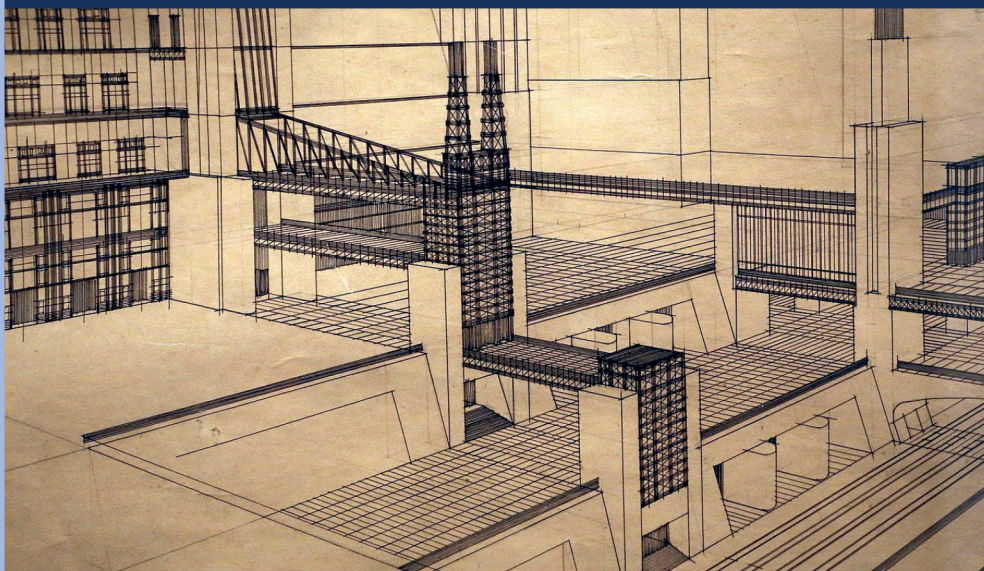


Francesco Mancuso

Il limite del diritto



Giappichelli

Nota al volume

Questo libro mette insieme, in forma unitaria, saggi editi e inediti. I contributi editi, tutti rielaborati, sono i seguenti: “Terribles Simplificateurs”. *La democrazia alla prova del populismo*, in “RIFD. Rivista Internazionale di Filosofia del diritto”, vol. 3, 2020; *Vulnerable Institutions*, in “Soft Power. Rivista euro-americana de teoria e historia de la politica y del derecho”, vol. 1, 2021; *BIA: storie (filosofiche) del diritto*, in “Diacronia”, vol. 1, 2021; *Fantasmismi del popolo™: dal presente pandemico al Rousseau di Schmitt* (in collaborazione con E. Sferrazza Papa), in A. Cavaliere-G. Preterossi (a cura di), *Capitalismo senza democrazia? Libertà, uguaglianza, diritti nell’età neoliberale*, Torino, 2021. Il saggio sulla Convenzione di Ginevra è la rielaborazione della relazione *We Walked alone: alcune note su politica, sovranità e questione dei rifugiati* presentata a Messina in occasione del convegno *La Convenzione di Ginevra sullo status di rifugiato. 70 anni di lotta alle persecuzioni*, 6-7 dicembre 2021. Dedico questo libro a Mario Caiazzo, Aniello Montano, Domenico Salsano ed Eligio Paoni, amici scomparsi.

Capitolo 1

Lo stato dello Stato: il diritto come 'limite'

«Government is not the solution to our problem, government is the problem» (Ronald Reagan).

Dopo anni di processi di destatalizzazione, di arretramento del 'pubblico', di decostituzionalizzazione, di crescente credenza nelle salvifiche virtù di processi di giuridificazione essenzialmente improntati alla centralità della *lex mercatoria* globale, di imputazione allo Stato di ogni sorta di vizio, si parla oggi apertamente di un suo ritorno.

Quella che in uno dei suoi ultimi articoli Michel Foucault chiamava "*la phobie de l'Etat*", e che oggi potrebbe essere rovesciata in "lo Stato contro la paura", ha avuto ragioni e ha prodotto effetti diversi se non contraddittori: da un lato l'ombra di quel poderoso "mito", per dirla con Ernst Cassirer, dello Stato, della sua immane potenza totalizzante (sebbene non si possa non osservare che l'apice del totalitarismo, vedi le letture di Fraenkel e Neumann, è stato sì l'acme della forza leviatanica, ma anche il momento del perverso incarnamento biologistico di una istituzionalità che è andata dissolvendosi in processi insieme distruttivi e autodistruttivi: il che equivale a dire che Hitler non è l'inveramento bensì la negazione di Hobbes), che ha determinato, per contesto storico-politico, ma soprattutto per reazione alla guerra civile interna ed esterna, europea e mondiale, innescata del totalitarismo nazifascista, quel glorioso progetto costituzionalistico caratterizzante gli assetti politici, democratico-costituzionali, sorti in Europa occidentale dopo la seconda guerra mondiale: progetto garantistico e propositivo, libera-

le e sociale, personalistico e istituzionalistico, una vera accelerazione di civiltà nella storia della umanità; d'altra parte, la crisi dei regimi del *Welfare*, avvenuta venticinque anni dopo, ha generato quella ancora perdurante avversione ideologica nei confronti della identità storica e istituzionale di potere statale e potere pubblico; ha fatto scaturire forme di avanzante neopatrimonialismo; ha di fatto favorito la progressiva separazione – mediante *deregulation*, privatizzazioni, mercatizzazioni – dei destini tra capitalismo e democrazia, esplicita nella riduzione della statualità a mera funzione del mercato.

Bisognerà vedere – l'attualità incombe con crisi globali ed europee – quale tipo di statualità sia ritornante¹: quella, il cui tentativo è agli stadi iniziali, del *Recovery State*, ossia l'opzione per una sua funzione protettiva e proattiva, istituzionale e integrativa, di gestione della complessità non disgiunta dalla tutela di spazi di libertà (operazione particolarmente difficile, e soggetta a critiche anche ingenerose, allorché si è trattato di gestire la crisi pandemica rispettando i diritti fondamentali)? Oppure il ritorno attuale è la riapparizione, tra rombi di cannone, missili che distruggono città, delitti contro la popolazione civile, retoriche bellicistiche, del volto demonico, guerresco, imperialistico dello Stato? E se entrambi i volti fossero facce della stessa medaglia?

Elias Canetti, questo profondo scrutatore delle logiche intime del potere, ha nel suo capolavoro *Masse und Macht* collegato epidemie, suicidi di massa e guerre: si tratta – sempre – di cumuli di cadaveri, di “morte collettiva”, di fine di una collettività. Non una catastrofe fulminea, come i terremoti che tanto turbarono, nel '700, i fiduciosi credenti nella teodicea, ma un procedere ‘cumulativo’ della morte, data – procurata attivamente – come nel caso della guerra (il cui obiettivo è costituito dal mucchio dei nemici), ma anche del suicidio collettivo; nel caso dell'epidemia, il risultato (quel-

¹ Un ottimo stato dell'arte intorno al ritorno dello Stato è quello di G. Fazio, *Il polanyan turn nella teoria critica contemporanea. Axel Honneth, Wolfgang Streeck e Nancy Fraser a confronto con Karl Polanyi*, in “Politica&Società”, 3-2020.

lo della morte di una collettività) non è deliberato, ma imposto dall'esterno: sicché «si vive tutti in un'eguale, terribile attesa, durante la quale si sciolgono i consueti vincoli degli uomini» (dove Canetti fa esplicito riferimento a Tucidide, autore, a suo dire, “della migliore descrizione della peste”). Che si tratti della guerra, dell'epidemia, del suicidio di massa, alla morte dei corpi fisici segue quella del corpo collettivo (nel caso della guerra, all'occorrere di una sconfitta). È noto che fu proprio la descrizione tucididea della peste ad Atene, e della conseguente 'anomia', ad influenzare la concettualizzazione, da parte di Hobbes, di quello stato di natura privo di diritto, etica e ragione da cui è necessario fuoriuscire (nel celebre frontespizio del *Leviatano* ricorrono due medici della peste abbigliati col tradizionale becco che fungeva da odierna mascherina). Lo Stato, il “Dio mortale”, la *Machina machinarum* pensata da Hobbes come il solo strumento per rimediare nei limiti del possibile a una vita “solitaria, povera, sudicia, bestiale e breve”, per ostacolare la prevalenza di quel “male originario, primordiale” costituito dalla paura (le espressioni sono di Guglielmo Ferrero, che nel suo *Pouvoir* fu il primo a collegare la paura con il tema della legittimità), non fuoriesce, e non fa fuoriuscire, dal circolo della paura: semmai, lo allarga, ne tocca vette estreme. Carlo Ginzburg ha individuato uno slittamento di senso nella traduzione hobbesiana del greco antico di Tucidide: all'apice della statualità (il verbo, di natura teologica, usato da Hobbes è *awe*, incutere soggezione, timore panico, reverenza assoluta) vi è quel terrore assoluto e paralizzante, quasi religioso, che dovrebbe suscitare il Leviatano affinché possa imporre legge e controllo: «Hobbes non vuol distruggere la paura, anzi fa della paura la base stessa dell'origine dello Stato»; ma se la paura è l'origine, il terrore è la destinazione, potenziale ma incancellabile, dell'opera del “Dio mortale” Stato: «sia nel caso dell'origine della religione, sia in quello dell'origine dello Stato, troviamo all'inizio la paura (*feare*) e alla fine, come risultato, la soggezione o reverenza (*awe*)»². Già in Hobbes si avvia, viene pensato, il mo-

² C. Ginzburg, *Paura reverenza terrore*, Milano, 2015, pp. 66 e 68. La tesi di Ginzburg si concentra sulla permanenza del residuo teologico-politico in Hobbes:

vimento pendolare della statualità tra riduzione della paura ed esercizio guerresco del terrore, tra secolarizzazione, laicizzazione e il brandire le armi, “venerabili e potenti”, della religione.

Proprio la prima guerra dell’umanità che sia stata cantata in versi, l’Iliade, esordisce – lo ricorda Sergio Givone³ – con un’epidemia che fa strage tra gli Achei. La peste è l’apparizione di una vera e propria tanatodicea: l’apparizione della morte, del nulla improvviso e cumulativo, di un “flagello” che, come scrive Camus ne *La peste*, “non è commisurato all’uomo”⁴, dunque viene percepito come, insieme, smisurato e irreali, come illimitato, *apeiron*, privo di limiti, e dunque non ordinabile, non limitabile (dagli uomini). Lo stesso, poco prima, Camus dice della guerra: «Nel mondo ci sono state, in ugual numero, pestilenze e guerre; e tuttavia pestilenze e guerre colgono gli uomini sempre impreparati (...) Quando scoppia una guerra, la gente dice “non durerà, è troppo stupida”. E non c’è dubbio che una guerra sia davvero troppo stupida, ma questo non le impedisce di durare (...). Quando si fa la guerra, appena appena si sa che cosa sia un morto. E siccome un uomo morto non ha peso che quando lo si è veduto, cento milioni di cadaveri sparsi attraverso la storia non sono che una nebbia nella fantasia». Nella guerra (civile) e nella pestilenza c’è smisuratezza, c’è lo sfaldamento di ogni vivere civile, la dissoluzione di ogni norma: «Anche in campi

«Per Hobbes il potere politico presuppone la forza, ma la forza da sola non basta. Lo Stato, il “Dio mortale” generato dalla paura, incute terrore: un sentimento in cui si mescolano in maniera inestricabile paura e soggezione. Per presentarsi come autorità legittima lo Stato ha bisogno degli strumenti (delle armi) della religione. Per questo la riflessione moderna sullo Stato s’impenna sulla teologia politica: una tradizione inaugurata da Hobbes. Questa conclusione ci fa guardare con occhi diversi il fenomeno, ben lontano dal suo compimento, che chiamiamo secolarizzazione. Le parole di Alberico Gentili citate da Carl Schmitt – *Silete theologi in munere alieno!* – possono essere riferite sia alla teologia politica sia alla secolarizzazione. La secolarizzazione non si contrappone alla religione: ne invade il campo», p. 76. Ginzburg richiama la dottrina militare chiamata *Shock and Awe* per indicare la persistenza di questo residuo teologico-terroristico.

³ S. Givone, *Metafisica della peste*, Torino, 2012. Essenziale anche R. Escobar, *Far fronte all’ombra*, Milano, 2022.

⁴ A. Camus, *La peste*, tr. it. Milano, 1948, p. 29.

diversi, l'epidemia travolse in più punti gli argini della legalità fino allora vigente nella vita cittadina. Si scatenarono dilagando impulsi prima lungamente repressi, alla vista di mutamenti di fortuna inaspettati e fulminei: decessi improvvisi di persone facoltose, gente povera da sempre che ora, in un batter di ciglia, si ritrovava ricca di inattese eredità. Considerando ormai la vita e il denaro come valori di passaggio, bramavano godimenti e piaceri che s'esaurissero in fretta, in soddisfazioni rapide e concrete. Nessuno si sentiva trasportare dallo zelo di impegnare con anticipo energie in qualche impresa ritenuta degna, nel dubbio che la morte giungesse a folgorarlo, a mezzo del cammino. L'immediato piacere e qualsiasi espediente atto a procurarlo costituivano gli unici beni considerati onesti e utili. Nessun freno di pietà divina o di umana regola: rispetto e sacrilegio non si distinguevano, da parte di chi assisteva al quotidiano spettacolo di una morte che colpiva senza distinzione, ciecamente. Inoltre, nessuno concepiva il serio timore di arrivar vivo a rendere conto alla giustizia dei propri crimini». E tuttavia anche nel flagello della peste, che molto più della guerra sembra apparire come una punizione divina, emergono forme di umanità non ferine, straordinarie solidarietà: «Chi invece coltivava amicizie e relazioni, perdeva egualmente la vita: quelli in particolare che tenevano a far mostra di nobiltà di spirito. Mossi da rispetto umano, si recavano in visita dagli amici, disprezzando il pericolo, quando perfino gli intimi trascuravano la pratica del lamento funebre sui propri congiunti, abbattuti e vinti sotto la sferza della calamità. Una compassione più viva, su un morto o verso un malato, dimostravano quelli che ne erano scampati vivi»⁵. Come afferma il dottor Rieux, il medico che nel romanzo di Camus cerca soltanto di 'curare' la malattia, alleviare le sofferenze, senza vedere in essa nient'altro che malattia: «La salvezza dell'uomo è un'espressione troppo grande per me. Io non vado così lontano. La sua salute m'interessa, prima di tutto la sua salute»⁶. Sottrarre al male ogni capacità di fascino-

⁵ Tucidide, *La guerra nel Peloponneso*, 53 e 51, libro II.

⁶ A. Camus, *La peste*, cit., p. 157. Givone segnala, sul punto: «Non il Bene, che è un'astrazione in nome della quale si compiono i peggiori misfatti, ma la

ne, ridurlo, contenerlo con l'azione di salvataggio (non di 'salvezza'), sostituire il conflitto con la cooperazione: questa è l'etica del soccorritore, che ricostruisce la trama delle relazioni umane e il riconoscere l'altro come un prossimo unito dalla comune sofferenza: «l'azione del soccorritore esige insieme il coraggio e la generosità dell'eroe (o del santo) e una concentrazione esclusiva sul bene delle persone, come vuole la logica dell'altruismo. I soccorritori non pongono fine alla guerra, e neanche al genocidio degli ebrei. Riescono a malapena a salvare una, due, dieci famiglie, che però saranno le sole a sopravvivere (...). L'azione dei soccorritori rifugge sia dalla rassegnazione che dall'odio. In effetti, per impegnarsi in un'opera di salvataggio non basta essere dotati di rettitudine morale, non tradire, non accettare di sporcarsi le mani; se allo stesso tempo si decide che non si deve cercare di modificare il corso del mondo, non si diventa soccorritori. La rassegnazione equivale in fin dei conti all'indifferenza alla sorte altrui. Il soccorritore è un interventista, un attivista, qualcuno che crede nell'effetto della volontà. Ma d'altro canto rifiuta di condurre la sua lotta imitando il nemico nell'odio»⁷.

Come nel pericolo appare ciò che salva, nell'abisso dell'inumano (l'inumano è «il presentarsi attuale della possibilità che l'uomo sia nulla per l'altro uomo») ⁸ emergono – pensiamo agli scritti memorabili di Primo Levi – tracce di umanità, di relazionalità che ci traggono fuori dalla perpetuazione dello stato di natura e dai modelli tossici, del diritto e della politica, che ne derivano, come se l'umanità fosse mera corporeità vulnerabile e timorosa soggetta al dominio, come se il potere fosse solo violenza e non anche, dal versante dei soggetti ad esso, interiorizzazione di norme (moralì, giuridiche), riconoscimento, partecipazione, comunicazione. E an-

bontà, ossia il bene incarnato. Il bene che coincide con la persona che lo fa secondo Vasilij Grossman è la sola luce e la sola salvezza nel mondo appestato dal totalitarismo».

⁷ T. Todorov, *Di fronte all'estremo*, tr. it. Milano, 1992, p. 237.

⁸ C. Galli, *Premessa. L'inumano e oltre*, in V.M. Bonito, N. Novello (a cura di), *Età dell'inumano*, Roma, 2005, p. 7.

che se l'uomo fosse, in ultima istanza, *homo necans*, essere vivente caratterizzato dalla uccidibilità (propria e altrui), come sostiene l'antropologia negativa, questa condizione non sarebbe una buona ragione per pensare al diritto come 'limite' del conflitto, come argine al precipizio delle 'immunizzazioni' sacrificali e violente? La questione è stata posta con anteveggente lucidità da Johan Huizinga, in un testo scritto nel 1938 e dedicato alla centralità del gioco nei processi di formazione della civiltà: il suo obiettivo polemico è il «miserabile rapporto» amico/nemico, «inumana chimera» pensata da Carl Schmitt, esplicitamente citato più volte da Huizinga. In quanto analista della centralità della funzione ludica, lo storico olandese non poteva essere certamente avverso all'elemento agonale che emerge proprio dal 'gioco'. L'assenza completa di conflitto sarebbe un ideale negativo, la contrazione di ogni dinamicità propria del diritto. Ciò che Huizinga rifiuta del modello di Schmitt è però il precipitare di ogni regola, di ogni normatività, di ogni forma, nel gorgo assoluto della ostilità e di una guerra che non ha più nulla a che vedere con il gioco, che non è più *guerre en forme*: «in nessuna parte l'osservanza alle regole fissate è così indispensabile come nello scambio fra popoli e stati. Una volta trasgredite le regole, la collettività decade nella barbarie e nel caos (...) Stati giunti ad alta cultura si ritirano completamente dalla comunanza del diritto internazionale, e confessano senza vergogna un *pacta non sunt servanda*. (...) La guerra non produce ormai più un effetto utile. Grazie alla perfezione dei suoi mezzi è diventata da una *ultima ratio* una *ultima rabies*»⁹. Huizinga respinge quella assolutizzazione del politico tale per cui «per ogni gruppo locale, tutti gli Altri non sono che degli stranieri: l'immagine dello straniero rafforza, per ogni specifico gruppo, la fiducia nella sua identità come Noi autonomo. Ciò significa che lo stato di guerra è permanente»¹⁰. Si trat-

⁹ J. Huizinga, *Homo ludens*, tr. it. Milano, 1972, pp. 299-300.

¹⁰ P. Clastres, *Archeologia della violenza*, tr. it. Roma, 1998, p. 61. In senso contrario è andata «l'asserzione della comune appartenenza al genere umano è stata uno degli elementi di resistenza contro l'attribuzione dall'esterno di identità degradanti, in diverse culture e in diversi momenti storici», A. Sen, *Identità e violenza*, tr. it. Roma-Bari, 2008.

ta, per chi non accetti una siffatta destinazione alla barbarie del dominio, di rovesciare il paradigma dell'esclusione e del conflitto interminabile, di rifiutare chiavi interpretative fondate e polarizzate sull'*aut aut*, di concepire il diritto essenzialmente come comunicazione. Certo, anche la guerra è una comunicazione violenta. Tuttavia, anche la comunicazione bellica si interrompe allorché il conflitto venga pensato e attuato al massimo della sua intensità possibile: la violenza estrema è fondamentalmente muta, è l'interruzione di ogni comunicazione possibile. In questo senso la violenza è intimamente antigiusuridica: essa, sosteneva Sergio Cotta, è «un'attività-contro, sregolata, non-dialogica e non-coesistenziale», laddove propria del diritto è la presenza della «misura»¹¹. Anche il rapporto di comando e obbedienza, ossia il modo dissimmetrico con il quale, gerarchicamente, si attua ogni diritto (diritto che però trae la sua legittimità dalla simmetria: esiste una natura democratica del diritto data dal suo sancire l'eguaglianza formale, da cui una delle contraddizioni insolubili del diritto cui nemmeno Rousseau riuscì a rispondere in modo definitivo, pensando a un modo per cui obbedire alla legge avrebbe potuto essere un modo per obbedire a se stessi), non può non svolgersi all'interno di una sfera comunicativa (Alfonso Catania ripeteva sempre che la norma non veicola significati perché è essa stessa un significato). Natalino Irti ha sottolineato la vicinanza del diritto al dialogo, non al monologo: «la rottura della continuità semantica segna la fine del dialogo, dell'au-

¹¹ S. Cotta, *Perché la violenza?*, Brescia, 2018, p. 105 e *passim*. Il curatore, P.P. Portinaro, nota giustamente, nell'*Introduzione*, che il saggio «è altro e ben più che un contributo a quella letteratura sociologica che esaurisce il suo scopo in un'eziologia della violenza (...). Esso è prima di tutto un'introduzione all'analisi fenomenologica dell'azione umana, che non indietreggia davanti alle questioni ontologiche. A essere oggetto d'interrogazione non è solo il *perché* ma anche e soprattutto il *come* della violenza. Alla base della sregolatezza e della perdita di misura che l'azione violenta manifesta, Cotta diagnostica lo smarrimento della coscienza della relazione ontologica di coesistenza – l'esser-con-altro heideggeriano – relazione che finisce per assumere il carattere [anti-giusuridico, aggiungerei] dell'essere-contro», p. 8. Segnalo l'importante, recente ripubblicazione degli *Scritti storico-politici* dello stesso autore (Soveria Mannelli, 2022).

tentico intendersi e comunicare fra gli uomini. Rimane il monologo, esperienza esistenziale chiusa in se stessa, ineffabile e intramissibile. Il rapporto tra autore e destinatario della norma ha, anch'esso, *carattere dialogico*: l'uno domanda obbedienza circa un fare o un non fare, l'altro risponde con un sì o un no»¹². Il mistero doloroso dell'obbedienza – per usare le parole di Remo Bodei – non conduce mai al vicolo cieco di una obbedienza passiva e irriflessa, anche nelle situazioni di maggiore verticalità del 'comando'. Il che già di per sé dovrebbe complicare – come cercherò più avanti di argomentare – quelle prospettive che, ampliando la sfera del negativo, sancendo l'onnipervasività del dominio, rifiutano del diritto le sue potenzialità mediatrici, emancipatorie, protettive. Per usare le parole di Simone Weil, il diritto è una "regione mediana", una sorta di purgatorio "tra il Cielo della giustizia e l'Inferno della forza brutale", "uno schermo" – specifica Supiot – "sul quale viene proiettato un ideale di giustizia". Uno strumento limitato, ma fondamentale, in continua oscillazione tra estremi ugualmente pericolosi (giustizia assoluta, violenza assoluta), che esprime la sua funzione insostituibile tracciando limiti «che siano sufficientemente robusti per poter contenere la legge del più forte, e sufficientemente chiari e precisi per consentire agli uomini di esercitare, su un piano di parità, le loro libertà individuali e collettive»¹³.

¹² N. Irti, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, p. 30.

¹³ Questa e le precedenti citazioni sono tratte da A. Supiot, *La sovranità del limite*, tr. it. Milano-Udine, 2020, pp. 154-155. Su Weil vedi R. Fulco, T. Greco (a cura di), *L'Europa di Simone Weil*, Macerata, 2019. Scrive G. Teubner in *La giustizia autosovversiva: formula di contingenza o di trascendenza del diritto*, tr. it. Napoli, 2008, p. 55: «Solo in un mondo con Dio potrebbe esistere una speranza di liberazione attraverso la giustizia. Se si pensa, invece, a una trascendenza senza Dio, allora non è possibile nessuna liberazione della giustizia. Ciò che resta, allora, è soltanto il disperato processo della ricerca, che provoca una permanente irrequietezza all'interno del diritto, che durante la ricerca si espone, avidamente, persino al desiderio di ulteriori esperienze dell'ingiustizia che costruisce, senza sosta, criteri giuridici dell'uguaglianza e inventa, continuamente, nuove giustificazioni della decisione distruggendo, nuovamente, la giustizia. *La ricerca della giustizia è l'ossessione pura del diritto, devastante e ingegnosa allo stesso tempo*».

Dalla prospettiva di chi scrive, la riflessione sul limite costituito dal diritto (che è speculare a quella sull'illimitato che la violenza produce) non deve essere però accentrata solo sui limiti, storicamente determinati, che il diritto tenta di edificare a protezione della comune umanità¹⁴, e nemmeno su ciò che il diritto non può fare (come, ad esempio, sostituirsi all'etica), essendo fondamentalmente, secondo Kelsen, una tecnica artificiale della convivenza e dell'ordine sociale¹⁵. La riflessione sui limiti dev'essere innanzitutto consapevole, a mio parere, del complesso gioco di specchi che si attiva allorché analizziamo i concetti fondamentali del diritto e della politica. Si tratta, in altre parole, di attivare un "pensiero complesso" che solo possa restituire la stretta connessione necessaria, ma tutta da costruire e, anche se costruita, comunque esposta a rischi, tra diritto e democrazia, tra salvaguardia della vita e tutela di spazio di libertà, tra efficienza e diritti: scrive ottimamente Mauro Ceruti, «il pensiero complesso, con l'attitudine a cogliere la complementarità negli antagonismi, si predispone a cogliere il carattere indeterminato del regime democratico, la sua natura di regime instabile, in continua esplorazione delle sue aporie. Esse si presentano già all'origine della democrazia, che, allo stesso tempo, si basa sul riconoscimento della legittimità dei conflitti, delle divisioni, e sull'aspirazione a un corpo sociale coeso, sul ricorso al criterio della maggioranza come metodo realistico di decisione e alla finzione di farlo valere come volontà generale. Il populismo appare più pro-

¹⁴ «Tuttavia, sebbene molti non obbediscano più come prima a indiscutibili comandamenti divini o ad argomentati, ma meno cogenti, principi di etica laica, i limiti da rispettare non cessano di esistere e non smettono di interrogare le coscienze, ponendole di fronte al conflitto tra assolutezza e relatività delle norme, tra la loro origine divina e umana o tra il miope interesse personale e l'esigenza, spesso sopita, di maggiore lungimiranza e apertura verso gli altri. Proprio perché la morale, al pari del diritto, è una faticosa, fragile e mutevole costruzione umana (non si sono forse visti, in tempi e latitudini differenti, idoli rovesciati, diritti calpestati, religioni scomparse, tavole di valori infrante?), essa deve incessantemente essere difesa dalle prevaricazioni, dagli abusi e dal caos». R. Bodei, *Limite*, Bologna, 2016, ed. digitale, cap. 3.

¹⁵ G.F. Zanetti, *Confini e limiti del diritto*, Napoli, 2020.

priamente una proposta di semplificazione del progetto democratico. Infatti, ne semplifica il concetto di popolo, nella misura in cui evoca l'immagine illusoria del 'popolo-Uno' e presuppone un'unanimità sociale; ne semplifica il sistema procedurale e istituzionale, attraverso una maggiore 'direttezza' e il ricorso frequente e mitizzato allo strumento referendario; ne semplifica la costellazione sociale e la trama poliarchica, puntando alla soppressione dei corpi intermedi e a favorire una comunicazione immediata tra il 'Capo' e il 'popolo-Uno', che è considerato, aggiungo con un occhio al padre dei populismi contemporanei, Carl Schmitt, una figura passiva e muta, tranne nel momento della acclamazione di un Capo»¹⁶.

In questo senso, ignorare la «teoria e pratica della dismisura» equivale a sottovalutare la potenza deformante ed eversiva celata nei concetti di "democrazia" e "sovranità". Per gli antichi, l'*apeiron*, l'illimitato, l'informe, la dismisura, la *ybris*, erano un aspetto dell'umano tanto potente quanto nefasto. Ma se allarghiamo lo sguardo, la storia europea è proprio storia di intreccio di *Kratos* ed *Ethos*, di *potenza* e ragione, di 'estremo' e limitato, di universalismo e particolarismo (si pensi alle vicende della nascita degli Stati e delle nazioni), di riconoscimento e dominio, di libertà e necessità, di violazioni dei diritti più elementari e di solenni proclamazioni degli stessi come fattori essenziali della legittimazione del potere. Per quanto riguarda la democrazia, da un lato Rousseau: «il corpo del popolo vuole sempre e comunque il bene di tutti e di ciascuno»; dall'altro però anche i tremendi, profetici versi di Hölderlin: «E un gusto / di morte afferra i popoli e le audaci / città». Un'idea di popolo e di sovranità che punti sull'illimitato, sui pieni poteri, sull'eccezionalismo, su una assolutezza del governo degli uomini (e non delle leggi) rischia di diventare – e storicamente è diventata – un travisamento del politico grottesco e potenzialmente mortifero: la maschera, evocata spesso da Kelsen sulla base di Nietzsche, del Volto di Gorgone del potere. Rispetto a tale aberrazione, la sovranità si configura, con maggiore aderenza storica e teorica al concet-

¹⁶ M. Ceruti, F. Bellusci, *Abitare la complessità*, Milano-Udine, 2020, ed. digitale.

to, come è tratteggiata nel paragrafo 275 delle *Grundlinien der Philosophie des Rechts* di Hegel, come qualcosa, un'istanza, un principio fondamentale che contiene «tutte le differenze entro di sé», dunque come *mediazione*; certamente non come «l'eliminazione dell'estraneo». Non si tratta solo di una questione teorica, racchiusa nelle pagine di libri: si tratta del presente, della sfida alla convivenza civile portata da situazioni complesse e rischiose, cui sarebbe esiziale non solo rispondere attraverso la scorciatoia dei semplicismi populistici, delle mitologiche identità di volontà generali fantasmatiche e legittimanti nuovi autoritarismi, ma anche attraverso – ed echi inquietanti di clangori bellicistici si odono in questi tempi di guerra – costruzione di nuovi 'nemici' e di nuove riesumazioni del volto guerresco e distruttivo, mai vittorioso, delle sovranità.

Capitolo 2

Realismo critico e positivismo

In questo intervento solleciterò la antica dicotomia/endiadi ‘diritto e violenza’ per scandagliare le condizioni di possibilità del superamento della alternativa ‘apologia-utopia’ – secondo la fortunata espressione di Martti Koskenniemi – in vista di un realismo che non precipiti nel cinismo e nella sconsolata e passiva accettazione della realtà, ma nemmeno si concluda in immaginazione normativa, irenistica e idealistica, compiuta nel nitore e nella coerenza logica di catene argomentative¹.

Quanto più il diritto diventa un ambiente complesso e poco decifrabile non solo dai profani, tanto più forte si fa l’esigenza di quadri interpretativi netti, che però scontano il rischio esiziale del semplicismo e della ablazione di interi pezzi di realtà. Fare i conti con la crescente distanza tra diritti proclamati ed effettività degli stessi, con le contraddizioni dell’universalismo (la cui rilevazione per nulla può ridurre la tensione parenetica e politicamente progressiva dello stesso), con l’irrimediabile duplicità, ambiguità, storicità, polemicità, a volte contraddittorietà dei concetti giuspolitici, è però necessario se si pensa, come credo sia, il lavoro intellettuale necessariamente innervato di impegno civile e scelta pubblicamente espressa. Sia chiaro: la centralità euristica dell’ambivalenza, che qui si propone, non equivale in alcun modo allo sfumare della nettezza del «giudizio valutativo», bensì è funzionale ad una sua più forte strutturazione. La capacità di individuare le zone grigie, le

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

sfumature dei concetti, gli slittamenti semantici e a volte morali, corrisponde esattamente al rifiuto deciso (uso le parole di Johan Huizinga, un grande sismografo della catastoficità dell'«indebolimento della passione critica, di un intorbidimento del potere critico, di un tramonto del bisogno di verità»)² di un pensiero intimamente antinomico e ambivalente, irresponsabile. In tal modo, mettendo a frutto la consapevolezza della complessità, il disincanto può non diventare, per una analisi necessariamente animata da passione civile, distacco; l'orientamento teorico può non tradursi in oblio della memoria storica, (il che comporterebbe lo scotto di una riduzione patologica a quel «presente permanente» di cui ci parlava Hobsbawm); l'intrinseca ambivalenza dei concetti del diritto e della politica può non trasformarsi in sconsolata accettazione della fattualità (o in mero utopismo moraleggiante dove si sovradetermini una sorta di impoliticità distaccata dal reale).

Per quanto riguarda invece più direttamente la filosofia del diritto, il riconoscimento (non paralizzante) della complessità forse è la residuale condizione di possibilità di un positivismo giuridico che rifugga da un'impostazione paleolegalistica ed esclusivistica, ma anche dallo sfumare delle distinzioni tra etica e diritto, con conseguenti, e nefaste, giuridicizzazioni dell'etica ed eticizzazioni del diritto. Si tratta, in altri termini, di pensare/ripensare il positivismo come, essenzialmente, realismo critico, vale a dire alla stregua di un atteggiamento conoscitivo ma non indifferente che, pur marcando una necessaria distinzione tra diritto e morale, non ometta la centralità del nesso tra giustificazione e obbligatorietà delle norme; come un metodo che pur accentrandosi sull'elemento volontaristico del diritto, non ne occulti la necessaria dimensione normativa, conoscitiva, interpretativa e relazionale; infine, come 'presa di posizione', 'scelta politica', che rifugga da un nichilismo che troppo spesso, ingiustamente, gli è stato attribuito (e in certi casi rivendi-

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

cato), anche dopo quella fortunata conciliazione con il giusnaturalismo risoltasi in costituzionalismo *tout court*, senza prefissi. Positivismismo che è, insomma, «rigore contro furore», direbbe Norberto Bobbio, ma che è anche, contro ogni disumanizzazione palese o nascosta, ricerca di quella che Eugenio Montale definiva la più «difficile delle virtù», la «decenza quotidiana»³.

Mutuo l'espressione 'realismo critico' da un bel saggio in cui, con riferimento al pensiero di Danilo Zolo e collegando questo al 'negativismo' di Judith Shklar e all'idea di 'critica immanente' di Rahel Jaeggi, l'orizzonte di senso di questo approccio è individuato nella riduzione della violenza e della paura a cui il diritto non può non tendere. Il diritto ha una funzione essenzialmente catecontica, limitante, ordinante, neutralizzante. Per il 'negativismo' o realismo critico, «il sistema politico deve concentrarsi sulla limitazione del danno, sull'assicurare le condizioni e i meccanismi istituzionali che, attraverso la dispersione e distribuzione del potere, possano contrastare arbitrii e brutalità»⁴, che vanno doverosamente accertate e registrate, per poter essere meglio contrastate e limitate. L'accertamento del 'negativo' non è quindi fine a se stesso, né è tanto meno malia (semmai è, come ha scritto Franco Cassano in riferimento a Primo Levi, «capacità di contrastare ogni pigra presunzione del bene»)⁵: come la stessa Shklar ha notato, il senso di ingiustizia è forse il maggiore catalizzatore della ricerca «di norme migliori e potenzialmente più egualitarie»⁶. In assenza di ciò, che non è affatto un abbandono ad una antropologia irredimibile ma è la ricerca di una decenza troppe volte smarrita nella dissolvenza del senso 'pubblico' del diritto, rimane solo da registrare quel portato corrosivo dell'ingiustizia e delle esclusioni crescenti e perduranti (e

³ Traggo le citazioni di Bobbio e Montale rispettivamente da T. Greco, *Norberto Bobbio e la scienza del potere*, in N. Bobbio, *Il problema del potere*, e da C. Galli, *Premessa. L'inumano e oltre*, cit., p. 18.

⁴ E. Orrù, *Il realismo critico. Un programma di ricerca a partire da Danilo Zolo*, in "Jura Gentium", 1-2021.

⁵ F. Cassano, *L'umiltà del male*, Roma-Bari, 2011, p. 27.

⁶ J.N. Shklar, *I volti dell'ingiustizia*, tr. it. Milano, 2000, p. 128.

ciò essenzialmente a causa della ‘naturalizzazione’, certo favorita da una certa pigrizia della critica, di decisioni umane e contingenti, la cui contingenza il positivismo giuridico contribuisce a svelare) che è il «veleno del risentimento»⁷.

Non è certamente la sede per tracciare i contorni del sentiero stretto, ma necessario, che ha condotto e ancora deve condurre il positivismo a produrre una rappresentazione del diritto certamente scevra dalla staticità giusnaturalistica, ma nemmeno precipitante nel nichilismo giuridico di ogni Trasimaco presente e passato: questo esito è a mio parere negato alla radice da quella insopprimibile (e moderna) tensione essere/dover essere che innerva la prestazione intellettuale del suo più importante rappresentante, Hans Kelsen, dal quale mai è stata sostenuta la tesi della mera fattualità del diritto (semmai quella di un’origine fattualistica del diritto che necessita di essere inquadrata/imbrigliata da una rete di norme: l’intreccio tra conoscenza e volontà, molto spesso mal interpretato, è una delle chiavi d’accesso privilegiate al suo pensiero): lo scarto, la mai perfetta coincidenza tra diritto e realtà sociale è la chiave per la comprensione della perdurante presenza e del rilievo che ha la nozione di effettività nella analisi kelseniana della «potenza normativa del diritto»: l’effettività è il «realizzare l’ordine voluto ed esplicitato dalla norma»⁸, vale a dire la mai compiuta ma sempre *in fieri* realizzazione del progetto giuridico di neutralizzazione attiva del conflitto: il diritto è appunto, per Kelsen, tecnica e progetto (ma si noti che del suo pensiero è stato più valorizzato il primo aspetto, quello

⁷ R. Girard, *Il risentimento*, tr. it. Milano, 1999, p. XI. Questa categoria è oggi illuminante per spiegare le ragioni per cui, dimentichi dei suggerimenti metodologici del positivismo, il senso critico venga offuscato nel considerare i vizi di un sottosistema sociale (prendiamo ad esempio l’università) come frutti marci di chissà quali fosche antropologie destinali e non, invece, come sarebbe certamente più utile considerare, il portato di leggi sbagliate e di una certa qual miopia della critica, tutta imbozzolata nel proprio *particolare*. Su «web, scuola e università» come «opifici di demenza» (laddove le ultime due dovrebbero essere, come ammoniva Calamandrei, organi della democrazia e della Costituzione) vedi S. Ferlito, *Il volto beffardo del diritto*, Milano-Udine, 2019, cap. 3.

⁸ A. Catania, *Diritto positivo ed effettività*, Napoli, 2009, p. 11.

del diritto come ‘tecnica’, che non il secondo, il che spiega la circostanza per cui raramente vi è stata quella necessaria lettura unitaria di un quadro teorico che pare schizofrenicamente scisso tra teoria generale, diritto internazionale e scienza politica, e la proiezione di un’ombra di pura marca psicoanalitica).

Il positivismo giuridico, nelle sue ultime evoluzioni, è stato molto adeguatamente definito come una sorta di ricerca dei limiti⁹, intesi questi ultimi sia come tracciamento dei confini epistemici del suo oggetto, il diritto, sia come limiti normativi interni, elemento sostantivo della validità giuridica, hartiano contenuto ‘minimo’ (anche delle ‘procedure’, secondo Fuller)¹⁰. Che tale elemento sostantivo sia rappresentato anche da valori, però, non deve fare velo sul fatto che la logica valoriale è potenzialmente conflittuale, non esclude – come ha opportunamente notato Francesco Riccobono – l’occorrenza, di cui il «giusmoralismo» non si avvede, del ‘valore cattivo’¹¹ né una problematica implementazione attraverso il diritto degli stessi se è vero, come rilevò Alfonso Catania, che «quanto più i valori sono specifici (...) tanto minore è la possibilità di mutamento e di dinamismo della società che ne viene regolata»¹².

D’altronde, il positivismo è una teoria che quasi strutturalmente si pone come una teoria dinamica, trasformativa del diritto. Il superamento della sua staticità, tuttavia, non è né facile né scontato: per usare le parole di Cass Sunstein, «il disaccordo politico è – negli ordinamenti contemporanei – la fonte sia del pericolo più

⁹F.J. Ansuátegui Roig, *Norme, giudici, Stato costituzionale*, tr. it. Torino, 2020, p. 91.

¹⁰Su questo autore tanto importante quanto per molto tempo sottovalutato in Italia un rimando va all’opera di analisi del suo pensiero effettuata da Andrea Porciello.

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

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

grave sia della sicurezza più grande»¹³. Inoltre, e ciò nega ogni validità a forme esplicite o latenti di positivismo ideologico (*iustum quia iussum*), non solo, *di per sé*, le istituzioni non realizzano società degne, non solo la forma-Stato non «predetermina alcunché», ma ciò che davvero conta nella valutazione del diritto e della sua piena validità sono «gli ideali politici sostanziali» dai quali le istituzioni sono mosse e i cui scopi attuano¹⁴. Questa ambiguità strutturale della interrelazione di diritto, politica e valori, che segna anche la valenza di un concetto come il succitato ‘istituzione’¹⁵, pone una serie di questioni che interrogano sia sul senso della filosofia del diritto, sia sui suoi metodi. La prima che emerge, trattando di positivismo giuridico, è la sempre più ricorrente domanda sui *confini* della filosofia del diritto, che si traduce in una sorta di ripulsa verso le metodiche positiviste: la filosofia del diritto dovrebbe pertanto evolvere verso una sorta di filosofia morale allargata; si assumono come trasimachee (o quanto meno alquanto insensibili e inservibili verso il parossismo mortifero del potere) tutte le forme, anche le più blande, di non-cognitivism etico, che sono giudicate essere non compatibili con il costituzionalismo (in ciò riproponendo, aggiornandole, le critiche di Nicola Matteucci e di Sergio Cotta al positivismo giuridico)¹⁶; l’orientamento alla valenza storica e politica delle questioni giuridiche è accusato di generare forme più o meno consapevoli di storicismo e di pessimismo antropologico che destinano il diritto a una sorta

¹³ C. Sunstein, *A cosa servono le Costituzioni*, tr. it. Bologna, 2006, p. 331.

¹⁴ M. Koskeniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni*, tr. it. Roma-Bari, 2012, pp. 219-220.

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

¹⁶ Ritengo che al fondo di tale appunto vi sia l’equivoco della indistinzione tra scetticismo e relativismo, e tra relativismo *tout court* e relativismo moderato, dove quest’ultimo non è affatto impermeabile a forme di moderato oggettivismo.

di (contraddittorio) quietismo sfiduciato¹⁷, fundamentalmente nichilista.

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

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

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

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

quando l'orientamento sociale maggioritario (e non per questo tale orientamento diventa 'democratico') sia prevalente nel considerarla legittima²⁰. Allo stesso modo, una strategia siffatta può condurre la teoria democratica al di là dell'alternativa secca tra un proceduralismo spolticizzante e privo di respiro progettuale, da un lato, e la ricerca di inesistenti 'sostanze' perdute, magari con l'indigeribile condimento costituito da ridicole sacralizzazioni, magari a base psicoanalitica, dell'Uno teologico della volontà generale: in fondo, e come mi ha fatto opportunamente notare Luigi Alfieri, parlare di 'postdemocrazia' presuppone la certezza dell'esistenza di un mitologico 'prima' che parla con la voce gergale (e pericolosa) dell'autenticità²¹, ma che di fatto occulta il *Wesen*, l'essenza della stessa democrazia: il sentimento antioligarchico che è alla base del difficile compromesso tra individuo e collettività, tra unità e pluralità, tra rappresentatività e rappresentazione.

La democrazia è costitutivamente 'sentimento antioligarchico', 'protesta contro il tormento dell'eteronomia' (Kelsen), volontà di 'obbedire a se stessi' (Rousseau). Kelsen individua una radice essenzialmente anarchica, antigerarchica, della democrazia («è un uomo come me, siamo uguali, che diritto ha dunque di comandarmi?»), salvo poi precisare che questo sentimento di libertà individuale deve 'denaturarsi' per potersi conciliare con un ordine sociale: «Nel caso limite in cui 'tu devi' dell'imperativo sociale vien

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

²¹ La *communitas* 'murata', immaginosamente compatta e priva di striature, separata, autoreferenziale e fondamentalmente idiota è una «forma parossistica, e insieme parodica, che si produce ogni qual volta nella 'improprietà' del comune torna a riaffacciarsi il richiamo del proprio, la voce dell'autentico, la presunzione del puro. Non è inutile osservare che *communis*, sempre nella sua accezione primitiva, valeva, oltre che per 'volgare', 'popolare', anche per 'impuro': *sordida munera*. Si direbbe sia proprio questo elemento misto, meticcio, che non solo il senso comune, ma anche il discorso filosofico-politico non riesce a tollerare allorché torna a concentrarsi nella ricerca del proprio fondamento essenziale». Così R. Esposito, *Communitas*, Torino, 1998, pp. XXVIII-XXIX.