

Volume 22

[2016] C.E.L.B.

Issue 2

# THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

FALL 2016

PENSARE IL *CONTRACT* ANGLOSASSONE  
A PARTIRE DALLA PROMESSA

*Davide Gianti*

GENEALOGIA DEL *NOMOS*.  
LO 'SPAZIO' COME FORMA DEL PENSIERO  
IN CARL SCHMITT

*Mauro Balestrieri*

IL PROBLEMA DELLA SOVRANITÀ  
IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

*Antonio Cucinotta*

THE CARDOZO INSTITUTE  
ISSN 1128-322X

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

SUBMISSIONS: The Cardozo Law Bulletin only accepts submissions made in accordance with the MLA (Modern Language Association) style, the most commonly used to write papers and cite sources within the liberal arts and humanities.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

MANAGING EDITOR: Cristina Costantini

REFEREES: Ermanno Calzolaio, Daniela Carpi, Maria Rosaria Marella, Giovanni Marini, Roberto Pardolesi, Giovanni Pascuzzi, Federico Pizzetti, Giovanni Maria Riccio, Giovanni Sciancalepore, Salvatore Sica, Andrea Zoppini

© 1995-2016 The Cardozo Institute

# THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

---

VOLUME XXII

FALL 2016

NUMBER 2

---

## CONTENTS

### ARTICLES

PENSARE IL *CONTRACT* ANGLOSASSONE  
A PARTIRE DALLA PROMESSA

*Davide Gianti*

GENEALOGIA DEL *NOMOS*.  
LO 'SPAZIO' COME FORMA DEL PENSIERO  
IN CARL SCHMITT

*Mauro Balestrieri*

IL PROBLEMA DELLA SOVRANITÀ  
IN PROSPETTIVA COMPARATISTICA

*Antonio Cucinotta*

GENEALOGIA DEL *NOMOS*.  
LO ‘SPAZIO’ COME FORMA DEL PENSIERO  
IN CARL SCHMITT

---

*Mauro Balestrieri*

\*

Il soggetto e l’oggetto forniscono una cattiva approssimazione del pensiero. Pensare non è né un filo teso tra un soggetto e un oggetto, né una rivoluzione dell’uno intorno all’altro. Il pensare si realizza piuttosto nel rapporto tra il territorio e la terra.

G. DELEUZE–F. GUATTARI, *Che cos’è la filosofia?* (1991)

I.

Come è stato efficacemente scritto, forse esiste un «ineffabile della legge»<sup>1</sup>, una presenza subliminale e «spettrale»<sup>2</sup> della stessa che non si lascia racchiudere o neutralizzare dalla semplice amministrazione del giuridico, ma che persiste — sotto forma di ‘archetipo’ e di ‘traccia’ — negli *spazi striati* che la compongono. Questo ‘ineffabile’ della legge, questa morfologia incatturabile divisa tra il regno della

---

<sup>1</sup> P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma–Bari, 2013, p. v.

<sup>2</sup> C. COSTANTINI, *Comparazione giuridica e geopolitica critica. Per una contro-narrativa sulle tradizioni*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 17 (2), 2011, pp. 1–24.

forma e quello dell'ontologia, è anche il suo principio e il suo inizio: un principio che funge tanto da traccia, quanto da *arche*-tipo della sua concreta esistenza.

Il termine *archè* — nella sua plurivoca accezione di 'origine' e di 'insorgenza' — si presenta con nettezza all'interno dell'ampia e copiosa riflessione sul diritto che verrà condotta, nel corso di gran parte del Novecento, dalla penna sapiente del giurista Carl Schmitt<sup>3</sup>. Esso fa la sua prima, eclatante apparizione in *Tre tipi di pensiero giuridico* (1934): qui, commentando la filosofia politica di Thomas Hobbes, ed in particolare il celebre motto "*auctoritas, non veritas facit legem*", Schmitt rileva come l'atto del sovrano che *instaura* l'ordine giuridico non possa essere spiegato, trivialmente, sulla base di una previa disposizione normativa (poiché, altrimenti, di mera applicazione della medesima si tratterebbe), né per via della riproposizione di un ordinamento già sussistente e ri-emergente (aspetto che, in modo analogo, richiamerebbe la semplice restaurazione di un assetto politico anteriore). Al contrario, l'atto dell'instaurazione vale come un «principio assoluto», ossia come una «decisione sovrana» che scaturisce da «un nulla normativo e da un disordine concreto»<sup>4</sup>. In altri termini, il gesto sovrano, il suo *esser-ci* in

---

<sup>3</sup> In merito, si veda soprattutto l'ampio ed esaustivo contributo di C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 338, nt. 9, e ss.

<sup>4</sup> C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 263-4. Il celebre aforisma di Thomas Hobbes è contenuto nel libro 26, parte II della versione latina del *Leviatano* — si veda ID., *Il Leviatano*, I, UTET, Torino, 1955, p. 303 e ss. Che la decisione promani teologicamente dal 'nulla' è asserzione particolarmente frequente nelle argomentazioni schmittiane: in tema, cfr. ad esempio C. SCHMITT, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Settimo Sigillo, Roma, 2007, p. 44: «La decisione che è implicita nella legge, considerata sotto l'aspetto di norma, è nata dal nulla. Essa è "dettata" per definizione»; nonché, ID., *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 56: «Dal punto di vista del contenuto della norma che sta a fondamento, ogni momento decisionale costitutivo specifico è

quanto *archè*, appare per Schmitt inspiegabile e coesistente alla sua stessa insorgenza, vale a dire immanente al darsi del suo momento onto-generativo<sup>5</sup>. L'improvvisa manifestazione dell'autorità sovrana 'pacificatrice' si identifica, così, nella *creatio ex nihilo* di una *morfe* giuridica, cioè nell'abbrivio stesso di quella normatività statale che attraverso i dispositivi del 'caso di emergenza' e della 'crisi eccezionale' implicherà la persistente ri-emersione della matrice politica 'pura' soggiacente alle spalle dello Stato. Come pure farà notare Giorgio Agamben, non è un caso allora che il sostantivo *archè* si colori — prima di tutto in senso etimologico — di una duplicità di significato richiamante sia il 'principio', sia il 'comando'. Solo in questo senso si può dunque comprendere come «tanto nella nostra tradizione filosofica che in quella religiosa, l'origine, ciò che dà inizio e pone in essere, non è soltanto un esordio, che scompare e cessa di agire in ciò a cui ha dato vita», ma è anche e soprattutto «ciò che ne comanda e governa la crescita, lo sviluppo, la circolazione e la trasmissione — in una parola, la storia»<sup>6</sup>. Non stupisce, così, l'uso che ne farà nuovamente Schmitt in un'altra delle sue opere maggiori, *La dottrina della costituzione* (1954). Qui, il concetto sembra indissolubilmente legarsi alla nozione tecnica di 'potere costituente', nei termini di quella che il giurista tedesco definirà giustappunto l'«origine della Costituzione» (*Entstehung der Verfassung*). Il potere costituente, per Schmitt, non è affatto una forza 'arcaica'

---

qualcosa di nuovo e di esterno. In senso normativo, la decisione è nata dal nulla. La forza giuridica della decisione è qualcosa di diverso dal risultato del suo fondamento».

<sup>5</sup> L'inizio di un ordinamento giuridico, per Schmitt la sua 'cruda origine', può ripresentarsi costantemente sotto le forme di un *a-venire* della decisione sovrana sul caso d'eccezione: quest'ultima — può anzi dirsi più nettamente — è l'origine stessa del politico in quanto *emergenza* del 'nuovo'. Su tutti questi aspetti, si rimanda ancora C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 339 e ss.

<sup>6</sup> G. AGAMBEN, *L'uso dei corpi. Homo sacer IV - 2*, Neri Pozza, Vicenza, 2014, p. 348.

abbandonata al ricordo di una fondazione mitico–narrativa; non è un semplice arco–passato rinchiuso nella memoria del proprio racconto. Al contrario, esso è l'*origine* della politica, una violenza ‘attiva’ e ‘decisionistica’, latente e sempre ‘innescabile’, in ciò istanza coattivamente creatrice di *nómos*<sup>7</sup>. Ma in questa spinta verso il ‘nuovo’, il politico puro attinge inevitabilmente alla sua ‘nuda origine’, ossia alla catastrofe del senso primigenio mancante. Attraverso la tensione reciproca tra ‘normalità’ ed ‘eccezione’, Schmitt proietta allora l’instabilità e l’insicurezza della «crisi» nello spettro esistenziale dello Stato, riproponendo lo schema di un *archè* in costante tensione ‘cinetica’ verso se stesso. Se quanto detto è vero, il gesto schmittiano vale, emblematicamente, ad introdurre il *paradigma discontinuistico* nel cuore profondo del ‘politico’, imprimendo quel ‘taglio’, quella ‘cesura’ — per esprimerci *à la* Foucault — che così marcatamente stravolgeranno il tradizionale approccio ottocentesco alla comprensione dell’ordinamento giuridico–statale<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 130: «*I. Presenza stabile (permanenza) del potere costituente*. Il potere costituente diventa attivo attraverso l’atto della decisione politica fondamentale. [...] Esso non può essere trasferito, alienato, assorbito o consumato. Per quanto possibile esso è sempre presente e si pone accanto e al di sopra di ogni costituzione da esso derivata e di ogni disposizione legislativa costituzionale vigente nell’ambito di questa costituzione». In merito, si vedano almeno C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 589 e ss.; ID., *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 32 e ss.

<sup>8</sup> Sull’emergenza della discontinuità quale strumento d’indagine e pratica oramai diffusa negli studi storici, cfr. M. FOUCAULT, *Il sapere e la storia*, cit., pp. 33–9, 81 e ss. Echeggia questo lessico lo stesso Schmitt quando, chiosando il pensiero di Gierke, affermerà che «[i]n occasione di mutamenti rivoluzionari della costituzione, si verifica una frattura del diritto, un’interruzione della continuità giuridica, che può essere giustificata sul piano etico o legittimata storico: ma resta una frattura del diritto», in C. SCHMITT, *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del ‘politico’*, cit., p. 50.

## II.

Si potrebbe forse dire che il contesto filosofico–politico qui brevemente tratteggiato non sia altro che il meccanismo inscritto nel gesto stesso della *fondazione*. Romolo uccide Remo e fonda l’Urbe: in questo evento archetipico, il distacco dalla violenza primigenia si atteggia attraverso le forme dell’ordine costituito, il quale a sua volta agisce come propaggine legittimata dall’uso estremo della forza<sup>9</sup>. In questo senso, la generazione *non si interrompe*: essa «si produce oggi, come prima della fondazione di Roma, come nel momento in cui prende forma la Repubblica»<sup>10</sup>. Come scrive anche Jean–Luc Nancy, con una circolarità che è perfettamente rappresentata dalla storia del politico, «[c]olui che fonda è sovrano [...], e colui che è sovrano fonda [...]»<sup>11</sup>. Il solco con il quale Romolo traccia i confini della città ed attraverso cui consacra il suolo urbano per la futura edificazione si intreccia con il colpo di spada inferto nella carne di Remo: l’ambiguità di questo taglio, di questa fenditura che spacca l’ordine naturale delle cose, è l’ambivalenza stessa della violenza sovrana, la quale «sta tutta tra queste due lame, dell’aratro e della spada, o nel fatto che la stessa lama possa assolvere i due compiti»<sup>12</sup>. Ma del tutto analogamente, questa medesima ambiguità risiede anche, come il pensatore francese subito aggiunge, «nel fatto che la fondazione è

---

<sup>9</sup> Cfr. ad esempio M. SERRES, *Roma, il libro delle fondazioni* (a cura di R. Berardi), Hopefulmonster, Torino, 1991, p. 166: «[a]l principio, la mattina della fondazione, due gemelli, il combattimento, l’assassinio: due racconti paralleli, due gruppi, due colline, due voli di avvoltoio. E dunque in principio c’è la violenza, che un solo dio, Marte, dio delle battaglie: e tutto viene da lui, consiste in lui, passa da lui: questo libro, come quello di Tito Livio, lo dimostra».

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 166.

<sup>11</sup> J.–L. NANCY, *La creazione del mondo o la mondializzazione*, Einaudi, Torino, 2003, p. 106.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 106.

senza fondo e il solco su cui si posa la prima pietra è al tempo stesso un taglio aperto»<sup>13</sup>.

È per questa ragione che, forse, porre l'accento sull'ambivalente intreccio di aratro e spada, di sangue e di terra, significa — ancora una volta — riaffermare il significato autentico che il termine νόμος (*nómos*) assume quale riserva di senso inscritta nell'essenza stessa della legge. Un termine che proprio dal verbo νέμειν (*nèmein*), con il significato ultimo di “catturare e spartire”, trae la sua più esplicita derivazione originaria<sup>14</sup>. Come ha mostrato esemplarmente Carl Schmitt nel suo *Il nómos della terra* (1950), «[i] grandi atti primordiali (*Ur-Akt*) del diritto restano [...] localizzazioni legate alla terra. Vale a

---

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 107. Per un efficace commento sulla violenza quale momento genetico del ‘politico’, si veda anche G. STRUMMIELLO, *Il logos violato. La violenza nella filosofia*, Dedalo, Bari, 2001, p. 305.

<sup>14</sup> La bibliografia disponibile su questo termine-concetto è tanto cospicua che risulta oramai profondamente difficoltosa qualunque completa ricapitolazione. Essa attraversa di fatto ogni ambito disciplinare e scientifico, prestandosi ad approfondimenti e discussioni tra le più differenziate. L'approccio che qui si propone, tuttavia, è maggiormente orientato al versante giuridico-politico che a quello linguistico, letterario o etimologico, di modo che si seguirà (come si potrà infatti rilevare *infra*) l'interpretazione che ne fornisce in tale direzione il giurista Carl Schmitt. La prospettiva giuridica è particolarmente evidente nelle analisi di M. CACCIARI, L. CANFORA, G. RAVASI, G. ZAGREBELSKY, *La legge sovrana. Nomos basileus*, Rizzoli, Milano, 2006. Per l'analisi di alcune interessanti ambivalenze del termine *nómos* nelle opere drammaturgiche greche, cfr. E.-M. HARRIS, *Antigone the Lawyer, or the Ambiguities of Nomos*, in AA.VV., *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens. Essays on Law, Society, and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 41–80. Da ultimo, cfr. anche il breve contributo critico di E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 122–37. Per un breve approfondimento, invece, di carattere storico-politico, e specificamente attinente al pensiero della greccità classica, cfr. C. MEIER, *La nascita della categoria del politico in Grecia*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 312–8, M. OSTWALD, *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1969, pp. 85–95 e J. DE ROMILLY, *La legge nel pensiero greco*, Garzanti, Milano, 2005, pp. 62–5; per un'indagine filologica, si veda E. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. I, Einaudi, Torino, 1976, p. 62, nonchè il classico F. HEINIMANN, *Nomos und Physis. Herkunft und Bedeutung einer Antithese im Griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Friedrich Reinhardt AG., Basilea, 1945, p. 65 e ss. In una prospettiva, al contrario, più spiccatamente filosofica, si vedano le notazioni di Gilles Deleuze e Felix Guattari in G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Millepiani. Capitalismo e schizofrenia*, Castelvechchi, Roma, 1987, p. 557. Per un parallelo tra la concezione schmittiana e quella dei due filosofi francesi, cfr. O. MARZOCCA, *La stanchezza di Atlante: crisi dell'universalismo e geofilosofia*, Dedalo, Bari, 1994, p. 144 e ss.

dire: occupazioni di terra, fondazioni di città e fondazioni di colonie»<sup>15</sup>. I diritti primitivi dei popoli (ma, in prospettiva, lo stesso diritto internazionale) traggono abbrivio da quell'originario criterio di azione che nella *primaeva apprehensio* condensa appunto il suo iniziale manifestarsi. Ogni istituzione di proprietà e ogni successiva spartizione, nonché la stessa dicotomia tra diritto pubblico e diritto privato, «deriva[no] giuridicamente dall'atto primordiale comune»<sup>16</sup> disperdendo nel ricordo immemorabile quell'iniziale gesto fondatore e la sua caratterizzazione a-prioristica o "categoriale", che valgono a costituirlo come «primo titolo giuridico» dell'umanità<sup>17</sup>. Esso è un grande evento della storia ed allo stesso tempo «l'archetipo di un processo giuridico costitutivo»<sup>18</sup>; è il *radical title* nel senso pieno del termine, la genesi del radicamento politico e sociale di ogni comunità e quindi il primo approccio violento (e giuridico) alla delimitazione regolamentata dello spazio. Questa è, per lo Schmitt del 1950, la forma originaria (arcaica) del 'politico': non più soltanto decisionismo o teologia politica, ma binomio *Ordnung/Ortung*, "ordinamento" e "localizzazione", quindi "occupazione di terra", tracciamento del *limes*, posizionamento dei cippi; in breve: delimitazione feroce di una precisa sovranità spaziale<sup>19</sup>.

---

<sup>15</sup> C. SCHMITT, *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "Jus Publicum Europaeum"* (a cura di E. Castrucci), Adelphi, Milano, 1991, p. 22.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>17</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 25.

<sup>19</sup> Come ha recentemente scritto R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Einaudi, Torino, 2016, p. 42: «la terra è per Schmitt soprattutto il principio del politico, quello su cui *nomos* e *kratos*, legge e potere, incidono linee di separazione che hanno reso alcuni popoli più forti di altri, perciò sottomessi ai primi. È sulla terra che da sempre sono confitte le insegne del potere. L'intero diritto pubblico europeo ha come unico punto di riferimento la terra, che esso solca, spartisce, confina secondo leggi che chiedono di essere rispettate. Ma la terra è soprattutto ciò che determina i rapporti di dominio».

Di qui, per usare le stesse parole di Schmitt, la ripresa ed il significato del termine *nòmos*: verso di esso il giurista tedesco è rivolto soprattutto con la finalità di «restituire a questa parola la sua forza e grandezza primitiva»<sup>20</sup>, quell'aura di autorità sacrale che storicamente si dava in ogni gesto di localizzazione spaziale. Ed ecco, pure, le ipotesi etimologiche che a tal proposito vengono gettate sul tavolo. Come più volte affermato in numerosi altri luoghi della riflessione schmittiana, *nómos* deriverebbe dal verbo *némein*, configurandosi emblematicamente come *nomen actionis*, ossia come sostantivo che deriva il contenuto della propria azione dalla stessa forma verbale di riferimento. Esso vale quindi come perfetto equivalente del tedesco *Nehmen* (prendere / conquistare), indicando in prima istanza la presa di possesso o la *cattura*, e risolvendosi poi (spazialmente) nell'atto di *conquista del territorio (Landnahme)*<sup>21</sup>. In second'ordine, *némein* è anche affine all'idea di spartizione e di divisione, nonché, in terzo luogo, all'opera della coltivazione e della produzione. Ora, è necessario notare che se ciascuno di questi tre processi rappresenta effettivamente «l'essenza di ciò che, finora, nella storia umana, è apparso come ordinamento giuridico e sociale»<sup>22</sup>, è in particolare nel *primo* significato, il più violento ed il più materico, che si incista quella carica di significato simbolico e politico che a tutt'oggi appare inesausta. La storia universale, come banalmente appare agli occhi di Schmitt, non è altro che la storia «del progresso — o forse anche soltanto del mutamento — nei mezzi e nei modi

---

<sup>20</sup> C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., p. 54.

<sup>21</sup> Cfr. C. SCHMITT, *Appropriazione, divisione, produzione. Un tentativo di fissare correttamente i fondamenti di ogni ordinamento economico-sociale, a partire da "nomos"*, in ID., *Le categorie del 'politico'* (a cura di G. Miglio), il Mulino, Bologna, 1972, p. 297 e ss.; nonché, ID., *Terra e mare*, cit., p. 73 e ss.

<sup>22</sup> C. SCHMITT, *Appropriazione, divisione, produzione*, cit., p. 299.

dell'appropriazione»<sup>23</sup>. È alla luce di questa precisa matrice mitico-arcaica, a lungo occultata dalla trattatistica posteriore sotto le spoglie di una menzognera traduzione in *legge* (*Gesetz*; o, in latino, *lex*), *regola*, o *norma* — termini che, per nulla sorprendentemente, costituiscono per Schmitt proprio i punti di innesto dell'odiato normativismo novecentesco — che il *nómos* disvelerebbe, ben al contrario, «la forma immediata nella quale si rende spazialmente visibile l'ordinamento politico e sociale di un popolo»<sup>24</sup>, quell'*origine* cioè che così poco interessa al moderno positivismo delle scienze naturali ma che, al contrario, può dirsi il luogo autentico da cui ogni successiva concezione del diritto trae forza e legittimazione. Infatti,

[i]l *nomos* [...], nel suo significato originario, indica proprio la piena “immediatezza” di una forza giuridica non mediata da leggi; è un evento storico costitutivo, un atto della *legittimità* che solo conferisce senso alla legalità della mera legge.<sup>25</sup>

In questa luce appaiono le antiche raffigurazioni del termine che è dato ancora rinvenire nei frammenti di Pindaro e di Eraclito, ma anche in Aristotele<sup>26</sup>. Ed è in questa stessa prospettiva che trae abbrivio il significato spaziale-concreto di quel gesto potente e

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 311.

<sup>24</sup> C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., p. 59.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>26</sup> Sulla ricorrenza del termine in Pindaro, soprattutto a riguardo del celebre frammento 169, si rimanda in particolare allo studio di M. GIGANTE, *Nomos Basileus*, Bibliopolis, Napoli, 1993, ed alla sua conclusione (*ibid.*, p. 92) secondo cui «*Nóμος* è il principio assoluto della divinità. L'assoluto divino, in Pindaro, ha come suo attributo la forza [...] e si svolge e si realizza nella violenza, anche estrema: allo sguardo religioso del poeta l'azione permanendo violentissima è tuttavia giusta; perché la giustizia è anch'essa attributo dell'Assoluto e dà il sigillo della giustificazione all'opera violenta». Sul medesimo tema è intervenuto anche G. AGAMBEN, *Homos sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, 1995, p. 37, ad avviso del quale «il *nómos* sovrano è il principio che, congiungendo diritto e violenza, li rischia nell'indistinzione. In questo senso, il frammento pindarico sul *nómos basileús* contiene il paradigma nascosto che orienta ogni successiva definizione della sovranità: il sovrano è il punto di indifferenza fra violenza e diritto, la soglia in cui la violenza trapassa in diritto e il diritto in violenza».

distributore inappellabile, di quel singolo atto di delimitazione e conformazione la cui semantica evocativa e ‘numinosa’ è stata del tutto distrutta dalla moderna scienza del diritto. *Nómos* è, così, «atto concreto di costituzione di un ordinamento e di una localizzazione nello spazio, vale a dire [...] *ordo ordinans*»<sup>27</sup>. Tutto ciò che viene dopo è semplice *conseguenza* di un momento *archetipico* costituente che, purtuttavia, è parimenti destinato a ripetersi in una dissoluzione e ricostituzione ciclica del primo atto ordinamentale, poiché questo è, ancora e sempre, il ‘destino’ della collettività umana, nel suo costante processo di conflitto, di appropriazione e di suddivisione dello spazio terrestre.

Un punto essenziale, in base quanto detto finora, deve però ancora venire rimarcato. La riflessione sul *nómos* terrestre non è, come apparentemente potrebbe sembrare, il punto di scaturigine universale del pensiero schmittiano. Il vero archetipo, qui, rimane pur sempre l’«atto di infrazione», quel processo antropologico-politico contraddistinto dall’essere una *forza* tanto creatrice, quanto dissolutrice della comunità politica, a partire dal quale si determina artificialmente ogni possibile ordinamento<sup>28</sup>. Per questo, come è stato efficacemente notato, il *nómos* è la «forma politica della violenza originaria», ordine generato non da una armonia ma «da un “taglio” e da una spartizione che crea uno spazio politico», quindi da una «apertura originaria» che getta la contingenza della vita giuridica nelle pieghe del divenire storico<sup>29</sup>. Vi è qui, ancora una volta, un pensiero del ‘fattuale’, una riflessione cioè su quell’elemento che vige in un gruppo di esseri viventi per il semplice fatto di sussistere, di

---

<sup>27</sup> C. SCHMITT, *Il nomos della terra*, cit., p. 70.

<sup>28</sup> Cfr. le riflessioni contenute in A. AMENDOLA, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, ESI, Napoli, 1999, pp. 119–31.

<sup>29</sup> C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 140.

vigere, e che riecheggia da vicino proprio uno dei significati più arcaici del termine greco, ossia la sua caratterizzazione esistenziale e dominante, così fisicamente calata nei modi di vita e di organizzazione di ciascun ordinamento normativo<sup>30</sup>. Da qui, anche, la ‘*regula*’ del diritto, il suo essere calcolo, solco tracciato nella terra e strumento calibrato di misurazione dello spazio: nello stesso modo in cui il ‘regolo’ matematico fornisce le istruzioni su come ripartire i limiti di un fondo, erigere divisioni e posizionare le pietre di confine, così le ‘regole’ del *nómos* disciplinano i rapporti tra proprietari, le distinzioni tra ciò che è ‘proprio’ e ciò che è ‘altrui’, per custodire così il ‘confine del ricordo’, ossia la rammemorazione perenne di quell’appropriazione violenta che ha preceduto la distribuzione successiva<sup>31</sup>. È questo carattere «categoriale» che impone di pensare «l’esito di un’evoluzione che ha origine nella materiale, spesso brutale, appropriazione della terra»<sup>32</sup>. Se il giurista romano Giulio Paolo ricordava che «il dominio ha avuto principio dal naturale possesso delle cose [...] le quali diventano immediatamente di chi ne prenda per primo il possesso»<sup>33</sup>, due millenni dopo Schmitt ritorna ancora su questo fondamentale insegnamento, per tentare di dare una forma concreta ed un principio giuridico al *sulcus primigenius* inscritto in ogni fondazione. Come efficacemente scriverà in un breve ma eclatante contributo, di pochi anni successivo alla sua opera maggiore

---

<sup>30</sup> Sulla derivazione dal ‘fattuale’ del termine *nómos*, si veda infatti C. MEIER, *La nascita della categoria del politico in Grecia*, cit., p. 313.

<sup>31</sup> Per queste intuizioni, si veda la bella analisi contenuta in U. VINCENTI, *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 8-14, il quale propone di considerare etimologicamente il tema nominale \**reg-* come luogo per eccellenza del rapporto violenza-diritto. Secondo l’A., esso permetterebbe infatti di restituire, forse ancor meglio del termine *nómos*, l’archetipo che Carl Schmitt ha cercato di esaminare nella sua densa riflessione sullo *jus publicum europaeum*.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>33</sup> Dig. 41.2.1.1.

(*Nomos – Presa di possesso – Nome*, 1959), «la presa di possesso della terra (*Landnahme*) è il presupposto di una divisione della terra (*Landteilung*) a partire dal quale si determina l’ulteriore ordinamento stabile»<sup>34</sup>. Essa, nelle parole di Schmitt, è il congiungimento di «*archia*» e «*crazia*», di origine e potere, di una spinta alla conquista dello spazio di cui il *nómos* stesso non è altro che la risultante politico–giuridico finale. Esso, infatti, «compenetra *archie* e *crazie*»<sup>35</sup> e compenetrandole vi si incista come *divisio primaeva*, ossia quale prima costituzione spaziale e suddivisione originaria della sovranità. In questo «inizio del diritto e della proprietà»<sup>36</sup>, il *nómos* ne realizza la *transizione* specifica che dalla violenza conduce all’ordine, dalla forza alla ‘regola’, senza tuttavia farlo cessare del tutto: proprio perché «relegat[o] nel suo subconscio»<sup>37</sup>, esso si muove e si agita nei risvolti dello spazio apparentemente pacificato dello *status quo*.

Dove conduca tutto questo è, se si vuole, presto detto. Schmitt attinge certamente ad un substrato di matrice mitico–arcaica, rispetto al quale la teoria del fondamento, così come delineata nelle sue ultime opere, è certamente una delle più suggestive raffigurazioni prodotte dalla scienza giuridica del XX secolo<sup>38</sup>. Ma se ciò è vero, se la descrizione della genesi della legge si mescola così sapientemente con una finzionalità narrativa e trans–istorica, ciò è anche per mostrare, con tutta la sua valenza, il gesto del *prendere*, del *conquistare*, dello *strappare* all’ordine naturale una risorsa che giace da sempre nella sua libera sconfinatezza: attraverso l’uso della tecnica giuridica, il bene

---

<sup>34</sup> C. SCHMITT, *Nomos – Presa di possesso – Nome*, in ID., *Stato, grande spazio, nomos*, Adelphi, Milano, 2015, p. 346.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 341.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 352.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 347.

<sup>38</sup> Sul significato della natura ‘mitica’ e fondativa del *nómos* in Schmitt, cfr. da ultimo E. CASSINI, *Introduzione a Carl Schmitt*, il Melangolo, Genova, 2016, p. 197 e ss.

viene sottratto e subito reimmesso nel circuito opposto del ‘politico’, dell’universo organizzato, formato e delimitato, e ciò grazie ad una spinta artificialistica ed ingegneristica di cui proprio l’arcaico significato del termine *nómos* sembra ancora echeggiare il senso<sup>39</sup>. In questa prospettiva, ben si mostra, come efficacemente dimostrato, quell’«Ordine che si rende visibile solo attraverso il disordine; che è ordinante perché sa prendere, recintare, e quindi al contempo escludere»<sup>40</sup>. In questo essere Origine e Forma, ‘irruzione violenta’ e ‘grande appropriazione’ (*Nahme*), il *nómos* è davvero, per usare un’allitterazione dallo stesso Schmitt impiegata, il «nome (*Name*)» del ‘politico’, ossia l’appellativo arcaico della sua struttura ordinante in quel congiungimento epocale che combina il passato col moderno<sup>41</sup>.

Così, in Schmitt, è l’atto del *némein*, la sua ricorrenza arcaica ma apparentemente dimenticata, ad assegnare questa ‘spaccatura’ violenta all’ordine genetico del diritto. Una logica che diviene quindi *pratica della fondazione*, ossia della traduzione dell’atto violento in realtà politico-geografica effettuale e ben determinata<sup>42</sup>. Nessuna «norma fondamentale (*Grund-Norm*)» sta allora in principio, ma soltanto una

---

<sup>39</sup> Con riferimento all’artificialismo del *nómos* schmittiano, si veda P.P. PORTINARO, *Appropriazione, distribuzione, produzione. Materiali per una teoria del “nomos”*, Franco Angeli Editore, Milano, p. 28, il quale, poco dopo (*ibid.*, p. 30), ricorda la valenza di questo termine nelle *Leggi* di Platone, ove il principio di una pianificazione utopica è portato avanti proprio con «la decisione del legislatore di costruire *ex novo* un ordine sociale».

<sup>40</sup> C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 881.

<sup>41</sup> Come scrive P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Edizioni di Comunità, Milano, 1982, p. 95 i tre basilari significati forniti da Schmitt al termine greco «[n]ella loro semplicità [...] definiscono tre modalità originarie dell’agire sociale, alle quali posso essere ricondotti i problemi fondamentali che concernono l’esistenza sociale degli uomini in ogni fase della storia. A qualsiasi livello di sviluppo dell’organizzazione della convivenza umana, dalle società patriarcali a quelle post-industriali, si è infatti preso, spartito e prodotto».

<sup>42</sup> Su tali aspetti, che valgono a congiungere sincronicamente ‘guerra’, ‘*nómos*’ e ‘sovranità’, cfr. M. CACCIARI, *Geo-filosofia dell’Europa*, Adelphi, Milano, 1994, p. 29 e ss.

«presa di possesso fondamentale (*Grund-Nahme*)»<sup>43</sup>. Ben diversamente da quanto avviene proprio in Kelsen — in cui, come si è visto, l'arcaico esiste, ma al solo scopo di essere negato — in Schmitt esso si mostra all'opposto come *gesto primordiale* di configurazione e *riproposizione* di una precisa spazialità giuridica. L'*apprehensio* della terra intesa come dinamica primigenia ma allo stesso destinata al ripetersi, è allora la prima insorgenza di una coazione alla cattura ed alla conquista materiali che rimangono la cifra perfetta sia della terminologia, sia dell'esistenza storica della legge<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> C. SCHMITT, *Nomos – Presa di possesso – Nome*, cit., pp. 352–3.

<sup>44</sup> Come spiega Schmitt, dalla presa di possesso della *terra* dell'epoca nomadica e agrario-feudale, si passa infatti alla presa di possesso del *mare*, e poi a quella dell'*industria*, fino a quella contemporanea dell'*aria* e dello *spazio*. Come si vede, il meccanismo è destinato a rimanere il medesimo nell'arco di tutta la storia dell'umanità. Per un'analisi rispetto proprio alle evoluzioni del processo appropriativo dettate dai progressi compiuti dalla tecnica, tali da giungere oggi financo alle frontiere dell'occupazione del *web* e dei circuiti informatici, cfr. L. RONCHETTI, *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Jovene, Napoli, 2007, p. 204.