo, «entro il quale aspetti per solito

¹⁵ Si rinvia, in proposito, a M. BARBERIS, *Tradizioni, teorie, valori. Sulla storia della filosofia analitica del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 34, 2004, p. 519.

¹⁶ Cfr. R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 359-362.

¹⁷ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., pp. 354-355.

considerati separati vanno invece concepiti e “visti” fra loro correlati e interagenti in un rapporto solidale, compenetrati in un “insieme”, attratti tutti da uno stesso campo gravitazionale»¹⁸. Tale campo, che si rivela nella sua interezza riconducendo le varie manifestazioni ad una coordinata comune, va riportato a quello della positività giuridica, del diritto positivo come impresa collettiva caratterizzata da una serie di operazioni, riguardanti l'interazione e la comunicazione intersoggettiva, collegate al mondo dei fatti sociali e delle azioni umane attraverso cui la prassi giuridica si attua storicamente, tramite atti produttivi, interpretativi e applicativi di regole, in una continua e diffusa prassi di riconoscimento e di uso articolata a tutti i livelli (istituzionali e non-istituzionali)¹⁹. In questa prospettiva, il diritto positivo può essere inteso come un insieme di *testi* (enunciati, disposizioni, prodotti dagli organi dotati di competenza normativa o decisionale); di *significati* (quelli «intenzionati dagli agenti», cioè da «normatori, decisori, funzionari e cittadini; e quelli esplicitamente prodotti, a conclusione dei loro percorsi di riconoscimento e di interpretazione, da giuristi pratici e teorici»); di *argomentazioni* (quelle in cui si strutturano tali percorsi di riconoscimento e di interpretazione); di *prassi sociali* («quelle dette giuridiche e/o produttive e/o applicative di diritto da parte dei loro artefici e ideatori») ²⁰. Si compone del materiale normativo, dotato di diversi gradi di determinazione, che deve essere lavorato a fini applicativi e che, in tal modo, si articola progressivamente, consentendo di trarre la regola del caso concreto.

L'esperienza giuridica vive nella storia²¹, dove durata e inno-

¹⁸ Cfr. R. ORESTANO, “Diritto”. *Incontri e scontri*, Il Mulino, Bologna 1981 pp. 505-506.

¹⁹ Si veda, al riguardo, G. ZACCARIA, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *Diritto positivo e positività del diritto*, cit., p. XII.

²⁰ L. GIANFORMAGGIO, *Filosofia e critica del diritto*, Giappichelli, Torino 1995, p. 31.

²¹ R. ORESTANO, “Diritto”. *Incontri e scontri*, cit., p. 506. Sulla relazione tra esperienza giuridica e storia v. R. TREVES, *Diritto e cultura*, Memorie dell'Istituto giuridico dell'Università di Torino, Torino 1947; G. FASSÒ, *La storia come espe-*

vazione, continuità e discontinuità si intrecciano; è in costante movimento, ora staccandosi dall'esperienza di ieri, ora arricchendo l'esperienza passata. Possiede, dunque, un carattere essenzialmente dinamico ed evolutivo²², configurandosi come esperienza "aperta"²³, che si arricchisce delle novità e dei mutamenti introdotti dall'agire degli individui. Viene recuperata, in tal modo, la concreta dimensione sociale del diritto, nel quadro di una attenzione prestata all'esperienza umana e all'articolazione della vita sociale, che vede protagonista l'individuo²⁴. Il diritto, qui, è considerato *a parte subjecti* e l'esperienza giuridica riguarda il soggetto individuale, che quotidianamente esperisce, istaura e conferma

rienza giuridica, Giuffrè, Milano 1953. Per Treves, il diritto è esperienza appartenente alla sfera della cultura, della vita, dell'attività umana, della storia. Per Fassò, l'esperienza giuridica è la vita, l'attività umana nella sua concretezza, la storia. Tale esperienza rinvia alla relazionalità e si risolve nell'esperienza storica totale, espressione dell'essere umano nel proprio mondo. Nel contesto del *common law*, O.W. HOLMES, *The Common Law*, 1881, Little, Brown & Company, Boston 1923, p. 1, esplicitamente dichiara che la vita del diritto non è la logica ma l'esperienza e sostiene la necessità degli studi storici per capire il diritto e conoscere la portata precisa delle norme. All'impostazione storica dello studio del diritto Holmes unisce e, soprattutto nelle opere più tarde, sovrappone, fino a farlo prevalere, il punto di vista economico-sociologico. In argomento v. G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, III, *Ottocento e Novecento*, 1970, Laterza, Roma-Bari 2001, pp. 258-261.

²² B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, Giappichelli, Torino 1990, pp. 112-113, 207-209, 217.

²³ Così E. OPOCHER, *La filosofia dell'esperienza giuridica*, in AA.VV., *La filosofia del diritto in Italia nel secolo XX*, Atti dell'XI congresso nazionale, Napoli, 4-7 ottobre 1976, I, a cura di R. ORECCHIA, Giuffrè, Milano 1976, p. 86.

²⁴ Scrive G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, 1930, ora in ID., *Opere*, II, Giuffrè, Milano 1959, p. 10: «Il vero problema dell'esperienza è l'individuo e la sua sorte». Il diritto, per Capograssi, ha la funzione di rendere consapevole l'individuo del valore della sua azione. Il diritto salva l'azione. Cfr. *ivi*, p. 111. Nella riflessione di Capograssi, si è in presenza di una prospettiva che nasce da un originale ripensamento della filosofia dell'azione, le cui ascendenze teoriche rinviano ad Agostino, a Pascal, a Ollé Laprunne, a Blondel, con il porre l'individuo al centro dell'esperienza, e dall'incontro con Vico, nell'evidenziare il nesso tra storicità e validità assiologica del diritto. Si veda, sul punto, E. OPOCHER, *Giuseppe Capograssi filosofo del nostro tempo*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 29-30.

il diritto²⁵. Ciò mostra la stabile collocazione del fenomeno giuridico nell'orizzonte della ragion pratica.

L'esperienza giuridica ha bisogno dell'opera strutturante (formalizzante, concettualizzante) della scienza. Essa opera nell'esperienza diretta del diritto e, insieme alla tecnica giuridica (strumento indispensabile per rendere possibile una appropriata messa a fuoco, nella sua lettura, dei fatti della vita; occhiale privilegiato, funzionale alla scoperta e identificazione del contesto che il diritto è chiamato ad ordinare), è impensabile senza la sua connessione e immersione nella stessa esperienza²⁶. La scienza giuridica è del tutto interna all'orizzonte culturale dell'esperienza giuridica²⁷.

Nella cultura occidentale, invero, il diritto è concepito come un *corpus* unitario, ordinato e/o ordinabile, che si evolve nel tempo. La sua strutturazione è strettamente legata al sorgere e al consolidarsi della scienza giuridica e del ceto dei giuristi²⁸. L'ordine giuridico è pensato come un ordine razionale. La decisione giuridica deve essere riportata ad un insieme ordinato ed è giustificabile in rapporto ad esso, al fine di garantire certezza e giustizia.

²⁵ Cfr. G. ZACCARIA, *Giuseppe Capograssi «filosofo della vita» europeo*, in *Ars interpretandi*, 11, 2006, pp. 407-408, il quale sottolinea (p. 409) che senza l'individuo «l'esperienza smarrisce ogni suo senso»; P. GROSSI, *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 83, 2006, pp. 15-17; P. CAPPELLINI, *Vedi alla voce «esperienza giuridica»: senso e non senso di una problematica*, in *Notizie di Politeia*, XXIV, n. 91, 2008, pp. 53-55.

²⁶ È, questo, un tratto centrale della riflessione di Capograssi. Cfr. G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, 1937, ora in ID., *Opere*, II, Giuffrè, Milano 1959. Sulla relazione tra scienza ed esperienza giuridica in Capograssi si rinvia a G. ZACCARIA, *Esperienza giuridica, dialettica e storia in Giuseppe Capograssi. Contributo allo studio del rapporto tra Capograssi e l'idealismo*, Cedam, Padova 1976, pp. 74 ss., 85 ss.; ID., *Giuseppe Capograssi «filosofo della vita» europeo*, cit., p. 412 ss.

²⁷ Sulla coestensività tra scienza e diritto v. B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, cit., pp. 116-117, 246 ss., 257-258; F. VIOLA, *La critica dell'ermeneutica alla filosofia analitica italiana del diritto*, in M. JORI (a cura di), *Ermeneutica e filosofia analitica: due concezioni del diritto a confronto*, Giappichelli, Torino 1994, pp. 101-103.

²⁸ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, 1983, Il Mulino, Bologna 1998, pp. 19-21, 24-30, 68-70.

Tale ordine è realizzabile facendo ricorso ad un patrimonio sapienziale prodotto e custodito dalla scienza giuridica²⁹, dalla giurisprudenza, intesa come attività degli esperti in diritto, chiamati a misurarsi con le questioni della convivenza, con la gestione e la soluzione dei conflitti. Il sapere prodotto da tale scienza è essenziale per la pratica giuridica e contribuisce alla positivizzazione, e alle connesse attività di costruzione-ricostruzione, sistemazione-risistemazione del diritto³⁰.

Il diritto è un modo di atteggiarsi della prassi sociale. Questo riferimento esperienziale offre la materia su cui operano le costruzioni della scienza; fornisce gli elementi sui quali vengono elaborate le sue concettualizzazioni. L'esperienza giuridica (con la vitalità che la caratterizza) ha bisogno della scienza come sua coscienza orientatrice³¹. Tale esperienza vive nella durata, al di là della constatazione della relatività delle forme normative. Di fronte alla provvisorietà, alla contingenza, delle forme giuridiche, la scienza rappresenta l'unità profonda del diritto, ponendosi come custode dei concetti e dei dati dell'esperienza giuridica e rendendo possibile la sua durata. Alla scienza è affidato il compito di porre, affermare, ricordare la profonda continuità che, oltre tutte le discontinuità del concreto, il diritto presenta. Essa è, nella storia del diritto, la *tradizione* che sorregge e collega tutte le fasi della vita giuridica³²; che mantiene il patrimonio normativo e concettuale tramandato,

La memoria è il luogo dell'esperienza. La scienza giuridica è la memoria del passato continuamente presente e viva che fornisce il

²⁹ A. GAMBARO, *Alcuni problemi in tema di diritto e giustizia nella tradizione giuridica occidentale*, in J. DERRIDA-G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, giustizia e interpretazione*, Laterza, Roma-Bari 1998, spec. pp. 66-75.

³⁰ G. ZACCARIA, *Giurisprudenza*, in *Enc. fil.*, vol. 5, Bompiani, Milano 2006, pp. 4850-4852; B. PASTORE, *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2015, pp. 28-29.

³¹ Cfr. P. GROSSI, *Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento italiano*, in G. ZACCARIA (a cura di), *Ricordo di Enrico Opocher*, Cedam, Padova 2006, p. 26.

³² Così G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit., p. 595.

senso complessivo che tutti gli elementi dell'esperienza giuridica (norme, istituzioni, interpretazioni, costruzioni scientifiche e dottrinali) hanno nella coscienza di coloro che vi partecipano. Da questo punto di vista, non può non essere richiamata l'importanza di evitare il rischio che ci si appiattisca su una visione particolaristica, atomizzata, frammentata, settoriale dei campi dell'esperienza giuridica, polverizzandone l'unità.

Nella scienza, teoria e prassi sono connesse. In quanto coscienza riflessa dell'esperienza, lungi dal porsi come mero strumento esterno, la scienza esprime la valenza conoscitiva della prassi e la valenza operativa della conoscenza. Abbiamo a che fare, così, con un conoscere *per l'agire e nell'agire*. La scienza non è una contemplazione esterna, una mera descrizione del proprio oggetto, già precostituito. Nasce all'interno della prassi e per la prassi, essendo ad essa funzionale. L'esperienza giuridica rimette in causa la scissione tra soggetto conoscente e oggetto conosciuto. L'attività del soggetto che conosce costituisce un elemento integrante dell'oggetto da conoscere e contribuisce a produrlo e a svilupparlo. Il diritto è un ambito che si viene incessantemente configurando nella sua strutturazione pratica³³. Nel complesso ciclo della positività giuridica, la scienza continua il discorso della legislazione e della giurisprudenza, e partecipa a definirlo, inserendosi, con le sue elaborazioni, in esso. Prescrivere comportamenti, risolvere controversie, conoscere e organizzare razionalmente il materiale giuridico, fornire argomenti a chi si occupa della creazione, interpretazione e applicazione del diritto sono operazioni interdipendenti, finalizzate, nel loro insieme, a dare soluzioni a problemi di coordinazione³⁴.

³³ Cfr. F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2016⁹, pp. 411-412, 416-417. Sulla compenetrazione fra "momento operativo" e "momento conoscitivo" nel "fare" del giurista, che, dunque, *conosce per operare e opera conoscendo*, insiste R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, cit., p. 337.

³⁴ F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 161-162.

3. Tradizione

La nozione di “esperienza giuridica” non può essere adeguatamente compresa senza far riferimento all’idea di “tradizione”. Essa rappresenta l’orizzonte che rende possibile la fusione e la sintesi delle dimensioni temporali del presente e del passato, superandone, grazie al processo di trasmissione, la distanza. Si tratta di un complesso retroterra normativo – su cui poggiano le pratiche sociali e dal quale possono trarre il loro senso – che fornisce un insieme più o meno strutturato di modi per condurre certe attività³⁵.

La tradizione implica la custodia e la ripresa delle acquisizioni del passato, la fedeltà ad un deposito mantenuto nell’apertura all’avvenire della sua potenzialità, ad un lascito che è sempre un atto da farsi, ad un’eredità da far fruttare, che nulla ha a che vedere con una pigra ripetizione acritica e irriflessa, ma che, invece, sollecita all’uso del giudizio critico, all’esercizio della libertà nei confronti delle possibilità trasmesse all’oggi, e richiede costanti selezioni e reinterpretazioni³⁶. In tal modo mantiene aperta la tensione tra permanenza e progresso, tra sedimentazione e innovazione.

È un dato ineludibile, nel diritto, l’esistenza di un patrimonio normativo che affonda le sue radici nel passato. All’esperienza giuridica è inerente la durata. Il diritto attuale ha sempre dinanzi a sé un diritto già costituito. L’esistenza di un passato mantenuto e trasmesso attraverso meccanismi istituzionalizzati costituisce, invero, una peculiarità del fenomeno giuridico. Il diritto sembra, dunque, presentare una *tradizionalità pervasiva*. Il processo di accumulazione selettiva del passato, con la conservazione degli elementi consolidati, e la presenza di un passato mantenuto e attualmente significativo costituiscono elementi centrali nella vita giuridica. Le istituzioni, gli istituti, le disposizioni con le loro interpretazioni, le decisioni giudiziarie, i valori, i concetti giuridici,

³⁵ S. URBINA, *Tradizione e diritto vivente*, in *Ars Interpretandi*, 8, 2003, pp. 155, 163.

³⁶ Cfr. B. PASTORE, *Emergenze della tradizione nell’odierna esperienza giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 8, 2003, pp. 184-187.

le costruzioni della *scientia iuris* vengono custoditi e tramandati. Le organizzazioni giuridiche si caratterizzano per la raccolta, per la conservazione e per la riviviscenza dei materiali normativi.

Il diritto rappresenta, propriamente, una tradizione complessa, formata da un insieme di tradizioni di azioni, pratiche, conoscenze, e di riflessioni su tali azioni, pratiche, conoscenze. Come ogni tradizione complessa³⁷, contiene e documenta una mescolanza di idee, atteggiamenti, valori, credenze, opinioni, principi, regole, sedimentati nel tempo e in continua evoluzione, pur nel mantenimento di un nucleo che, nel mutamento, rimane costante.

Ogni tradizione, invero, non costituisce un qualcosa di monolitico, di pietrificato. È percorsa da alternative, conflitti, dibattiti. È soggetta a continua discussione. Assume rilievo, qui, la presa di posizione nei suoi confronti e la scelta tra le alternative tramandateci. Così, non solo il passato condiziona (variamente) il presente, ma ogni presente sceglie (secondo modalità diverse) un suo passato. Si ha a che fare, dunque, con un patrimonio collettivo che diventa significante nel costante rapportarsi critico. La sua salienza è di continuo messa alla prova e implica la discussione.

Il concetto di tradizione, allora, rimanda sia alla comunicazione tra passato e presente, sia alla comunicazione intersoggettiva sul contenuto della tradizione stessa³⁸, che non esclude cesure, variazioni di percorso, prospettazioni di nuovi scenari. Nella tradizione è presente il dialogo aperto al contrasto delle opinioni. Il conflitto è segno della sua vitalità e dinamicità³⁹. Tale dialogo e tale conflitto, però, richiedono un orizzonte di riferimento comune, riconosciuto ed accettato. Qui si collocano sia l'intesa sia il contrasto.

“Tradizione” è nozione polisemica. Rinvia, con riferimento all'esperienza giuridica, a una pluralità di configurazioni e tipolo-

³⁷ Sul tema v. H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, 2010, Il Mulino, Bologna 2011, pp. 569-572.

³⁸ B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, cit., pp. 275-277, 281-282.

³⁹ Va sottolineato, in proposito, che l'immobilizzarsi, il cristallizzarsi, il ritualizzarsi della tradizione conducono alla perdita della sua valenza.

gie; si esplica in una serie di rappresentazioni e contenuti⁴⁰.

“Tradizione giuridica” significa il processo di trasmissione e conservazione dell’ordinamento, prodotto da una stratificazione temporale di materiali normativi diversi e di varia origine, e, nel contempo, l’insieme di tali materiali stratificati e accumulati, che durano nel tempo. Si realizza, così, attraverso il mantenimento di agganci con un sostrato sedimentato, la consolidazione di un *corpus* giuridico, che contribuisce allo sviluppo del diritto, e che si nutre di legami di compatibilità (variamente articolata) con la realtà giuridica preesistente⁴¹.

Indica, anche, la catena delle mediazioni interpretative che si estende tra la produzione originaria e l’applicazione attuale di un testo giuridico⁴². Tradizione ha, qui, il senso di un patrimonio di significati elaborati e mantenuti da quella che possiamo definire “memoria giurisprudenziale”. Tale memoria costituisce l’orizzonte che permette di comprenderli e di utilizzarli⁴³. Non c’è testo che possa essere sensatamente isolato dal suo *pedigree* storico e dalla “storia degli effetti” che ne influenzano l’interpretazione⁴⁴.

Per “tradizione giuridica” si intende, inoltre, l’insieme delle concettuologie, delle categorie teoriche, dell’apparato dogmatico, dello strumentario rappresentativo ed espositivo di competenza dei giuristi per l’intelligenza del fenomeno giuridico, prodottosi attraverso l’elaborazione della giurisprudenza teorica e pratica. Essa è parte essenziale del lavoro interpretativo, costituendo il sup-

⁴⁰ CH. ATIAS, *Présence de la tradition juridique*, in *Revue de la recherche juridique – Droit prospectif*, 22, 2, 1997, pp. 389-394; M. KRYGIER, *Law as Tradition*, in *Law and Philosophy*, 5, 1986, pp. 240 ss., 255 ss.; F. OST, *La tradizione, eterna giovinezza del diritto?*, in *Ars Interpretandi*, 8, 2003, pp. 129 ss., 138 ss.; B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, cit., pp. 7-8, 88-90, 205-207.

⁴¹ D. LYONS, *Open Texture and the Possibility of Legal Interpretation*, in *Law and Philosophy*, 18, 1999, pp. 301-303; G. PINO, *Interpretazione cognitiva, interpretazione decisoria, interpretazione creativa*, in *Riv. fil. dir.*, II, 1, 2013, p. 95.

⁴² R. DWORKIN, *L'impero del diritto*, 1986, Il Saggiatore, Milano 1989, pp. 215-224.

⁴³ B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, cit., pp. 262-269.

⁴⁴ Sulla nozione di *Wirkungsgeschichte* v. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, 1960, Bompiani, Milano 1997¹¹, pp. 329, 340, 343, 447, 540.

porto delle scelte metodologiche del giurista, lo strato sul quale si radica e si sostiene la sua soggettività, l'ambiente che impregna gli strumenti adoperati dall'interprete, lo sfondo che anticipa e orienta i suoi atti, e che, a sua volta, è da questi modificato, entro una dinamica di conservazione e innovazione. La tradizione, pertanto, rappresenta, in buona misura, la memoria che mantiene compresenti le esperienze giudiziali e il contrassegno della giurisprudenza e della sua logica, ponendosi come asse portante di una epistemologia del sapere giuridico⁴⁵. La tradizione orienta la comprensione del giurista, dispiegando le potenzialità di un ordine costantemente in divenire, nel rispetto di un vincolo connesso alla significatività del passato, assunto a partire dalla *forza del presente*⁴⁶.

L'idea di tradizione ha molto da dire riguardo ad un'adeguata comprensione dell'esperienza giuridica. Ci rammenta che il diritto come ordinamento e struttura della vita sociale, con la sua essenziale dimensione temporale diacronica, si configura, nella sua durata, come un qualcosa che c'è, viene conosciuto, dichiarato, integrato, corretto, rinnovato, in un processo di rimeditazione, ricostruzione, riconformazione. Tale processo vive nelle riletture della tradizione, ma anche nelle fratture che le nuove letture producono, nonché nelle scelte e nelle decisioni di riprendere e di seguire, per le esigenze attuali, alcune (e non altre) tracce che il passato ci consegna. Ciò pone al centro dell'attività dei giuristi, nella tensione tra fedeltà vivente ed eredità critica, il nesso tra conservazione-continuità e invenzione-mutamento.

Il riferimento all'esperienza riguarda la comprensione della totalità di senso di tale impresa, che è fatta di connessioni di significato, implicanti un incessante riordinamento retrospettivo e prospettico⁴⁷ e la capacità di tessere relazioni tra materiali giuridici⁴⁸.

⁴⁵ B. PASTORE, *Tradizione e diritto*, cit., pp. 159, 250, 257-258, 264. Cfr. altresì CH. ATIAS, *Présence de la tradition juridique*, cit., pp. 388-389.

⁴⁶ Cfr. P. RICOEUR, *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, 1986, Jaca Book, Milano 1989, pp. 266-267.

⁴⁷ F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 439.

⁴⁸ Si veda M. VOGLIOTTI, *Legalità*, in *Enc. dir.*, Annali, VI, Giuffrè, Milano 2013, pp. 431-433.

Il diritto non è chiuso in se stesso, imprigionato in una logica autoreferenziale. È invece inscindibilmente collegato alle vicende umane, nello spazio e nel tempo. Trova collocazione nella storia costruita dagli esseri umani.

4. *Ermeneutica giuridica*

La dimensione temporale (centrata sul nesso tra passato, presente e futuro) costituisce una condizione obbligata (anche) dell'operare dei giuristi e degli operatori giuridici⁴⁹. L'attività interpretativa svolge, qui, un ruolo essenziale. L'esperienza giuridica è caratterizzata da un forte legame con i testi, il rapporto con i quali ha luogo entro una serie di limiti collegati alla loro valenza pubblica, alla loro dimensione autoritativa e alla rilevanza delle conseguenze che da essi vengono fatte discendere. Senza interpretazione il diritto positivo non potrebbe fornire direttive per l'azione e per la decisione, perdendo, così, la sua praticabilità. Esso ha a che fare con ciò che è formalmente statuito, ma possiede altresì una sorta di sporgenza e di capacità espansiva. Tutto ciò all'interno di una prassi sociale e di una forma di vita legate a contesti di esercizio e a comunità interpretative. In questo complesso ambito di interazione, caratterizzato dalla presenza di vari soggetti, si saggiano le giustificazioni delle azioni, le argomentazioni, le pretese di validità delle norme, i giudizi di valore. Atti normativi e atti interpretativi vivono in un rapporto *in progress* e si pongono entro il processo di positivizzazione del diritto, che non sussiste come entità data, ma "avviene", *si fa*⁵⁰.

I testi costituiscono da secoli il *medium* fondamentale e ineliminabile per il diritto⁵¹. L'orientamento al testo costituisce uno degli

⁴⁹ P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in *Dir. pubbl.*, 1, 1995, pp. 33-34.

⁵⁰ Cfr., sul punto, B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Cedam, Padova 2014, pp. X-XII.

⁵¹ W. HASSEMER, *Diritto giusto attraverso un linguaggio corretto? Sul divieto di analogia nel diritto penale*, in *Ars Interpretandi*, 2, 1997, p. 172.

elementi che caratterizzano la prospettiva ermeneutica. L'ermeneutica – come ha sottolineato Gadamer – si subordina all'appello che ci è rivolto dal testo; è al servizio del farsi valere del testo, superando l'estraneità di senso con la quale il testo ci si presenta⁵².

L'ermeneutica giuridica⁵³ ha posto al centro delle sue analisi e delle sue riflessioni l'interpretazione. Volgendo lo sguardo alla struttura del comprendere, inteso come struttura costitutiva dell'esperienza, e alle sue condizioni di possibilità, si è concentrata sulla ricostruzione del procedimento attraverso il quale si giunge alla decisione ritenuta corretta e giusta e si è sforzata di disciplinare secondo razionalità l'ineliminabile libertà dell'interprete. Ha messo in evidenza, poi, l'esigenza di razionalità del suo operato, con riferimento alla accettabilità della decisione, in un contesto unitario di senso che contribuisce a controllarne l'esercizio interpretativo, a partire dal riconoscimento del compito istituzionale affidato al giudice di applicare e realizzare nel caso singolo un dettato normativo formulato dal legislatore (attraverso una produzione di diritto derivata). Ha cercato, inoltre, di mostrare le implicazioni sottese alle specifiche caratteristiche del momento interpretativo, valorizzandone la centralità e fornendo, in tal modo, un apporto utile per una adeguata definizione del diritto, in quanto pratica sociale di tipo interpretativo.

⁵² H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 362-363.

⁵³ Per "ermeneutica giuridica" si intende quel variegato filone della teoria del diritto contemporanea, radicatosi in un primo tempo nell'area tedesca ma esteso anche in altre aree culturali, impegnato a recepire alcune suggestioni dell'ermeneutica filosofica entro la teoria dell'interpretazione giuridica. Tra la vasta letteratura in argomento mi limito a rinviare alla efficace sintesi offerta da W. HASSEMER, *Hermenéutica y derecho*, in *Anales de la Cátedra F. Suárez*, 25, 1985, pp. 63-85. Cfr. altresì S. MEDER, *Problemi fondamentali e storia dell'ermeneutica giuridica*, in *Ars Interpretandi*, 14, 2009, pp. 27-49; F.J. MOOTZ III, *Hermeneutics and Law*, in N. KEANE-CH. LAWN (eds.), *The Blackwell Companion to Hermeneutics*, Wiley Blackwell, Chichester 2016, pp. 595-603; G. CARLIZZI-V. OMAGGIO (a cura di), *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, Ets, Pisa 2016. Sulla ricezione e sugli sviluppi dell'ermeneutica giuridica in Italia v. B. PASTORE-G. ZACCARIA, *Italian Legal Hermeneutics*, in R. DREIER-C. FARALLI-V.S. NERSESIANTS (eds.), *Law and Politics between Nature and History*, in *European Journal of Law, Philosophy and Computer Science*, 1998, pp. 323-331.

L'interpretazione di testi è richiesta primariamente dal momento che la distanza che separa il testo dal lettore suscita una situazione di fraintendimento, che non può essere superata se non attraverso una lettura e una intermediazione. Interpretare significa tradurre un significato da un contesto (storico, culturale) a un altro, in un processo di restituzione di senso che è una promozione di senso⁵⁴. La problematica ermeneutica, in tal modo, procede da quel particolare rapporto fra testo e contesto, che fa sì che il senso di un testo sia considerato capace di decontestualizzarsi, ossia di liberarsi dal suo contesto iniziale, per ricontestualizzarsi in una nuova situazione, pur conservando una identità semantica presunta. Il compito ermeneutico consiste, allora, nel «riavvicinarsi a questa identità semantica presunta con le risorse della decontestualizzazione e della ricontestualizzazione di tal senso»⁵⁵, evidenziando, tra l'altro, lo scarto che esso presenta rispetto alla lettera.

Un testo giuridico va interpretato, al fine di esplicitarne il senso oscuro e/o non sufficientemente determinato e di definire la rilevanza giuridica di determinati fatti, eventi, accadimenti; ciò avviene in connessione con la concretezza della situazione particolare. L'interpretazione si misura con i problemi di vaghezza e ambiguità del linguaggio con cui sono costruiti i testi normativi, con la contraddittorietà spesso presente negli enunciati legislativi, nonché con le incognite relative ai casi singoli e con quelle riguardanti i mutamenti e l'evoluzione storica.

Interpretare un testo significa essenzialmente "applicarlo" al presente. Il testo giuridico opera come progetto che diviene attuale, grazie all'interpretazione e alle diverse successive "lavorazioni"⁵⁶. In tal modo, da "semi-lavorato" diventa "prodotto fini-

⁵⁴ P. RICOEUR, *Retorica, poetica, ermeneutica*, 1986, in ID., *Filosofia e linguaggio*, Guerini e Associati, Milano 1994, pp. 211-213.

⁵⁵ *Ivi*, p. 213. «Ciò che è fissato per iscritto si è ormai liberato dalla contingenza della propria origine e del proprio autore, e si apre positivamente a un nuovo rapporto»: H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 454-455. Cfr. anche P. RICOEUR, *Dal testo all'azione*, cit., pp. 134 ss., 178 ss., 353-354.

⁵⁶ F. MÜLLER-R. CHRISTENSEN, *Testo giuridico e lavoro sul testo nella struk-*

to”, almeno con riferimento a uno specifico caso concreto.

Ogni testo, in quanto dato storico trasmesso, richiede, per essere compreso, una trasposizione, che si concreta, appunto, nella forma di una mediazione con il presente⁵⁷. Ciò implica la consapevolezza della continuità che congiunge il soggetto interpretante con l’oggetto della sua interpretazione. La catena delle mediazioni interpretative realizzate tra l’applicazione originaria e quella attuale simboleggia e illumina quella che è stata definita la «appartenenza dell’interprete del diritto al testo». Essa, scrive Gadamer, «è come l’appartenenza del punto di vista alla prospettiva data da un quadro. Il punto di vista non è qualcosa che si cerca e, trovato, si assume liberamente; colui che comprende non sceglie come vuole il suo punto di vista, lo trova già prestabilito»⁵⁸. Qui il testo si mostra nella sua consistenza in quanto elemento che permette la determinazione di un senso.

I testi presentano una propria identità e specificità. Costituiscono insiemsi strutturati secondo un codice linguistico, dotati di contenuti comunicativi intenzionali, aventi una propria grammatica, una propria sintassi, un proprio lessico. Ma sono opere aperte all’interpretazione, pur ponendosi come punti di riferimento certi dinanzi alle molteplici possibilità interpretative che ad essi rinviano, nonché come parametri con cui misurare l’accettabilità dei risultati interpretativi.

Il testo giuridico vive nel contesto di una comunità linguistica,

turierende Rechtslehre, in *Ars Interpretandi*, 2, 1997, pp. 88-89, 99-100; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2012, p. 129. Sul significato come esito di un “processo dinamico a più fasi” cfr. V. VILLA, *Una teoria pragmaticamente orientata dell’interpretazione*, Giappichelli, Torino 2012, pp. 113-116. Si veda inoltre B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 82-84.

⁵⁷ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 381. Sul punto cfr. G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Giuffrè, Milano 1984, p. 80 ss.; G.L. BRUNS, *Law and Language: A Hermeneutics of Legal Text*, in G. LEYH (ed.), *Legal Hermeneutics. History, Theory and Practice*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-Oxford 1992, pp. 23-40.

⁵⁸ H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 381-382.

di un mondo storico-culturale, di un ordinamento giuridico ed è qui che viene riconosciuto. L'inevitabile libertà interpretativa si misura, pur nella stabilità del dato testuale, con una varietà di possibilità di senso che il testo dischiude, con riguardo alla pluralità dei metodi e dei contesti in cui esso risulta incluso⁵⁹. Tali metodi e tali contesti limitano i margini di manovra dell'interprete. Nel circoscrivere questa libertà, giocano un ruolo rilevante i criteri di concordanza, di giustizia, di evidenza, la comunità interpretativa, la tradizione, casistica e sistematica, del pensiero giuridico⁶⁰.

5. *Decostruzione?*

Il diritto procede con l'accumularsi delle interpretazioni precedenti. L'intermediazione del linguaggio e della trasmissione storica rende possibile l'accesso ai testi. La "cosa" da interpretare, infatti, non è un dato isolato, ma un prodotto che ha una storia costituita dall'insieme delle interpretazioni, dalla massa dei significati che un testo ha assunto nel corso del tempo. Sicché la distanza temporale dall'epoca dell'apparire del testo non è un abisso, bensì qualcosa da attraversare, caratterizzato dalla continuità della trasmissione e della tradizione, nella cui luce ci si mostra tutto ciò che è oggetto di comunicazione storica⁶¹. Ogni interpretazione è, allora, una reinterpretazione, costitutiva di una tradizione vivente. Infatti, come sottolinea Paul Ricoeur, «non c'è tra

⁵⁹ Cfr., più ampiamente, B. PASTORE, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, cit., pp. 64-73.

⁶⁰ *Ivi*, pp. 78-79; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 134-137.

⁶¹ Sul riconoscimento della distanza temporale e della mediazione riflessiva tra passato e presente come positiva e feconda possibilità del comprendere v. H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., p. 347. Come sottolinea F. VIOLA, *Filosofia analitica, filosofia ermeneutica e conoscenza del diritto*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Ontologia e fenomenologia del giuridico. Studi in onore di Sergio Cotta*, Giappichelli, Torino 1995, p. 304, «L'esperienza ermeneutica è contrassegnata dal carattere temporale della comprensione. La coscienza ermeneutica è una coscienza radicalmente storica, è esposta alla storia e alla sua azione». Cfr. inoltre G. ZACCARIA, *Questioni di interpretazione*, cit., pp. 65, 112.

sposizione né traduzione, senza tradizione, ossia senza una comunità di interpretazione»⁶². Da questo punto di vista si può dire che, laddove l'interpretazione è all'opera, posto che si tratta di comprendere un testo in relazione a momenti e circostanze diversi da quelli della sua produzione, è in gioco un'innovazione semantica⁶³, che vive dialetticamente in rapporto con la continuità della tradizione nella quale il testo si trova inserito.

Contro questa concezione si è mosso l'intento "decostruttivo" di Derrida, per il quale «testo e scrittura non sono altro che una traccia su cui l'interpretazione torna ogni volta di nuovo a esercitarsi, senza poter presumere ... che le molte, diverse interpretazioni finiscano col comporsi in un quadro, il cui ordito unitario è assicurato dalla tradizione»⁶⁴. Se, infatti, esistono soltanto significati creati *ex novo* nella catena infinita delle interpretazioni, dipendenti esclusivamente dalle valutazioni degli interpreti, e se tutte le interpretazioni si equivalgono, allora nessuna interpretazione ha senso⁶⁵.

Il decostruzionismo derridiano⁶⁶, espressione di un pan-ermeneuticismo soggettivistico, chiede all'ermeneutica di rinunciare, nel suo accostarsi al testo, alla ricerca dell'unità di senso e di espungere ogni riferimento al controllo della validità dei risultati

⁶² P. RICOEUR, *Retorica, poetica, ermeneutica*, cit., p. 214. È prettamente ermeneutico il riconoscimento – con la *Wirkungsgeschichte* di Hans Georg Gadamer, con la tesi della *chain of law* di Ronald Dworkin – che nell'interpretazione inevitabilmente converge il deposito delle interpretazioni precedenti, che la tradizione ci ha consegnato. Cfr. B. PASTORE, *Integrità, tradizione, interpretazione*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, LXX, 1993, p. 66 ss.

⁶³ P. RICOEUR, *Retorica, poetica, ermeneutica*, cit., p. 217.

⁶⁴ Così, efficacemente, F. BIANCO, *Introduzione all'ermeneutica*, Laterza, Roma-Bari 1998, p. 196.

⁶⁵ Cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., p. 108.

⁶⁶ Sugli effetti dell'approccio derridiano nella teoria giuridica contemporanea si veda A. ANDRONICO, *La decostruzione come metodo. Riflessi di Derrida nella teoria del diritto*, Giuffrè, Milano 2002. Cfr. inoltre M. ROSENFELD, *Interpretazioni. Il diritto fra etica e politica*, 1998, Il Mulino, Bologna 2000, pp. 35-65; P. SCHLAG, "Le hors de texte, c'est moi". *The Politics of Form and the Domestication of Deconstruction*, in *Cardozo Law Review*, 11, 1990, p. 1631 ss.

interpretativi. La pratica di lettura suggerita è quella che nasce dall'idea di disseminazione, cioè dal riconoscimento che il testo, *qualsiasi testo*, non riguarda la trasmissione di significati, ma è espressione di se stesso, e richiede un'attività "poetica", che rompe ogni rapporto di carattere comunicativo. Viene enfatizzata, pertanto, l'incommensurabilità del comprendere rispetto al suo oggetto, nonché la rottura (lo scarto) che costantemente si compie nel succedersi delle interpretazioni⁶⁷. Derrida contesta l'orientamento dell'ermeneutica volto a giungere ad una comprensione capace di cogliere l'essenza delle cose dette in un testo, insieme al disegno di configurare la tradizione come concetto centrale del processo di comprensione. Il linguaggio non è il luogo in cui la tradizione si deposita e si manifesta (in modo di volta in volta diverso, però sostanzialmente rapportabile ad un'unità), ma un ambito che vive di costanti fratture, di proliferazioni di significati. La scrittura, in questo quadro, costituisce una traccia su cui l'interpretazione torna sempre a esercitarsi in un continuo rinvio di significati, come un'invenzione assoluta posta al servizio della volontà di potenza, senza che si possa presumere che le molte, varie interpretazioni riescano a comporsi in un tessuto, il cui ordito è assicurato, appunto, dalla tradizione. Diventa preminente, allora, la disseminazione del testo nella miriade delle sue interpretazioni, che rifiuta ogni riepilogazione unitaria del senso. All'idea di tradizione come continuità vivente che ci sorregge e ci guida, come eredità trasmessa e ricevuta, Derrida oppone l'idea di tradizione come un "testo senza voce", come un enorme deposito di tracce lasciate e percorse⁶⁸. Così, se l'ermeneutica cerca di raccogliere nell'unità di senso proprio della tradizione la pluralità dei significati prodotti nel corso della *Wirkungsgeschichte* di un testo, il decostruzionismo nega che sia possibile una tale opera di raccolta⁶⁹.

⁶⁷ Cfr. J. DERRIDA, *La disseminazione*, 1972, Jaca Book, Milano 1989, pp. 277, 357-358.

⁶⁸ Cfr. J. DERRIDA, *Margini della filosofia*, 1972, Einaudi, Torino 1997, pp. 30 ss., 38 ss., 44, 53, 102-103.

⁶⁹ F. BIANCO, *Introduzione all'ermeneutica*, cit., p. 201. Cfr., in proposito, J.M. BALKIN, *Tradition, Betrayal, and the Politics of Deconstruction*, in *Cardozo*

Gli esiti, in ambito giuridico, di tale approccio risultano devianti, in ragione della loro portata estetico-irrazionalistica e nichilistica⁷⁰. La comprensione ermeneutica va alla ricerca del senso e la pratica dell'interpretazione non può fare a meno della presupposizione di senso. Lo scetticismo decostruzionista, però, si orienta verso la dissoluzione del senso. Va ribadito, invece, che, se senza e fuori dell'interpretazione la regola non esiste, né è effettiva, così senza e fuori della regola non può esserci interpretazione.

Nel decostruzionismo la distinzione (formulata da Saussure e reinterpretata da Derrida) tra significante (la traccia della scrittura) e significato (il contenuto dei segni linguistici) è centrale. Si tratta di una distinzione netta. Il significato è separato dal significante da una distanza incolmabile, da una sbarra. Il primo è uno degli infiniti possibili vestiti con cui l'interprete, arbitrariamente, veste il secondo. Il significante è, così, *insignificante*, essendo i significati il prodotto, il risultato, delle scelte radicalmente soggettive degli interpreti. Ciò esclude ogni significazione. Va sottolineato, allora, che un conto è affermare che tra significante e significato non si dà corrispondenza biunivoca – un testo, infatti, non è un luogo di significati fissi; ha sempre più voci –, un altro è asserire che il significante *non ha* significato.

Nella prospettiva decostruzionista, comunque, è del tutto escluso che il significato scaturisca (in qualche modo) dal significante e che questo veicoli (in qualche modo) il primo. Va ribadi-

Law Review, 11, 1990, spec. pp. 1613-1625. Sulla diversità dell'approccio ermeneutico (gadameriano) e di quello decostruzionista (derridiano) riguardo all'interpretazione dei testi v. D.P. MICHELFELDER-R.E. PALMER (eds.), *Dialogue and Deconstruction. The Gadamer-Derrida Encounter*, State University of New York, New York 1990. Sul decostruzionismo di Derrida, confrontato con la prospettiva gadameriana, in generale, si rinvia a C. DOUZINAS-R. WARRINGTON-S. McVEIGH, *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of Law*, Routledge, London-New York 1991, spec. pp. 47-51.

⁷⁰ Cfr. M.C. NUSSBAUM, *Skepticism about Practical Reason in Literature and the Law*, in *Harvard Law Review*, 107, 1994, pp. 714-744; L. MENGONI, *Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, LIII, 1999, pp. 353-359; G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, cit., pp. 85-91.

to, invece, che noi non potremmo percepire alcuna espressione linguistica se non avessimo una precomprensione del suo possibile significato, la quale risulta legata al tramandato comune ai parlanti, talché il significato non è mai creato dal nulla. Non c'è testo che possa essere sensatamente isolato dal suo *pedigree* storico e dalla storia degli effetti che ne influenzano l'interpretazione.

Il testo si pone come unità di misura per l'opera interpretativa, con riguardo al significato che esso può assumere nella situazione volta a volta diversa dell'interprete. I testi giuridici incorporano costitutivamente la storia delle loro interpretazioni e applicazioni, arricchendosi nel corso del tempo; sono pertanto situati in una tradizione interpretativa che ne influenza la comprensione attuale⁷¹, sicché è possibile parlare di una relazione che si istituisce tra i significati attribuiti, l'orizzonte degli interpreti e l'effetto sociale degli esiti interpretativi.

Nella comprensione giuridica si verifica sempre una applicazione del testo da interpretare alla situazione attuale dell'interprete, che ha così il compito di ritrovare il senso dell'enunciato testuale, licenziato dal legislatore e operante come dato di partenza nel lavoro di concretizzazione, nel contesto particolare in cui esso si inserisce⁷².

L'interpretazione opera grandemente nella messa in ordine e nell'armonizzazione del complesso normativo, ponendosi come una risorsa essenziale, idonea ad amministrare la dialettica tra identità e continuità ordinamentali e i mutamenti sociali, tra le esigenze della certezza-stabilità e quelle del rinnovamento-mobilità.

Il diritto si pone come involucro organizzativo della continui-

⁷¹ Cfr. G.L. BRUNS, *Law as Hermeneutics: A Response to Ronald Dworkin*, in W.J.T. MITCHELL (ed.), *The Politics of Interpretation*, The University of Chicago Press, Chicago-London 1983, p. 317 ss.; B. PASTORE, *Integrità, tradizione, interpretazione*, cit., pp. 70-71.

⁷² H.G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., pp. 359-360. Cfr., in proposito, F. MÜLLER-R. CHRISTENSEN, *Testo giuridico e lavoro sul testo nella strukturierende Rechtslehre*, cit., pp. 96, 98.

tà storica dell'interazione⁷³. Riconoscere la intrinseca storicità del diritto significa considerarlo come una modalità esistenziale che, grazie all'interpretazione-applicazione, si articola e si specifica in relazione agli ambiti di vita in cui esplica la sua funzione ordinante.

⁷³ Così L. LOMBARDI VALLAURI, *Diritto*, in *Enc. fil.*, vol. 3, Bompiani, Milano 2006, p. 2945.

Appunti sulla proprietà nello Handelsstaat fichtiano: tra testo e contesto

di Carlo Sabbatini

SOMMARIO: 1. Lo *Handelsstaat* e la Prussia fridericiana. – 1.1. Il progetto fichtiano e l'ideologia dell'*Allgemeines Landrecht*: basi per un confronto. – 1.2. Tutto deve restare uguale, perché tutto cambi. – 1.3. Sul concetto fichtiano di persona. – 2. Il fondamento della proprietà e la ripartizione delle attività lavorative nello *Handelsstaat*. – 2.1. L'ordine della proprietà: origine e scopo. – 2.2. Dare a ciascuno il suo. – 2.3. L'ordine dei ceti e la chiusura dello Stato. – 2.4. Libertà, proprietà, lavoro. – 3. La genesi concettuale dello *Handelsstaat*. – 3.1. Sul concetto di proprietà: dallo *ius in omnia* alla tutela giuridica. – 3.2. La suddivisione della proprietà ed un'anticipazione dei diritti sociali. – 4. Le radici storiche dell'impianto dello *Handelsstaat*. – 4.1. Il *dominium* tra Medioevo ed età moderna. – 4.2. *Gutsherrschaft* e *woblerworbene Rechte* nella politica legislativa dello ALR. – 4.3. La rilettura del diritto alto germanico nella dottrina fichtiana della proprietà.

1. *Lo Handelsstaat e la Prussia fridericiana*

1.1. *Il progetto fichtiano e l'ideologia dell'Allgemeines Landrecht: basi per un confronto*

Con la pubblicazione del *Geschloßner Handelsstaat* del 1800, dedicato al ministro prussiano Struensee, Fichte sembra deciso ad inserirsi fattivamente nel dibattito sulle riforme economiche del paese; un dibattito che resta sospeso da anni nello scontro fra teorici liberali e politici cameralisti e che vede questi ultimi prevalere sulle spinte dei primi, facendo leva più sui costi delle riforme e sui rischi a breve termine del mutamento, che non sulle prospettive

di più lungo termine. Nel frattempo qualche oscillazione c'è stata. Federico Guglielmo II, su cui Mirabeau ha concentrato molte attese di riforma in senso liberale, ha addirittura insediato nel 1786 una Commissione di studio sui problemi dell'economia e del sistema tributario, considerando l'idea di un'imposta diretta unitaria. Ma all'inizio dell'anno seguente la Commissione è già sciolta, perché i mercantilisti ed i protezionisti fanno la voce grossa ed ottengono ascolto. Tra loro c'è anche l'esercito, che con l'apertura delle frontiere teme un rincaro dei prezzi del grano, da comprare e stivare nei propri magazzini¹. Quando Struensee assume il dicastero dell'economia, nel 1791, la difficile congiuntura gli fa ben presto accantonare le propensioni liberali, che aveva manifestato in precedenza². A fronte delle aperture di Federico Guglielmo III nel paese non cambia molto, finché Struensee resta in carica. Le prime riforme degne di nota si registrano dopo la sua morte, quando gli subentra Stein, anche se Léon e Straubel, in documentatissimi lavori, gli riconoscono almeno di aver posto le premesse per tali cambiamenti³.

In tale contesto si pone senz'altro la questione delle prospettive di successo del tentativo di Fichte. Certo possono essergli sfuggiti gli articoli con in quali nel 1787, a ridosso degli studi della Commissione, Struensee ha scritto nella *Berlinische Monatsschrift* sulla «Moneta di conto», pronunciandosi a favore del conio in argento⁴; ha sostenuto il «Libero commercio di oro ed argento»⁵ e la pari necessità di avere un «Commercio libero dei cereali» con

¹ R. STRAUBEL, *Carl August von Struensee. Preußische Wirtschafts- und Finanzpolitik im ministeriellen Kräftenspiel (1786-1804/06)*, Verlag für Berlin-Brandenburg, Potsdam 1999, p. 105 ss.

² *Ivi*, p. 139 ss.

³ M.X. LÉON, *Le socialisme de Fichte d'après l'État commercial fermé*, in *Revue de Métaphysique et de Morale*, XXII, 1914, pp. 39-47; ID., *Fichte et son temps. II Fichte à Berlin (1799-1813). Première partie: Lutte contre l'esprit de réaction*, Colin, Paris 1958, pp. 68-76; R. STRAUBEL, *op. cit.*, pp. 2, 405 ss.

⁴ K.A. VON STRUENSEE, "Ueber Rechnungsmünze, Geld, und wirkliche Münzen", in *Berlinische Monatsschrift*, 1789, pp. 220-252.

⁵ K.A. VON STRUENSEE, "Ueber den freien Gold- und Silberhandel", in *Berlinische Monatsschrift*, 1787, pp. 523-535.

l'Europa orientale⁶. Considerato il sistema chiuso dello *Handelsstaat*, il contrasto tra le impostazioni potrebbe apparire netto, benché nel corso degli anni il ministro abbia preso posizioni diverse su alcuni punti, giungendo fino a riprendere l'idea del protezionismo per un rafforzamento del sistema produttivo⁷. Struensee è e resta fundamentalmente un pragmatico, le cui scelte sono sempre legate al mutevole contesto ed il cui bagaglio teorico è espressamente basato sulla plasticità di *regole*, più che sulla fissa universalità di *leggi*⁸. In ogni caso non sembra molto incoraggiante la pur cauta lettera con la quale, ringraziando il filosofo per la dedica e riservandosi un esame più approfondito del testo, egli non manca di definire quello di Fichte come l'«ideale» a cui «dovrebbe tendere ogni servitore dello Stato, che faccia parte dell'amministrazione», portando a sostegno della propria lettura il dubbio colto nello stesso autore sulla realizzabilità dell'intento⁹.

Forse reagendo alla rottura con la Loggia Royale-York ed al naufragato progetto di rifondare l'uomo e la società attraverso la Massoneria, Fichte – scrive Léon – «si appella al pubblico», sfruttando ora il volto liberale mostrato da un paese che all'inizio l'ha accolto con sospetto e sottoposto all'attenzione della polizia¹⁰. Eppure lo *Handelsstaat* non tradisce alcun tratto dell'«opera d'occasione», nonostante il pur autorevole parere di Léon¹¹. Comunque si voglia giudicarne la citata dedica e la riconoscenza per

⁶ K.A. VON STRUENSEE, “Ueber den freien Getreidehandel in den Preußischen Staaten”, in *Berlinische Monatsschrift*, 1787, pp. 414-424; su Struensee scrittore, cfr. R. STRAUBEL, *op. cit.*, pp. 127-139.

⁷ R. STRAUBEL, *op. cit.*, p. 248 ss.; I. NAKHIMOVSKY, *The Closed Commercial State. Perpetual Peace and Commercial Society from Rousseau to Fichte*, Princeton University Press, Princeton-Oxford 2012, pp. 115-125.

⁸ R. STRAUBEL, *op. cit.*, p. 121.

⁹ K.A. VON STRUENSEE, “Minister Stuensee an Fichte, Berlin, den 9. Nov. 1800”, in I.E. FICHTE, *Johann Gottlieb Fichte's Leben und literarischer Briefwechsel*, Bd. 2, Zweyte sehr vermehrte und verbesserte Auflage, Brockhaus, Leipzig 1862, p. 549.

¹⁰ M.X. LÉON, *Fichte et son temps*, cit., pp. 3 ss. e 58 s.

¹¹ M.X. LÉON, *Le socialisme de Fichte*, cit., p. 60.

lo Stato che gli dà «asilo»¹², nel testo Fichte non concede nulla all'adulazione, restando del tutto fedele al suo argomentare serrato e traendo conclusioni rigorose dalle ricerche degli anni precedenti. Come ricorda il figlio, curatore dei *Sämmtliche Werke*, nonostante la brutta accoglienza il filosofo considera lo *Handelsstaat* «il suo lavoro migliore ed il più meditato»¹³. Insomma non credo che a Fichte sfugga con chi abbia a che fare. E di conseguenza non credo neppure che resti vittima di quell'incomprensione storico-concreta dello Stato, che, secondo la tesi di Willms, sarebbe frutto della radice universalista e formalisticamente astratta del suo pensiero¹⁴.

Fichte si accosta ad una società, quella prussiana, che appare sostanzialmente immutata, ma che nel corso del XVIII secolo è già stata trasformata dall'assolutismo prussiano, il quale ha suggellato il proprio costante impegno con l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* del 1794. E questo, con la sua laboriosa gestazione ed i rinvii per l'entrata in vigore¹⁵, resta per i contemporanei la versione ufficiale e vigente della politica legislativa prussiana, il biglietto da visita della monarchia. Al cospetto di chiunque e quali che ne siano le intenzioni e gli interessi – che si tratti di rivoluzionari o riformatori, di uomini d'affari o di Stato, oppure degli intellettuali che affollano i famosi salotti e le accademie berlinesi – esso proietta una certa immagine della società e con essa occorre necessariamente fare i conti.

Non è certo possibile affrontare in questa sede una ricostruzione della storia del Codice, né fornire una visione d'insieme del-

¹²J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, in ID., *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften. Band 1,7: Werke 1800-1801*, hrsgg. von H. Gliwitzky-R. Lauth, frommann-holzboog, Stuttgart 1988, p. 45 (per tutte le citazioni dall'opera la traduzione è di C. Sabbatini).

¹³I.H. FICHTE, *Vorrede des Herausgebers*, in *Johann Gottlieb Fichte's Sämmtliche Werke. Zweite Abteilung, A. Zur Rechts- und Sittenlehre. Erster Band*, herausgegeben von I.H. Fichte, Veit und Comp, Berlin 1845, p. XXXVIII.

¹⁴B. WILLMS, *Die totale Freiheit. Fichtes politische Philosophie*, Springer, Wiesbaden 1967, p. 32.

¹⁵G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976, pp. 486-506.

la sua struttura e dei contenuti, che sono costretto in buona parte a dare per assunti¹⁶. Vorrei invece soffermarmi su alcuni suoi aspetti, che ritengo significativi per una migliore comprensione del rapporto tra lo *Handelsstaat* fichtiano e lo sfondo sociale ed istituzionale in cui esso non solo viene pubblicato, ma ambisce a diventare un volano di trasformazione.

1.2. Tutto deve restare uguale, perché tutto cambi

È pur vero che per Fichte «la politica [...] non prende le mosse da uno Stato reale completamente determinato» e che piuttosto «trae spunto dalla situazione comune a tutti gli Stati della grande Repubblica europea nell'epoca in cui viene formulata», lasciando al «politico pratico» il compito di «applicare al caso particolare la regola [...] universale». Nondimeno egli presuppone che un «filosofo speculativo» nel formulare la proposta di una «politica universale» possieda «un'esatta conoscenza della situazione presente, a partire da saldi principi di diritto pubblico»¹⁷.

In tal modo Fichte rivendica per sé un ruolo di ispiratore e implicitamente assegna quello di *politico pratico* a Stuenkel, autore in quello stesso anno delle *Abhandlungen über wichtige Gegenstände der Staatswirtschaft*; forse per questo il filosofo gli concede almeno l'«onore delle armi», non degradandolo al ruolo del «semplice empirico», che si arresta al fatto singolo e trae dalla «storia» un arsenale di soluzioni particolari ed immediate, con i quali «mette insieme la sua biografia politica»¹⁸.

Poiché quella di Fichte è una prospettiva riformista, che impronta la stessa chiusura graduale in uno *Handelsstaat*¹⁹ e poiché con la dedica egli guarda espressamente alla Prussia, credo sia uti-

¹⁶ Per un bilancio, cfr. C. DE PASCALE, *Vivere in società, agire nella storia. Libertà, diritto, storia in Fichte*, Guerini e Associati, Milano 2001, p. 235 ss.

¹⁷ J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 42.

¹⁸ *Ivi*, p. 43.

¹⁹ *Ivi*, p. 117 ss.

le individuare uno dei possibili “punti d’innesto” della *teoria sul diritto pubblico* di quest’ultima, che come tutti gli altri è uno «Stato reale», la cui «costituzione [...] non è sorta secondo concetti o grazie all’arte, ma grazie al caso o alla provvidenza» e che ora va «ricompreso nella fondazione progressiva dello Stato razionale»²⁰. In quel punto il “vecchio” ed il “nuovo” entrano in contatto e nello stesso tempo inizia la loro divergenza.

Vorrei procedere a questa individuazione muovendo dal concetto di *persona* e tramite questa, come centro di imputazione di diritti e di obblighi, porre a tema quello di proprietà; quest’ultima, a sua volta, fornisce la chiave di lettura delle diverse concezioni del corpo sociale e degli scopi che gli hanno posto il legislatore ed il filosofo.

Non è mia intenzione sottacere i nodi problematici e le ambiguità del Codice, che Tarello descrive come «il [...] meno “moderno”, cioè meno borghese [...] tra i primi codici»²¹. Per Koselleck, con un’immagine ben nota, è addirittura un «Giano Bifronte», che riprende la «tradizione» per progettare l’«avvenire», che accoglie la «situazione» per affermare l’«intenzione» e così «si ferma a mezza strada». Vorrei anzi partire proprio da qui, perché a fronte dell’inerzia con cui il *Landrecht* sembra rallentare la modernizzazione della Prussia, lo stesso Koselleck riconosce in esso, contemporaneamente, la condizione di possibilità di un simile processo²².

Questa tensione innerva l’intera architettura dello ALR, nel quale si ritrovano strutture portanti come la famiglia, i ceti (contadino, borghese e nobile), le corporazioni e tutta una serie di istituti risalenti alla tradizione giuridica premoderna, che il legislatore tenta di sussumere e riposizionare nella tassonomia della sovranità assoluta. Ogni cosa sembra al suo posto, ma, invertendo un adagio fin troppo noto, si potrebbe dire che *tutto deve restare come prima, perché tutto cambi*.

²⁰ *Ivi*, p. 51.

²¹ G. TARELLO, *op. cit.*, p. 486.

²² R. KOSELLECK, *La Prussia tra riforma e rivoluzione (1791-1848)*, trad. it., M. Cupellaro, il Mulino, Bologna 1988, pp. 24 s., 53 e 165.

È possibile mostrarlo, partendo proprio dalla *Einleitung* del Codice, dove a proposito delle «Fonti del diritto» si legge: «§ 82. I diritti dell'uomo sorgono in base alla nascita, al ceto e ad atti o circostanze, a cui le leggi abbiano ricondotto un determinato effetto». A ciò si aggiunga quanto è scritto all'inizio del Titolo primo della Prima parte, dedicato a «Persone e loro diritti in generale»: «§ 1. In quanto gode di determinati diritti nello Stato, l'uomo si chiama persona». Ad una lettura attenta queste laconiche indicazioni rivelano molto dei propositi del Codice, nel quale, secondo una recente interpretazione, sarebbe avvenuto un processo di *inversione* e *duplicazione*, attraverso cui il riconoscimento della personalità giuridica *ope legis* legittima l'appartenenza ai corpi sociali intermedi (*status, Stand, Klasse*), determinando le differenti attribuzioni o capacità giuridiche dei soggetti: ogni parte di questo insieme, la cui *Verfassung* rappresentava l'ordine delle cose, diviene il mero prodotto di una statuizione sovrana, che ne cancella ogni preteso fondamento naturale o storico, facendone un corpo artificiale, ricreato nell'atto stesso con cui sembra lasciato, pressoché intatto, là dove si trovava²³.

Come osserva Mohnhaupt, il ricorso all'«uguaglianza formale di tutti gli uomini di fronte alla legge» in questo peculiare «Stato di garanzia» diviene strumento per la realizzazione di una «disuguaglianza materiale di carattere cetuale»²⁴. Come si legge ancora nel Titolo primo della Prima parte: «§ 6. Le persone che per nascita, destinazione, occupazione principale godono di uguali diritti nello Stato, costituiscono insieme un ceto dello Stato». Tale strategia consente «al potere sovrano di pianificare e controllare fin nei minimi dettagli le diverse attività socio economiche e di coinvolgere al contempo nell'amministrazione pubblica [...] le

²³ Cfr. D. CANALE, *La costituzione delle differenze. Giusnaturalismo e codificazione del diritto nella Prussia del '700*. Giappichelli, Torino 2000, p. 230 ss., inoltre, cfr. R. KOSELLECK, *op. cit.*, p. 59.

²⁴ H. MOHNHAUPT, «Privilegien und gemeines Wohl im ALR sowie deren Behandlung durch Theorie und Praxis im 19. Jahrhundert», in B. DÖLEMAYER-H. MOHNHAUPT (hrsgg. von), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten*, Klostermann, Frankfurt am Main 1995, p. 113.

antiche strutture cetuali», ponendo le basi per un «sistema razionale di servizio coattivo», nel quale «Vivere *nello* Stato significa vivere *per* lo Stato»²⁵.

Si giunge così all'apice della parabola dello Stato amministrativo prussiano nella prima età moderna, ben descritta da Schiera nelle sue indagini sul Cameralismo. È questo lo scopo della trattazione privatistica della materia dello ALR, grazie alla quale i ceti passano da organi costituzionali, che siedono nel *Landtag* e godono della tradizionale *Mitwirkung*, a mere parti sociali. Ciò risulta particolarmente evidente nella trattazione dello *Adelstand*, cui è dedicato il Titolo nono della Seconda Parte del Codice: «§ 1. In base alla sua destinazione spetta alla nobiltà, come primo ceto nello Stato, difenderlo, sostenerne il prestigio all'estero e all'interno la costituzione». In tal modo se ne prepara, grazie ad una complessa rete di limitazioni e privilegi, l'inserimento negli alti quadri della burocrazia statale, dopo averne spezzato le ambizioni politiche²⁶.

Non è che l'ultima tappa di un cammino iniziato nel 1713 da Federico Guglielmo I (che sale al trono sospendendo il tradizionale riconoscimento dei privilegi cetuali in vista del loro riesame) e continuato da Federico II²⁷ e che si approssima alla fine con le *Kabinettsorder* dello stesso Federico II e di Federico Guglielmo II, che tra 1780 e 1786 rispettivamente cancellano la predetta *Mitwirkung*, salvo reintrodurla come *beratend* ovvero come consultiva²⁸.

L'idea di *bene comune*, un tempo co-determinata dalla Dieta, è

²⁵ Cfr. D. CANALE, *op. cit.*, p. 247.

²⁶ R. KOSELLECK, *op. cit.*, pp. 34 e 166; D. CANALE, *op. cit.*, p. 238 ss.

²⁷ Cfr. G. BIRTSCH, "Der preußische Hochabsolutismus und die Stände", in P. BAUMGART (hrsgg. von), *Ständetum und Staatsbildung in Brandenburg-Preussen. Ergebnisse einer internationalen Fachtagung*, de Gruyter, Berlin-New York 1983, p. 390 ss.

²⁸ G. KLEINHEYER, "Das herkömmliche Verständnis der Stände und die kodifikatorische Regelung des Ständerechts im Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794", in G. BIRTSCH-D. WILLOWEIT (hrsgg. von), *Reformabsolutismus und Ständische Gesellschaft. Zweihundert Jahre Preußisches Allgemeines Landrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 1998, p. 275.

la causa finale intorno a cui si agglomera l'intero Codice, che ora ricomprende e disciplina meticolosamente le relazioni orizzontali tra gli individui e le forme della loro aggregazione, sussunte nel diritto privato²⁹. Un simile plesso di rapporti giuridici è come la parte emergente di un iceberg, la cui poderosa e sommersa base di diritto pubblico (quello che contiene i rapporti verticali tra sovrano e popolo) non può e non dev'essere imbrigliata nello *ius positum* privato, ma lo sostiene e determina in quanto essa consiste nell'esercizio del potere assoluto, cui spetta in forma esclusiva la decisione sul *bonum commune*³⁰. Si legge ancora nella *Einleitung*, a proposito della «Relazione tra lo Stato e i suoi cittadini»: «§ 74. I singoli diritti ed i privilegi dei membri dello Stato debbono essere subordinati [*nachstehen*] ai diritti e doveri per la promozione del bene comune [*gemeinschaftliches Wohl*], allorché tra i due sorge un effettivo contrasto (Collision)»³¹.

Dalle mie successive considerazioni spero che emergerà con sufficiente chiarezza quanto grande sia la distanza tra il *benessere* (*Wohlstand*) che lo Stato fichtiano deve assicurare ai propri cittadini ed il *Gemeinwohl* dello ALR, che, spingendo un'espressione di Kant un po' oltre il suo consueto riguardo verso il governo prussiano, si può senz'altro chiamare *paternalistico*³². Esiste infatti un'epidermica corrispondenza tra lo *Handelsstaat* fichtiano e la Monarchia di Prussia, ravvisabile negli echi del controllo amministrativo e perciò poliziesco di quest'ultima, tanto che Cesa segnalava addirittura alcune consonanze tra Justi e il filosofo di Ram-

²⁹ Cfr. K. LUG, "Das Privatrecht des ALR und seine Stellung unter den Naturrechtsgesetzbüchern der Aufklärung", *ivi*, pp. 255-71.

³⁰ Cfr. R. KOSELLECK, *op. cit.*, p. 31; D. CANALE, *op. cit.*, p. 213 s.

³¹ Sul *Gemeinwohl*, cfr. D. WILLOWEIT, "Die bürgerlichen Rechte und das gemeine Wohl. – Das rechtspolitische Profil des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten", in F. EBEL (hrsg.), *Gemeinwohl – Freiheit – Vernunft – Rechtsstaat: 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten. Symposium der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 27.-29. Mai 1994*, de Gruyter, Berlin-New York 1995, pp. 1-16.

³² A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico 2*, Giuffrè, Milano 2005, p. 250.

menau³³. Ma occorre peraltro dire, cosa che certo a Cesa non sfuggiva, che tanto profonde quanto nette sono le differenze, di cui gli aspetti comuni non sono che un epifenomeno. Mentre Fichte scrive a proposito del diritto di *polizia* che «lo Stato non sa cosa succede in casa, ma quel che succede per la strada»³⁴, il codice fridericiano insegue il suddito fin dentro le mura domestiche; un chiaro esempio lo si trova nella Seconda parte, Titolo secondo, la cui Seconda sezione impone ai genitori una serie dettagliata di precetti sul nutrimento, occupandosi perfino dell'allattamento al seno (§§ 64-73), sull'educazione e sull'istruzione dei figli (§§ 74-85). Tutto in vista del *Gemeinwohl*.

1.3. *Sul concetto fichtiano di persona*

Rispetto agli estensori del codice Fichte opera un ulteriore e decisivo passaggio, per cui la personalità non è una funzione (o finzione) giuridica costituita dallo Stato e da questo plasmata, ma ne precede e definisce le attribuzioni. Ancora, riprendendo le precedenti parole di Mohnhaupt, si può dire che Fichte mira ad associare all'*uguaglianza formale* un'*uguaglianza sostanziale*, che è poi la base su cui poggia l'idea di uno Stato sociale³⁵. Ed è qui che si ritrova uno dei temi forti della Dedicazione dello *Handelsstaat*, perché mentre il legislatore prussiano pone uno schema in cui la realtà deve trovare un posto ed un significato, la proposta *teorica* di Fichte non è tale, se i termini universali e se la politica, come scienza in cui quella si esprime, non riescono a trovare una congruenza con la realtà, operando in tal senso quella codeterminazione tra Io e non-Io che sta al centro della sua speculazione e che rende quantomeno ingenerose le critiche hegeliane nel-

³³ C. CESA, *Verso l'eticità. Saggi di storia della filosofia*, a cura di C. De Pascale-L. Fonnesu-A. Savorelli, Edizioni della Normale, Pisa 2013, p. 195 s.

³⁴ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza*, a cura di L. Fonnesu, Laterza, Roma-Bari 1994, p. 257.

³⁵ Cfr. C. DE BONI, "Lo stato interventista e la protezione delle classi povere", in ID. (a cura di), *Lo stato sociale contemporaneo. L'Ottocento*, Firenze University Press, Firenze 2007, pp. 85 e 93-99.

la *Differenza* del 1801 o l'accusa di astratto formalismo formulata nelle *Maniere scientifiche di trattare il diritto naturale* del 1802-3.

Nel cambiamento dal modello epistemico che regola lo ALR a quello fichtiano (e che solo con qualche cautela si può descrivere con la distinzione di Klippel tra *älteres* e *neueres Naturrecht*)³⁶, se si applica al secondo la chiave di lettura precedentemente usata per i rapporti tra persona, appartenenza e capacità giuridica, si può senz'altro dire che la personalità, non più «spazio vuoto» da riempire, è a pieno titolo «indipendenza e autonomia» e dunque è l'elemento originario che determina la capacità giuridica del soggetto, la quale resta invariata ed incompressibile rispetto alle formazioni sociali in cui egli entra, come ad esempio le classi³⁷.

Anche in Fichte il diritto ha una natura artificiale. Come si legge nel *Naturrecht*: «Non esiste nessun *diritto naturale* [...] non è cioè possibile nessun rapporto giuridico tra uomini se non in una *res publica*, e sotto leggi positive» e dunque «lo Stato stesso diventa lo stato di natura dell'uomo, e le sue leggi non devono essere nient'altro che il diritto naturale realizzato»³⁸. Ma questo spazio giuridico non è affatto vuoto.

La direttrice di sviluppo della meditazione fichtiana conduce al diritto come terreno della necessaria determinazione e particolarizzazione, grazie alla quale l'«Io assolutamente formale diventa un Io materiale determinato». Il primo non è mera astrattezza, così come il secondo non è una semplice appendice; al contrario, quello è tale in quanto «attivo esclusivamente in se stesso e su se stesso» e questo è la sua «attività originaria e necessaria» divenuta «qualcosa di reale»³⁹.

Una simile dinamica sottende la tematizzazione della «perso-

³⁶ Cfr. D. KLIPPEL, *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhundert*, Schöningh, Paderborn 1976, pp. 31 ss. e 113.

³⁷ Cfr. D. CANALE, *op. cit.*, p. 251 s.

³⁸ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. 132 s.

³⁹ *Ivi*, p. 52.

na», in cui «l'essere razionale si pone come individuo razionale [...] in quanto *si attribuisce in modo esclusivo una sfera per la propria libertà*»⁴⁰. Nel momento in cui Io «limite me stesso, nell'attribuirmi la libertà, lasciando della libertà anche per altri» nasce il «concetto del diritto» come «concetto del rapporto necessario di esseri liberi uno con l'altro»⁴¹. Si realizza così il movimento attraverso il quale l'«intersoggettività *costituente*», intesa come «trascendentalmente plurale e relazionale consistenza», diviene «intersoggettività *costituita*»⁴².

Sono questi i fattori che Fichte mette in campo nella «deduzione del diritto originario»⁴³ che «deve assolutamente spettare ad ogni persona»: il suo «diritto assoluto di essere nel mondo sensibile *soltanto causa*»⁴⁴, concepito come «un intero assoluto e chiuso in se stesso»⁴⁵.

Il contrasto con lo ALR è ben evidente. Anch'esso recita nell'Introduzione: «§ 83. I diritti universali dell'uomo si fondano sulla libertà naturale di poter cercare e promuovere il proprio bene, senza ledere i diritti altrui». Eppure i successivi paragrafi descrivono una fitta rete di limitazioni, provenienti «non già [dagli] altrui diritti naturali, bensì [dagli] altrui diritti in genere (ivi comprendendo quelli positivi)», la cui determinazione spetta però alla sanzione dell'autorità sovrana⁴⁶. Insomma, ciò che si dà con una mano, lo si riprende con l'altra.

⁴⁰ *Ivi*, p. 51.

⁴¹ *Ivi*, p. 9.

⁴² A. MASULLO, *Fichte. L'intersoggettività e l'originario*, Guida, Napoli 1986, p. 100.

⁴³ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. 99.

⁴⁴ *Ivi*, p. 101.

⁴⁵ *Ivi*, p. 105.

⁴⁶ G. TARELLO, *op. cit.*, p. 496.

2. Il fondamento della proprietà e la ripartizione delle attività lavorative nello Handelsstaat

2.1. L'ordine della proprietà: origine e scopo

Stante la citata indicazione della «grande Repubblica europea» come sorvegliato speciale, il motivo di questa attenzione di Fichte ed insieme il probabile insuccesso della sua proposta sono presto detti: «L'Europa ha un grosso vantaggio commerciale sulle restanti parti del mondo e [...] si impadronisce delle loro forze e prodotti, guardandosi bene dall'offrire un corrispettivo con i propri. Ogni singolo Stato europeo, per quanto sia sfavorevole la sua bilancia commerciale in rapporto agli altri Stati d'Europa, trae comunque un qualche vantaggio da questo comune sfruttamento del resto del mondo e non abbandona mai la speranza di migliorare a proprio favore la bilancia commerciale e di trarne un vantaggio ancor più grande [...]. Un rapporto come quello tra l'Europa e il resto del mondo non può stare in piedi, dato che non è fondato sul diritto e sull'equità»⁴⁷.

Se il *cosmos* è l'ideale di Fichte, la situazione reale è il *chaos* della «grande», «comune», «enorme repubblica commerciale» di cui parla ripetutamente⁴⁸. Si tratta di «una condizione in cui si conclude la pace, solo per poter iniziare una nuova guerra»⁴⁹, mentre Fichte mira ad una pacificazione completa delle relazioni internazionali, basata sull'autarchia economica, sul raggiungimento dei «confini naturali»⁵⁰ e, venuti meno gli interessi predatori, su un libero scambio delle idee e del progresso scientifico: «Non appena questo sistema sarà diventato universale e sarà stata fondata la pace perpetua tra i popoli, nessuno Stato al mondo avrà il minimo interesse a nascondere le proprie scoperte a un altro, in quanto ciascuno potrà usarle a proprio beneficio solo interna-

⁴⁷ J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 43 s.

⁴⁸ Cfr. *ivi*, pp. 106, 110, 114 s., 125, 128 e 133.

⁴⁹ *Ivi*, p. 118.

⁵⁰ *Ivi*, p. 117 ss.

mente e mai per opprimere altri e per procurarsi un predominio su di loro»⁵¹.

In merito Nakhimovsky ha scritto pagine assai stimolanti, non solo confrontando l'irenismo fichtiano con quello di Kant, ma collocando anche lo *Handelsstaat* all'interno del coevo dibattito sulle origini del conflitto europeo, in cui si scontrano l'orientamento filo-inglese di Gentz e quello filo-francese sotto l'egida di Sieyès, che punta il dito contro l'egemonia mercantile britannica⁵². Se la diatriba non può essere seguita in questa sede, resta comunque appurato che lo spirito commerciale è per Fichte la radice di ogni guasto presente e soprattutto futuro, perché è intimamente segnato dal dissidio: «Gli interessi commerciali in conflitto sono spesso la vera causa delle guerre, a cui si attribuisce un diverso pretesto»⁵³.

All'interno dello «Stato reale», scrive l'autore, la «suddivisione in base al caso e alla forza, avvenuta prima del risveglio e del dominio della ragione» ha fatto sì che «nessuno “abbia” [...] ottenuto il suo, mentre altri si prendono di più di quanto gli spetti»⁵⁴. E questa situazione, prodotta tanto dal vecchio ordine (fondato sulla semplice autorità della «storia») quanto dall'emergente liberalismo borghese, si riverbera sulle relazioni esterne degli Stati: «Le parti in cui si è frammentata la moderna Repubblica europea non sono state determinate con un percorso razionale, ma dalla cecità del caso [...]. Tutti quanti sono spinti da una brama di conquista, sia essa cieca e indeterminata o anche previdente e molto determinata e così si troveranno tutti in uno stato continuo di guerra indiretta o diretta, dichiarata o solo in preparazione»⁵⁵.

A dispetto del ben congegnato arsenale teorico, la diffusione del mercantilismo appare un altro fattore determinante in questa vicenda di sopraffazione, perché esso pone controlli e monopoli

⁵¹ *Ivi*, p. 141.

⁵² Cfr. I. NAKHIMOVSKY, *op. cit.*, pp. 15-102.

⁵³ J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 106.

⁵⁴ *Ivi*, p. 54.

⁵⁵ *Ivi*, p. 117.

all'interno, ma cerca soprattutto di prendere dall'estero ciò che manca in patria, puntando ad un saldo positivo della bilancia commerciale o, ancor più, di quella dei pagamenti⁵⁶. Insomma, per usare un'immagine di Léon, Fichte si rivolge contro la sciagurata alleanza tra «libertà anarchica» liberale e «regolamentazione anarchica» mercantilista⁵⁷: un "ircocervo" a quanto pare abbastanza diffuso in Germania, dove lo stentoreo attecchimento del capitalismo spinge i cauti borghesi a cercare la protezione dello Stato⁵⁸.

E se questa è la diagnosi, la cura di Fichte è radicale: «la chiusura dello Stato commerciale e di quello giuridico», mentre «lo strumento decisivo per questo scopo» è «l'eliminazione di una moneta mondiale e l'introduzione di una *territoriale*»⁵⁹.

Tale *chiusura* si basa sui due fondamentali criteri menzionati: il *diritto* e l'*equità*. Focalizzare il primo, sotto forma di *proprietà*, conduce direttamente al secondo, che si realizza nella «possibilità di vivere e di un'esistenza piacevole»⁶⁰. Emerge da questo passo, e dallo scritto in generale, l'istanza decisiva di una «giustizia *materiale*»⁶¹ fondata su uguaglianza e proporzionalità: la prima in rapporto alla *possibilità di vivere* e la seconda alla *piacevolezza*. Puntando sulla regolamentazione della sfera economica, al criterio aritmetico della giustizia *retributiva* (che determina le condizioni basilari di vita) Fichte associa la *proporzionalità* della giustizia *distributiva*. Ciò avviene nel momento in cui, partendo dalla divisione degli alimenti piacevoli, egli passa alle condizioni generali di benessere, che vanno assicurate agli individui secondo le occupazioni svolte per la società. Scrive infatti: «Ho usato l'espressione "proporzionalmente" e cioè in modo tale che si ottenga lo stesso

⁵⁶ A. DE MADDALENA, *Il mercantilismo*, in AA.VV., *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, Vol. IV: *L'età moderna*, UTET, Torino 1980, p. 661.

⁵⁷ M.X. LÉON, *Fichte et son temps*, cit., p. 95.

⁵⁸ Z. BATSCHA, "Einleitung", in J.G. FICHTE, *Ausgewählte Politische Schriften*, hrsgg. von Z. Batscha-R. Saage, Suhrkamp, Frankfurt am Main 1977, p. 39 s.

⁵⁹ J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 43.

⁶⁰ *Ivi*, p. 65.

⁶¹ C. DE PASCALE, *Giustizia*, il Mulino, Bologna 2010, p. 140.

tipo di forza e di benessere di cui ciascuno ha bisogno per la propria determinata attività»⁶².

Occorre capire a quali condizioni tutto ciò possa accadere.

2.2. *Dare a ciascuno il suo*

Nel Primo capitolo del Primo libro dello *Handelsstaat* Fichte contesta agli «Stati reali» che i loro «doveri e diritti» siano ormai «troppo ridotti». Si può concedere che «limitarsi a conservare a ciascuno i suoi diritti personali, le sue proprietà» appare giustificato dal «presupposto tacito di una proprietà indipendente dallo Stato»; ma in tal modo ad esso non rimane che «constatare la condizione di possesso in cui trova i propri cittadini e proteggerli», evitando la «questione del fondamento giuridico dell'acquisto». A Fichte questo tipo di tutela non sembra sufficiente: «Contro tale opinione direi che il compito dello Stato è prima di *dare* a ciascuno il suo, di *immetterlo* innanzitutto nel godimento della sua proprietà e soltanto poi di *garantirlo* in tale disposizione»⁶³.

La deduzione del diritto di proprietà nel *Naturrecht* aiuterà ad illustrare questa scelta. Per ora vorrei ancora indugiare sul testo dello *Handelsstaat*, la cui strategia argomentativa resta comunque nell'alveo dell'opera del 1796. Esponendo i «principi fondamentali», Fichte muove dal caso classico di «una massa di uomini [che] vive in una medesima sfera d'azione [...] cercando liberamente il proprio nutrimento e piacere». L'antagonismo delle parti, i loro comportamenti lesivi delle altrui pretese, non sono ancora sussumibili e disciplinabili sotto «il concetto di diritto»: mancano regole e strumenti di tutela e «nessuno è libero, poiché tutti lo sono in maniera illimitata». Poiché questo *ius in omnia* rende impossibile dirimere le controversie, la soluzione va cercata in un «reciproco *accordo* dei singoli». Quando ciò sia stato finalmente stabilito, «ciascuno ha qualcosa di *proprio*, che spetta a lui solo e

⁶²J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 67. Sulla giustizia distributiva in Fichte, cfr. I. NAKHIMOVSKY, *op. cit.*, p. 5 s.

⁶³J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 53.

in alcun modo all'altro». Nasce così la «proprietà» come «un diritto e un diritto esclusivo», rispetto alla quale «il contratto descritto è l'*unica* fonte»⁶⁴.

Il passaggio successivo concerne la definizione del sistema di garanzie ed il soggetto terzo che ne dispone: lo Stato. Le sue attribuzioni sono anticipate dall'autore nella «Spiegazione provvisoria del titolo»: «Sotto il profilo giuridico [esso] è una moltitudine di persone poste sotto le medesime leggi e sotto una stessa autorità suprema, dotata di poteri coercitivi»⁶⁵. E tanto viene ribadito nel Libro primo, sottolineando il mutamento qualitativo a cui va incontro la succitata *massa di uomini in una medesima sfera d'azione*. Tale sfera, infatti, diventa «un *intero chiuso*, [...] una *totalità*» in virtù del contratto; ogni diritto irritualmente acquisito al di fuori del suo ordinamento è inopponibile a terzi, ovvero non gode di tutela legale⁶⁶.

Fichte si appresta ad illustrare la natura dei rapporti giuridici, ponendo così le condizioni per delineare il suo progetto politico, abbozzato sempre nella «Spiegazione provvisoria»; infatti solo quando la moltitudine citata sarà divenuta *un intero giuridico*, potrà essere «circostrita agli scambi e all'industria, esercitati in condizioni di reciprocità e di mutuo vantaggio». Quest'ultimo passo condurrà appunto ad uno «*Stato commerciale* e precisamente a uno Stato commerciale *chiuso*»⁶⁷.

«Senza dubbio – scrive Fichte – il terreno calpestato o l'albero spogliato dei suoi frutti» non siederanno mai in giudizio contro un uomo; invece lo faranno due persone, per stabilire a chi spetti coglierli⁶⁸. Ciò che collide sono infatti le loro pretese, mentre con la cosa non si dà un rapporto giuridico se non mediatamente; esso può insistere solo tra individui, che agiscono in modo libero «perseguendo uno scopo» e che, per tale motivo, possono essere chia-

⁶⁴ *Ivi*, p. 53 s.

⁶⁵ *Ivi*, p. 38.

⁶⁶ *Ivi*, p. 54 s.

⁶⁷ *Ivi*, p. 38.

⁶⁸ *Ivi*, p. 54.

mati a rispondere dei loro atti, così come sono capaci del predetto «reciproco *accordo*». In tal senso, prosegue l'autore, «il diritto di proprietà [è] diritto esclusivo sulle *azioni* e non sulle *cose* [...]. La libera attività è la sede della lotta tra le forze; di conseguenza è il vero oggetto su cui i contendenti debbono accordarsi. Le cose non sono in alcun modo questo oggetto del contratto»⁶⁹. Si tratta di uno spostamento, di cui occorrerà valutare alcune tra le numerose implicazioni.

Per il momento è bene indugiare sulla prima, decisiva. Dato che tutto verte sull'uomo, della proprietà occorre capire se «in generale basta solo che si suddivida, qualunque sia l'esito» o se ci sia dell'altro. Il criterio viene così individuato: «Lo scopo di ogni attività umana è di poter vivere; e tutti [...] avanzano su questa possibilità una pretesa giuridica parimenti fondata». Inoltre «ognuno vuole vivere nella massima comodità possibile» e «poiché ciascuno lo richiede in qualità di uomo e nessuno è più o meno uomo rispetto a un altro, tutti hanno un pari diritto a questa rivendicazione». Ne segue che «la suddivisione deve avvenire in base all'uguaglianza del loro diritto, in modo che tutti e ciascuno possano vivere nella maniera più confortevole possibile». Ma questo *potere* non significa *dovere*, fa notare Fichte: in altri termini spetta allo Stato la definizione di un sistema giusto di condizioni iniziali, salvo lasciare a ciascuno, assolta questa incombenza, la possibilità di elevare il proprio *standard* di vita al di sopra della soglia minima stabilita. Essa si ottiene come quoziente tra due fattori: il dividendo è la «somma di attività possibile in una data sfera di azione», da cui risulta una certa «comodità della vita»; il divisore è un «determinato numero di individui»⁷⁰.

È già implicito in questo punto che la quantificazione delle attività è attuabile solo delimitandone la sfera e cioè escludendo le relazioni economiche con l'esterno; con un sistema aperto sarebbe impossibile stabilire il dividendo e non si potrebbero determinare le spettanze di ogni singolo. Si legge infatti nelle pagine suc-

⁶⁹ *Ivi*, p. 54 s.

⁷⁰ *Ivi*, p. 56.

cessive: «La garanzia generale delle abituali condizioni di vita è raggiunta solo mediante l'esatto calcolo dei rapporti reciproci tra i diversi ceti della nazione [...] e attraverso la chiusura completa del commercio verso l'estero [...]. Nessuno Stato che conti sulle vendite all'estero e che in base a tale calcolo stimoli e diriga le industrie del paese, è in grado di assicurare ai suoi sudditi il mantenimento di queste esportazioni»⁷¹.

Effettuato il calcolo, «la parte che tocca a ciascuno è il *suo* secondo la legge; lo deve ottenere, anche se non gli è stato ancora assegnato e lo fa nello Stato razionale». Quest'ultimo (si potrebbe dire come criterio regolativo) guida lo «Stato reale» nel «compito» di «dare a ciascuno il suo», senza lasciare spazio al «caso» ed alla «forza» che invece hanno libero campo quando, come si diceva sopra, non si fa che *registrare la condizione di possesso*⁷².

Tralascio per il momento la partizione dei ceti, trattata nel Secondo Capitolo, e passo al Terzo. Qui Fichte descrive le conseguenze generali dei suddetti principi sulle condizioni di vita dell'uomo, che deve «viv[ere] sulla terra con tutta la facilità, la libertà, il dominio sulla natura e la *pienezza della propria umanità* che gli sono accordati dalla natura stessa», poiché «ciò non è solo un pio desiderio, ma è un'insopprimibile istanza che nasce dal suo diritto e dalla sua destinazione». In maniera ancor più netta: «L'uomo deve lavorare, ma non come una bestia da soma, che sprofonda nel sonno sotto il proprio carico [...]. Deve lavorare senza paura, con piacere e gioia e deve conservare abbastanza tempo per innalzare lo spirito e gli occhi al cielo, che egli è stato concepito per contemplare». Così viene raggiunto «il benessere interiore fondamentale [che] consiste nel potersi procurare i piaceri più umani con il lavoro più leggero e limitato nel tempo»⁷³.

Per tale ragione «occorre distinguere tra diversi settori del lavoro necessario alla vita umana», in modo da garantire, tramite la sua suddivisione sociale, l'allocazione più razionale della «forza»

⁷¹ *Ivi*, p. 108.

⁷² *Ivi*, p. 55 s.

⁷³ *Ivi*, p. 71 s.

che «può agire con il massimo vantaggio»⁷⁴. Ed è a questo punto che riemerge la grande differenza tra il *Wohlstand* fichtiano e il *Gemeinwohl* del Codice prussiano. Laddove quest'ultimo, come si diceva, resta affidato all'insindacabile giudizio del re, il primo nasce dalla natura stessa dell'uomo e da essa derivano le modalità del suo perseguimento, entro cui si esercita la «forza prevalente» dello Stato⁷⁵.

Poiché per Fichte «colui che ha diritto a uno scopo, lo ha anche all'unico mezzo per conseguirlo», si potrebbe riformulare tutto ciò sotto forma di un «sillogismo politico»:

a) in quanto «ogni popolo ha diritto di volere che il suo benessere cresca» e

b) dato che «ciò è possibile solo mediante la divisione del lavoro»,

c) allora «il popolo ha [...] diritto a volere ciò e il governo, l'istituzione che è preposta a far ottenere e a mantenere tutti i suoi diritti, ha il dovere di far sì che questo accada»⁷⁶.

2.3. *L'ordine dei ceti e la chiusura dello Stato*

L'articolazione della società fichtiana in tre ceti serve a garantire il benessere dei cittadini e risponde alle esigenze, interconnesse, dell'allocazione razionale delle risorse e della chiusura del sistema giuridico ed economico all'esterno.

Quest'idea di fondo, che mira al *Wohlfahrtsstaat*, trascorre dalle pagine del *Naturrecht* a quelle dello *Handelsstaat*⁷⁷. Non mi è possibile indagarne analiticamente le strutture, né condurre un esame comparato con quanto si dice dei ceti nello ALR; tuttavia

⁷⁴ Ivi, p. 72.

⁷⁵ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa: 2. L'età delle rivoluzioni*, Laterza, Roma-Bari 2000, p. 384.

⁷⁶ J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 72.

⁷⁷ Cfr. T. HARADA, *Politische Ökonomie des Idealismus und der Romantik. Korporatismus von Fichte, Müller und Hegel*, Duncker & Humblot, Berlin 1987, p. 25.

anche ad un primo sguardo spicca la distanza tra la tripartizione ancora tradizionale del Codice in *Bauernstand*, *Bürgerstand* ed *Adelstand* e quella fichtiana in *Produzenten*, *Künstler* (o *Fabrikanten*) e *Kaufleute*. Nel primo modello la sfera politica è depotenziata a struttura sociale, mentre il secondo segna un andamento inverso, poiché è totalmente funzionale a promuovere la componente socio-economica in senso politico.

Vorrei dare solo alcune indicazioni di fondo, allo scopo di rendere meglio comprensibile lo sviluppo del principio della proprietà in direzione della risposta ai bisogni, ma soprattutto per vedere all'opera la traslazione del baricentro del rapporto giuridico dalla cosa alle azioni umane.

Come accennavo, l'argomento è trattato nel Terzo capitolo del Libro primo: «Sulla presupposta suddivisione dei comparti del lavoro nello Stato razionale». La struttura è inizialmente binaria, perché «i due rami principali dell'attività con cui l'uomo si procura tanto il necessario, quanto i beni di conforto, sono: la coltivazione dei prodotti della natura e la loro successiva trasformazione per il fine ultimo che ci si pone con essi». Quindi, prosegue Fichte, «un certo numero di uomini che, grazie a tale ripartizione, formassero un ceti, acquisirebbe il diritto esclusivo di coltivare i prodotti; un altro ceti lo avrebbe per trasformarli in vista di scopi umani noti». Il loro rapporto è descritto in due fasi, che corrispondono piuttosto a due finalità dell'esercizio del potere contrattuale. La prima è quella di ottenere un'astensione reciproca da azioni lesive all'attività dell'altro e cioè, detto brutalmente, evitare che si faccia il suo lavoro. La seconda nasce dal rilievo che «il ceti dei *produttori* gode [...] di un vantaggio rispetto a quello degli *artefici*», perché «colui che si trova nel possesso esclusivo dei prodotti della natura può almeno vivere senza alcun aiuto esterno». Occorre perciò un ulteriore livello di garanzia: «al contratto semplicemente negativo, che promette solo di impedire qualsiasi interferenza, dev'esserne aggiunto anche uno positivo, il quale dispone che abbia luogo una prestazione reciproca». I primi si impegnano a dare ai secondi il sostentamento e la materia prima da trasformare e gli altri a contraccambiare con i loro manufatti. Il tutto avviene «in base al criterio [...] del prezzo e secondo lo standard di qualità possibile nel

dato raggio d'azione di questo Stato»⁷⁸. Come si vedrà da un rapido esame del *contratto sociale* del *Naturrecht*, i due stadi rinviano rispettivamente alla sua articolazione in *contratto di proprietà e di protezione* e dunque ne implementano la base teorica.

Per consentire il corretto funzionamento dell'apparato, occorre che lo «scambio» sia «di natura obbligatoria; non si dice che è *consentito* scambiare e alienare, ma che c'è *un obbligo tassativo* a farlo». Inoltre, «per non causare una perdita di tempo e di forze, è opportuno che tra i due si inserisca un terzo ceto, che in loro vece ne gestisca gli scambi: il ceto dei *commercianti*». L'organizzazione diviene così ternaria ed il terzo ceto sigla anch'esso con gli altri un contratto negativo e uno positivo, impegnandosi sia a non produrre, né trasformare (mentre gli altri si obbligano a non commerciare), sia ad accettare o mettere a disposizione le merci richieste o offerte da produttori e fabbricanti (che si impegnano a conferire tutte le loro eccedenze)⁷⁹.

Segue un paragrafo dedicato all'articolazione in «sotto-ceti»⁸⁰, nel corso del quale Fichte scrive innanzitutto che «a tali contratti [...] conferisce validità la legge promulgata dallo Stato e il governo è tenuto alla loro osservanza» (ciò che, nella citata sotto-articolazione del contratto sociale corrisponde al *contratto di unione*). Inoltre l'autore indica il criterio che il *governo* stesso deve imporre «*per poter contare sul [loro] rispetto*», riportando il tema alla soglia dei bisogni primari: «In uno Stato non si devono impiegare più non produttori di quelli che è possibile nutrire con i suoi prodotti», perché «il superfluo dev'essere sempre posposto al necessario o a ciò di cui difficilmente si può fare a meno»⁸¹. Il controllo in accesso ed uscita ai comparti diventa a questo punto un'esigenza ineludibile: «Chiunque pensi di dedicarsi in maniera esclusiva a una qualche occupazione nello Stato esistente, deve notificarlo in termini di legge al governo; come rappresentante di

⁷⁸ J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 56 ss.

⁷⁹ *Ivi*, p. 57 s.

⁸⁰ *Ivi*, p. 58 s.

⁸¹ *Ivi*, p. 60.

tutti, questo gli concede l'autorizzazione esclusiva e compie la necessaria rinuncia per loro conto»⁸².

Se in tutto questo sviluppo si profila un possibile influsso della fisiocrazia, poiché anche per Fichte «la produzione [*scil.* il settore agricolo] è il fondamento dello Stato: è la suprema unità di misura, in base a cui si regola tutto il resto»⁸³, occorre nondimeno rilevare che è attraverso l'indispensabile mediatore, il «ceto dei *commercianti*», che Fichte prevede l'attuazione del sistema capillare di controllo fondato sulla reciprocità, senza che il governo sia costretto ad intervenire continuamente, una volta che ne abbia poste le fondamenta:

a) in base al principio che «ogni cittadino deve vivere tanto confortevolmente quanto gli è consentito dal proprio lavoro e non dev'essere esposto a rischio dal fatto che altri non adempiano ai loro compiti»;

b) viene promulgata «una legge positiva rafforzata dalla minaccia di una pena; la norma deve disporre che il commerciante, responsabile per certi articoli, li acquisti da chiunque glieli offra e li venda a tutti coloro che glieli chiedano»;

c) a questo punto «il cittadino, se gli viene rifiutata una delle due cose, sporge denuncia e il commerciante viene punito»⁸⁴.

Avviene così che se «il governo non può osservare direttamente il primo agricoltore o l'artefice; tuttavia è in grado di farlo il commerciante autorizzato a contare su di loro e, attraverso il commerciante, lo può fare il governo. Questo, di nuovo, non ha bisogno di controllare direttamente il commerciante, anche se potrebbe. Non appena si verificasse un'interruzione del commercio, ne sarebbe senz'altro informato dal cittadino esposto a tale pericolo. Fino a che nessuno sporge denuncia, si può ritenere che tutto stia seguendo il proprio corso»⁸⁵.

⁸² *Ivi*, p. 61.

⁸³ *Ivi*, p. 60. Sul ruolo della fisiocrazia nello *Handelsstaat*, cfr. C. DE PASCALE, *Vivere in società ...*, cit., p. 265.

⁸⁴ J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 63 s.

⁸⁵ *Ivi*, p. 64.

Perché l'insieme si regga, tutti sono tenuti ad adempiere con solerzia e ognuno dei soggetti coinvolti diventa un potenziale controllore dell'attività dell'altro; ciò avviene in forza di quel diritto di proprietà che, per il mantenimento della vita e del benessere proporzionale all'occupazione, egli vanta sull'attività altrui.

Esplicita diviene allora la necessità della chiusura: «Lo Stato è obbligato a garantire con le leggi e la forza la condizione che deriva a tutti i cittadini da questo equilibrio del commercio. Ma non può farlo, quando sull'equilibrio influisca una qualche persona che non si trova sotto le sue leggi e il suo dominio. Esso deve quindi escludere completamente la possibilità di un simile influsso. Si deve vietare e rendere impossibile ai sudditi ogni commercio con l'estero»⁸⁶.

2.4. *Libertà, proprietà, lavoro*

Particolare rilievo assume il Settimo capitolo del Libro primo, dove Fichte condensa i tratti fondamentali della sua proposta in capoverso, che merita di essere letto per intero:

«Questi i principali risultati della teoria formulata: in uno Stato conforme al diritto occorre dimensionare i tre ceti principali della nazione in base ai loro rapporti, circoscrivendo ciascuno di loro a un determinato numero di componenti; a ogni cittadino va garantita la sua quota di tutti i prodotti e manufatti del paese in proporzione al lavoro che ci si attende che svolga e lo stesso vale per i funzionari pubblici, benché non forniscano una contropartita visibile; a tale scopo si deve stabilire il valore di scambio tra le cose e il loro prezzo in moneta e a questi ci si deve attenere; infine, perché tutto questo sia possibile, va impedito ogni commercio diretto tra i cittadini e l'estero. Tutte le presenti affermazioni si fondano sulla mia teoria della proprietà. È sufficiente che quest'ultima sia corretta, perché non ci siano dubbi anche sul buon fondamento delle prime. Ma se è falsa, con lei cade indubitabilmente ciò che pretende di esserne una semplice conseguenza»⁸⁷.

⁸⁶ *Ivi*, p. 69.

⁸⁷ *Ivi*, p. 84.

Sottolineato il posto centrale della *teoria della proprietà*, Fichte non manca di denunciare «l'errore fondamentale» di quella «opposta», basata a suo avviso sull'assunto che «la prima, originaria proprietà viene posta nel possesso esclusivo di una cosa». Esemplificandone «l'unilateralità e l'incompletezza rispetto all'applicazione alla vita reale», egli porta come esempio «la teoria per cui il ceto dei grandi proprietari (la nobiltà come unico vero proprietario) è il solo cittadino che forma lo Stato», così che «gli altri non sono che residenti privi di cittadinanza e devono comprare la loro tolleranza a qualunque condizione a quello faccia comodo imporre». La coerente applicazione di tale principio, per cui «fra tutte le cose la terra diventa proprietà nel modo più evidente [...] esclude nella maniera più rigorosa qualsiasi intromissione da parte di estranei».

In altri termini, per Fichte guardare solo all'oggetto su cui verte il diritto, trasformando il primo nel principio fondante del secondo, non solo ribalta ma addirittura corrompe la logica del diritto stesso. Come cercherò di mostrare con l'aiuto del *Naturrecht*, da strumento per l'attuazione sensibile della libertà la *cosa* verrebbe surrettiziamente elevata a scopo dalla volontà sovrana, mentre la libertà si ridurrebbe a mezzo. È proprio per questo che gli Stati, come si diceva all'inizio, “incorrono” nel tragico errore di riconoscere semplicemente la condizione di possesso, senza valutarne il titolo d'acquisto, trasformandola immediatamente in proprietà da tutelare, senza porsi il problema di *dare a ciascuno il suo*. La *cosa* come *terra* conferisce al possessore il titolo di proprietario e la sua compatta materialità destituisce di fondamento la pretesa di ogni altro soggetto.

La proposta alternativa di Fichte è così formulata: «Contro questa teoria la nostra pone la proprietà prima e originaria, il fondamento di tutte le altre, *in un diritto esclusivo a una determinata attività libera*»⁸⁸. Si danno tre possibili casi per il suo esercizio:

- 1) Il primo è un «diritto di proprietà illimitato», circoscritto

⁸⁸ *Ivi*, p. 85.

«solo mediante l'oggetto a cui si rivolge» e cioè, stanti i limiti imposti dalla materia stessa, l'avente diritto non ne incontra altri e può apportargli qualsiasi modifica, oppure impedirne quella di terzi. Ma «nella vita reale» Fichte non ne trova «alcun esempio».

2) C'è poi il caso in cui «la libera attività si determina da sé, attraverso la propria forma [...] senza alcun riguardo all'oggetto a cui si rivolge», come avviene per le semplici prestazioni o per i «mestieri» sotto il monopolio delle corporazioni: «Qui c'è una proprietà senza il possesso di una qualche *cosa*».

3) Infine la soluzione mista, in cui forma e materia costituiscono una specie di «sinolo patrimoniale» e «la libera attività è determinata da *entrambi gli aspetti*: la sua forma e l'oggetto a cui si applica (il diritto di compiere in modo esclusivo una determinata azione su un certo oggetto e di escludere tutti gli altri uomini dal suo uso)». Aggiunge Fichte: «Anche in questo caso, figurativamente e per via derivata, l'oggetto può essere chiamato proprietà dell'avente diritto, sebbene, a rigore, la sua proprietà sia solo il diritto esclusivo a una certa azione libera su di esso»⁸⁹. Si ritrova qui l'intento di incrociare le teorie della «formazione» e della «volontà di possedere» che, come si vedrà, l'autore ha già esperito nel *Naturrecht*⁹⁰.

Mentre nella tassonomia sociale fichtiana il secondo punto si riferisce ai cosiddetti *fabbricanti* ed ai *commercianti* e corrisponde a ciò che oggi diremmo settori secondario e terziario, il terzo presenta il caso tipico dei *produttori* e cioè l'odierno primario. Quest'ultimo caso è particolarmente significativo, perché nelle intenzioni dell'autore dovrebbe sgretolare il citato presupposto granitico della *cosa* indivisa, sulla quale la nobiltà costruisce la propria egemonia. Fichte menziona il «diritto esclusivo dell'agricoltore di coltivare il grano su questo appezzamento; diritto che non lede quello altrui, una volta terminato il raccolto, di far pascolare i suoi armenti sullo stesso campo fino al momento della semina, né lede il diritto dello Stato a impiantare delle industrie minerarie

⁸⁹ *Ivi*, p. 85 s.

⁹⁰ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. 104.

sotto la superficie». Diversi soggetti sono quindi legittimati a disporre della cosa ed il limite unico da rispettare è dato dall'interazione con le altrui attività. Quindi, conclude il filosofo, «in base alla nostra teoria non c'è affatto una proprietà del suolo» ma «il diritto proprio e esclusivo a un [suo] determinato *uso*»⁹¹.

Su questa base egli prosegue l'affondo contro gli avversari. «Che uno ottenga una cosa come sua – si legge –, avviene solo allo scopo di mediare una disputa tra più soggetti in proposito», perché un uomo solo su un'isola non ha bisogno di accampare pretese, né, come si diceva, l'uomo e la pianta finiscono in tribunale. Ci si deve quindi concentrare sulla pluralità di individui, che «entrano in conflitto solo esprimendo attivamente la loro forza». E la soluzione è unica: «un soggetto deve astenersi da ciò che reca danno all'altro [...]. Solo a questo punto ciascuno ha il *proprio* esercizio della libertà»⁹².

In definitiva anche la teoria avversaria parte dal medesimo presupposto, «ma lo [...] fa tacitamente», concentrandosi solo sulla cosa, ovvero sulla manifestazione fenomenica di quel principio che, per non restare «ideale», «deve avere una conseguenza tangibile nel mondo reale». La conclusione da trarre è per Fichte che «non c'è nessun diritto di proprietà sulle cose, senza quello di distogliere tutti gli uomini dall'agire su di esse e che il suo rispetto o il mancato rispetto si manifestano solo evitando o non evitando tale attività estranea. Questo diritto di escluderla è quindi l'autentica sede del diritto di proprietà sulle cose». Ciò vale per un *diritto reale* (ovvero su un bene) e a maggior ragione, per quel che si è appena detto sui mestieri nel secondo e terzo ceti, per un *diritto personale* alle prestazioni⁹³.

Grazie a quanto esposto, Fichte ritorna al patto sociale: «Il diritto di proprietà così descrivibile ha il suo *fondamento giuridico*, la sua forza giuridicamente obbligatoria semplicemente nel contratto di tutti con tutti e cioè di tutti coloro che possono giungere

⁹¹ J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 86.

⁹² *Ivi*, p. 86 s.

⁹³ *Ivi*, p. 87.

a esercitare un influsso reciproco» e che «si devono accordare *su quale determinata sfera dell'attività* debba rimanere esclusivo dominio di ciascuno, in modo che gli altri se ne debbano astenere a beneficio di questo singolo»⁹⁴.

L'autore riprende qui temi già affrontati; li tralascio, soffermandomi sul reciproco obbligo di soggetti impegnati in occupazioni differenti: «Non solo l'agricoltore, ma ogni abitante dello Stato deve avere una proprietà esclusiva; altrimenti non si potrebbe obbligare il secondo a riconoscere il diritto di proprietà del primo, né impedirgli legittimamente di cacciarlo dal suo stesso campo e derubarlo dei suoi frutti». Se all'agricoltore viene riservata una certa *attività* sul suolo, all'altro si può prestare «solo la garanzia che troverà sempre lavoro o un mercato per la sua merce e che per questi dovrà ottenere la quota spettante di beni del paese»⁹⁵.

Spostare l'accento dalla cosa all'*attività* consente di trovare una base comune, per comparare giuridicamente ed equitativamente i diritti delle diverse categorie. Ciò, ribadisco, urta con l'impostazione dello ALR, in cui il presupposto ideologico della cosa viene utilizzato per definire una scalarità di diritti, facoltà e poteri iniquamente divisi tra i sudditi. Mentre nel codice prussiano la proprietà è una categoria del diritto privato asservito al diritto pubblico, per Fichte, stante la sua radice privatistica, essa serve a piegare il diritto pubblico agli scopi del diritto sociale.

Come si è visto, per garantire l'equilibrio lo Stato «limita il numero di coloro che appartengono allo stesso settore lavorativo e [...] si preoccupa di produrre il sostentamento necessario per tutti». La «*chiusura*» diventa così la caratteristica che fa di un determinato comparto non solo la «*proprietà*» dei suoi membri, ma ciò «*di cui possono vivere*». E la *chiusura* porta la «sicurezza» indispensabile ad «una costituzione perfettamente giuridica». Chiusura che non avviene in base alla nascita, così come l'apertura non si produce grazie ad una concessione sovrana. È il calcolo dei

⁹⁴ *Ivi*, p. 88.

⁹⁵ *Ivi*, p. 89.

fabbisogni a decidere l'impiego di risorse umane e l'accesso ai rispettivi comparti. Non basta «dire che tutto si sistemerà da sé» e affidarsi alla «buona sorte», come in fondo predica la dottrina fisiocratica e come vorrebbe Smith. In mancanza di un intervento esplicito e di un'attività positiva (e non di una semplicemente negativa, *scilicet* repressiva, degli illeciti) «lo Stato non può appellarsi a alcun diritto» nei confronti dei suoi consociati, né delle «classi» create con la divisione del lavoro sociale (secondo un'altra suggestione che stavolta Fichte accoglie da Smith, ma che rielabora profondamente). Quando lo Stato non garantisce loro di poter vivere, le classi «sono libere da ogni punto di vista, spogliate di legge e diritto, senza regola e senza garanzia. Mezze selvagge in seno alla società»⁹⁶.

«La chiusura dello Stato commerciale verso l'estero» non è che la conseguenza più rigorosa di questo complesso di garanzie; essa «segue da sé», in quanto un sistema aperto resta, per definizione, privo di controllo e quindi non è in grado di esercitare alcuna tutela⁹⁷. Come osserva Costa, stante una continuità fondamentale tra il *Naturrecht* e l'opera del 1800, in questa «ciò che semmai si accentua [...] è il ruolo attivo e “potestativo” del sovrano»⁹⁸.

3. La genesi concettuale dello Handelsstaat

3.1. Sul concetto di proprietà: dallo *ius in omnia* alla tutela giuridica

Indagare cosa significhi «*dare a ciascuno il suo*» è una questione che accompagna l'autore fin dagli scritti del '93 sulla Rivoluzione, connettendosi con il concetto di proprietà: il *suo*, appunto. Non è possibile esaminare le pagine della *Rivendicazione della libertà di pensiero* e del *Contributo per rettificare i giudizi del pub-*

⁹⁶ *Ivi*, p. 89 s.

⁹⁷ *Ivi*, p. 90.

⁹⁸ P. COSTA, *op. cit.*, p. 384.

blico sulla Rivoluzione francese, dove la distinzione tra diritti *inalienabili* ed *alienabili* è il presupposto del trasferimento contrattuale di questi ultimi, sotteso alla formazione dello Stato ed alle transazioni tra privati in esso liberamente concluse⁹⁹. Si tratta di un'impostazione che subisce importanti sviluppi nel corso degli anni¹⁰⁰, il cui richiamo vuole soltanto rammentare la costanza e la profondità dell'interesse fichtiano. Comprendere la deduzione della proprietà è fondamentale, poiché la sua garanzia è l'elemento base per la formazione dello Stato e dello Stato *chiuso*; una deduzione che Fichte fornisce nel *Naturrecht* in modo esemplare, riportandola alla manifestazione della libertà.

Servendomi delle sue parole, vorrei riassumerla attraverso alcuni punti:

1) Dapprima viene introdotta la *necessaria* «finzione» del «diritto originario», ovvero quello che prescinde dalla relazione dell'uomo con altri simili, ma tenendo conto che «egli ha realmente diritti solo in comunità con altri»¹⁰¹; in tale ottica Fichte scrive che «la volontà della persona entra nell'ambito del mondo sensibile esclusivamente nella misura in cui è espressa nella determinazione del corpo»¹⁰², agendo così come causa fenomenica.

2) «Il corpo è libero di lasciare ciò che è dato così com'è o di renderlo diverso, e cioè di renderlo come dev'essere secondo il suo concetto di fine»: anche se occorre riconoscere che tale libera disposizione incontra i limiti imposti dalla nostra conoscenza della natura: «la persona è libera solo all'interno della sfera di questo esser-dato»¹⁰³.

⁹⁹ Cfr. G.J. FICHTE, «Rivendicazione della libertà di pensiero dai principi dell'Europa che l'hanno finora calpestata», in ID., *Sulla Rivoluzione francese – Sulla libertà di pensiero*, a cura di V.E. Alfieri, Laterza, Bari 1966, p. 13 s.; ID., «Contributi per rettificare i giudizi del pubblico sulla Rivoluzione francese», *ivi*, p. 183 s.

¹⁰⁰ Cfr. C. DE PASCALE, *Etica e diritto. La filosofia pratica di Fichte e le sue ascendenze kantiane*, il Mulino, Bologna 1995, pp. 89 e 285 ss.

¹⁰¹ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. 100.

¹⁰² *Ivi*, p. 101.

¹⁰³ *Ivi*, p. 102.

3) Incidentalmente, ma non troppo, Fichte fornisce la ragione per cui, come si legge nello *Handelsstaat*, quello di proprietà è un «diritto esclusivo sulle *azioni* e non sulle *cose*». Infatti sostiene che la natura, «non può propriamente modificare se stessa», perché, «in sé, sta sotto leggi meccaniche» e «immutabili»; se le conoscessimo a fondo, quel che ci appare «modificazione» risulterebbe «qualcosa di permanente». Quindi «soltanto altri esseri liberi potrebbero produrre una modificazione» e così «la nostra libertà causale verrebbe limitata arbitrariamente»¹⁰⁴.

4) Il mantenimento di tale libertà, non impedita, si configura come diritto o meglio costituisce «il fondamento dell'intero diritto di proprietà», in quanto «la parte del mondo sensibile a me nota e sottomessa ai miei fini, sia pure soltanto nel pensiero, è *originariamente* mia proprietà, assolutamente non *nella società*, rispetto alla quale si potrebbero certamente trovare ulteriori determinazioni»¹⁰⁵. In attesa della sanzione socialmente riconosciuta, qui si può cogliere (oltre alla natura fittizia, ipotetica del diritto originario) il riconoscimento dell'ineludibilità della sfera corporea e sensibile per manifestare la libertà dell'uomo come diritto¹⁰⁶.

5) La predetta sottoposizione ad uno scopo permette, secondo Fichte, di operare una sintesi tra le opzioni teoriche della proprietà tramite «formazione» della cosa e tramite la «volontà di possederla»: «la mera sottomissione ai nostri fini, senza alcuna formazione vera e propria, è pur sempre una formazione, perché presuppone una libera astensione da una possibile attività, in vista di un fine». Ciò «al netto» della considerazione che la *formazione* stessa dà un «diritto esclusivo di proprietà» in quanto stabilisce una determinazione tramite cui l'oggetto «rimane sottomesso ai nostri fini»¹⁰⁷.

6) Infine, sciogliendo la riserva dell'ipoteticità della deduzione del diritto originario, Fichte pone il carattere *esclusivo* della pro-

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 103.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ Cfr. C. DE PASCALE, *Etica e diritto* ..., cit., p. 269 ss.

¹⁰⁷ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. 104.

prietà nel «riconoscimento reciproco» di quelle volontà libere che, per quanto rammentato al punto 3), sono le sole in grado di turbare il libero esercizio sulle cose dell'altrui attività finalizzata: «Non è la proprietà dell'altro che mi esclude dal possesso di un oggetto determinato, ma soltanto la mia libera volontà»¹⁰⁸.

Sono così poste le premesse concettuali per la trattazione del «contratto di cittadinanza». Sottesa alla più agile struttura dello *Handelsstaat* anche in questo caso c'è la complessa, tripartita architettura del *Naturrecht*, a cui posso solo accennare¹⁰⁹: in generale essa verte sulla definizione di un «rapporto giuridico universale», che esige «una determinazione certa dei limiti entro cui debba estendersi l'uso della libertà di ogni individuo, ovvero, ciò che è lo stesso, [...] la determinazione della proprietà nel senso più ampio della parola, in quanto cioè questa designa non solo [...] il possesso di terreni o di cose del genere, ma in generale, diritti ad azioni libere nel mondo sensibile»¹¹⁰.

Opportunamente James individua nel passaggio dall'astrattezza del diritto originario alla concreta limitazione delle libertà la divergenza di Fichte dal diritto di proprietà meramente negativo-esclusivo (tipico del modello liberale e presente nei suoi stessi scritti del '93) in vista di una declinazione sociale come positiva condizione del riconoscimento e dello sviluppo della libertà dell'altro¹¹¹.

Al primo stadio del contratto di cittadinanza corrisponde quello «di proprietà dei cittadini», con il quale «ognuno mette in gioco l'intera sua proprietà come pegno che egli non intende violare la proprietà di tutti gli altri»¹¹². Lo scopo di tale patto è «una

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 114.

¹⁰⁹ In merito, cfr. G. DUSO, «Libertà e Stato in Fichte: la teoria del contratto sociale», in ID. (a cura di), *Il contratto sociale nella filosofia politica moderna*, Angeli, Milano 1998, pp. 273-309.

¹¹⁰ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. 172.

¹¹¹ D. JAMES, *Fichte's Social and Political Philosophy. Property and Virtue*, Cambridge University Press, Cambridge 2011, p. 25 ss.

¹¹² G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. 173.

semplice astensione», dato che ciascuno dice solo ciò che non farà all'altro e questo rende necessario passare ad un secondo stadio, quello del «contratto di protezione» che «è diretto ad una prestazione positiva», in quanto, in condizioni di reciprocità, «ciascuno promette a tutti i singoli, considerati ancora come singoli, di aiutarli con la propria forza a proteggere la proprietà riconosciuta»¹¹³. I soggetti sono così legati da un impegno che li considera solo, sottolineava Fichte, *uti singuli* e manca perciò di una validità *erga omnes*; è solo la «buona volontà» che può spingere ognuno a rispettare e far rispettare la proprietà dell'altro¹¹⁴.

Occorre che tale vincolo venga stabilizzato e ciò avviene se al singolo come «parte contraente [...] viene richiesto il contributo per la forza di protezione come condizione per il suo ingresso nello Stato». L'oggetto di tale protezione viene progressivamente determinato, allorché il «concetto di intero *reale*» emerge proprio dall'«oscillare» dell'immaginazione su cosa sia da proteggere e chi subirà l'aggressione. Usando un'espressione di Rawls, si potrebbe dire che il *velo di ignoranza* spinge il soggetto a dare una garanzia universale, che finisce per coprire lui stesso. È questo il nucleo generativo del «vincolo di unione», con il quale «la natura congiunge di nuovo, nello Stato, quello che ha diviso, producendo più individui. La ragione è una, e solo una è anche la rappresentazione del mondo sensibile. L'umanità è un unico intero organizzato ed organizzante della ragione; essa fu divisa in più membri uno indipendente dall'altro e già l'istituzione naturale dello Stato sopprime provvisoriamente questa indipendenza e fonde quantità singole in un intero, finché l'eticità fa dell'intera specie un'unità»¹¹⁵.

La *ratio* del «contratto di unione» è sintetizzata da Fichte osservando che «l'intero è nato [...] mediante contratti dei singoli con i singoli e viene compiuto dal fatto che tutti i singoli stipulano contratti con tutti i singoli come intero». Con tale obbligo «il

¹¹³ *Ivi*, p. 174 s.

¹¹⁴ *Ivi*, p. 177.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 178 s.

singolo diventa una parte di un intero organizzato e si fonde [...] in unità con esso». Fichte usa la metafora di un «prodotto naturale organizzato» come l'«albero»¹¹⁶, che viene messa a tema poco dopo, sottolineando che «ogni parte conserva di continuo l'intero ed essa stessa viene conservata per il fatto che conserva l'intero; proprio questo è il rapporto del cittadino con lo Stato»¹¹⁷.

3.2. *La suddivisione della proprietà ed un'anticipazione dei diritti sociali*

È infine necessario compiere un'ulteriore determinazione del suo spettante a ciascuno e di cui il *Naturrecht* scandaglia la struttura profonda. Da qui si comprendono l'esigenza del controllo statale, la sua estensione e la sua intensione (o intensità).

Ciò avviene nel paragrafo «*Sullo spirito del contratto civile o contratto di proprietà*» del *Naturrecht*. Tralascio il riepilogo delle parti già note, rammentando solo che «l'oggetto del contratto di proprietà è un'attività determinata». Ciascuno, all'atto della sottoscrizione del «contratto sociale», deve dichiarare «a quali fini» quella sarà volta; ciò definisce il limite entro cui avviene la garanzia della stessa proprietà. D'altra parte la natura molteplice dei suddetti scopi intermedi esige un criterio di congruenza e cioè, con le parole di Fichte, occorre che essi siano «subordinati ad un unico fine». Ecco come questo viene determinato. L'agire teleologico dell'uomo mostra che «*nell'attività attuale è contenuto il futuro*» e che «libertà e continuità sono unite essenzialmente». Poiché «la natura ha destinato gli uomini [...] alla libertà, cioè all'attività»¹¹⁸, per saldare *presente e futuro* ha usato lo strumento del «dolore», che si presenta nelle forme elementari di «*fame*» e «*sete*». Ne consegue che «soltanto il bisogno del nutrimento è il movente originario, così come la sua soddisfazione è il fine ultimo dello Stato e di ogni iniziativa umana [...]. Il supremo ed univer-

¹¹⁶ *Ivi*, p. 179 s.

¹¹⁷ *Ivi*, p. 184.

¹¹⁸ *Ivi*, p. 186.

sale fine di ogni libera attività è dunque quello di potere vivere». Si tratta della «sintesi suprema di tutte le contraddizioni», poiché accomuna tutti. E se «poter vivere è l'assoluta, inalienabile proprietà di tutti gli uomini», il «lavoro», come agire finalizzato al soddisfacimento dei bisogni, si lega intimamente allo «spirito del contratto di proprietà». Esso innerva «il principio di ogni ordinamento statale razionale», secondo cui «ognuno deve poter vivere del suo lavoro». Un simile traguardo diviene oggetto delle fasi della protezione e dell'unione dei consociati, tanto che «lo Stato deve prendere provvedimenti per questo»; se tale condizione viene meno e «qualcuno non può vivere del suo lavoro», costui «non è più legalmente obbligato». Per evitarlo, «tutti devono di diritto, e per il contratto sociale, dare del proprio, tanto che egli sia in grado di vivere»¹¹⁹.

Ciò significa che «dovrebbero essere presi subito provvedimenti già nel contratto sociale, per questa ripartizione [...], perché questa assistenza a chi si trova nel bisogno è anch'essa parte della necessaria protezione»: «il potere esecutivo è responsabile [...] ed il povero [...] ha un assoluto diritto di coazione all'assistenza». La responsabilità che incombe su ognuno e la condizione di reciprocità, fanno sì che «tutti abbiano necessariamente anche il diritto di sorvegliare che ciascuno lavori, nella propria sfera, quanto è necessario per vivere, e trasmettano questo diritto al potere statale, designato ad occuparsi degli affari comuni». In base a tali presupposti «lo Stato ha necessariamente il diritto di sorveglianza su come ciascuno amministra la sua proprietà di cittadino», perché «non deve esistere nessun povero [...] non deve esistere nessun ozioso»¹²⁰.

Il diritto di proprietà, ipoteticamente ammesso come *assoluto*, si concretizza in una reciprocità che non è intersoggettiva, se non in quanto la *divisibilità* dell'Io finito si manifesta nella *persona*, intersecandone la determinatezza con una pretesa, che vale solo in

¹¹⁹ *Ivi*, p. 187 s. Sul nesso tra diritto di proprietà, al lavoro ed alla vita, cfr. C. DE PASCALE, *Vivere in società ...*, cit., p. 269 ss.

¹²⁰ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. 188.

quanto la si assuma insieme come obbligo: *assistenza a chi si trova nel bisogno*. Da questo plesso deriva la peculiarità della polizia fichtiana, come «uno dei requisiti dello Stato assolutamente necessari» e che «in generale fa parte di un diritto naturale puro»¹²¹.

Una polizia, di cui ho già accennato la differenza rispetto alla declinazione cameralistica dello ALR e che si attua proprio tramite la determinazione del *Wohlstand*. Nel descriverne dettagliatamente i compiti, Fichte fa un'osservazione di carattere generale assai interessante sulle «*leggi di polizia*», che derivano dal «dovere di protezione» dello Stato: mentre quelle genericamente indicate come «civili vere e proprie [...] proibiscono la *violazione reale*» e cioè «azioni che in sé e per sé danneggiano i diritti degli altri», le prime «sono dirette a prevenire la *possibilità* di una violazione». In altri termini, spiega l'autore, esse «proibiscono» azioni che in sé e per sé non danneggiano nessun uomo e sembrano del tutto indifferenti. Queste azioni, però, rendono più facile la lesione degli altri, e rendono più difficile la protezione da parte dello Stato»¹²².

Il controllo deve allora tradursi in programmazione e negli strumenti necessari ad attuarla, perché «c'è un'unica fonte del male, nei nostri Stati nati dal bisogno e dalla necessità, ed essa è solo il *disordine*»¹²³. In vista della garanzia del lavoro, si deve curarne la compatibilità: «nessuna professione, nello Stato, senza che per essa sia stata data la concessione». È questa la base del sistema delle classi, descritto nel *Naturrecht* e ripreso nello *Handelsstaat*: «Ognuno deve dichiarare formalmente la propria professione, e nessuno diventa quindi cittadino dello Stato *in generale* ma, entrando nello Stato, entra nello stesso tempo in una classe di cittadini. Da nessuna parte ci può essere indeterminatezza»¹²⁴.

La peculiarità della protezione diventa subito evidente. Non si tratta di astenersi da una singola condotta lesiva o di agire per provocare l'astensione dell'altro. Non è più un fatto di rapporti tra pri-

¹²¹ *Ivi*, p. 254.

¹²² *Ivi*, p. 256.

¹²³ *Ivi*, p. 262.

¹²⁴ *Ivi*, p. 189.

vati confinanti. Fichte apre la strada a quella riflessione sui *diritti sociali* che prende corpo negli anni successivi e che trova accoglienza nelle esperienze costituzionali del Novecento. Ciò che si è visto (forse non lo si coglierebbe appieno nello *Handelsstaat* senza le pagine del *Naturrecht*) è che per garantire una vita che può solo essere dignitosa, il *diritto del lavoro* ed il *diritto al lavoro* si congiungono. All'unico scopo di sottolineare l'importanza delle questioni affrontate da Fichte, vorrei ricordare le parole che Blanc scrive nel 1839 nell'introduzione alla sua *Organisation du travail*: «Chiedendo che il diritto di vivere con il lavoro sia regolato, sia garantito, si fa meglio che cercare di sottrarre milioni di infelici all'oppressione della forza e della sorte: si abbraccia la causa dell'essere umano nella sua più alta generalità, nel suo significato più profondo»¹²⁵.

La saldatura della sfera economica a quella giuridica determina la svolta compiutamente politica delle argomentazioni fichtiane nel *Naturrecht* e, soprattutto, nello *Handelsstaat*. Se Tocqueville, guardando alla nascente democrazia sostiene che «è necessaria una scienza politica nuova per un mondo ormai completamente rinnovato»¹²⁶, direi che Fichte si è già avviato lungo quel cammino. Scrive infatti nella dedica a Struensee: «Sono cambiate molte cose grazie al progresso del genere umano [...] ciò ha reso necessarie misure del tutto nuove, che nelle epoche precedenti non potevano essere immaginate, né applicate»¹²⁷.

4. Le radici storiche dell'impianto dello Handelsstaat

4.1. Il dominium tra Medioevo ed età moderna

L'esame della dottrina della proprietà consente di tornare al confronto con lo ALR e, grazie a ciò, di trarre qualche conclusione sulla proposta fichtiana.

¹²⁵ L. BLANC, *Organisation du travail*, Nouveau Monde, Paris 1850⁹, p. 3.

¹²⁶ A. DE TOCQUEVILLE, *Scritti politici*, Vol. II: *La democrazia in America*, a cura di N. Matteucci, UTET, Torino 1991, p. 20.

¹²⁷ J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 43.

Un vero «Codice», sostiene Grossi, è espressione di un «*assolutismo giuridico*» o, se si preferisce, di «un rigoroso monismo giuridico, che si sostituisce al vecchio pluralismo». Un Codice mira ad una «riduzione dell'intera esperienza in un sistema articolatissimo e minuziosissimo di regole scritte»; per questo è completo, cioè privo di lacune, e non ammette integrazione da parte di altre fonti, né contraddizione tra le proprie norme. Il prototipo è il Codice civile napoleonico del 1804. Con esso l'ALR condivide esteriormente l'intento della completezza, ma non ne possiede la coerenza logica, frutto del predetto impianto monistico; oltre ad essere un «elefantiaco ammasso di norme», osserva Grossi, esso resta anche, nelle esplicite intenzioni del legislatore, un diritto comune sussidiario, sul quale, almeno in linea teorica, prevalgono le legislazioni speciali (Introduzione, §§ 1-6). In un simile impianto sono ancora riconoscibili alcune peculiarità, che Grossi attribuisce al diritto pre-moderno, la cui «produzione» è «*alluvionale*», perché fatta di stratificazioni disordinate; «*pluralistica*» perché viene da diverse fonti; «*extra-statuale*» perché nasce da una società che, a dispetto di diffuse ed errate convinzioni, è pluralistica essa stessa ed a suo modo dinamica. Tale è il «diritto comune» uscito dalle mani dei «glossatori» italiani tra XI e XII e poi dei cosiddetti «commentatori», che fanno reagire le norme degli antichi testi della romanità a contatto con una realtà politica ed economica ormai disgregata o, meglio, aggregata sotto nuove forme¹²⁸.

Quest'operazione produce conseguenze macroscopiche a livello di un istituto come la proprietà, che nel precedente ordine dello «Stato romano» è volta «limitare al minimo i condizionamenti derivanti dalla convivenza con altri cittadini e riduce le situazioni di fatto sulla cosa – contatto fisico, uso, godimento – a circostanze giuridicamente irrilevanti»¹²⁹. Due orientamenti coesistono ed a tratti si intersecano nella cultura medievale che opera la revisione di tale diritto: quello *reicentrico* e *comunitario* di un ordine co-

¹²⁸ Cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 52 e 136 ss.; e ID., *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 226.

¹²⁹ P. GROSSI, *L'Europa ...*, cit., p. 31.

smo-teologico superiore, in cui l'uomo è una parte tra tante nell'ordine del creato; quello *antropocentrico* protoumanista del Trecento, che lavora in profondità come un fiume carsico e le cui direttrici di sviluppo affiorano nel moderno individualismo. Il secondo orientamento, una sorta di "gene recessivo", consente ai giuristi il recupero della categoria romanistica del *dominium* e permette di ampliarla a paradigma di un complessivo approccio alla realtà, declinato tanto nel *dominium rerum*, quanto nel *dominium sui*: un «intrasubbiiettivo concepito come un insieme di meccanismi proprietari»¹³⁰. Il "gene dominante" del *reicentrismo* serve soprattutto a sorpassare lo «schema unitario [...] potestativo [...] assolutistico» del *dominium* romano, caratterizzato dall'indivisibilità, dalla preminenza sulla cosa e dalla libertà del soggetto. Spostando il punto focale sulla «cosa» stessa e sulla sua appartenenza ad una «natura cosmica», nel Medioevo si distingue tra «*substantia rei*» ed «*utilitas rei*» e si pone in evidenza il carattere relazionale delle determinazioni della *res*, supportando con tale decentramento del soggetto una «visione non individualistica». Dunque «le figure dei diritti reali debbono essere costruite, muovendo dalla cosa» e dai differenti aspetti che ineriscono alla sua sostanza; si comincia così a parlare di «dominio diviso»: «non più il *dominium*, ma i *dominia*, il dominio diretto e il dominio utile». Da un istituto «sforzato e snaturato» nasce una consapevole e feconda «stortura»¹³¹, capace di sgretolare e ricomporre il monolite del *dominium* romanistico nella stratigrafia di una pluralità di atti, fatti e relazioni, fino (è bene ripeterlo) a «costruire due proprietà sulla stessa cosa, elevando le situazioni di effettività sul bene a rango di una proprietà». È una chiara inversione di tendenza. Ed è un impianto teorico, prosegue Grossi, «che avrà una esistenza lunghissima, giungendo fino alle soglie della rivoluzione francese»¹³².

Quando, nell'età moderna, il "gene recessivo" viene finalmen-

¹³⁰ *Ivi*, pp. 13, 23 ss., 70 s.; ID., *L'ordine giuridico ...*, cit., p. 196.

¹³¹ *Ivi*, p. 238 s.

¹³² P. GROSSI, *L'Europa ...*, cit., p. 52.

te espresso in un «*individualismo proprietario*» che riporta il soggetto «al centro delle attenzioni», si forma un plesso tra «liberalismo economico e assolutismo giuridico», i quali «soltanto in apparenza sembrano due opposti» e la cui «simbiosi» è garantita dalla proprietà esclusiva, che torna a mettere fuori gioco tutti i residui della tradizione giuridica premoderna, dei suoi usi e dei suoi privilegi¹³³. Ed è proprio quella simbiosi che Fichte denuncia senza mezzi termini nello *Handelsstaat*.

Il Codice francese del 1804 la rappresenta a pieno titolo: è una tappa capitale del processo di accentramento, descritto da Tocqueville, che non contrappone ma anzi accomuna *ancien régime* e Rivoluzione. I suoi esiti sono portati a rigore da Napoleone, anche se a goderne sarà la restaurata monarchia. Ciò muta senz'altro la struttura e gli equilibri della società tradizionale, togliendo definitivamente all'aristocrazia il peso politico di cui godeva¹³⁴. Rispetto alle contraddizioni dello ALR qui è avvenuta la svolta in direzione del soggetto moderno, formalmente uguale, usato *tanto* come ariete contro un ordine materiale storicamente intriso di privilegi e di poteri intermedi, *quanto* come pretesto per la costituzione di nuove disuguaglianze.

4.2. Gutsherrschaft e wohlerworbene Rechte *nella politica legislativa dello ALR*

Nell'ultimo decennio del XVIII secolo non c'è in proposito una tendenza analoga, che si affermi in Germania o specificamente in Prussia. La Pace di Basilea del 1795 consente al paese di uscire per un po' dall'agone europeo, ma per salvare il salvabile la monarchia deve tenere in piedi una parte della struttura cetuale, che in questo frangente è ancora essenziale alla propria legittimazione. E con la suddetta struttura resta in piedi buona parte della sua episteme giuridica. Lo mostra bene la rilettura operata da

¹³³ *Ivi*, p. 114 s.

¹³⁴ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *L'antico regime e la rivoluzione*, in ID., *Scritti politici*, Vol. I: *La rivoluzione democratica in Francia*, a cura di N. Matteucci, UTET, Torino 1996, pp. 595-898.

Hellmuth dei concetti di libertà e proprietà nella gestazione e poi nella promulgazione dello ALR. Tanto dai *Kronprinzenvorträge* di Svarez (lezioni tenute nel 1791-92 al cospetto del futuro re Federico Guglielmo III) quanto dagli scritti del liberale Klein, i principali redattori del documento, emerge una base contrattualista e giusnaturalista declinata in modi differenti dai due giuristi, ma alla fine riconducibile ad un denominatore comune: un nucleo di libertà ed uguaglianza per gli individui. Tuttavia nel *Landrecht* le loro istanze sono ideologicamente piegate alla legittimazione dello *status quo*. I *wohlerworbene Rechte* (privilegi dell'aristocrazia) vengono mantenuti, ricorrendo all'argomento che li inserisce tra le spettanze legittimamente maturate dai convenuti; lo Stato non può intervenire a modificarle o comprimerle ed è piuttosto è tenuto a garantirle¹³⁵. Credo non possa esserci un contrasto più stridente con i passi dello *Handelsstaat* che ho ricordato in apertura, dove il mero riconoscimento dello *status* di proprietario è denunciato come presupposto dell'esclusione politica di tutte le parti sociali a vantaggio dei nobili.

Di fatto il Codice esprime una situazione socio-economica frutto di differenti modelli di sviluppo nell'Impero tedesco. Ad Ovest dell'Elba si riscontra una prevalenza della *Grundherrschaft* (il dominio feudale), basata su un mercato prevalentemente locale ed in cui il contadino è concepito soprattutto come contribuente, versatore di decime e tributi. Invece la *Gutsherrschaft* (la signoria fondiaria) prende piede ad Est del fiume, dove l'orografia e la posizione geografica favoriscono la coltivazione di cereali e l'esportazione verso mercati esteri. Non a caso nasce in quest'area la peculiare forma di capitalismo agrario costituita dagli *Junker*. Nella *Gutsherrschaft* il contadino, il sassone come il prussiano, non è

¹³⁵E. HELLMUTH, "Noch einmal: Freiheit und Eigentum. Zum politisch-gesellschaftlichen Bewußtsein der Landrechtsautoren Carl Gottlieb Svarez und Ernst Ferdinand Klein", in G. BIRTSCH-D. WILLOWEIT (hrsgg. von), *op. cit.*, pp. 63-89. Sui *Kronprinzenvorträge* G. KLEINHEYER, *Staat und Bürger im Recht. Die Vorträge des Carl Gottlieb Svarez vor dem preußischen Kronprinzen (1791-92)*, Röhrscheid, Bonn 1959; E. BUSSI, *Stato e amministrazione nel pensiero di C.G. Svarez*, Giuffrè, Milano 1966.

solo contribuente tramite beni e moneta, ma è innanzitutto forza lavoro. Fino al XVIII secolo si registra una crescita cospicua della richiesta di tributi sotto forma di prestazioni personali, le *corvées*, ciò che rende ancor più esteso e gravoso il servaggio¹³⁶.

Quando i redattori scelgono di fare dell'ALR un diritto comune e sussidiario, su cui prevalgono i diritti locali delle province, un condizionamento formidabile è dato precisamente dalla costituzione agraria del paese, che lega *Bauernstand* ed *Adelstand*. Toccare l'asservimento del primo (soprattutto considerate le peculiarità della *Gutsherrschaft*) significa incidere profondamente sul secondo, che costituisce la struttura portante dell'apparato militare. Ecco la ragione della "virata" di Svarez e Klein. Ad esempio, nonostante la già conclamata avversione di Federico II per la servitù personale dei contadini, questa viene abolita solo nei territori del demanio, direttamente soggetti alla Corona. Nel momento in cui lo ALR dichiara (Seconda parte, Titolo settimo, Quarta sezione) che «§ 148. La servitù della gleba [*Leibeigenschaft*] di un tempo, considerata come un genere di schiavitù personale, viene abolita anche con riguardo agli abitanti assoggettati delle campagne», questo stesso articolo ed il precedente («§ 147. Fatta eccezione per il rapporto con la proprietà a cui sono vincolati, i contadini dipendenti [*Unterbanen*] sono da considerare come liberi cittadini nei loro affari e trattative») riconoscono e sanciscono in ogni caso una condizione di assoggettamento (*Untertänigkeit*) solo un po' meno dura della *Leibeigenschaft*, valida per tutti i contadini legati alla signoria fondiaria nei possedimenti diretti dei nobili. Occorrerà attendere il 1807, perché l'abolizione abbia una portata generale¹³⁷ e con essa von Stein liberi anche la

¹³⁶Sotto il profilo giuridico, cfr. H. CONRAD, *Deutsche Rechtsgeschichte, Band II: Neuzeit bis 1806*, Müller, Karlsruhe 1966, p. 218; sotto quello socio-economico, cfr. H.-U. WEHLER, *Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1700-1815*, Band I, Beck, München 2007, p. 71 ss.

¹³⁷Cfr. H. HARNISCH, "Bauer und bürgerliche Gesellschaft. Die Lehre vom Gesellschaftsvertrag und die bäuerliche Untertänigkeit im Allgemeinen Landrecht", in G. BIRTSCH-D. WILLOWEIT (hrsgg. von), *Reformabsolutismus und Ständische Gesellschaft*, cit., p. 306 ss.

vendita delle terre e metta fine al predominio delle corporazioni, rendendo libero l'accesso alle professioni¹³⁸.

In termini generali, come si è visto inizialmente, la teoria della proprietà incrocia le complicate alchimie del Codice prussiano e trattando di Contadini, Borghesi e Nobili il testo prevede una serie di vincoli e limitazioni in base allo *status* di appartenenza dei singoli, cui si aggiunge una tutela giurisdizionale soggetta ai diritti delle diverse sedi di domicilio (*Einleitung*, § 23). Tutto questo avviene recependo il tradizionale «dualismo della proprietà» di cui si è parlato finora, cosicché «i rapporti feudali [...] tagliano lo schema unitario della proprietà delle cose immobili»¹³⁹.

In proposito si legge nel Titolo ottavo della Prima parte che «§ 1. Proprietario [*Eigenthümer*] è colui che ha facoltà di disporre della sostanza [*Substanz*] di una cosa, o di un diritto, escludendone altri» e poco dopo si precisa che *Proprietät* è «§ 10. Il diritto di disporre della sostanza della cosa», laddove il termine *Eigentum* compare più genericamente applicato a «§ 2. Tutto ciò che può assicurare un godimento esclusivo», sottolineando proprio (§ 19) che un simile «diritto di godimento» (*Nutzungsrecht*) è distinto dalla *Proprietät*. Un tipico esempio di tale intreccio è l'«enfiteusi» (*Erbpacht*), disciplinata nel Titolo ventunesimo della Prima parte: «§ 187. Contratto con il quale qualcuno ottiene a titolo ereditario il pieno diritto di godimento di una cosa altrui, dietro la corresponsione di un canone». Com'è stato osservato, qui «il diritto reale limita l'esercizio della proprietà», pur «lasciando intatto» allo *Obereigenthümer* «il potere di disporre della sostanza della cosa»¹⁴⁰.

Il rapporto tra i due livelli è descritto sempre nella Prima parte (al Titolo diciottesimo), dove si stabilisce (§ 1) che lo *Obereigen-*

¹³⁸H. HATTENHAUER, *Die geistesgeschichtlichen Grundlagen des deutschen Rechts*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg 1983, p. 86 s.; A. PADOA SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal Medioevo all'età contemporanea*, il Mulino, Bologna 2007, p. 453 s.

¹³⁹M. BRUTTI, "L'intuizione della proprietà nel sistema di Savigny", in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, Tomo I, 5-6, 1976-77, p. 70 s.

¹⁴⁰*Ivi*, p. 72.

thümer è precisamente colui che «non partecipa dei diritti di godimento legati alla proprietà [*Eigenthum*]» e quindi al *Nutzungsrecht*. Poco sotto (§ 13) è scritto senza mezzi termini che questo stesso godimento, come *dominium utile* (*nutzbares Eigenthum*), «si chiama feudo» (*Lehn*) in quanto sia sottoposto alla «dimostrazione di una particolare fedeltà» in cambio della «protezione» dello *Obereigenthümer*.

Non credo occorra tornare a Grossi per ribadire il carattere premoderno del codice.

4.3. La rilettura del diritto alto germanico nella dottrina fichtiana della proprietà

Vorrei tornare alle parole con cui Fichte descrive le conseguenze della teoria della proprietà sulla suddivisione del lavoro sociale nello *Handelsstaat*, sostenendo che il *diritto esclusivo dell'agricoltore di coltivare un appezzamento* non preclude quello altrui di *pascolarvi gli armenti terminato il raccolto e fino alla semina*, né quello dello *Stato che impianta industrie minerarie sotto la superficie*. C'è una *pluralità di soggetti*, tutti *legittimati* ad agire a diverso titolo sulla cosa: non *proprietà sul suolo* ma *diritto proprio ed esclusivo a un determinato uso* [SC, 38/86]. Questo quadro presenta forti punti di contatto con quanto Hespánha scrive sulla «teoria della pluralità delle situazioni reali» nel «diritto medievale»: «le cose sono suscettibili di vari piani di utilizzazioni compatibili fra loro», all'interno dei quali «può esistere un diritto assoluto [...] a favore di una persona». Quindi «la facoltà di usufruire di una qualche utilità particolare, purché sufficientemente radicata nella cosa, resta una forma di *dominio*, con la stessa dignità della proprietà»¹⁴¹.

In Fichte si trova qualcosa di analogo, ma è il frutto di un'operazione complessa, che lo conduce ben lontano dallo ALR e soprattutto è volta ad evitare la metastasi dell'individualismo. Dalle due

¹⁴¹ A.M. HESPÁNHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, ed. it. a cura di A. Mazzacane, il Mulino, Bologna 2003, p. 136 s.

citare “anime” del diritto medievale, la *reicentrica* e l'*antropocentrica*, egli prende rispettivamente l'istanza di un ordine materiale ed il *dominium sui*, cercando di produrre un equilibrio in cui l'uno bilanci l'altra. La *substantia rei* è trasposta nell'individuo (o persona) la cui concretezza, come si è visto, consente la formazione di un assetto stabile, basato sulla garanzia della libertà. In quanto *si dà solo all'interno di un esser-dato*, del quale dispone per manifestarsi, essa diviene *fondamento dell'intero diritto di proprietà* e trova compiuta espressione nel *poter vivere quale inalienabile proprietà di tutti gli uomini*. Ma questa attività del disporre corrisponde all'incomprimibilità del *dominium sui*, il quale, nel momento stesso del proprio esercizio, si trova codeterminato all'interno dell'ordine che deve mantenere, per poter essere riconosciuto.

A differenza di Fichte l'individualismo liberale borghese, da lui criticato, prende e pretende solo il *dominium sui*; per garantirsi da qualsiasi interferenza della cosa, la estromette a beneficio di una legge astratta e formale, eretta a criterio sommo della libertà morale e giuridica. Ciò genera il perversimento che Hegel denuncia nelle *Maniere scientifiche di trattare il diritto naturale*, mostrando che in esso la cosa torna surrettiziamente a dominare, quando riempie dei propri contenuti quella regola universale che ne è priva per definizione. In base alle considerazioni precedenti, non posso che ritenere infondata una simile accusa rivolta da Hegel a Fichte. Ma la trovo tutt'altro che ingiusta a proposito di Kant, che nel *Detto comune*, ad esempio, subordina il godimento dei diritti politici alla condizione contingente di possedere strumenti di lavoro ed alienare un *opus*, oppure al mero fatto che non si nasca donna.

Credo dunque che si debba concordare con chi legge nella posizione fichtiana una critica all'istituto romanistico della proprietà¹⁴² e trova un referente del suo pensiero nel modello alto-germanico medievale¹⁴³. Al contrario penso che farne un avversario

¹⁴² Cfr. G. SCHMOLLER, *Zur Litteraturgeschichte der Staats- und Sozialwissenschaften*, Duncker & Humblot, Leipzig 1888, p. 80 s.

¹⁴³ Cfr. A. ONCKEN, *Geschichte der Nationalökonomie in zwei Teilen. Erster Teil: Die Zeit vor Adam Smith*, Hirschfeld, Leipzig 1902, p. 76; T. HARADA, *op. cit.*, p. 21.

del concetto feudale di tale istituto rischi di semplificare indebitamente la questione e di offuscarne la complessità¹⁴⁴.

Non è facile valutare con quanta consapevolezza storiografica Fichte compia l'operazione descritta; è però assai probabile, direi anzi inevitabile, che un presupposto decisivo sia costituito dall'umile estrazione sociale della sua famiglia e dalla condizione di asservimento del padre, tessitore sassone¹⁴⁵. Dal citato sistema della *Gutsherrschaft*, presente tanto in Sanssonia quanto in Prussia, Fichte trae senz'altro la lezione di una differenza che separa gli uomini in base a *substantia* ed *accidens*, a *domnium directum* ed *utile*, subordinandoli gli uni agli altri ontologicamente, secondo un *ordo rerum*. Nel contempo egli ne deriva la suggestione che diverse libertà possano coesistere ed essere validamente rivendicate a più livelli, senza che ciò si traduca in una sperequazione. Abbattere la preminenza della *res* come *substantia* è lo scopo che egli persegue, rendendo *substantia* la stessa libertà dell'uomo, in modo tale che la pratica componibile, limitata e non discriminatoria dei diritti possa avvenire con la stessa robustezza del *dominium utile*.

Trarre un beneficio, coltivare e raccogliere i prodotti della terra ed opporre un titolo valido a chiunque altro voglia farlo: tanto basta al filosofo, perché ciò manifesta la libera attività dell'Io. La cosa trattata come sostanza, in quanto non-Io, ne è l'opposto e sta con esso in un rapporto di codeterminazione, ma non potrà mai diventargli talmente propria da superare l'opposizione stessa: «Il principio ultimo di ogni realtà per l'Io è [...] un'originaria azione reciproca tra l'Io e una cosa posta fuori di esso, della quale non si può dire null'altro che questo: che essa deve essere affatto oppo-

¹⁴⁴ Cfr. E. SCHENKEL, *Individualität und Gemeinschaft. Der demokratische Gedanke bei J.G. Fichte*, Spicker, Dornach 1987 (2. erw. Ausg. der or. 1930), p. 174; W. KRAUSE, "Fichtes ökonomische Anschauungen im Geschlossenen Handelsstaat", in M. BUHR (hrsgg. von), *Wissen un Gewissen. Beiträge zum 200. Geburtstag Johann Gottlieb Fichtes 1762-1814*, Akademie, Berlin 1962, p. 225; A. VERZAR, *Das autonome Subjekt und der Vernunftstaat. Eine systematisch-historische Untersuchung zu Fichtes "Geschlossenem Handelsstaat" von 1800*, Bouvier, Bonn 1979, p. 131.

¹⁴⁵ Cfr. Z. BATSCHA, *op. cit.*, p. 43 ss.; A. VERZAR, *op. cit.*, p. 86 ss.

sta all'Io»¹⁴⁶. Superare l'opposizione, fosse anche nella concezione del diritto, significherebbe distruggere le basi portanti della *Wissenschaftslehre*.

Ciò che invece appartiene all'Io sono precisamente la libertà e la sua manifestazione: è quest'ultima che egli scambia e limita contrattualmente, ma non può mai privarsene del tutto, perché *indisponibile e inalienabile* (ricordando gli scritti del '93) è la prima, che è radice della sua grande «quantità di modificazioni fenomeniche»¹⁴⁷. Come notavo, il tradizionale *dominium directum* quello che cadeva sulla *substantia rei*, viene interiorizzato da Fichte, diventa tutt'uno con l'Io come *dominium sui*. Mentre la cosa non può essere posseduta, perché è costitutivamente altra dall'Io, neppure quest'ultimo può essere posseduto, poiché per definizione è autonomo. Riprendendo un passo già citato: «non c'è nessun diritto di proprietà sulle cose, senza quello di distogliere tutti gli uomini dall'agire su di esse»¹⁴⁸. Ciò che resta è dunque l'inerenza dei benefici che si traggono dalla manifestazione empirica della libertà, quel *dominium utile* che, come si è visto, può limitare il *directum*, ma non comprometterlo e che, se da un lato non toccava la sostanza della cosa, dall'altro (e soprattutto) per Fichte non può nemmeno giungere al fondamento del diritto di proprietà: la libertà come dominio di sé.

Direi che in questo passaggio (rigorizzato nel *Naturrecht*) si coglie appieno tutta l'urgenza di riconoscere il *tu* nel non-Io, perché se è vero, «con la *Missione del dotto*, che l'obiettivo dell'uomo è di assoggettare [*beherrschen*] a sé tutto quel che è senza ragione»¹⁴⁹, diviene allora prioritario comprendere «la maniera di agire della sostanza [*Wirkungsart der Substanz*] che ci è data tramite

¹⁴⁶J.G. FICHTE, *Sul concetto della dottrina della scienza – Fondamenti dell'intera dottrina della scienza*, trad. it. A. Tilgher (nuova ed. riveduta ed ampliata F. Costa), Laterza, Roma-Bari 1987, p. 229.

¹⁴⁷Cfr. J.G. FICHTE, "Contributi per rettificare i giudizi del pubblico sulla Rivoluzione francese", in ID., *Sulla Rivoluzione francese*, cit., p. 183 ss.

¹⁴⁸J.G. FICHTE, *Der geschloßne Handelsstaat*, cit., p. 87.

¹⁴⁹J.G. FICHTE, *La missione del dotto*, a cura di D. Fusaro, *Postfazione* di M. Ivaldo, Bompiani, Milano 2013, p. 205.

il fenomeno», la quale come soggetto manifesta la propria razionalità non semplicemente con «l'agire in accordo con concetti, l'attività mirante a precisi obbiettivi», ma quando la teleologica «armonia dell'eterogeneità nell'unità» che produce non si spiega tramite la necessità della legge naturale¹⁵⁰.

Si apre così la ricca e complessa dimensione della *strutturale pluralità dei soggetti* e della loro unione¹⁵¹. Infatti l'uomo, prosegue Fichte, «è *destinato* a vivere in società. Se vive isolato, non è un uomo in senso pieno, compiutamente ed entra in contraddizione con se stesso»¹⁵². Perché la «società» si realizzi come un «*agire vicendevole tramite la libertà*» è appunto necessario «reperire esseri razionali a noi affini, vale a dire uomini»¹⁵³ ed «entrare con essi in comunità». E reperirli non significa altro che riconoscerli, allo scopo di sviluppare pienamente il plesso Io-non Io nella direzione dello Io-Tu, in cui la già citata «*reciprocità*» acquista un senso peculiare. Infatti trascurarne la «libera razionalità pratica» a beneficio esclusivo della «loro *abilità teoretica*» significa guardarli come cose: «si aspira a *signoreggiarli* [*beherrschen*]» ma non «a entrare in società con essi»¹⁵⁴.

Riconoscere è dunque essere riconosciuti. Questa è la vera co-determinazione, che nel diritto di proprietà trova non solo la sua realtà esteriore, ma innanzitutto una condizione di possibilità. Ed è proprio nel *Naturrecht* che l'«intersoggettività» tocca per Masullo il «punto più alto della deduzione fichtiana»¹⁵⁵, nel momento il cui il diritto stesso, secondo un passo già citato, esprime «il concetto del rapporto necessario di esseri liberi uno con l'altro»¹⁵⁶.

¹⁵⁰ *Ivi*, p. 221.

¹⁵¹ Cfr. A. MASULLO, *op. cit.*, p. 73.

¹⁵² J.G. FICHTE, *La missione del dotto*, cit., p. 223.

¹⁵³ *Ivi*, p. 225.

¹⁵⁴ *Ivi*, p. 229.

¹⁵⁵ Cfr. A. MASULLO, *op. cit.*, p. 90.

¹⁵⁶ G.J. FICHTE, *Fondamento del diritto naturale*, cit., p. 9; in prospettiva giuridica, cfr. A. PUNZI, *L'intersoggettività originaria. La fondazione filosofica del diritto nel primo Fichte*, Giappichelli, Torino 2000.

Si arriva dunque al punto in cui l'unica *sostanza* che conta è quella retta dalla libertà e riconoscibile in tal modo. In definitiva il mondo dev'essere assoggettato, perché è irriconoscibile e tale è l'unico rapporto che con esso si può costituire. Fichte usa il medesimo verbo: *beherrschen*, per le cose inanimate e gli uomini privati del riconoscimento.

Nello ALR vige ancora una cultura che, pur distinguendo il *dominium directum* da quello *utile*, riconosce un peso alla *sostanza* della cosa; lo conferma la distinzione tra *Proprietät* ed *Eigentum*. Si potrebbe dire che l'oggetto privo di ragione *detta* ancora legge: la terra *detta* legge e dà titolo all'aristocratico. Per Fichte la cosa non *detta* più legge; sono gli uomini a farlo. Perciò viene rimosso quel vincolo di appartenenza che subordinava l'uomo alla cosa, che lo assoggettava a quell'indefettibile necessità naturale, che per nascita legava ciascuno ad un destino.

Due esiti ben diversi di un comune confronto con la tradizione giuridica premoderna.

Attenzione:
Capitolo di Scerbo devono ancora
arrivare le correzioni dall'Autore

Storia, esperienza giuridica e sapere giusfilosofico

di Alberto Scerbo

SOMMARIO: 1. “Torniamo alla storia”. – 2. Storia ed esperienza giuridica. – 3. Storicità del diritto e sapere filosofico.

1. “Torniamo alla storia”

Nella Prolusione al corso libero di procedura civile nell'Università di Roma del 1901 Giuseppe Chiovenda sostiene che «lo studio delle forme giudiziali deve avere per oggetto precipuo l'esame delle origini di ciascuna, delle ragioni che ne determinarono l'introduzione e dei diversi fattori delle sue trasformazioni; e il confronto dei risultati di cotali indagini colle condizioni del tempo in cui vivono o sopravvivono, per dedurne i criteri d'*innovazione* e d'*interpretazione*. Lo studio delle forme vuol essere dunque precipuamente storico»¹. In queste espressioni riecheggia il pensiero di Vittorio Scialoja, che si affida agli insegnamenti di Savigny e della Scuola storica del diritto e alle tesi dei suoi epigoni più avanzati per indirizzare gli studi giuridici verso la revisione storico-dogmatica delle diverse dottrine e verso la costruzione di un sistema modellato secondo l'immagine di «una piramide, che ha per cima la definizione, per base la regola pratica»².

¹ G. CHIOVENDA, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, in *Riv. it. scienze giur.*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Giuffrè, Milano 1993, p. 358.

² V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, Tipografia Savini, Camerino

In altri termini, il dato normativo costituisce il mero punto di avvio di un processo analitico, diretto a salire fino ai principi, per scoprire quanto è implicito nella legge ed accertare la natura dell'ordinamento. Lo sforzo teorico è quindi rivolto all'individuazione dell'origine storica dei fenomeni e, attraverso essa, alla definizione dei connotati strutturali rilevanti celati all'interno del complessivo ingranaggio legislativo. Con la precisa intenzione di procedere alla concretizzazione di un'architettura sovrastrutturale, offerta al giurista allo scopo di giustificare ogni rielaborazione convenzionale ed ogni valutazione interpretativa, a condizione di rispettare l'organicità dell'apparato concettuale.

La storia è diventata, così, lo strumento per la costruzione di sistemi scientificamente caratterizzati, capillari, che in un percorso bidirezionale avente come poli la legge e i concetti, consentono, con progressive partizioni e suddistinzioni sempre più minuziose, di realizzare un ordito dotato di completa organicità e privo di lacune.

Non meraviglia, perciò, il grido «Torniamo al giudizio» lanciato da Carnelutti nel 1949 allorché si trova a riflettere sul senso del processo. Per esprimere sinteticamente una critica serrata agli esiti formalistici della scienza processuale, con il contestuale recupero dell'aspetto sostanziale e la ridefinizione del fine ultimo del processo. E annota che se è vero che il giudice non è parte, è anche vero che non vi è uomo che in un processo non sia parte: ed allora «la verità dell'uomo è non soltanto nel suo essere parte, ma nel poter evadere dal suo essere parziale. Per essere degno di giudicare l'uomo ha da convertire in atto questa possibilità»³.

A Carnelutti fa eco Capograssi, il quale sottolinea come il processo si sostanzia nella scelta operata dal giudice, a cui «arriva attraverso tutte le mediazioni della logica obiettiva, della vita che ha dovuto ricostruire, della legge che ha dovuto tradurre in termini concreti, del processo attraverso le cui forme e i modi la ricerca deve passare». Ma il giudizio così strutturato è un giudizio di verità,

1880, p. 17, anche in *Studi giuridici*, III, Anonima Editoriale Romana, Roma 1932, ora in *Annali della Facoltà Giuridica di Camerino*, 2012, n. 1.

³ F. CARNELUTTI, *Torniamo al "giudizio"*, in *Riv. dir. proc.*, 1949, I, p. 174.

verità legale che è verità umana, di modo che scopo del processo è da ritenersi la «ricerca ordinata obiettiva autonoma di verità, – il che – significa che (...) suppone la verità, l'idea di verità, che la verità valga, che la verità deve essere ricercata, che la verità deve essere obbedita: suppone che si creda alla verità»⁴.

Al fondo di queste osservazioni vi è la volontà di far risaltare l'umanità del processo, e per suo tramite l'umanità del diritto. Che sono rievocate dall'analogo grido, «Torniamo alla storia», lanciato qualche anno dopo da Jemolo, che, riprendendo analoghe preoccupazioni maturate nei decenni precedenti⁵, evidenzia come «nel 1916 l'aspirazione dominante era verso la giuridicità pura, il decantamento della materia da ogni contaminazione storica o politica» e che in molti era sorto il desiderio di tornare «a dare il loro posto alla storia e alla politica. Non mescolando, ma sembrandoci di non possedere la norma se non sappiamo come sorse, per quali fini da raggiungere, e come poi a quei fini altri se ne sostituissero»⁶. In filigrana vi è ovviamente un atteggiamento critico nei confronti del dogmatismo, della rigida purezza della scienza, ed una rinnovata apertura al sapere problematico della filosofia. Al contempo si rivela, però, anche l'intuizione della necessità di cogliere il *tà éstin* del fenomeno giuridico, ciò che permane, al di là del dato.

In questa direzione si muove Giovanni Ambrosetti in un lavoro del 1953, dedicato a *Razionalità e storicità del diritto*. In questo

⁴ G. CAPOGRASSI, *Giudizio processo scienza verità*, in *Riv. dir. proc.*, 1950, I, p. 10, ora in *Opere*, V, Giuffrè, Milano 1959.

⁵ Basta ricordare le parole di Pietro De Francisci pronunciate agli inizi degli anni '20 del Novecento: «L'indagine storica non presenta infatti il pericolo che la speculazione dello studioso abbia a considerare il mondo del diritto come esaurito dalle norme legislative o tutto rappresentato dalle costruzioni dogmatiche, perché nel suo sforzo di abbracciare la vita giuridica nella sua totalità e nel suo divenire essa non si arresta ai principi di quelle, ma cerca di rintracciarne le basi, la portata, l'efficienza nell'ambiente sociale e nella concretezza dei fatti. Ed evita così anche il pericolo che la dogmatica abbia a degenerare in un rigido dogmatismo, col porre in rilievo il rapporto fra lo svolgersi delle norme e quello dei fenomeni giuridici e la natura della relazione che passa fra la realtà giuridica e la costruzione dogmatica» (P. DE FRANCISCI, *Dogmatica e storia nell'educazione giuridica*, in *Riv. internaz. fil. dir.*, 1923, n. 4, p. 383).

⁶ A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, Giuffrè, Milano 1957, *Premessa*.

studio si fanno i conti con il pensiero filosofico degli ultimi due secoli, per rilevare innanzitutto come il giusnaturalismo abbia attuato l'applicazione del metodo scientifico allo studio dei fenomeni politici e sociali, con il conseguente ribaltamento del messaggio trasmesso dall'antichità. La dimensione unitaria dell'essere umano, che prescinde da ogni condizionamento derivante dallo specifico angolo operativo di osservazione o dal particolare ruolo rivestito, si altera completamente per favorire la separazione tra la sfera del pubblico e quella del privato, tra l'aspetto teorico e quello pratico, tra la scelta naturale e quella volontaria, tra il foro dell'interiorità e quello dell'esteriorità. La ricerca politica e giuridica ispirata alla metodologia scientifica origina, così, l'inconciliabile divaricazione tra pensiero e azione, ma anche tra natura e società, e quindi tra diritto naturale e diritto positivo.

Tale indirizzo è portato a compimento da Kant, a cui è dovuto il definitivo rovesciamento dell'unità fra pensiero e azione, di modo che l'elevazione dell'*apriori* al di sopra della storia completa il processo giusnaturalistico di allontanamento dalla storicità. Le conseguenze si intravedono nelle successive interpretazioni filosofiche del problema giuridico, che seguono o la via razionalistica o quella storicistica. Per la prima il diritto è raffigurato come idea, criterio puro, che conduce ad una costruzione sistematica in cui la storia compare solamente perché inserita all'interno di determinati schemi. Per l'altra, che privilegia il momento dell'esistenza, il diritto è inteso come realtà, tutto ricompreso all'interno della storia, ma secondo una prospettiva meramente formale, del tutto indifferente ai contenuti storici.

L'impostazione kantiana riverbera i suoi effetti sulle dottrine successive. Il positivismo finisce per assumere la realtà sociale quale elemento esclusivo di spiegazione del diritto, ma in tal modo si fa promotore di un concetto di storia impoverito, che esaurisce il sociale e il giuridico in una realtà senza contenuto. Alla "negazione" positivista dell'individuo si oppone il primato della soggettività proposta dal neokantismo, che, nell'incapacità di cogliere le costruzioni della storicità, esprime una posizione di sostanziale chiusura alla storia. L'assorbimento dell'individuale nell'universale è la soluzione indicata dal neoidealismo, ma accom-

pagnata dalla presupposizione dell'assunzione della storia come unica realtà. Sennonché, nel momento in cui acquista piena coscienza della propria identità con lo storicismo, si abbandona alla ricerca del valore della storia, riducendo l'individuale a fatto nella versione crociana ed elidendo l'individuale nell'atto nella versione gentiliana. In questo contesto il diritto si dilegua, ridotto all'economia dal pensiero crociano e alla morale dall'attualismo gentiliano. Ed è quasi ovvia, a queste condizioni, l'idea dell'inutilità della filosofia del diritto, che trova suggestiva espressione nell'etichetta di "ircocervo"⁷. La sentenza di Croce, che fa riferimento ad una creatura chimerica, inesistente, ma anche ibrida, perché incrocio tra due animali, stigmatizza la filosofia del diritto come un campo di ricerca senza senso, che non ha ragione di esistere e comunque finisce per non essere niente di definito, perché non riconducibile alla filosofia, ma neppure al diritto.

Una notazione. Già nel lavoro di Ambrosetti traspaiono alcuni temi e profili che si dimostreranno costanti nel percorso di recupero della storia e della riflessione sulla storicità del diritto. Emerge, infatti, una fondamentale critica ad un sapere filosofico improntato al metodo della scienza, soprattutto perché riduce la conoscenza in termini eminentemente operativi e respinge ogni proiezione verso il piano dell'essenza. Si rintraccia ancora la generale disapprovazione di una concezione fortemente razionalistica, che produce costruzioni impregnate di rigido schematismo e orientate ad una sistematicità autopoietica. Compare, inoltre, il richiamo diretto del pensiero di Vico e della sua costruzione di una dottrina giuridica imperniata sulla relazione biunivoca tra un diritto ispirato dalla ragione e riferito al fatto ed un altro appoggiato alla volontà e riferito all'autorità. Per pervenire ad una concezione impostata sul rapporto dialettico tra il vero, che si esplica nel diritto "positivo" attraverso la verifica di conformità ai fatti, e il certo, che si definisce in virtù della "impronta di verità".

⁷ Cfr. B. CROCE, *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, Giannini, Napoli 1907; ID., *Filosofia della pratica. Economica e etica*, Laterza, Bari 1909, e ID., *Pagine sparse*, prima serie, Ricciardi, Napoli 1919, in particolare p. 334.

2. Storia ed esperienza giuridica

Sebbene dallo stesso filone idealistico sorga l'esigenza di ridare centralità al valore giuridico⁸, il vero contatto con la realtà del diritto è compiuto dalle teorie che guardano all'azione umana pienamente inserita nel mondo concreto della storicità e che conducono alla costruzione della nozione di esperienza giuridica.

In questa specifica direzione ritorna il contributo speculativo di Capograssi, che all'inizio degli anni '30 del Novecento definisce l'esperienza giuridica, che «non è altro che l'azione umana rivelata nella sua sostanza, realizzata nella sua profonda volontà unitaria e coerente con tutta la vita del soggetto, sviluppata concretamente ed esplicitamente in tutto il movimento delle sue esigenze e dei suoi fini vitali, in tutta quella perenne spinta del soggetto verso la comunione e l'unione con tutte le realtà, che la coscienza ha scoperto con la conoscenza concreta»⁹.

Ne scaturisce un concetto di esperienza essenzialmente pratico, del tutto configurato nell'azione, che nell'immediatezza è alimentato dal principio di utilità, ma che, nel momento in cui subisce l'impulso della volontà del soggetto, esprime la consapevolezza della propria natura, definita dalla difesa individuale della singola esperienza, formata sul contenuto della vita in cui si risolve l'azione. In questo slancio vitale, che riconosce un fine più elevato alla volontà e riveste di realtà concreta l'azione, si rivela la coscienza di verità. In tal modo l'azione non rimane circoscritta nell'ambito ristretto degli scopi pratici, ma si proietta verso la realizzazione della verità. Acquista, così, una connotazione di eticità, visto che «l'esperienza etica è proprio quest'affermazione della

⁸ Il richiamo è espressamente a F. BATTAGLIA, del quale si devono ricordare *Scritti di teoria dello Stato*, Giuffrè, Milano 1939 e ID., *Corso di filosofia del diritto*, Società editrice del Foro Italiano, Roma 1940-1942, del periodo idealistico e il saggio ID., *Il diritto nel sistema dei valori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1964, n. 2, della fase spiritualistica.

⁹ G. CAPOGRASSI, *Analisi dell'esperienza comune*, Athenaeum, Roma 1930, p. 109.

verità e della volontà della vita, nell'attività più immediatamente pratica»¹⁰.

All'esperienza giuridica si richiede, perciò, di indicare l'intima verità dell'azione, a cui ricondurre tutte le differenti partizioni particolari, con l'obiettivo di liberare le forze che presiedono allo svolgimento della storia della vita. Il diritto è inteso, pertanto, come esperienza, perché dalla vita e dall'esperienza si deve trarre il principio di azione su cui si basa la vita pratica, che consente di procedere alla descrizione e alla spiegazione di tutti gli aspetti dell'esperienza giuridica e di attuare la formazione di esperienza all'interno di un apparato organizzativo. Sfuma, così, la separazione tra essere e dover essere, in virtù della dialettica della vita finita, per la quale il contenuto finisce per coincidere con la forma. La direttrice tracciata ancora una volta grazie ai riferimenti dottrinali derivati dal pensiero vichiano conduce Capograssi a guardare alla norma giuridica come "l'idea dell'azione", ossia il principio formativo dell'esperienza giuridica nella sua concretezza, il dover essere dell'essere che è l'azione stessa, la forma del contenuto di verità dell'azione.

È chiaro che queste modalità di rappresentazione dell'esperienza giuridica rinviano direttamente alla dimensione della storia, visto che ogni singola azione e anche il complesso delle azioni rivelano il loro specifico profilo dentro i confini della realtà storica, per la puntualità del loro essere, ma anche per il significato che rivestono per il soggetto che agisce come per l'insieme degli individui. Capograssi non manca di sottolineare una particolare dimensione della storicità, legata in modo specifico all'esercizio di una funzione al contempo esplicativa e probatoria. La storia si palesa, infatti, come il campo di maturazione delle capacità e delle potenzialità insite nelle azioni umane, poiché si dimostra in grado di dissolvere gli aspetti utilitaristici e meramente contingenti, per far emergere i valori più sostanziali e tramandare principi radicati in profondità, che superano la barriera dell'intenzionalità immediata per depositarsi nell'intimità della coscienza collettiva. Il per-

¹⁰ *Ivi*, p. 101.

corso delle idee riesce, però, ad esprimere un ulteriore ruolo ricoperto dalla storia, ovvero quello di prova “concreta” ed “effettiva” del germe di verità che risiede nell’azione. Che si insinua prima e matura dopo nel mondo dell’esperienza, nel corso del tempo e con il contributo dell’opera di tutti. L’intreccio tra storia ed esperienza si compone in maniera unitaria allorché si propone la combinazione della storia con il fluire inarrestabile della vita, per il quale la singolarità dell’azione si apre al complesso delle azioni che si verificheranno. Sicché «l’esperienza è storia cioè proprio questa elaborazione perenne delle passioni e delle azioni particolari per portare le une e le altre ai fini della vita, all’obbedienza consapevole o inconsapevole della legge della vita»¹¹.

L’intersezione tra tutti questi argomenti costituisce la cifra caratteristica della riflessione che Guido Fassò svolge in un testo, *La storia come esperienza giuridica*, apparso anch’esso nel 1953. Sul solco del criticismo kantiano si elabora una visione diretta a superare il dualismo tra soggettivismo ed oggettivismo e a ricomporre la relazione tra essere e dover essere. Senza, però, sfociare in una soluzione sociologica come quella sostenuta qualche anno prima da Treves, che, prendendo avvio da una critica serrata alle concezioni basate sul primato del metodo scientifico, coglie i punti critici tanto dell’hegelismo, con il suo sguardo rivolto prevalentemente al contenuto, quanto del neokantismo, con la sua attenzione per la forma. Il dualismo tra il formalismo di derivazione kantiana e l’antiformalismo di matrice hegeliana produce prospettive giurifilosofiche che prescindono da ogni riferimento alla storia o, al contrario, che escludono qualsiasi struttura normativa. Ma in entrambi i casi le conseguenze appaiono poco rassicuranti, poiché si indirizzano o verso un radicale relativismo o verso un sostanziale irrazionalismo. La scelta di privilegiare una filosofia dell’esperienza giuridica trova, così, la propria radice nel bisogno di oltrepassare i limiti posti dalla rigidità dello schematismo ed anche dagli effetti dell’universale concreto. Ancora una volta è l’insegnamento di Vico, per il quale il problema del diritto si risolve nella

¹¹ *Ivi*, p. 106.

totalità della storia, ad indicare la via, ma qui ispirando l'apertura alla "filosofia della cultura", che pone il diritto all'interno "della vita e della storia", in cui «i valori [ideali] si realizzano e i "fenomeni naturali acquistano significato"»¹².

La riflessione giuridica di Vico, sottovalutata in ragione della critica idealistica, che ha valorizzato con Croce il profilo estetico¹³ e con Gentile l'aspetto della poetica¹⁴, è oggetto, così, di un continuo recupero. Con spirito proiettato verso la dimensione del trascendente, come accade con Capograssi, e in fondo anche con Ambrosetti, o con un approccio più ripiegato sul piano della concretezza, come avviene nella proposta di Treves, ma soprattutto negli studi di Fassò, il quale sottolinea come sia proprio il problema del diritto a condurre Vico a trovare la chiave della nuova scienza del mondo umano¹⁵.

La riflessione approfondita sui testi vichiani consente a Fassò di elaborare un'originale teoria giuridica, diretta a sfuggire i lacci dell'assolutismo, i limiti del formalismo razionalistico, il fattualismo positivistico e l'eclettismo sociologico. Ha bisogno, quindi, di riformulare la nozione di realtà e con essa il senso stesso della razionalità. Il punto nodale è costituito dal passaggio dall'unità alla molteplicità del reale, che permette di sostituire all'annullamento delle individualità il riconoscimento della pluralità dei soggetti. L'unità della realtà può, perciò, essere concepita soltanto in virtù di una spinta irrazionale e, poiché la molteplicità implica di per sé la sussistenza di rapporti, non si può pensare all'identificazione della ragione con l'assoluto, per il quale l'ordine costituisce un fattore costitutivo. Il flusso della contingenza e della molteplicità del reale, di cui è espressione la naturale relazionalità dell'esistenza umana, vuole essere, infatti, ordinata e sistemata secondo regole razionali. E la ragione umana si prodiga, attraverso

¹² R. TREVES, *Diritto e cultura*, 1947, Edizioni Lavoro, Roma 1989, p. 30.

¹³ Cfr. B. CROCE, *La filosofia di Giambattista Vico*, Laterza, Bari 1911.

¹⁴ Cfr. G. GENTILE, *Studi vichiani*, Editore?, Firenze 1915.

¹⁵ Il richiamo è a G. FASSÒ, *I "quattro autori" del Vico. Saggio sulla genesi della "Scienza nuova"*, Giuffrè, Milano 1949.

un processo di generalizzazione, di tradurre i fenomeni empiricamente appresi in leggi conoscitive, in modo tale da potersi avvalere di esse come norme orientative dell'azione. Allo stesso modo la legge pratica acquista di razionalità allorché gli imperativi ipotetici assumono le leggi naturalistiche quali regole di condotte per il perseguimento di uno scopo pensato o posto come relazione fra più elementi. Si perviene, in tal modo, alla composizione tra norma e fatto, in quanto che «il fatto è normativo per chi vuole quel fatto; e la norma che da esso promana è null'altro che la sua legge di struttura, quale è conosciuta da chi, volendo il fatto, propone la norma a sé, o ad altri la cui attività sia eventualmente necessaria alla sussistenza del fatto stesso»¹⁶.

La prospettiva formulata conduce all'equivalenza tra mondo della natura e mondo dell'uomo, dal momento che appare significativamente uniforme il ruolo della ragione, chiamata a ricondurre anche la molteplicità del reale delle condotte umane, perché conosciute in termini relazionali, entro gli schemi generali definiti dalle regole. La molteplicità, con la sua trama indefinita di rapporti, si configura nella storia con il carattere "naturale" della socialità, che rinvia in maniera diretta al carattere altrettanto "naturale" della razionalità, discendente dalla tendenza della ragione di ordinare e sistematizzare secondo regole le relazioni umane. All'interno di questi due fattori è del tutto implicita la connotazione di giuridicità, che trova nell'istituzione il necessario principio logico di organizzazione e di normatività della realtà dell'uomo.

Questo istituzionalismo trascendentale¹⁷ costituisce il fondamento per la piena identificazione del piano storico con quello giuridico. E su queste basi serve a completare la conciliazione tra ragione e storia. Ma anche a rafforzare la combinazione tra fatto e norma. Difatti, l'ordito della storia è delineato innanzitutto dai comportamenti "naturalmente giuridici" di fatto praticati dagli

¹⁶ G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, 1953, Rubbettino, Soveria Mannelli 2016, p. 46.

¹⁷ Così E. PATTARO, *In che senso la storia è esperienza giuridica: l'istituzionalismo trascendentale di Guido Fassò*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, ora *Appendice* in G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, cit., pp. 145-188.

uomini, senza la mediazione di un ordinamento positivo, poiché la storia è «il diritto concreto, veramente *vivente*, veramente *naturale*, logicamente e storicamente anteriore al diritto astratto, che è traduzione in imperativo delle leggi conoscitive di esso»¹⁸. A questa “spontanea” adesione segue, però, la formazione di un sistema giuridico di imperativi, in applicazione del fatto che il diritto è lo strumento di razionalizzazione dei particolari fluenti della storia umana.

Una siffatta costruzione della giuridicità produce una sostanziale indifferenza rispetto alla questione della relazione tra essere e dover essere, che perdono di significato dal punto di vista pratico e non avvalorano teoricamente alcuna discussione intorno ad una distinzione di “forma” o di “senso”. Il rifiuto di ogni partizione conduce ad identificare l’esperienza giuridica con l’esperienza storica, «l’esperienza, nella sua interezza, dell’uomo nel proprio mondo, perché l’esperienza umana – la storia – non può non essere esperienza di vita intersoggettiva e perciò sociale (...) e vi è diritto dovunque vi è società»¹⁹. L’identificazione di esperienza e storia e la contemporanea affermazione di identità di storia e diritto determina, quasi secondo un andamento sillogistico, la definizione dell’esperienza giuridica come «la vita, l’attività umana nella sua concretezza, in una parola la storia in quanto totale esperienza dell’uomo»²⁰. Ciò implica una valutazione dell’esperienza giuridica non alla stregua di una manifestazione specifica del genere esperienza, ma come la necessità di guardare al, e riflettere sul, diritto nell’esperienza. Al contempo impone, sulle ali del pensiero vichiano, la riconduzione del problema del diritto alla totalità della storia, nel senso di pensare al diritto come «forma necessaria, naturale della storia»²¹, che costituisce la rappresentazione plastica dell’idea della naturale storicità del diritto.

Una conclusione che si riproduce, sulla base delle medesime

¹⁸ G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica*, cit., p. 93.

¹⁹ *Ivi*, p. 94.

²⁰ *Ivi*, p. 12.

²¹ *Ivi*, p. 13.

suggerzioni vichiane, ma con il contributo decisivo delle riflessioni di Capograssi, nel pensiero di Riccardo Orestano, che si trova esposto in un volume, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, pubblicato, guarda caso, sempre nel 1953. Dove ritornano, da una prospettiva differente e con esiti diversi, le stesse intuizioni colte nel lavoro di Fassò. La centralità della nozione di esperienza giuridica si accompagna, infatti, all'idea che essa ricomprenda tutta la vasta complessità del mondo giuridico, costituito da "fatti" ed "atti", da "azioni" e "norme" e "espressioni di pensiero", perciò interamente corrispondente alla vita. Ed allora si tratta di «un mondo calato interamente nella esperienza, un mondo che è esperienza, anche quando sembra ne sia dato distaccarsi o distaccarlo da essa. Un mondo che "è" quanto siamo soliti dire la "storia"»²². La preferenza accordata al concetto di esperienza giuridica favorisce il recupero di una visione unitaria della fenomenologia legata al diritto, in quanto impedisce di tenere distinto il piano dell'essere da quello del dover essere, ma anche di guardare allo studio scientifico come ad un intervento proveniente dall'esterno, sovrapposto al campo dei fatti e a quello delle norme. La prospettiva d'insieme che ne scaturisce induce a riconoscere e dichiarare l'integrale storicità del mondo del diritto e, di conseguenza, a considerare la storicità essenza autentica del giuridico.

Certo l'interesse prevalente di Orestano è costituito dalla volontà di trovare un collegamento tra scienza e storia, quasi a dimostrare che uno studio scientifico del diritto non può che essere storico, ma è anche vero che nella sua ricerca si rinviene l'affermazione degli imprescindibili fattori di concretezza e storicità che caratterizzano di necessità il contenuto dell'esperienza giuridica. E ciò risulta in fondo acquisito anche da chi, ragionando sulla possibilità di sintesi tra scienza e filosofia, individua nello studio dell'esperienza giuridica, intesa come una "manifestazione di vita", la confluenza dell'esame storico, del lavoro scientifico e della

²² R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna 1987, p. 357.

prospettiva filosofica, con l'obiettivo finale di attuare il recupero dei "principi" e dei "valori" che contrassegnano costitutivamente l'esperienza giuridica²³.

3. *Storicità del diritto e sapere filosofico*

Di sicuro l'assunzione dell'esperienza giuridica quale sintesi riassuntiva di ogni questione connessa al diritto fa risaltare la necessità del riferimento indispensabile al carattere della storicità, perché direttamente associato alla natura stessa del suo "essere" e del suo "esistere". Ma tra le righe si affaccia anche l'autentica istanza filosofica, che riposa proprio sulla domanda integrale capace di investire la totalità dell'esperienza. Una totalità che, presentandosi come immediata molteplicità, sfugge alla «pretesa di esaurire esaustivamente quanto è possibile esperire» ed esprime la relazione tra esperienza e storia e la vita come rapporto di unità, da intendersi non di certo nel senso di un'astratta identità, ma in quello di unità sintetica, che importa la distinzione e l'unità insieme dei termini.

Questa ulteriore direzione, che consente di cogliere l'ultimo tassello di un quadro tanto composito, viene sperimentata, in quegli stessi anni, dagli studi sull'esperienza giuridica di Enrico Opocher²⁴. Seppure improntata sulla volontà di evitare lo scivolamento nello scetticismo e nell'irrazionalismo, da una parte, e sull'opposizione alle concezioni, scientificamente orientate, focalizzate su un sostanziale schematismo sistematico, dall'altra, nella riflessione di Opocher si rinviene un taglio critico particolare, che impone una precisa deviazione alla linea tracciata dal pensiero giusfilosofico del tempo.

L'invito a volgere lo sguardo alla concretezza dell'esperienza non spinge, difatti, al recupero "filosofico" del piano della storia,

²³ Il riferimento è a A. GIULIANI, *Ricerche in tema di esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 1957.

²⁴ Si rinvia in particolare a E. OPOCHER, *Il valore dell'esperienza giuridica*, Tipografia Crivellari, Treviso 1947.

bensì all'apertura verso la ricerca di quanto oggettivamente si cela nell'esperienza per aspirare alla restaurazione della verità del diritto. E per seguire questo programma corregge in parte le posizioni di Capograssi. Rileva come l'esperienza giuridica si svolge secondo una dialettica antinomica, che oppone ideale e reale, libertà e necessità, individualità e socialità, che non trova composizione nel mondo della storia, perché sempre aperta e mai compiuta. Proprio questo tratto caratteristico costituisce il fondamento dell'intrinseca problematicità che contraddistingue la struttura dell'esperienza giuridica, da cui trae origine la proiezione verso la considerazione del valore ad essa sotteso, individuabile non in astratto, ma nella concretezza delle azioni singolari dettate dalla coscienza individuale.

L'assunzione della problematicità a carattere peculiare dell'esperienza giuridica ci riporta, però, nell'alveo dell'idealismo. Nello specifico ambito giusfilosofico sfocia, come avviene in Opocher, nella prospettiva antimetafisica dei valori e favorisce l'approfondimento e lo sviluppo della dimensione processualistica. Nel più ampio campo filosofico si traduce, per un verso, nel problematicismo di Spirito, fondato sull'assolutezza del problema²⁵, per l'altro approda alla visione metafisica della problematicità pura, in cui la domanda integrale e globale è un'autentica domanda, perché non si possiede la risposta, ma la risposta [metafisica] è il naturale e dovuto perfezionamento²⁶.

Non si possono sottacere i dubbi legati ad una visione fondata sulla problematicità, dal momento che le differenti concezioni hanno al loro interno il germe del soggettivismo a sfondo relativistico o del determinismo ontologico o anche della divinizzazione dell'umano o ancora del nichilismo conoscitivo. Con l'esito di oscillare tra un mondo di certezze individuali o di verità oggettive e il vuoto dell'incertezza assoluta o della vacuità del contenuto del pensare. Ciò nonostante, il merito di questo indirizzo consiste

²⁵ Cfr. U. SPIRITO, *Il problematicismo*, Sansoni, Firenze 1948.

²⁶ Al riguardo si rinvia al pensiero di Marino Gentile, riassunto in M. GEN-
TILE, *Breve trattato di filosofia*, Cedam, Padova 1974 e nel successivo ID., *Trattato di filosofia*, Esi, Napoli 1987.

nell'aver indicato l'ultimo frammento di un quadro capace di tracciare un sentiero ben definito, che indica come la riflessione sul diritto deve essere radicata nella storia, corrispondente alla totale esperienza dell'uomo, ma in modo assolutamente problematico.

La coincidenza di esperienza e storia, proposta dalle differenti teorie che nel corso del Novecento affrontano la tematica giuridica, ripropone una tesi "classica", in particolare di derivazione aristotelica, legata strettamente alla chiave interpretativa della problematicità. In questa ottica si pone, però, indissolubilmente connessa alla struttura del sapere, perché evidenzia la sua forma essenziale, quale immediata molteplicità che si rapporta alle cose come un inesauribile divenire. L'esperienza e la storia costituiscono, perciò, l'oggetto del sapere, tanto di quello scientifico quanto di quello filosofico, che si contraddistinguono, così, per il diverso grado di estensione e di intensità del processo di problematizzazione. Senza indulgere in una differenza "quantitativa", ma esprimendo, invece, una diversa natura "qualitativa"; l'una, la scienza, in raccordo con l'oggetto della ricerca e in funzione dell'obiettivo operativo, l'altra, la filosofia, con la sua disposizione all'apertura verso la messa in discussione integrale dell'esperienza e la proiezione verso l'*in sé* del tutto. Per queste ragioni si pongono, però, in un rapporto di necessaria connessione, per evitare, da una parte, che la scienza si riduca a mera operatività e tecnicismo e, dall'altra, che la filosofia si risolva in astrattismo o vuota astruseria.

Ciò dà il senso della inevitabile "inerenza della storia al diritto", in considerazione del fatto che la storia, in quanto esperienza, è l'argomento "vero" dello studio del diritto. Certo valutata non come mera osservazione della lezione del pensiero del passato, né, tantomeno, considerata quale espressione dello scontro tra sistemi, con l'effetto recondito di privilegiarne uno a discapito degli altri o di procedere alla loro contrapposizione senza alcuna possibilità di mediazione logica. Piuttosto da intendersi come lo strumento per comprendere i diversi modi di riflettere intorno all'esperienza, al fine di cogliere la diversa capacità di problematizzazione. Condizione indispensabile per escludere ogni possibile

tentativo di «assolutizzazione tendente a fare di ogni tipo di riflessione l'unico modo di intendere l'esperienza in generale e l'esperienza [giuridica] in particolare»²⁷.

Al modo di Vico, che individua nella totalità della storia la risoluzione del problema del diritto, mediante l'approdo al "diritto naturale delle genti", punto di confluenza tra il vero, che risiede nell'assoluto del diritto naturale, e il certo, che si esplica nell'attuazione storica. Per compiere la sintesi tra l'idea e il fatto, tra la ragione e la volontà, per realizzare l'incontro tra "filosofia" e "filologia", ovvero di accertare il vero e di avverare il certo. La storia consente di recuperare la verità, che non è nella sua immobilità, ma nel suo divenire, e lo fa attraverso il diritto, perché insieme dei fatti in movimento. La riflessione giuridica diventa in tal modo autenticamente filosofica, perché rivela la sua dimensione totale e fornisce la chiave di lettura "radicalmente problematica" della vita e delle dinamiche del diritto.

La storia così concepita diventa il grimaldello per oltrepassare gli steccati che si frappongono negli studi giuridici e per attribuire il giusto significato e valore al sapere filosofico, che, proprio in virtù della sua integrale problematicità, è in grado di assicurare il corretto rapporto con la scienza, perché permette di intendere il giuridico, ed anche il politico, nella loro connessione con quell'intero che è l'umano.

Si prospetta, al contempo, come lo strumento principale di orientamento per realizzare l'unità sintetica di soggetto e oggetto, il rapporto dialettico di teoria e prassi, l'incontro compositivo di forma e contenuto. Nella consapevolezza che il diritto, come sottolinea Salvatore Satta, non è altro che vita, esperienza, «un'esperienza che condiziona tutte le altre esperienze che compongono la vita»²⁸.

²⁷ F. GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di stato*, Giuffrè, Milano 1983, p. 242.

²⁸ S. SATTA, *Il professor Lorenzo Mossa*, in *Nuova riv. dir. comm.*, 1957, ora in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Cedam, Padova 1968, p. 493.