

Mauro Balestrieri

La legge e l'arcaico

Genealogia comparata dell'ordine moderno



Esiste qualcosa di impercettibile e di fondamentale che giace da sempre al cuore del diritto: la questione dell'origine. Tradizionalmente considerato come un immenso *tabù* — una sorta di *arcanum* in cui 'politico' e 'giuridico' si indeterminano pericolosamente — il tema del cominciamento della legge sfugge, a tutti gli effetti, dalle preoccupazioni usuali del giurista. Partendo dal recente dibattito scaturito in ambito internazionale sul tema delle *legal origins*, nonché attraverso una riconfigurazione complessiva della metodologia comparatistica, lo scopo del presente volume consisterà nell'indagare lo svolgersi di quei processi costituenti (politici, filosofici, religiosi e antropologici) che innervano archeologicamente le forme del diritto. In un ampio scenario intellettuale, lo studio verrà condotto per mezzo di una rilettura intensa e originale delle maggiori opere di Thomas Hobbes, Hans Kelsen, Carl Schmitt, Hans J. Morgenthau, Sigmund Freud e Walter Benjamin. Di fronte alle pratiche del nuovo ordine mondiale, a quei cambiamenti improvvisi di sovranità che conducono all'affermazione sempre più incisiva della violenza dell'economico, l'enigma dell'origine della legge — il suo *initium* e il suo comando — torna come spettro pronto per inquietare la simbologia positivista del diritto. Nella sfasatura tra passato e presente, tra arcaico e contemporaneo, il tempo puro diviene così il tempo della rappresentazione, del ri-presentarsi dell'origine: in breve, il tempo per il dischiudersi dell'*arché* della legge.

MIMESIS / THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN MONOGRAPH SERIES

N. 1

Direzione Scientifica:
Pier Giuseppe Monateri

COMITATO SCIENTIFICO

Maria Rosaria Ferrarese, Peter Goodrich, Horatia Muir Watt, Maria Rosaria Marella, Giovanni Marini, Ugo Mattei, William MacNeil, Roberto Pardolesi, Richard K. Sherwin, Alessandro Somma, Mikhail Xifaras, Ian Ward.

La collana “THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN MONOGRAPH SERIES” è aperta ed accetta nuovi contributi.

Gli Autori che intendano inserire un lavoro nella presente collana debbono inviarne copia al Direttore, che ne apprezza preliminarmente l’ammissibilità con l’ausilio dei membri del Comitato Scientifico. In caso di valutazione positiva, il lavoro viene sottoposto a *peer review*, secondo il sistema del doppio cieco.

L’assegnazione della revisione è determinata dal Direttore in relazione alla competenza della materia trattata. I revisori designati esprimono il proprio parere – rispettivamente di accettazione, o di accettazione previa revisione, o di non accettazione – esprimendosi sull’originalità nella trattazione, sul rigore metodologico, sulla rilevanza scientifica del tema.

Il lavoro è accettato per la pubblicazione solo nel caso in cui entrambi i pareri resi dai *referees* siano positivi. Nel caso in cui i revisori richiedano modifiche, la valutazione in ordine al definitivo recepimento delle stesse è rimessa al Direttore. In caso di pareri discordi dei due *referees* originariamente indicati, si procede ad una terza revisione.

Il presente volume è stato sottoposto a referaggio.



MAURO BALESTRIERI

LA LEGGE E L'ARCAICO

Genealogia comparata dell'ordine moderno

 **MIMESIS**

MIMESIS EDIZIONI (Milano – Udine)
www.mimesisedizioni.it
mimesis@mimesisedizioni.it

Collana: *Cardozo Scientifica* n. 1
Isbn: 9788857542997

© 2017 – MIM EDIZIONI SRL
Via Monfalcone, 17/19 – 20099
Sesto San Giovanni (MI)
Phone: +39 02 24861657 / 24416383

INDICE

INTRODUZIONE	
SISTEMI GIURIDICI, FAMIGLIE GIURIDICHE, OLTRE LE <i>LEGAL ORIGINS</i>	9
CAPITOLO I	
MARGINI DELLA COMPARAZIONE	35
1. Metaforologia giuridica	37
2. Allegorie del 'politico'	46
3. La 'traccia' allegorica e l'anima della comparazione	49
4. Figure (e metodi) della comparazione	67
5. Il «confine» e lo «scarto»	73
6. Arcaico e contemporaneo	85
CAPITOLO II	
ARCHEOLOGIA DEL FONDAMENTO: IL <i>RIM OSSO</i> DELL'ORIGINE	97
1. Il pensiero dell' <i>arché</i>	99
2. Semantica e origine della legge	103
3. Genealogia 'critica'	105
4. Disarticolazione del fondamento in Carl Schmitt e Hans J. Morgenthau	111
5. L'ordine del diritto: la teoria delle fonti in Hans Kelsen	116
6. Aporie costituenti	124
7. Sigmund Freud, ovvero l'origine 'totemica' del diritto	128
8. Psicopatologia del 'politico'	138
9. Il volto della 'Gorgone'	145
10. Per un'ermeneutica del fondamento	152
CAPITOLO III	
<i>VORIII</i> . IL NOME PROPRIO DELLA VIOLENZA	161
1. <i>Pólemos</i>	163

2. <i>Nómos</i>	166
3. <i>Gewalt</i>	174
4. <i>Recht</i>	185
5. Sacrificio	194
CAPITOLO IV	
VOLONTÀ, POTENZA, CREAZIONE: <i>SEGNATURE</i> 'TEOLOGICHE'	
NEL LESSICO DEL 'GIURIDICO'	205
1. La 'sovranità' dell'artista	208
2. I demiurghi della legge	213
3. La 'potenza' del Politico	227
4. Neutralizzazioni	240
5. All'origine dell'ordine: la teorica della ' <i>creatio ex nihilo</i> '	252
6. Il numinoso	260
7. Tra immanenza e trascendenza: il paradigma della ' <i>potentia Dei absoluta</i> '	274
8. <i>Lex loquens</i>	291
9. L'ulteriorità ontologica del potere costituente	310
CAPITOLO V	
OLIRE IL TEOLOGICO-GIURIDICO? LEGGE, GOVERNO, ECONOMIA	321
1. Potere, <i>leadership</i> , carisma	322
2. Immanenze	331
3. Legittimità e secolarizzazione	336
4. Ierofanie e profanazioni	342
5. Teologia economica	356
BIBLIOGRAFIA	371
RINGRAZIAMENTI	421

Nell'idea di nuovo diritto si cela una contraddizione.

Il diritto, per sua essenza, è l'antico diritto.

E così si vede che cos'è la violenza:
colei che rinnova il diritto antico.

F. ROSENZWEIG, *La stella della redenzione*



INTRODUZIONE
SISTEMI GIURIDICI, FAMIGLIE GIURIDICHE,
OLTRE LE *LEGAL ORIGINS*

La forma, l'evento e – insieme – l'armonia stessa del pensiero cosmologico e filosofico occidentale possono forse considerarsi racchiusi nelle parole di un singolo, lapidario frammento:

[p]rincipio (ἀρχή) degli enti è l'infinito (τὸ ἄπειρον) [...], dove infatti essi hanno origine lì hanno anche la fine secondo necessità, poiché essi pagano l'uno all'altro il fio dell'ingiustizia (δίκην καὶ τίσιν ἀλλήλοις τῆς ἀδικίας) secondo l'ordine del tempo.¹

Il famoso detto, attribuito da Simplicio (*Physica*, 24.13) alla figura storica di Anassimandro, indicherebbe una delle prime visioni che la speculazione dei Greci ci restituisce circa la realtà fisica. Una riflessione che vede la natura (φύσις) colta nel momento del nascere e del generare, nell'infinità abissale (ἄπειρον) da cui è abbracciata e governata, racchiusa nelle dimensioni del tempo e dello spazio, in quella sorta di circolo "divino" su cui è impresso infallibilmente il sigillo del fato.² Eppure questa sentenza, come si intuisce dopotutto proprio dal lessico peculiare che la compone, è soprattutto il segno di un preciso meccanismo (si può dire 'giuridico') che abiterebbe *ab immemorabili* nell'ordine dell'universo. Il circolo della giustizia e delle ingiustizie, delle colpe e del tempo, non si può infrangere: esso domina gli enti come il destino governa i mortali. Giustizia e ingiustizia sono la forma compiuta di quella 'struttura origi-

¹ Fr. DK 12 B 1. Così la versione in originale: «Ἀναξίμανδρος... ἀρχὴν... εἴρηκε τῶν ὄντων τὸ ἄπειρον... ἐξ ὧν δὲ ἡ γένεσις ἐστὶ τοῖς οὐσι, καὶ τὴν φθορὰν εἰς ταῦτα γίνεσθαι κατὰ τὸ χρεὼν διδόναι γὰρ αὐτὰ δίκην καὶ τίσιν ἀλλήλοις τῆς ἀδικίας κατὰ τὴν τοῦ χρόνου τάξιν».

² Cfr. le belle pagine che dedica sul punto C. DIANO, *Il pensiero greco da Anassimandro agli Stoici*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007, p. 31 e ss.

naria' (βεβαιωτάτη ἀρχή) che si riproduce “secondo necessità” nel processo di liberazione dall'Uno.³ La sentenza di Anassimandro è allora già il marchio della cogenza della legge, vista nell'atto ricorrente di governare il reale e di perpetuarsi nel dischiudersi delle epoche. Insomma, com'è stato efficacemente detto, «[l]’universo stesso è un ordinamento giuridico, retto da leggi, e il destino degli enti si compie come giustizia e ingiustizia».⁴

Interrogarsi sull'origine e sul principio dell'essere non è certo qualcosa che compete soltanto ai grandi filosofi dell'antichità. Basta scorrere le prime righe del *Digesto* per raccogliere quel profondo interrogativo che il giurista Ulpiano ancora restituisce al lettore di oggi: «[c]olui che porta tutte le sue cure al diritto» – si legge all'inizio della compilazione – «deve innanzitutto imparare a conoscere da dove deriva il nome del diritto».⁵ Qui, come si vede, Ulpiano esprime nel modo più forte ed icastico la necessità di un pensiero del cominciamento e dell'inizio che sappia dirsi preliminare e propedeutico rispetto a qualunque studio del diritto. Un cominciamento che in modo del tutto singolare prende la forma di una parola, di un nome: «*jus*». E, ancora una volta, è la *giustizia* a rappresentare la chiave segreta che ne consente la decifrazione: «il diritto (*jus*)» – prosegue Ulpiano – «è così chiamato [perché deriva] da '*iustitia*'. Infatti, come elegantemente (*eleganter*) lo definisce Celso, il diritto è la tecnica relativa a ciò che è buono e giusto».⁶ Così, nuovamente, la logica dell'o-

³ In tal senso, cfr. da ultimo E. SEVERINO, *Dike*, Adelphi, Milano, 2015, p. 42.

⁴ P.G. MONATERI, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014, p. 33. Si sofferma e commenta questo celebre frammento anche E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 22 e ss.

⁵ Dig. 1.1.1: «*Iuri operam daturum prius nosse oportet unde nomen iuris descendat*». Fornisce un commento di questo celebre passo anche P. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 149 e ss.

⁶ Dig. 1.1.1.1: «*Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes*». Semplicemente impossibile, dato il vero e proprio statuto di “centro del canone” all'interno dell'intero pensiero giuridico, dar conto di tutta la dottrina che ha studiato e commentato questo celebre passaggio. Per un primo commento si veda tuttavia C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, II, Giappichelli, Torino, 2012, p. 404 e ss.

rigine si squaderna di fronte ai nostri occhi, e ciò sotto forma di una domanda a cui dar risposta, di un interrogativo da scrutare e da rincorrere ininterrottamente. La vera ‘colpa’, per parafrasare di nuovo Anassimandro, sta nel separarsi dall’*arché*, nel non farvi più ritorno, quindi nel dimenticarlo. Il giurista che voglia apprendere la legge deve conoscere prima di tutto il suo luogo di origine: deve fare ‘giustizia’ alla ‘legge’ *conoscendo* la ‘Legge’.

*

Rodolfo Sacco ha magistralmente insegnato come la sistemologia costituisca la scienza base del diritto comparato. In base ad essa, è possibile per il comparatista di oggi distinguere tra le numerose esperienze del diritto straniero alla luce delle rispettive peculiarità storiche, culturali ed istituzionali.⁷ Gli ultimi esiti delle ricerche sacchiane – così come d’altronde i suoi giovanili esordi – mostrano tuttavia come questo processo intellettuale trovi il proprio abbrivio nella ricerca di quelle esperienze immemoriali e fondamentali del diritto che abitano nel cuore dell’esperienza arcaica dell’uomo. Un’esperienza che Sacco stesso definisce, esemplarmente, nei termini di “diritto muto”, mirando ad indicare con ciò non solo quella vastissima area di regole (ivi compresa la consuetudine) non ancora verbalizzate o embrionalmente diffuse attraverso il veicolo dell’oralità, ma anche e soprattutto quelle esperienze che (extra-testualmente) «preced[ono] nel tempo ogni ipotetica attuazione della norma», ciò quindi ben oltre ogni schema di rigida formalizzazione giuspositivista.⁸ Ecco, così, come la sistemologia diventi in realtà prodromica per lo studio delle *origini* del giuridico: essa ne anticipa le aporie e allo stesso tempo ne squaderna le peculiarità, con il fine di interrogare il diritto attraverso un’angolatura peculiare ed innovativa.

⁷ Cfr. da ultimo R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 2015.

⁸ R. SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, il Mulino, Bologna, 2015, p. 64. Ma si veda anche R. SACCO, voce *Crittotipo*, in *Dig. Disc. priv. – Sezione civile*, UTET, Torino, 1989, p. 39 e ss., in cui Sacco delinea l’operare di quelle regole «che esistono e sono rilevanti, ma che l’operatore non formula (e che, anche volendo, non saprebbe formulare)».

Come si è accennato, parlare di “diritto muto” implica evidentemente confrontarsi con le esperienze ancestrali del pensiero umano, dalla nascita della parola fino al sorgere della scrittura. In altri termini, significa vedere l'*homo juridicus* come superficie riflettente del più antico *homo sapiens*, di cui ancora – volente o nolente – conserva intatto il ricordo antropologico.⁹ Se ciò è vero, si vede dunque come sia Sacco stesso a condurci perfettamente nelle acque dell'*arché*, per mostrarci, attraverso questa specifica angolatura, le pieghe nascoste del fenomeno normativo. Scoprire infatti come il diritto abbia preso embrionalmente forma nel periodo neolitico, studiarne i modi e le declinazioni millenarie, giungere financo ad interrogarsi su quali tipologie di normatività possano esprimersi nel regno animale – ebbene, tutto questo non significa altro che esplorare le fonti immemorabili dell'esperienza giuridica, il suo nome ‘antico’, risalendone meticolosamente le correnti per scrutare, nell'ampiezza sconfinata della cultura, gli orizzonti che essa sa offrire.

Per questo – è lecito aggiungere – non si possono capire i moderni sistemi giuridici se prima non si conosce l'*arché* che anima il diritto. Per questa medesima ragione non è possibile alcuna comprensione del dato giuridico, se non si accolgono prima i preziosi risultati cui conducono tanto l'etologia, quanto l'antropologia giuridica. Per citare ancora l'importante monito sacchiano, l'esperienza comparatistica ha bisogno come non mai degli studi antropologico-giuridici.¹⁰

Tutto questo può forse condurre all'erronea credenza che le pagine di questo scritto ospitino studi inchiodati alla fossile reviviscenza di ciò che è ormai apparentemente dimenticato (o privo di valenza attuale). Eppure, non si tratta certo di fare “gli antropologi da poltrona”, ma, al contrario, di produrre un salto di qualità nella comprensione del fenomeno, mettendo a fuoco quella “prospettiva macrostorica” che va «al di là di

⁹ Come può leggersi in R. SACCO, *Antropologia giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007, pp. 24-5: «[L]’antropologia insegna dunque al giurista l’esistenza, e l’importanza, del dato non verbalizzato, presente nel sistema. [...] l’antropologia insegna al giurista che la dinamica della norma procede incorporando elementi che sono estranei e lontani rispetto alla volontà del legislatore che programma l’innovazione».

¹⁰ R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, cit., p. 19. Per un ottimo studio sul tema, cfr. anche N. ROULAND, *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1992.

quel recente passato reperibile nella storia giuridica tradizionale». ¹¹ La contemplazione del diritto di oggi spinge infatti ad interrogarsi sulle forme del diritto di ieri, e non solo: essa suscita dubbi e perplessità sulla stessa fisionomia del dato giuridico, per tradizione troppo semplicisticamente ridotto al tratto di penna del legislatore. Così, è lecito domandarsi, «[n]on dovrebbe allora la “storia” giuridica guardare al futuro per interrogarsi su ciò che intorno al passato non ci ha ancora rivelato?». ¹²

In effetti, e come recentemente è stato dimostrato, problema archeologico e indagine genealogica si congiungono proprio nel momento in cui si hanno di fronte le variegata sfaccettature delle *legal families*: queste ultime costituiscono, si può dire, un problema geopolitico e genealogico allo stesso tempo, poiché in gioco vi è tanto la *memoria* del loro passato, quanto la *volontà politica* di determinarne il futuro.

È noto – e lo si vedrà meglio a partire dalle prossime pagine – come le premesse concettuali del movimento *Law and Development*, così come la c.d. “Nuova economia comparata” (*New Comparative Economics*), abbiano oramai trovato recente cristallizzazione nei celebri rapporti *Doing Business* redatti dalla Banca Mondiale. Alla base di questi *reports* si assiste, molto banalmente, ad una classificazione in forma di *ranking* di tutti gli ordinamenti giuridici nazionali che sfocia, a sua volta, nella espressa predilezione (fortemente auspicata, ma soltanto pseudo-argomentata) della tradizione di *common law* inglese a dispetto di quella di *civil law* francese (o *lato sensu* romanistica e continentale). ¹³ Le ragioni per tale operazione – giustificate soprattutto in virtù della presunta maggior *performance* in campo economico della tradizione inglese – affondano in realtà in una narrativa di tipo storico-genealogico: l’origine legale dei sistemi a matrice romanistica si rivelerebbe, a detta degli autori, intrinsecamente contraria alla produzione della ricchezza poiché precipitato di una disciplina dei rapporti proprietari e contrattuali eccessiva-

¹¹ L. NADER, *Le forze vive del diritto. Un’introduzione all’antropologia giuridica*, ESI, Napoli, 2003, p. 58.

¹² *Ibid.*, p. 58.

¹³ Ricostruisce brevemente il dibattito, A. SOMMA, *Scontro tra capitalismi, crisi del debito e diritti fondamentali*, in M.R. MAURO, F. PERNAZZA (a cura di), *Il debito sovrano tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello stato*, ESI, Napoli, 2014, pp. 141-64.

mente statica e statualista.¹⁴ L'approccio di *Law and Finance* che ne sta alla base, sponsorizzando al contrario una visione di tipo neoliberista del diritto, non fa allora null'altro che sovrascrivere a tale "eccesso di regolazione" l'esperienza più duttile e *market-friendly* della tradizione di *common law* anglosassone.¹⁵

Ora, come ben si comprenderà, se questa classificazione dei sistemi giuridici condotta sulla base della semplice propensione al profitto ed alla *performance* economica può lasciare indubbiamente tanto sorpresi quanto contrariati, pur nondimeno, occorre davvero prendere sul serio l'approccio sponsorizzato dalla *World Bank* e dalle altre organizzazioni internazionali. Occorre, in altre parole, pensarlo fino in fondo ed allo stesso tempo intensificarlo, per sovvertirlo, così da capire fin dove la questione genealogica rischiarì invero la congiunzione tra 'giuridico e 'politico', tra tradizione ed egemonia, tra forza, diritto e mercato. Ciò che gli studi finanziati dalle grandi organizzazioni internazionali tendono a rilevare – pur, come accennato, nella spesso insoddisfacente parzialità delle rispettive posizioni – è in effetti la stringente contaminazione che si produce tra il 'politico', il 'giuridico' e l' 'economico' a partire dalla loro *origine*. Il potere politico non viene mai colto come semplice punto di indifferenza rispetto alla concreta azione degli agenti economici, ma al contrario come *condizione immanente* di possibilità per un corretto e razionale ordine finanziario, il quale potrà poi legittimarsi globalmente *solo se* sarà in grado di garantire una tutela del diritto di proprietà tale da permettere un'efficiente circolazione della ricchezza e del profitto. A ben vedere, quindi, è il funzionamento del *politico* colto nella sua capacità *storica* di determinare garanzie o di imporre restrizioni ad interessare da vicino a questi rapporti. Un approccio che fa quindi della genealogia giuridica lo studio per eccellenza di un passato che non smette di accadere; un arcaico che rispecchia la tramatura essenziale di qualunque disegno attuale dell'economico.

¹⁴ R. LA PORTA, et. al, *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, 46 (2), 2008, pp. 285-332.

¹⁵ P. BENJAMIN, J. TERON, *Costing Comparing and Competing: The World Bank's Doing Business Survey and the Bench-Marking of Labour Regulation*, in *Acta Juridica*, 204, 2009, p. 204.

Le *origini* della legge sono allora estremamente importanti – e sorprendentemente, proprio a detta della *World Bank* – perché dettano, al di là del tempo, la linea di sviluppo della sua esistenza futura. Detto in altri termini, la nascita del diritto informa la fisionomia e l'agire pratico delle sue istituzioni perché è sempre contemporanea ad esse. L'*origine* determina gli istituti, ne plasma la tipologia, traccia percorsi di scambio e di comunicazione con esperienze giuridiche storicamente differenti, ciò fino a decretarne il successo o la sconfitta, la diffusione o la neutralizzazione. Come opportunamente è stato notato, «ciò che l'ordinamento del WTO intacca direttamente è *il politico*. E lo attacca nelle *forme* della legge, attraverso una ricostruzione delle sue *origini*».¹⁶ È in questo senso, allora, che la forma dell'*arché* stinge, quasi necessariamente, sulla declinazione fattuale dei suoi istituti, financo nel giudizio sulla loro appetibilità finanz-capitalistica. Il diritto – persino quando considerato come semplice “mezzo” finalizzato allo “scopo” della pura promozione dell'economia neoliberale – non è *mai* colto solipsisticamente, ma appunto in quanto tessitura trans-istorica della sua origine intemporale.

Nelle prossime pagine si sosterrà che la comparazione è una pratica essenzialmente *allegorica*: dietro il sembiante di un istituto, ciò che è necessario ricercare è l'autentico significato che esso mantiene. Certo, anche in questo senso il diritto comparato è colto *sovversivamente*: se occorre dar ragione a Costantinesco – il quale opportunamente rileva come ogni discorso sul metodo sia, in sé, «frammentario e incompleto»¹⁷ – è pur vero che la metodologia critica del diritto comparato permette di comprendere il processo attraverso cui vengono costruite e ricomposte le c.d. tradizioni giuridiche, le pratiche affabulatorie che le circondano, e, in ultimo, il modo in cui il diritto stesso è segnato dalla storia e dal conflitto.¹⁸ In

¹⁶ P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 33.

¹⁷ L.-J. COSTANTINESCO, *Il metodo comparativo* (a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro), Giappichelli, Torino, 2000, p. 4 e ss.

¹⁸ Cfr. G. MARINI, *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Pólemos*, 1, 2010, pp. 64-5: «[i]n ogni caso il modo più adatto per descrivere il processo di costruzione di una tradizione giuridica è forse quello rappresentato dalla ricerca della sua genealogia. Ciò richiede di percorrere a ritroso il cammino per individuare tutte le sue componenti ed il modo in cui sono state intrecciate nei momenti di cambiamento per produrre nuove versioni. Ricostruire la genealogia, permette anche di individuare lungo il percorso altri possibili itinerari ricostruttivi che

questo senso la 'genealogia' del diritto incontra il fenomeno della critica delle narrative dominanti e dell'analisi culturale (non a caso si parla ormai diffusamente di *Law & Humanities*), stingendo poi a sua volta nella 'sovversione' dei paradigmi egemonici¹⁹, come quelli rappresentati da chi crede che il diritto possa (e debba) essere una «disciplina autonoma»²⁰ o autistica. Per esprimersi ancora diversamente, esistono delle relazioni – più comunemente di carattere storico, teologico, filosofico – che collegano il diritto all'esistenza politica e antropologica dell'uomo. L'oggetto della pratica genealogica (nonché della stessa comparazione giuridica) è lo studio di queste aperture e di questi intrecci, di quelle soglie linguistiche e concettuali che tradizionalmente si sono date (e si danno) nel funzionamento degli istituti del diritto. Non è detto – *à la* Sacco – che ogni regola debba parlare: alcune possono ben restare 'mute'. Ma sarà allora proprio questo silenzio – questa *assenza* di parola nella parola, o di richiamo alla regola – a divenire l'oggetto di un nuovo tipo di studio.

*

Questo scritto (prima premessa) è un saggio di “*Legge e Letteratura*”.²¹ Che cosa ciò voglia dire emergerà non certo da queste poche pagine di

avrebbero potuto essere seguiti, ma non lo sono stati, e così di mettere in luce che la strada della sua costruzione è segnata dalla storia, dal conflitto e dalla contingenza. In questo modo la comparazione si rivela anche una vera e propria teoria critica (della società)».

¹⁹ Propone un manifesto – altamente suggestivo – per uno studio interdisciplinare (e ‘piratesco’) del diritto L. DE SUTTER, *Piracy as Method: Nine Theses on Law and Literature*, in *Law and Humanities*, 5 (1), 2011, pp. 63-72.

²⁰ Così si esprime, in senso critico, L. NADER, *Le forze vive del diritto*, cit., p. 52.

²¹ Per un inquadramento di carattere storico su tale corrente metodologica si rinvia a A. SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001. Cfr. inoltre I. WARD, *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995, p. 3 e ss. Gli studi di “*Law and Literature*” non sono comunque qualcosa di esclusivamente recente: si vedano, ad esempio, gli esordi costituiti da J.H. WIGMORE, *A List of Legal Novels*, in *University of Illinois Law Review*, 2, 1908, pp. 574-96 e B.N. CARDOZO, *Law and Literature and Other Essays and Addresses*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1931. Più di recente, il movimento ha trovato incarnazione in J.M. WHITE, *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown, Boston, 1973. Chiaramente, non mancano voci discordanti: a partire da R. POSNER, *Law and Literature – A Misunderstood Relation*, Harvard Uni-

introduzione, quanto, forse, dalla conclusione ultima del suo percorso. A mo' di battuta (o di monito), si può certamente dare ragione a Gilles Deleuze quando, nelle righe iniziali del suo *Differenza e ripetizione*, scrisse che «[i] punti deboli di un libro sono spesso il risultato di intenzioni vuote che non si è saputo colmare».²² L'attestato di intenzione che qui si rende manifesto è, allora, il tentativo di voler illustrare il problema del diritto in un modo (forse) inclassificabile. Tutto questo, si può ancora aggiungere, avverrà proprio facendo dell'*aporia* medesima, dell'ambivalenza e della critica archeologica i margini di apertura, e quindi di esplorazione, per una diversa prospettiva sul 'giuridico'.

La seconda premessa di questo volume (vero e proprio nucleo sostanziale dell'intera trattazione) è che esista nettamente una dimensione non-giuridica che giace al cuore del diritto più del diritto stesso. Questa dimensione è quella che – seguendo l'esempio di Anassimandro e di Ulpiano – chiameremo, per l'appunto, l'*arché* della Legge. Essa non indica semplicemente l'anti-diritto o l'anomia, né soltanto l'origine del fenomeno giuridico nel processo di crescita culturale che ci riguarda dal neolitico ad oggi. Al contrario, l'*arché* riguarda quell'insieme di condizioni di possibilità, di eventi, di luoghi, di fratture (immanenti, ma anche trascendenti) attraverso cui, fenomenologicamente, si è dato e *si dà* il diritto. Dopotutto, come giustamente è stato scritto, la legge è un "invisibile" che si rende "visibile" per mezzo delle sue *signature*.²³ L'*arché* assumerà, di volta in volta, precisamente le forme di questo *invisibile*, le *signature* di questa presenza 'eccedente' e sfuggente, facendosi tanto metodologia comparatistica quanto archeologia del fondamento, tanto teologia politica quanto teologia economica, tanto studio della sovranità quanto, non

versity Press, Cambridge, 1988 (giudizio ora parzialmente rivisto in ID., *Law and Literature*, 3rd. Edition, Harvard University Press, Cambridge, 2009) fino a, da ultima, J. STONE PETERS, *Law, Literature and the Vanishing of the Real. On the Future of an Interdisciplinary Illusion*, in *PMLA*, 120 (2), 2005, pp. 442-453. A quest'ultima, replica efficacemente P. GOODRICH, *Screening Law*, in *Law and Literature*, 21 (1), 2009, pp. 1-23.

²² G. DELEUZE, *Differenza e ripetizione*, il Mulino, Bologna, 1971, p. 3: «[u]n attestato d'intenzione, in tal senso, rende conto di una reale modestia in rapporto al libro ideale».

²³ Si riprendono, in questo senso, le efficaci intuizioni di P.G. MONATERI, *I confini della legge*, cit., p. 15: «[l]a legge in sé [...] rimane naturalmente un "invisibile", ma segna il mondo tramite le proprie tracce e le proprie *signature*».

da ultimo, osservazione attenta della sua metaforologia. È in questo senso che viene certo da dar ragione a Jacques Derrida quando, sottolineando il sovraccarico semantico che concerne la struttura etimologica della parola *arché*, scrive:

[a]rché, ricordiamoci, nomina in una volta il *cominciamento* e il *comandamento*. Questo nome coordina apparentemente due principi in uno: il principio secondo la natura o la storia, *là dove* le cose *cominciano* – principio fisico, storico o ontologico –, ma anche il principio secondo la legge, *là dove* uomini e dèi *comandano*, *là dove* si esercita l'autorità, l'ordine sociale, *in questo luogo* dopo il quale l'*ordine* è dato – principio nomologico.²⁴

Come anche Eligio Resta potrà rilevare, “*arché*” è «termine che contiene tutti i giochi possibili delle metamorfosi e che, quindi, reca le tracce inattese di una idea del vivente, della giustizia e della legge».²⁵

Principio, comando, forza, decisione: sembra davvero questa l'*origine* che non smette di accadere nelle forme viventi del diritto, il codice criptato che anima segretamente gli ingranaggi della norma.²⁶

*

Quanto fino ad ora accennato non va accolto come mera provocazione rispetto ai più tradizionali studi di diritto positivo. Anzi. Se vi è un

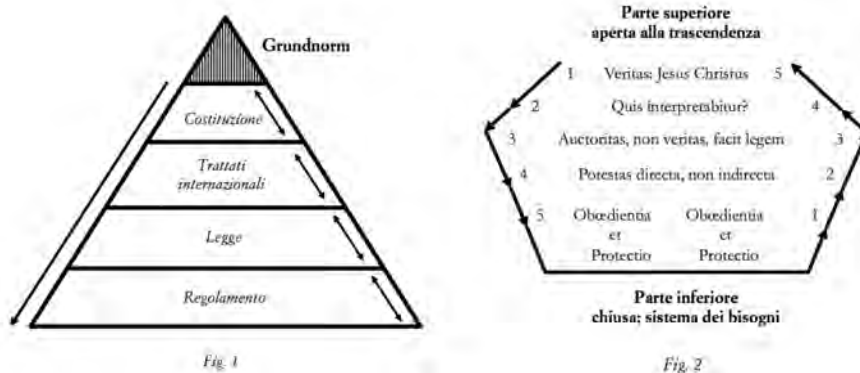
²⁴ J. DERRIDA, *Mal d'Archive. Une impression freudienne*, Galilée, Paris, 1995, p. 11.

²⁵ E. RESTA, *Diritto vivente*, cit., p. 25.

²⁶ È soprattutto alla luce di questa precisazione che la ‘ricerca genealogica’ qui condotta non vuole assumere l’aspetto di una chimera metafisica, ma viceversa incarnare una tensione diretta a verificare le irruzioni ‘violente’ che animano la vita del diritto nel contesto occidentale. L'*arché* che qui si insegue è un principio tanto fattuale, quanto gnoseologico: esso è una chiave di lettura o di decodifica del giuridico nel suo dischiudersi trans-istorico e nomogenetico, nelle sue irruzioni, nei suoi innumerevoli inizi, al di là di qualunque continuismo o linearità pseudo-storicistica. Questo elemento – così sfuggente e tale ogni volta da divenire oggetto di appropriazione – è in realtà la *violenza* stessa, che materializzandosi nelle forme della *regola* auto-fonda ogni ordinamento costituito. Per questo, come si mostrerà nei prossimi capitoli, l'*origine* è costantemente reimmessa e rappresentata nelle pieghe del contemporaneo: ciò tanto nelle forme della sua ‘esibizione’, quanto (soprattutto) in quelle del suo ‘occultamento’.

luogo in cui i concetti di ‘principio’, ‘comando’ e ‘origine’ sembrano congiungersi reciprocamente per dar vita ad una vera e propria *morfologia* dinamica della legge, questo è, senza alcun dubbio, il pensiero gius-filosofico di Hans Kelsen.²⁷

²⁷ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p. 95 e ss. Si fornisce di seguito la rappresentazione grafica tradizionalmente utilizzata per illustrare la concezione gradualistica delle fonti in Kelsen:



Come si vede (Fig. 1), la *Grundnorm*, in quanto “fonte comune” all’intero sistema giuridico, rappresenta l’unità nella pluralità di tutte le norme dell’ordinamento: essa è la regola fondamentale in virtù della quale sono prodotte le altre fonti, nonché il punto di partenza che impedisce ogni *regressus in infinitum*. In quanto tale, la norma fondamentale rappresenta icasticamente l’immagine ‘spaziale’ dello stesso ordinamento, nel suo doppio rapporto tra norme (superiori) che determinano la produzione, e norme (inferiori) oggetto della produzione. Ora, come primo esperimento di comparazione metodologica, nonché quale forma intellettuale di suggestione critica, si consideri invece la rappresentazione che del sistema hobbesiano fornisce Carl Schmitt nel famoso “cristallo” (Fig. 2) (in C. SCHMITT, *Il concetto di ‘politico’*, in ID., *Le categorie del ‘politico’*, il Mulino, Bologna, 1972, p. 151). Qui, come si può vedere, il vertice della figura è aperto e costituisce, esemplarmente, un varco diretto verso la trascendenza (cristiana, ma non solo). Confrontando ancora queste due distinte rappresentazioni grafiche è ben possibile notare il diverso concetto di *arché* che sembra caratterizzarle. In Hobbes (ma anche in Schmitt), la questione centrale concerne l’esercizio di una *potestas directa*, ossia di una decisione sovrana ed assoluta che in quanto tale scaturisce dal nulla per “*facere legem*”. L’*auctoritas* hobbesiana è la fonte prima del diritto, il marchio del comando sovrano, che di fronte al rischio dello “stato di natura” (altro vero fondamento ‘esistenziale’ del suo pensiero, rappresentato nella parte inferiore del poligono attraverso la dicitura “*sistema dei bisogni*”) o della *dissolutio* del corpo politico, interviene in ‘stato di eccezione’ incaricandosi di fornire protezione e salvezza. La ‘forza di legge’ hobbesiana, dunque, non si legittima su nulla di precedente, ma squarciando *ex nihilo* lo stato di disordine fonda sovraneamente un nuovo orizzonte giuridico. Kelsen, viceversa, neutralizza il “trascendente” attraverso il *trascendentale* kantiano e “chiude” il cristallo

Come noto, per Kelsen l'ordinamento giuridico è un sistema di norme costruite per gradi (*Stufenbau*). Le norme, tuttavia, «non sono valide in forza del loro contenuto»²⁸ (giacché ogni contenuto può essere “diritto”) ma, appunto, in grazia di una *norma fondamentale* (o *Grundnorm*) che ne detta le regole di produzione. La *Grundnorm* ha un carattere “dinamico-formale”, è cioè un centro di riferimento, un presupposto necessario, ma allo stesso tempo anche un fondamento del tutto *ipotetico*:

[e]ssa è soltanto l'espressione del presupposto necessario per comprendere positivisticamente il materiale giuridico. Essa non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo.²⁹

La *Grundnorm* è, allora, l'*arché* logico-trascendentale del normativismo kelseniano, l'aporia del significante nell'atto di farsi significato cogente, positivo, gerarchizzato. Eppure, e qui sta il punto, questa aporia è essa stessa *invisibile* e presupposta, perché non immediatamente rappresentabile se non attraverso una “finzione” normativa. La *Grundnorm* è un *a-priori*, un formante che orienta magneticamente l'ordinamento giuridico, un inaccessibile, un invisibile silenzioso che in quanto tale

di Hobbes determinandone l'immanenza formale più assoluta. La norma fondamentale si pone alle spalle dell'autorità suprema, la precede su ogni aspetto, anticipando il potere violento del *de facto* attraverso la *fictio* intellettuale del *de jure*. Così, per Kelsen, l'*arché* è semplicemente il “dover-essere” formale della norma, il suo essere puramente “diritto” prima che “forza”, norma immateriale da cui discendono geometricamente altre norme immateriali, di modo che ben si può comprendere la ragione per cui, secondo il pensatore austriaco, «il concetto di sovranità deve essere radicalmente rimosso» (in H. KELSEN, *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 469). Insomma, davvero l'intero edificio kelseniano sembra abitare “*non sub homine, sed sub lege*”. Per una prima introduzione sul sistema kelseniano, oltre a quanto si dirà nei paragrafi successivi, cfr. B. CELANO, *La teoria del diritto in Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 335 e ss. Per una dettagliata esposizione del “cristallo” hobbesiano si veda G.A. DI MARCO, *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Guida, Napoli, 1999, pp. 93-231.

²⁸ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 96.

²⁹ *Ibid.*, p. 99.

non è articolabile, né pronunciabile, né scrittibile.³⁰ Teologicamente parlando, si potrebbe quasi definirlo come una sorta di “*deus absconditus*”, di presenza mistica ineffabile che sta ‘fuori’ e ‘dentro’ l’ordinamento positivo, e che in virtù di tale prismatica primazia logico-trascendentale governa *ex officio* l’intero meccanismo dinamico delle fonti giuridiche. Del tutto similmente alla “Legge” imperscrutabile narrata nel celebre racconto kafkiano, di essa si può scorgere soltanto il bagliore fulminante, quello «splendore [...] inestinguibile»³¹, sublime ed abissale, che è al tempo stesso il volto scoperto ed il segreto nascosto dietro le sue porte immortali.

Ecco, dunque, come proprio in Kelsen il lessico dell’*origine* stinga naturalmente sulle forme del *comando* e come l’uno e l’altra determinino, insieme, la struttura stessa dell’ordinamento giuridico.

Tuttavia, c’è anche un *secondo* senso – parimenti impiegato nelle pagine di questo scritto – nel quale si può dare il concetto di *arché*. Un’accezione che esprime appunto quella pratica intellettuale – a metà tra lo studio delle tradizioni culturali del diritto, della filosofia e degli influssi storico-religiosi – che è possibile denominare nei termini di “regressione archeologica” o di “genealogia” del diritto. Ora, sostenere (come si farà nel corso di questo studio) che esista qualcosa di “non esclusivamente giuridico” che giace al centro della legge più della legge stessa significa (anche) implicare una precisa operazione di scavo o di “disvelamento” metodologico. Un’operazione che agisce naturalmente per mezzo della frammentazione dei settori scientifico-disciplinari, nell’avanzamento di una “sfida” alla rigida compartimentazione dei saperi che diviene a sua volta il marchio stesso e la firma effettiva di ogni tentata indagine archeologica.

Su tale aspetto, Michel Foucault ha potuto scrivere parole che non si può che riprendere e meditare.³² Ciò che si dovrebbe tentare di riguada-

³⁰ Per questi rilievi, si veda l’analisi di W.E. CONKLIN, *The Invisible Origins of Legal Positivism. A Re-Reading of a Tradition*, Springer, New York, 2001, p. 188 e ss.

³¹ F. KAFKA, *Davanti alla legge*, in ID., *Racconti*, Mondadori, Milano, 1970, p. 239. Per un’interpretazione del racconto kafkiano si vedano almeno M. CACCIARI, *Icone della legge*, Adelphi, Milano, 1985, pp. 58-143; J. DERRIDA, *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, Abramo, Catanzaro, 1996, p. 67 e ss.

³² M. FOUCAULT, *L’ordine del discorso e altri interventi*, Einaudi, Torino, 2004, p. 23: «[c]os’è, dopo tutto, un sistema di insegnamento, se non una ritualizzazione della paro-

gnare è invero lo spirito dell'*Aufklärung* (nel senso originario di “rischiaramento” e di “delucidazione”) così come declinato nella celebre rilettura che il pensatore francese restituì dell'omonimo articolo kantiano.³³ Un insegnamento che è, prima di tutto, un preciso “carattere” (ἔθος) politico-filosofico, un'inesausta auto-analisi delle proprie categorie culturali e della propria determinazione storica.³⁴ Ma per Foucault è l'esercizio stesso della critica così concepita a risultare “liminare”: «[q]uesto ἔθος filosofico può essere caratterizzato» – si legge esplicitamente – «come un *atteggiamento limite*», non nel senso di una condotta aprioristicamente di rigetto, di sfida o di accusa verso approcci “altri”, bensì come tentativo intellettuale di «sfuggire all'alternativa del fuori e del dentro» e quindi di «stare sulle frontiere», sui margini della conoscenza, puntando all'analisi dei limiti e alla riflessione su di essi.³⁵ L'Illuminismo smette dunque di essere per Foucault un evento storico cristallizzato nella cronologia e diventa piuttosto un principio dinamico di interrogazione del reale, spirito eclettico che scandaglia il binomio sapere/potere alla luce dei suoi interdetti e delle sue delimitazioni disciplinari.³⁶ In questa *ontologia* storico-critica di noi stessi e delle nostre categorie del pensiero, l'archeologia qui proposta mirerà al disvelamento della *soglia*, ossia all'indicazione di quei passaggi e di quelle cesure che rendono così spesso il lessico giuridico eccedente e sconfinato rispetto al tradizionale approccio giuspositivistico. L'insieme «critico» e l'insieme «genealogico» cooperano ciascuno per liberare il discorso giuridico dalle pratiche di controllo disciplinari che lo attanagliano, e per rintracciare i criteri di formazione di quelle teorie e di quei saperi che ancora oggi impieghiamo e che rimontano, quasi incon-

la; se non una qualificazione e una assegnazione di ruoli per i soggetti parlanti; se non la costituzione d'un gruppo dottrinale almeno diffuso; se non una distribuzione e un'appropriazione del discorso coi suoi poteri e i suoi saperi?».

³³ Si allude evidentemente a M. FOUCAULT, *Che cos'è l'Illuminismo?*, Mimesis, Milano-Udine, 2012.

³⁴ M. FOUCAULT, *Che cos'è l'Illuminismo?*, cit., p. 37: «[...] volevo sottolineare come il filo che può ricollegarci in questo modo alla *Aufklärung* non sia la fedeltà a degli elementi di dottrina, ma sia piuttosto la riattivazione permanente di un atteggiamento; vale a dire di un ἔθος filosofico che potrebbe essere caratterizzato come critica permanente del nostro essere storico».

³⁵ *Ibid.*, p. 41.

³⁶ Così anche M. FOUCAULT, *Illuminismo e critica*, Donzelli, Roma, 1997, p. 40 e ss.

sapevolmente, ad un “arcaico” che è la cifra stessa della loro genesi intellettuale.

Per questo, si noterà pure, il lessema *Legge* verrà così spesso impiegato con l’iniziale maiuscola. Ciò, però, non certo per veicolare l’effetto di uno sterile gusto per stupire, né per elevare a dignità metafisica il marchio di un’esperienza apparentemente profana. Piuttosto, come voleva Benjamin, apporre l’iniziale maiuscola ad un termine significa riconoscere ed indicare quell’eccedenza di significazione (originariamente “barocca”) che abita dietro ogni frammento nominale:

[è] stato il Barocco a introdurre l’uso della maiuscola nell’ortografia tedesca. Ora, ciò non deriva solo da una ricerca di solennità, ma anche dal principio frammentante, dissociante, proprio della visione allegorica. Non c’è dubbio che molte parole scritte con l’iniziale maiuscola avessero all’inizio, per il lettore, un’impronta allegorica.³⁷

Ora, questo è esattamente ciò che il movimento di “*Legge e letteratura*” si propone di compiere: mostrare le *allegorie* del giuridico oltre qualunque piatta normatività; illuminare l’*aura* dei suoi significati al di là della patina della loro estemporaneità. In altri termini, oltrepassare quelle procedure di valutazione, di classificazione e di ordinamento del sapere giuridico che producono come unico effetto la riaffermazione delle discipline tradizionali e del controllo monolitico dei discorsi. Così “*Legge e letteratura*” diviene null’altro che il tentativo di dar conto della naturale *eccedenza* del giuridico; di mostrare, cioè, quell’«*in altre parole*» che si nasconde e giace nella filigrana multiforme del suo discorso.

*

Le riflessioni di poco fa devono essere accolte con premura e cautela. Scopo di questo libro non è certo sostenere, trivialmente, una demolizione dei campi disciplinari, né propendere ingenuamente per la loro riprogrammazione. Claudio Magris, in un brevissimo saggio completamente ispirato al concetto di “frontiera”, ha potuto sostenere che «la letteratu-

³⁷ W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, Einaudi, Torino, 1999, p. 183.

ra insegna a varcare i limiti, ma consiste nel tracciare dei limiti». ³⁸ Senza di essi, aggiunge Magris, «non può esistere nemmeno la tensione a superarli per raggiungere qualcosa di più alto e di più umano». ³⁹ I confini, si può forse sottendere, sono l'*ineliminabile* del pensiero e dello spazio, dettano la forma del reale di pari passo al suo processo di espansione e di modulazione, e anche quando pretenziosamente vengono negati o sfidati, essi riappaiono nondimeno in tutta la loro coerenza.

Certo, ogni confine è intrinsecamente il luogo dell'insicurezza e del bisogno di protezione. La frontiera stessa è la dichiarazione palese di una necessità identitaria, di un argine frapposto dal di "dentro" verso l'informe e l'indistinto del "fuori". Ancora: ogni confine è un luogo di pericolo e di contestazione, quindi un momento di 'contatto' o di 'scontro'. Nell'essere zona duplice di passaggio, la frontiera si fa ambigua poiché «talora è un ponte per incontrare l'altro, talora una barriera per respingerlo». ⁴⁰ Eppure – scrive Magris – ogni espressione letteraria, ogni forma artistica o intellettuale è anche di per sé «una soglia, una zona sul limitare di innumerevoli elementi, tensioni e movimenti diversi, uno spostamento dei confini semantici e delle strutture sintattiche»; in breve, «un continuo smontaggio e rimontaggio del mondo, delle sue cornici e delle sue immagini». ⁴¹

È forse questa *fascinazione del trascolorare* che si tratta allora di comprendere e di fare propria, quel momento impercettibile in cui «l'acqua del fiume s'incontra con quella del mare» ⁴² ed insieme s'indeterminano, quasi a voler assimilare una volta per tutte i segni della sfumatura e dello slittamento, del passaggio e dell'oltrepassamento, della cangiante contaminazione di due, tre, infinite forme del reale.

*

³⁸ C. MAGRIS, *Dall'altra parte. Considerazioni di frontiera*, in ID., *Utopia e disincanto. Storie, speranze, illusioni del moderno*, Garzanti, Milano, 1999, p. 63.

³⁹ *Ibid.*, p. 63.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 52.

⁴¹ *Ibid.*, p. 62.

⁴² *Ibid.*, p. 63.

La crudezza del reale esige tuttavia che la frontiera non sia soltanto un'esperienza metodologica o una suggestione a metà tra l'estetica e la finzione letteraria. Essa, soprattutto, rappresenta il collegamento più eclatante tra diritto e spazio; tra legge e giurisdizione.

Robert Cover, nelle prime pagine di un suo celebre articolo, ha potuto sostenere che ciascuno di noi «abit[a] un *nómos*, ovvero un universo normativo». ⁴³ Questo *nómos* non è rappresentato soltanto dalle istituzioni formali del diritto, né dalle regole positive o dai principi di giustizia che vi prendono parte, quanto, soprattutto, da quelle «narrazioni» che collocano la legge all'interno di uno spazio ben definito, e così facendo la «dotano di significato». ⁴⁴ Abitare un *nómos* significa, per Cover, «saper vivere al suo interno», ossia intrecciare quella pluralità di visioni e narrazioni che compongono il mondo della legge «alla stessa maniera dell'universo fisico della massa, dell'energia e del tempo». ⁴⁵ Ogni tradizione giuridica è il deposito stratificato di questa complessità culturale: essa include «non solo un *corpus iuris*, ma anche un linguaggio ed un mito» ⁴⁶, ovvero quelle relazioni tra l'universo materiale dei rapporti di forza e le tramature impercettibili del passato, che fanno tutt'uno con i dispositivi narrativi messi in atto dall'esistenza *viva e contemporanea* del mondo della legge. Per questo «un *nómos* è un mondo presente costituito da un sistema di tensione fra realtà e visione» ⁴⁷: esso può essere concepito come un sistema di connessioni, come un caleidoscopio di tramature, oppure, icasticamente, come un «ponte» che congiunge, al di là del tempo e dello spazio, due mondi del tutto alternativi.

⁴³ R. COVER, *Nomos e narrazione*, in ID., *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 17. Cfr. in proposito C. COSTANTINI, voce *Diritto e letteratura*, in *Dig. disc. priv. – Sez. Civile, Aggiornamento*, UTET, Torino, 2012, pp. 344-53; S.J. LEVINE, *Halacha and Aggada: Translating Robert Cover's Nomos and Narrative*, in *Utah Law Review*, 4, 1998, pp. 465-504; F.G. SNYDER, *Nomos, Narrative, and Adjudication: Toward a Jurisgenetic Theory of Law*, in *William & Mary Law Review*, 40 (5), 1999, pp. 1623-729; J. ETXABE, *The Legal Universe After Robert Cover*, in *Law and Humanities*, 4 (1), 2010, pp. 115-147; J.A. BECKETT, *The violence of wording: Robert Cover on legal interpretation*, in *NoFo*, 8, 2011, pp. 3-39.

⁴⁴ R. COVER, *Nomos e narrazione*, cit., p. 17.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 23.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 23.

Eppure, agli occhi di Cover, abitare un *nómos* significa soprattutto essere immersi nei suoi processi giusgenerativi (*jurisgenesis*), nelle procedure di creazione di significato giuridico che si realizzano ben al di là della semplice presenza di uno Stato o di un sistema formale di leggi. 'Abitare' un *nómos* significa sperimentare continuamente il lessico dell'*arché*, dell'origine della legge nei processi di costituzione di entità nomiche distinte. È seguendo questa specifica intuizione che una pratica di archeologia del diritto si rende essenziale e, insieme, emblematica per ogni studio del giuridico. L'*arché* è il cuore della legge, è la parvenza oscura che si palesa nei dispositivi di rappresentazione e di gestione ben *oltre* le sue rigide forme positivizzate. Esso è quell'universo 'latente' che opera nella forma repressa del rimosso; un rimosso che ritorna e sa palesarsi in modo tanto surrettizio, quanto insospettabilmente violento.

Per questo, si può forse dire, "Legge e letteratura" non rappresenta altro che l'incarnazione di questa tensione: in altri termini, la messa in scena di un campo di richiami, di contrasti e di reciproche allusioni che il giuridico condivide con quello che possiamo definire il mondo dei dispositivi narrativi.⁴⁸ Una tensione che racchiude «un altro punto di vista da cui esplorare una diversa possibilità della teoria del diritto».⁴⁹

È forse questo lo *stile* di tale approccio: uno stile che non lenisce, ma che graffia; che non è balsamo, ma ferita.⁵⁰ "Legge e letteratura", si è accennato, è l'*atopico* del Diritto; è quell'anomalia che si classifica 'in nega-

⁴⁸ Si veda in proposito G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, 2001, p. 274: «[i]l movimento "Diritto e letteratura" offre insomma una forma di conoscenza giuridica diversa da quella offerta da teorici del diritto moderni. Una delle prospettive principali dell'attuale generazione di studiosi del movimento è volta a ridimensionare la verità e i valori fondativi che il modernismo giuridico ha proiettato nelle sue narrazioni sul diritto e sulla società».

⁴⁹ G. MINDA, *Teorie postmoderne del diritto*, cit., p. 276.

⁵⁰ J. DERRIDA, *Sproni. Gli stili di Nietzsche*, Adelphi, Milano, 1991, p. 41 e ss.: «[i]l problema dello stile è, sempre, l'esame, la valutazione di un oggetto acuminato. [...] Lo stile, allora, avanzerebbe come lo *sprone*; quello ad esempio di una nave a vele spiegate: il *rostrum*, questa sporgenza che si lancia avanti e spezza l'attacco sino ad aprire in due la superficie avversaria. O ancora, sempre nell'ambito della terminologia marinara, la punta di roccia anch'essa denominata *sprone*, la quale "rompe le onde all'entrata dei porti"».

tivo' e quasi per sottrazione rispetto a tutti gli altri settori disciplinari.⁵¹ Allo stesso modo in cui Socrate, vagabondo nelle strade di Atene, «ha trasformato l'amico in amico del solo concetto, e il concetto nel monologo spietato che elimina uno dopo l'altro i rivali»⁵², così gli approcci di “*Legge e letteratura*” sfidano la pretesa *aleturgia* del discorso giuspositivista proponendo, al contrario, la messa in discussione di ogni settorializzazione, distinzione, o accorpamento fittizi fino ad ora dati troppo semplicemente per scontati.

*

Ogni genealogia non può che essere un'opera in *frammenti*. In questo senso, non è soltanto a causa dell'impossibilità di racchiudere in un'unica analisi la molteplicità dei richiami, delle fonti e delle esperienze condensate in questo scritto, ma è per via dello statuto stesso dell'oggetto trattato, con il suo riferirsi a fonti lontane e a pensieri antichi, che l'opera qui presente si configura, a tutti gli effetti, nei termini di una “*rovino-logia*”. Essa è, in altri termini, una scienza delle rovine, dei frammenti, delle tracce non ancora cancellate ma riemergenti.⁵³ Come accennato, la

⁵¹ Si riprendono, in questo senso, alcune delle suggestioni rinvenibili in P. LEGRAND, *Negative Comparative Law*, in *Journal of Comparative Law*, 10 (2), 2015, p. 452 e ss.

⁵² G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Che cos'è la filosofia?*, Einaudi, Torino, 2002, p. 19.

⁵³ Il riferimento va ovviamente al pensiero di Sigmund Freud, in particolare all'analisi proposta dall'Autore tra la regressione psicoanalitica ed il lavoro dell'archeologo. Come quest'ultimo dissepellisce, riportandoli alla luce, antichi strati sommersi delle precedenti civiltà, così il primo scandaglia e scruta l'inconscio traumatizzato del paziente, restituendo alla vita eventi rimossi (ma operanti) nella vita psichica dell'individuo. Già a partire dal breve intervento giovanile *Etiologia dell'isteria* (1896), Freud prendeva in prestito lo scenario archeologico per suggerire un'implicita vicinanza rispetto all'analisi del sintomo psichico: «[s]upponiamo che un esploratore giunga in una regione poco nota, in cui una zona archeologica, con rovine di mura, frammenti di colonne, lapidi dalle iscrizioni illeggibili, abbia suscitato il suo interesse. Egli potrà accontentarsi di osservare quanto è possibile vedere, recarsi da coloro che abitano la zona, magari semibarbari, per interrogarli su quanto la tradizione ha tramandato loro circa la storia di quei resti monumentali, annotarsi le risposte ricevute e... ripartire. Egli tuttavia può anche agire in un altro modo; può aver portato con sé zappe, pale e vanghe, può munire di tali strumenti gli abitanti del luogo, rimuovere con loro dalla zona archeologica le rovine ivi giacenti e scoprire, dai resti visibili, altri pezzi sepolti. Se il suo lavoro sarà coronato da successo, i reperti archeologici si spiegheranno da soli. [...] *Saxa loquuntur!*»

pratica genealogica così come intesa finora va accolta con avvedutezza. Essa non è un discorso supponente che intima al silenzio chi predilige percorsi disciplinari differenti. Prima di essere uno studio specifico sulle matrici concettuali di una costellazione di istituti, essa è soprattutto un tentativo di valorizzare le stratificazioni e le sfumature del giuridico, ossia quelle 'pieghe' non ancora svolte che il diritto conserva a tutt'oggi in se stesso. La "genealogia giuridica" (genere e sottospecie che incrocia i meandri della comparatistica, della riflessione storica e della speculazione filosofica) non mira al disvelamento fulmineo di un remoto ancestrale, né alla soluzione immantinente di un enigma insoluto. Piuttosto, essa è lo sguardo attento delle sue inferenze culturali, interdisciplinari e transitoriche. La genealogia qui proposta non fa della ricerca etimologica (o indiziaria) un pretesto o un'occasione per stupire, ma soltanto il punto d'abbrivio per uno sguardo rivolto al *contemporaneo*, ossia all'essere 'presente' dell'*antico*. Per questo, come efficacemente è stato scritto,

(in S. FREUD, *Etiologia dell'isteria*, in ID., *Opere 1892-1899*, II, Bollati Boringhieri, Torino, 1968, p. 334). La psicanalisi, come si vede, esattamente come l'archeologia, è per Freud lo studio dell'*arcaico*, di ciò che è venuto prima e che ancora esiste, seppur nelle forme trascolorate della memoria. Ma è con *Il disagio della civiltà* (1930) che Freud svilupperà al massimo grado l'analogia suaccennata: «[d]al momento in cui abbiamo superato l'errore di supporre che il dimenticare cui siamo abituati significhi distruggere la traccia mnestica, sia cioè un annullamento, propendiamo per l'ipotesi opposta, ossia che nella vita psichica nulla può perire una volta formatosi, che tutto in qualche modo si conserva e che, in circostanze opportune, attraverso ad esempio una regressione che si spinga abbastanza lontano, ogni cosa può essere riportata alla luce. Cerchiamo di chiarire il contenuto di tale ipotesi ricorrendo a un paragone desunto da un altro campo. Prendiamo come esempio l'evoluzione della Città Eterna [...]» (S. FREUD, *Il disagio della civiltà*, in ID., *Opere 1924-1929*, X, Bollati Boringhieri, Torino, 1978, p. 562). Insomma, gli "strati" dell'umano stanno esattamente come le stratificazioni delle antiche città: costituiscono il basamento su cui il nuovo può erigersi e prendere forma. In merito, cfr. anche le belle pagine che all'argomento dedica M. AUGÉ, *Rovine e macerie. Il senso del tempo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004, pp. 27-32, in particolare quando osserva come «[l]a vista delle rovine ci fa fuggacemente intuire l'esistenza di un tempo che non è quello di cui parlano i manuali di storia o che i restauri cercano di richiamare in vita. È un tempo *puro*, non databile, assente da questo nostro di immagini, di simulacri e di ricostruzioni, da questo nostro mondo violento le cui macerie non hanno più il tempo di diventare rovine» (*ibid.*, p. 8). Questo tempo *puro*, cristallizzato nei paradigmi di pensiero e nelle rovine dei suoi ricordi, è precisamente quanto si intende, a partire dal prossimo capitolo, illustrare nelle sue molteplici sfaccettature giuridico-politiche.

[a] genealogical account of legal normativity does not seek to reach some illusory starting point or ‘degree zero’ of legal norms. The point of a genealogical perspective is actually to overcome the temptation to assign a fixed and determinate grounding to legal normativity.⁵⁴

Se la legge non riposa soltanto sulla statica della normatività, se essa si presenta, viceversa, come spirale dinamica che attraversa obliquamente il corso storico e immanente delle tradizioni giuspositivistiche, allora la pratica genealogia è davvero

la ricerca di quegli accadimenti che non smettono di accadere, ma che si sostanziano in strutture del discorso che tendono a permanere, e quindi a *conformarsi* come una memoria il cui scopo principale è quello, *non* della passatezza del passato, ma della sua *presenza*.⁵⁵

Che cos'è, allora, la regressione genealogica? Forse, l'archeologia proposta in queste pagine non è null'altro che il tentativo di oltrepassare il canale binario che congiunge “legge” e “sovranità”. Se per una parte del pensiero occidentale la legge sta *sopra* il sovrano, per la restante parte quest'ultimo ne oltrepassa e ne trascende le categorie. Il *tertium genus* è costituito allora dal disvelamento di quella sconnessione che divide e congiunge questi due universi; da quella soglia che esiste tra i mondi del ‘politico’ e del ‘giuridico’ e che si presenta come *zona di indifferenza*, ossia come punto di passaggio e come luogo di tensione tra opposte consapevolezza. Insomma, vi è un che di indecidibile in questo varco, ed il suo darsi testimonia proprio di quel qualcosa che *resiste* alla cattura ontologica del diritto positivo e che, nello stesso tempo, non può dirsi mai del tutto risolto dal semplice decisionismo politico. Questo *qualcosa* può essere forse il politico puro, come ‘spettro’ (o *rovina*) che larvatamente si muove alle spalle della legge, ma anche la sua aura sublime, pronta per essere immessa, pur con molti residui, nelle categorie del normativismo contemporaneo.

⁵⁴ S. DELACROIX, *Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy*, Hart Publishing, Oxford, 2006, p. xvii.

⁵⁵ P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 45.

Insomma, prendendo in prestito un *locus classicus* della moderna giurisprudenza americana, si dà davvero una «*penumbra*» della legge, all'interno della quale si agita però il vero 'caso serio' oggetto di discussione.⁵⁶ Una zona grigia in cui la discrezionalità di chi decide *eccede* le forme stabili del diritto, squadernando la verità di una porzione di anomia (o di uno spazio "impolitico") che abita indipendentemente e all'infuori da qualunque prevedibile delimitazione legal-razionalistica. Così,

è in questi veli bruni dell'esperienza extralinguistica del diritto che forse si cela pur sempre il fatto fondamentale originario dell'esperienza del conflitto e della violenza. Anzi, ciò che in fondo si rivela pur sempre negli eufemismi del linguaggio del diritto è questa multiforme e cangiante violenza, la quale in uno dei suoi aspetti pre-tende di presentarsi come Giustizia.⁵⁷

Che sia proprio questo il vero *arché* della legge, il suo 'rimosso' destinato a ritornare, quella forma di 'non-ragione' occultata dietro le pieghe della 'ragione' è per l'appunto quanto, a partire dalle prossime pagine, si cercherà di illustrare.

*

Nel CAP. I si indagheranno il senso e lo scopo della comparazione. Da pratica sovversiva a tecnica di interpretazione del giuridico, da metodologia della ricerca a prospettiva per nuovi studi interdisciplinari, la comparazione sarà colta soprattutto nel suo aspetto *liminare*, vale a dire quale dispositivo di cattura delle soglie e delle *allegorie* del giuridico, quindi anche delle sue eccedenze semantiche, storiche, letterarie, politiche. Al

⁵⁶ Sulla "penumbra" del diritto costituzionale statunitense, si vedano almeno B. HENLY, "Penumbra": The Roots of a Legal Metaphor, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 15, 1987, pp. 81-100; G.H. REYNOLDS, *Penumbra Reasoning on the Right*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 140, 1992, pp. 1333-48; J.C. RIDEOUT, *Penumbra Thinking Revisited: Metaphor in Legal Argumentation*, in *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, 7, 2010, pp. 155-91.

⁵⁷ P.G. MONATERI, «Correct Our Watches by the Public Clocks». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 199 e ss.

fine di provvedere ad una rivitalizzazione complessiva della disciplina, si impiegheranno un nuovo lessico ed una nuova metodologia, evidenziando in tal senso tanto i meriti dei “Nuovi approcci” al diritto comparato, quanto gli insegnamenti della scuola di “*Legge & Letteratura*”, fino ai contributi più recenti provenienti dalla c.d. *Italian Theory*.

Il CAP. II vedrà quale oggetto d’esame il tema del fondamento del diritto. Qui, il concetto di *arché* sarà declinato all’interno della teoria classica (*rectius*: kelseniana) delle fonti del diritto, mostrando come quest’ultima nasconda, in realtà, un punto abissale e sconosciuto. Attraverso le intuizioni provenienti dall’archeologia di Foucault ed impiegando direttamente testimonianze e prove testuali di un diretto coinvolgimento intellettuale tra Hans Kelsen e Sigmund Freud, si giungerà così a mostrare come l’*arcaico* della legge, il suo principio genetico ed il suo comando vincolante, siano, in realtà, la presenza sempre costante dell’abisso della sua origine. In breve, di quel «volto della Gorgone» che si nasconde (e volutamente si occulta) dietro ogni pratica di positiva statuizione del diritto.

Il CAP. III riguarderà i rapporti stringenti che congiungono “violenza” e “diritto”. Attraverso le intuizioni di Rudolph Von Jhering, Carl Schmitt, Walter Benjamin e René Girard si tenterà una raffigurazione della legge in termini di “vortice” e di “spirale”. Diritto e violenza sono congiunti perché, archeologicamente, condividono la stessa matrice dialettica. Formazione e distruzione del diritto, nascita e morte delle costituzioni, sorgere e tramontare degli ordini costituiti rappresentano circostanze che avvengono solo per mezzo dell’esercizio diretto o indiretto, intero o frazionato, di un principio a-temporale ed insieme contingente; quello stesso principio che ha portato Eraclito a definire πόλεμος “padre” e “re” di ogni cosa. Scopo di questo capitolo sarà, in altre parole, indagare la bestialità (*bête*) nascosta tra le pieghe e le categorie cristalline dell’*homo juridicus*. La violenza dell’origine, seguendo Benjamin, sta davvero nel flusso del divenire come un *vortice*: essa trascina dentro il suo ritmo a spirale il materiale grezzo della propria nascita, prolungandolo indefinitamente attraverso le *forme* della creazione e della distruzione del diritto.

Il CAP. IV avrà invece ad oggetto i condizionamenti reciproci che hanno riguardato, lungo la storia del pensiero politico occidentale, il mondo del ‘giuridico’ e quello del ‘teologico’. Utilizzando un lessico di evidente

ispirazione scolastica – cristallizzato attorno alle figure chiave della *volontà*, della *potenza* e della *creazione* – si mostrerà come il concetto principale del diritto pubblico moderno (vale a dire, la nozione di “potere costituente”) discenda da una concezione metafisica, trascendente e sovrana del ‘politico’ che ha la sua base concettuale proprio nel reciproco influsso tra categorie canonistiche e istituzioni laiche. Il potere costituente verrà allora rappresentato come cattura dell’origine e sua restituzione per mezzo di un *conatus* all’esistenza (*extra-ordinem*) del ‘politico’. Ma non solo: più a monte, è tutto l’assolutismo del XVII secolo a nutrire una duplice ambiguità tra immanenza e trascendenza. Nello scindere le prerogative del sovrano tra un’azione “ordinaria” (*ordinata*) ed una “straordinaria” (*absoluta*), il diritto rispecchia il teologico e testimonia di un intrinseco sfondamento verso il lato metafisico del potere. Una caratteristica, questa, che riguarderà da vicino persino la teoria del diritto inglese, così come scissa tradizionalmente tra giurisdizione ordinaria di *Common Law* e giurisdizione speciale di *Equity*.

Nel CAP. V, infine, il paradigma teologico-politico così declinato sarà spinto all’eccesso, tanto per verificarne la reale effettività, quanto per misurarne il possibile esaurimento. Alla luce degli scenari geopolitici attuali, a ricevere attenzione sarà in special modo il fenomeno dello ‘stato di eccezione’, della *governance* mondiale e del neoliberalismo economico. Se l’incedere (turbo)capitalistico sembrerebbe testimoniare ancora di un’intrinseca (seppur stravolta) religiosità metafisica che abita il mondo, i nuovi assetti internazionali ripropongono drammaticamente l’esperienza di un “diritto” privato della propria ragion d’essere e abbandonato di volta in volta alla misura tecnica contingente, al parere, alla raccomandazione non vincolante. Che sia questo l’esito odierno della legge, il suo esaurimento a favore di un modello fittiziamente asettico e neutrale quale si propone di essere per l’appunto l’economico, rimane, in realtà, più un punto di abbrivio per ulteriori e successive ricerche che una caustica conclusione. Ciò che rimane certo è che l’avvenire mutabile del giuridico si nutre costantemente di aggregazioni e ricomposizioni che rendono troppo semplicistico decretarne tanto prematuramente ogni effettiva dipartita.

Il destino di questo libro è stato quello di aver incontrato numerosi mondi disciplinari. Il vertice ottico per ognuno di questi incontri è consistito nella continua messa in atto dell'interrogativo profondo su quale sia il vero "nome" della legge. Come si vedrà, quelle che qui si presenteranno sono allora null'altro che 'figure' del giuridico, immagini che – quasi *à la* Auerbach – costituiscono altrettanti modi di rappresentazione di un concetto. Esse sono 'classiche' perché rimontano ad un'origine premoderna, ma altrettanto necessarie per il 'contemporaneo', poiché «[n]ell'attuale crisi della "compiutezza" del potere si manifesta forse l'esigenza della restituzione al potere di una forma nuova perché "antica"». ⁵⁸ Ciò che si tratta di ripensare in questi *archetipi* della legge – emblematici ed eclatanti allo stesso tempo, proprio perché attinenti «alla struttura profonda della civiltà politica occidentale» ⁵⁹ – è allora la cogenza della legge nell'atto del suo cominciamento: un cominciamento che però è intessuto già e per sempre della stessa materia del *contemporaneo*. In questa realtà originaria e attuale, presente e primordiale, si snodano le pagine del presente scritto con la convinzione che, forse, «pensare» significa solo seguire «una linea magica». ⁶⁰ Se questa linea, anziché perdersi nello spazio, componga alla fine il disegno nitido di una figura precisa è una circostanza che potrà derivare soltanto dalla forza con cui si è osato varcare, volta per volta, pagina per pagina, le impenetrabili porte della Legge, fissando lo sguardo su quell'«ineffabile grandezza degli inizi» ⁶¹ che da sempre costituisce la sorgente autentica di ogni forma di *nominazione* del diritto.

Torino, maggio 2017

⁵⁸ D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 15-6.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 16.

⁶⁰ G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Che cos'è la filosofia*, cit., p. 32.

⁶¹ P. BOURDIEU, *Sullo Stato. Corso al Collège de France. Volume I (1989-1990)*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 81.



Capitolo I

MARGINI DELLA COMPARAZIONE

Le idee stanno alle cose come le costellazioni alle stelle.

W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*.

SOMMARIO: 1. Metaforologia giuridica. – 2. Allegorie del ‘politico’. – 3. La ‘traccia’ allegorica e l’anima della comparazione. – 4. Figure (e metodi) della comparazione. – 5. Il «confine» e lo «scarto». – 6. Arcaico e contemporaneo.

*

In quella raccolta rapsodica ed incompiuta di pensieri ed annotazioni frammentarie conosciuta sotto il nome di *Passages di Parigi*, Walter Benjamin ci ha consegnato una definizione importante – ed allo stesso tempo enigmatica – di che cosa voglia dire ‘sperimentare’ la *soglia*:

Rites de passage – così sono dette nel folclore le cerimonie connesse alla morte, alla nascita, al matrimonio, al diventare adulti ecc. Nella vita moderna questi passaggi sono divenuti sempre più irri-conoscibili e impercettibili. Siamo diventati molto poveri di esperienze della soglia. [...] La soglia deve essere distinta molto nettamente dal confine. La *Schwelle* (soglia) è una zona. La parola *schwollen* (gonfiarsi) racchiude i significati di mutamento, passaggio, straripamento, significati che l’etimologia non deve lasciarsi sfuggire. D’altra parte è necessario osservare il contesto tettonico e cerimoniale che ha portato la parola al suo significato.¹

La vita, in tutti i suoi stadi di sviluppo, viaggia necessariamente connessa al *margin*: esso è, per così dire, la figura che rappresenta per eccel-

¹ W. BENJAMIN, *I «passages» di Parigi*, in ID., *Opere complete*, IX, Torino, Einaudi, 2002, p. 555.

lenza quell'essere *al limite* dello spazio e del tempo colto però nell'atto estremo di tendere al suo *oltrepassamento*. In questo senso vanno intesi i numerosi «*rites de passage*» dell'esistenza umana, nonchè i variegati rituali folcloristici che riempiono così spesso gli archivi delle ricerche antropologiche. Eppure, seguendo Benjamin, le soglie non incarnano soltanto momenti della biografia o imprescindibili processi culturali: esse sono, soprattutto, *luoghi* del pensiero, ossia esperienze del 'fuori' nell'atto estremo di congiungersi al 'dentro', quindi intersezioni, eccedenze straripanti, passaggi che indicano una superficie, ossia una «*zona*» passibile di occupazione e di abitazione, nel comune obiettivo di sperimentarne il perimetro e di trascenderne il confine.

In effetti, e dando ascolto questa volta alle parole di Jacques Derrida, la riflessione filosofica ha da sempre cercato di vivere *al limite*. Nel nominarlo, nel dargli forma, nel declinarlo attraverso le sue categorie, essa lo ha fatto proprio e di conseguenza, «per meglio disporne, l'ha trasgredito».² Era necessario, scrive ancora Derrida, che il *suo proprio limite* non restasse estraneo al suo pensiero: in breve, che l'esterno si ibridasse con il dentro per restituire una nuova immagine del pensiero. In questo senso, si può allora dire, il limite si fa passaggio e la trasgressione stinge in appropriazione.

Oggi (da sempre), il diritto comparato accoglie la medesima aporia. Il margine della comparazione è il *risolto* che una tale pratica assume nello studio peculiare della legge. Per questo ogni margine è, anche, un 'concetto limite': come tale, «esso non significa un concetto confuso, [...] bensì un concetto relativo alla fase più estrema».³ Se la comparazione è per definizione l'analisi di ciò che sta "fuori", dell'estraneo colto alla luce della sua estraneità, *farsi margine* significa intensificare questo gesto e incorporare l'altro per insediare nel cuore delle sue categorie, sfruttarne l'alterità, così da arrischiare reciprocamente il 'dentro' ed il 'fuori' al livello di un'indistinzione reciproca e solidale. Sfumati i confini, riequilibrare le prospettive, quello che ne discenderà sarà una nuova concezione

² J. DERRIDA, *Timpano*, in ID., *Margini della filosofia*, Einaudi, Torino, 1997, p. 5.

³ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'* (a cura di G. Miglio), il Mulino, Bologna, 1972, p. 33.

del spazio, un nuovo *centro* del concetto e, forse, un nuovo «*panorama*»⁴ della legge.

*

1. *Metaforologia giuridica*

Secondo Jorge L. Borges, la «storia universale» non sarebbe nient'altro che il racconto della successione di alcune *metafore*.⁵ Forse, si può dire con un accenno di sorriso, quella della legge e delle sue rappresentazioni storiche percorre il medesimo destino.⁶ È in virtù di questa ragione che ri-

⁴ J.H. WIGMORE, *A Panorama of the World's Legal Systems*, West Publishing Company, Saint Paul, 1928, p. 3: «[m]ay we not, by pictures, give life and reality to the narrative? May we not take a temporary flight above the earth, look down upon the globe, and there watch the Panorama of the World's Legal Systems unroll before us, from the earliest past down to the present day?»

⁵ J.L. BORGES, *Altre inquisizioni* (1952), in ID., *Tutte le opere*, I, Meridiani Mondadori, Milano, 1984, p. 911: «[f]orse la storia universale è la storia di alcune metafore. Tracciare un capitolo di tale storia è il fine di questa nota».

⁶ Con un'insospettabile similitudine rispetto alle parole dello scrittore argentino, cfr. infatti A. GIULIANI, *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 47, 1970, p. 379: «[...] tutta la storia del pensiero giuridico potrebbe essere studiata dal punto di vista del linguaggio, come un susseguirsi di metafore». Per un commento su questi aspetti, cfr. A. VESPAZIANI, *Per un'ermeneutica della metafora giuridica*, in A. CERRI (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber Amicorum per Angelo Antonio Cervati*, Aracne, Roma, 2010, p. 227 e ss. Ampia l'attenzione dedicata dalla dottrina anglosassone ed internazionale. Tra i moltissimi contributi, si vedano: T. ROSS, *Metaphor and Paradox*, in *Georgia Law Review*, 23, 1989, pp. 1053-89; B.J. HIBBITTS, *Making Sense of Metaphors: Visuality, Aurality, and the Reconfiguration of American Legal Discourse*, in *Cardozo Law Review*, 16, 1994, pp. 229-350; M. TUSHNET, *Misleading Metaphors in Comparative Constitutionalism: Moments and Enthusiasm*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2005, pp. 262-8; V.C. JACKSON, *Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors*, in *Fordham Law Review*, 75, 2006, pp. 921-60; M.L. JOHNSON, *Mind, Metaphor, Law*, in *Mercer Law Review*, 58, 2007, pp. 845-68; F. MAKELA, *Metaphors and Models in Legal Theory*, in *Les Cahiers de droit*, 52, 2011, pp. 397-415; J.M. LIPSHAW, *Metaphors, Models, and Meaning in Contract Law*, in *Penn State Law Review*, 116 (4), 2012, pp. 987-1042; J. EBBESSON, *Law, Power and Language: Beware of Metaphors*, in *Scandinavian Studies In Law*, 53, 2012, pp. 259-69. Nel contesto italiano, si segnalano: L. MORRA, *Diritto e metafore: a che punto è la notte?*, in *Pólemos*, 1, 2009, pp. 155-75; C.

sulta tanto curioso quanto sconcertante scoprire che il culmine del pensiero politico moderno, così come incarnato dalla figura emblematica di Thomas Hobbes, coincide anche con un'imperativa (ed inappellabile) messa al bando delle medesime.⁷ Le metafore – scrive infatti Hobbes – sono semplicemente «abusi», artifici retorici che legittimano fraudolentemente l'uso delle parole «in un senso diverso da quello per cui sono predisposte», possedendo quale unico proposito quello di circuire la ragione e di «inganna[re] gli altri». Esse, dunque, sono soltanto una delle tante numerose cause che stanno alla base della falsità del linguaggio, della sua figuralità tendenziosa, e, in definitiva, dell'assurdità stessa della 'parola'. Diversamente dalla ragione e dal metodo scientifico – veri e propri conforti per il progredire intellettuale dell'essere umano – le metafore si sta-

SARRA, *Metafora e diritto*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense: il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 211-59; P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986. Come si cercherà di mostrare attraverso la chiave interpretativa che in questo scritto si prediligerà, la presenza di tropi metaforici ed allegorici non costituisce (soltanto) il risultato di una specifica retoricità intrinseca al linguaggio normativo, né l'esito di un determinato o preteso cognitivismo concettuale, ma rappresenta, in una prospettiva che vuole essere di 'diritto comparato' e di 'diritto e letteratura', il *correlativo oggettivo* (à la T.S. Eliot) di una precisa 'ontologia politica'.

⁷ Molto ampia la letteratura critica sullo 'speciale' trattamento riservato da Hobbes al linguaggio metaforico. Si vedano, tra i numerosi contributi, C. CANTALUPO, *Hobbes's Use of Metaphor*, in *Restoration: Studies in English Literary Culture*, 12 (1), 1988, pp. 20-32; S.L. MINTZ, *Leviathan as Metaphor*, in *Hobbes Studies*, 2, 1989, pp. 3-9; T. SORELL, *Hobbes's UnAristotelian Rhetoric*, in *Philosophy and Rhetoric*, 23, 1990, pp. 96-108; J. RAYNER, *Hobbes and the Rhetoricians*, in *Hobbes Studies*, 4, 1991, pp. 76-95; F. R. ANKERSMIT, *Metaphor in Political Theory*, in F.R. ANKERSMIT, J.J.A. MOOIJ (a cura di), *Knowledge and Language*, III. *Metaphor and Knowledge*, Springer Science, Dordrecht, 1993, pp. 155-202; R. E. STILLMAN, *Hobbes's Leviathan: Monsters, Metaphors, and Magic*, in *ELH*, 62 (4), 1995, pp. 791-819; Q. SKINNER, *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 345; M. CIPOLLETTA, *Il linguaggio metaforico nel pensiero politico di Hobbes*, in *Trimestre*, 34 (3-4), 2003, p. 268 e ss.; A. MUSOLFF, *Ignes fatui or apt similitudes? – the apparent denunciation of metaphors by Thomas Hobbes*, in *Hobbes Studies*, 18, 2005, pp. 96-113; G. SORGI, *Research Note: Thomas Hobbes – A page in the History of Sport Philosophy. A Race as a Metaphor*, in *Hobbes Studies*, 21, 2008, pp. 84-91; S. FORRESTER, *Theories of Metaphor in Seventeenth and Eighteenth-Century British Philosophy*, in *Literature Compass*, 7/8, 2010, pp. 610-25.

⁸ TH. HOBBS, *Leviatano* (IV, 4), Bompiani, Milano, 2012, p. 53.

gliano al contrario come «*ignes fatui*» (fuochi fatui): ragionare su di esse «è vagare attraverso innumerevoli assurdità», poiché il loro fine ultimo e concreto è nient'altro che «la disputa (*contention*), la sedizione (*sedition*) o la disobbedienza (*contempt*)». ⁹ Tutto questo è talmente vero, per Hobbes, che il consigliere di Corte che dovesse suggerire al Principe compiti e azioni da intraprendere ai fini del benessere dello Stato, qualora colto appunto nell'adoperare espressioni o formule metaforiche di tal tipo, presto si mostrerebbe, in realtà, quale pessimo consigliere; in definitiva, come un soggetto menzognero che tradisce il fondamentale compito politico di «far emergere la verità nel modo più evidente» per mascherarla, al contrario, dietro espressioni ingannatrici. ¹⁰

Insomma, con il porre il mondo della scienza e della razionalità matematica dal lato cristallino della *verità*, e quello oscuro, ambiguo e politicamente pericoloso del linguaggio metaforico dalla parte del raggiri, in Hobbes la rottura metaforica sembrerebbe effettivamente dirsi totale. Una rottura, si badi, orientata non solo linguisticamente ma soprattutto *politicamente*, tanto più sorprendente se si considera sia il profondo utilizzo che della metaforologia organicista si è fatto nell'intera storia del pensiero politico occidentale (a partire dall'apologo di Menenio Agrippa, passando per San Paolo ed arrivando fino a Baldo e Fortescue) ¹¹, sia, soprattutto, per la stessa *iconicità* metaforico-figurale che l'effigie del Leviatano racchiude in se stessa. ¹²

⁹ ID., *Leviatano* (v, 20), cit., p. 79. L'insegnamento hobbesiano è talmente noto che se ne trova menzione financo nel classico di G. LAKOFF, M. JOHNSON, *Metaphors We Live By*, The University of Chicago Press, Chicago, 1980, p. 190.

¹⁰ TH. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 423.

¹¹ Per l'apologo di Menenio Agrippa, cfr. LIVIO, *Ab Urbe condita*, II, 32; per il celebre passo di S. Paolo si veda 1 *Cor.* 6, 15-16; sulla metafora sacralizzata del 'corpo mistico' in Baldo, cfr. *De executione rei iudicate*, 1. *etiam Cod. Just.* 7, 53, 5 – n. 12; relativamente al pensiero di Fortescue, si veda il suo *In Praise of the Laws and Governance of England* (cap. XIII: *How kingdoms ruled politically first began*). Per un'analisi completa di questi passaggi, cfr. G. BRIGUGLIA, *Il corpo vivente dello Stato. Una metafora politica*, Bruno Mondadori, Milano, 2006. Per una trattazione di carattere storico sull'esperienza politica medioevale in tema di organicismo e metafora del 'corpo', cfr. A.-H. CHROUST, *The Corporate Idea and the Body Politic in the Middle Ages*, in *The Review of Politics*, 9 (4), 1947, pp. 423-52.

¹² Fin troppo note le parole di commento che Carl Schmitt dedicò al capolavoro di Hobbes: «[n]ominare il Leviatano [...] non ha il semplice valore di illustrare un pensiero, come un qualunque paragone che serva a chiarire una dottrina politica o come una

E in effetti, com'è fin troppo noto, la messa al bando hobbesiana della vaghezza metaforica risulta assai meno feroce di quanto ad un primo momento possa sembrare. Questa 'svolta' si nutre invero fittiziamente (e si potrebbe anche aggiungere, *ironicamente*) dell'impiego di una precisa tradizione estetico-politica che è essa stessa, nella propria figuratività tralattizia, eminentemente metaforica.¹³ In breve, il *Leviatano* è null'altro che il distillato di un'immagine eclatante e ricorrente quale quella del *corpus mysticum* paolino, colto nell'atto di farsi corpo politico (*body political*), e che proprio attraverso questo denso *détour* storico-simbolico-religioso giunge infine ad interessare, ancora una volta, l'analisi del diritto.¹⁴

qualsivoglia citazione; piuttosto, col Leviatano si evoca un simbolo mitico, pieno di reconditi significati. Nella lunga storia delle teorie politiche, ricchissima delle più diverse immagini, di simboli, di icone e di idoli, di paradigmi e di rappresentazioni fantastiche, questo Leviatano è l'immagine più forte e più potente, che fa saltare i confini di ogni teoria e di ogni costruzione» (in C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 65). Per un'analisi del rapporto simbolo-allegoria nel *Leviatano*, cfr. G.A. DI MARCO, *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Guida Editori, Napoli, 1999, p. 670 e ss., il quale citando il giurista tedesco ne conclude che l'immagine del *monstrum* sarebbe priva di qualunque contenuto metafisico-religioso, assurgendo tutt'al più alla funzione «di un artificio, di un'allegoria, di un velame propri del manierismo e del barocco, per cui rimanda alla nuova situazione in cui Hobbes viveva» (*ibid.*, p. 673). Si vedrà però *infra* l'importanza estetico-politica che la rappresentazione allegorica dei concetti riveste in Schmitt.

¹³ In questo senso coglie il punto J. WILLSON-QUAYLE, *Resolving Hobbes's Metaphorical Contradiction: The Role of the Image in the Language of Politics*, in *Philosophy & Rhetoric*, 29 (1), 1996, pp. 15-32, quando afferma che «if we now recall the infamous *ignes fatui* passage in which Hobbes warns that metaphors in science lead to civil unrest, we should see clearly that Hobbes is referring to metaphoric words and not to images ("metaphors, and senseless and ambiguous words...")» (p. 20). Si vedano anche A. TUKIAINEN, *The Commonwealth as a Person in Hobbes's Leviathan*, in *Hobbes Studies*, 7, 1994, pp. 44-55; C. CHWASZCZA, *The Seat of Sovereignty: Hobbes on the Artificial Person of the Commonwealth or State*, in *Hobbes Studies*, 25, 2012, pp. 123-42.

¹⁴ Come efficacemente chiosa, R.J. STARK, *Rhetoric, Science, and Magic in Seventeenth-century England*, The Catholic University of America Press, Washington, 2009, p. 26: «[L]ike every other critic of metaphors in the seventeenth century, Hobbes uses metaphors to reject metaphors. [...] We should also keep in mind that Leviathan itself is a metaphor. Hobbes obviously does not renounce the idea of the metaphor. Rather, he disavows the language of magic and mystery, all in an effort to purge the *mysterium tremendum et fascinans* of its numinous glow, or what he describes in another metaphorical phrase as the false fire of mystical rhetoric, which he erroneously blames for

Ora, è del tutto evidente come quello di ‘corpo politico’ costituisca, in realtà, una sorta di concetto limite del diritto pubblico; un *calembour* politico che per legittimarsi in quanto tale deve appunto occultarsi e dissimularsi sotto le tranquillizzanti vesti di una *morfé* fittizia e ‘metaforica’. Non è un caso, analogamente, che lo stesso sintagma “*corpus mysticum*” venisse dalle fonti antiche parafrasato in un senso simile alla locuzione “*corpus fictum*”.¹⁵ Una *fictio* che quindi fa tutt’uno con la precarietà del suo essere dispositivo di raffigurazione e di cattura di un’eccedenza astratta (il popolo) in quanto tale ontologicamente ‘*irrapresentabile*’. Come di recente scrive Giorgio Agamben, «[i]l corpo politico è, così, un concetto impossibile, che vive solo nella tensione tra la moltitudine e il *populus-rex*: esso è già sempre in atto di dissolversi nella costituzione del sovrano». ¹⁶ Il *Leviatano*, tale immensa ‘*machina machinarum*’, questo gigante artificiale che in Hobbes prende il nome alternativamente di *Commonwealth* o di Stato, altro non sarebbe se non la rappresentazione sdruciolevole e metaforica della corporeità singola e atomistica dei suoi membri raccolti inscindibilmente sotto la guida di un capo (*caput*); membri che si riconoscono a vicenda solo attraverso l’atto precario di *costituzione* del medesimo ‘corpo’ sociale. Le ‘viscere’ del *Leviatano* sono dunque il risultato di una costruzione, di uno stratagemma alla cui base sta la sofisticcheria di un congegno ottico, in breve il frapporsi obliquo di una maschera ingannatrice, o, più semplicemente, il velo ermeneutico di una figura del linguaggio. Il popolo – e qui sta il momento di maggior tensione dell’intera analisi hobbesiana – «non ha un corpo proprio»: esso si dà, puramente e semplicemente, quale elemento *impolitico*, alternandosi rispettivamente come «moltitudine disunita (*disunited multitude*)» nella fase antecedente al congiungimento nel patto sociale, e come «moltitudine dissolta (*dissoluta multitudo*)» successivamente alla sua eventuale (e peregrina) fuoriuscita. La tanto ambita corporeità politica è raggiungibi-

the social discord of the age. Hobbes distances himself only from certain types of tropes, not from the general idea of tropology».

¹⁵ Su questo punto, cfr. la classica trattazione di H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione: parola e concetto dall’antichità all’Ottocento*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 150 e ss.

¹⁶ G. AGAMBEN, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, Bollati Boringhieri, Torino, 2015, p. 53.

le, per Hobbes, solo a patto di scontare il marchio genetico della propria aporeticità, ossia soltanto attraverso l'atto di sottrarsi, politicamente ed ontologicamente, a quella originaria invisibilità rappresentativa in cui è immersa la compagine umana fin dalla sua primordiale conformazione sociale.¹⁷

In quella struttura a chiasmo che vede la *moltitudine* come anomalia sempre presente ma mai rappresentabile, ed il *popolo* quale entità mai presente e solo rappresentabile (o evocabile), Hobbes misura così con precisione l'impossibilità stessa di una solida ontologia politica, per trovare viceversa, e proprio grazie a quel linguaggio metaforico apparentemente vilipeso, la sottile linea di fuga che congiunge il governo alla pace e la sicurezza all'ordine.¹⁸ Dopotutto, si può dire, il Leviatano non è altro che lo studio di una 'metafora assoluta', che diviene però vero e proprio *criterio di rappresentazione* empirica del 'politico'.

Ora, questo prolungato indugiare sull'uso (e sulla funzione) della metafora in Hobbes diviene in realtà un altro modo per dimostrare, più genericamente, quanto difficile possa essere tracciare con assoluta nettezza una linea di demarcazione che disgiunga il discorso *politico-giuridico* da quello più eminentemente *letterario*. Paul de Man ha potuto scrivere qualcosa di simile quando, interrogandosi proprio sullo statuto del discorso filosofico alla luce della complessità linguistica che lo contraddistingue, sosteneva che la separazione tra 'letteratura' e 'filosofia' non avrebbe mai potuto condursi attraverso la semplice opposizione tra cate-

¹⁷ *Ibid.*, p. 55.

¹⁸ Al termine di questo breve scorcio, non può non risultare sorprendente constatare come nella letteratura secentesca contemporanea ad Hobbes – in particolare, come è del tutto ovvio, quella concernente il commento e l'interpretazione delle sacre scritture – proprio il termine *Leviatano* venga inquadrato con un'enfasi che è puramente allegorica, ossia quale dispositivo linguistico spesso rimandante ad altre figure, come ad esempio quelle del "principe", del "sovrano", o della stessa "società". Così, ad esempio, Schindler nel suo *Lexicon Pentaglotton* (1657), quando trattando del famoso mostro biblico aggiunge che «Per Metaphoram» esso significherebbe proprio «*princeps*» o «*rex*» (su questi aspetti, si veda il fondamentale articolo di J.M. STEADMAN, *Leviathan and Renaissance Etymology*, in *Journal of History of Ideas*, 28, 1967, pp. 575-6). Del tutto evidente, allora, come Hobbes stesso non potesse negare il potenziale euristico scaturente dall'utilizzo di precise immagini metaforiche, ossia dalla rappresentazione della realtà politica per mezzo di finzioni letterarie colte nella propria paradigmatica simbolicità (in questo senso, cfr. anche A. MUSOLFF, *Ignes fatui or apt similitudes?*, cit., p. 96).

gorie 'estetiche', da un lato, e categorie 'ermeneutiche', dall'altro. Piuttosto, proprio perché tutto il discorso filosofico risulta da sempre geneticamente intessuto di una qualche figuralità, questa sarebbe la miglior prova dell'impossibilità di una marcata *actio finium regundorum*.¹⁹ In modo affine, Hans Blumenberg ha efficacemente parlato di "metaforologia" per indicare la riflessione critica, lo studio e la catalogazione di quelle figure fondamentali del pensiero che situandosi nella soglia che divide le discipline ed i campi del sapere «danno una struttura al mondo, danno una rappresentazione del tutto della Realtà, che come tale non è mai sperimentabile né dominabile». ²⁰ Per questo Enzo Melandri, nella presentazione italiana all'opera, ha correttamente sostenuto che ogni ricerca sulle metafore assolute è anche una ricerca «archeologica», ossia studio di quelle cesure che congiungono passato e presente e che nel caso dei troppi metaforici si pongono come il residuo di quell'arcaico che persiste ancora nella parola e nei concetti del contemporaneo.²¹

È forse lungo questa medesima direttrice, per così dire 'archeologico-linguistica', che va allora colto quel passaggio davvero singolare che il giurista Carl Schmitt colloca in uno dei paragrafi più importanti del suo ponderoso *Il nómos della terra* (1950). Allorché si tratta di dar conto del meccanismo giuridico-epistemologico che ha fatto sì che, ancor oggi, si possa parlare degli Stati-nazione in termini di soggetti-agenti nello spazio politico globale, Schmitt nota argutamente come alla base di tale processo si incontri l'influenza di un preciso meccanismo di carattere estetico e letterario.²²

Il fenomeno bellico – spiega Schmitt – per il fatto stesso di implicare una contesa tra due entità autonome e contrapposte all'interno del medesimo panorama internazionale, imponeva la cristallizzazione delle reci-

¹⁹ P. DE MAN, *The Epistemology of Metaphor, Critical Enquiry*, 5 (1), 1978, pp. 13-30: «[o]ur argument suggests that the relationship and the distinction between literature and philosophy cannot be made in terms of a distinction between aesthetic and epistemological categories. All philosophy is condemned, to the extent that it is dependent upon figuration, to be literary and, as the depository of this very problem, all literature is to some extent philosophical» (*ibid.*, p. 30).

²⁰ H. BLUMENBERG, *Paradigmi per una metaforologia*, il Mulino, Bologna, 1960, p. 23.

²¹ E. MELANDRI, *Per una filosofia della metafora*, in H. BLUMENBERG, *Paradigmi per una metaforologia*, cit., p. XIII.

²² C. SCHMITT, *Il Nómos della terra*, Adelphi, Milano, 1991, p. 168 e ss.

proche azioni entro entità singole e giuridicamente imputabili. Ma per far sì che questo accadesse era necessario, prima di ogni altra cosa, che tali entità assumessero una fattezze ontologica singola e ben definita. Così,

[u]n passo decisivo verso la nuova entità «Stato» e verso il nuovo diritto internazionale interstatale fu compiuto con la rappresentazione di entità di potere, territorialmente in sé chiuse, come *persone*.²³

Parafrasando, è solo attraverso un processo di «personificazione metaforica» – insieme letteraria, giuridica e politica – che il nuovo diritto internazionale poteva avviarsi lungo quella profonda costruzione concettuale che lo ha condotto fino ad essere, oggi, il luogo di incontro (e di scontro) di opposte sovranità. E solo in questo modo, ne desume ancora il giurista, tali «*Persone*» potevano raggiungere quella soggettività politica necessaria per fondare di senso «l'analogia tra la guerra e il duello». Di fronte a questa nuova rappresentazione del diritto bellico internazionale, attraverso la fantasia e la creatività dei diplomatici europei, gli Stati furono così ben presto raffigurati come «grandi uomini» (*magni homines*) ed il diritto internazionale stesso prese ad atteggiarsi quale immenso terreno di contesa inframmezzato da opposti lottatori duellanti.²⁴

Ma – occorre dire – più che il punto di inizio, tutto questo costituisce anzi lo stadio terminale: da dove prende avvio, infatti, la propensione verso una tale forma di personificazione? In quale meccanismo, detto altrimenti, è possibile trovare il grimaldello concettuale che ha consentito questa epocale svolta nel diritto pubblico interstatale? Come accennato, per Schmitt la risposta risiede in un dispositivo di carattere eminentemente letterario e figurale:

[d]al punto di vista della storia delle idee il processo di personificazione di complessi di potere politico, spazialmente chiusi o no, è già in pieno svolgimento nel secolo XVI ed è fortemente incoraggiato dalla tendenza rinascimentale all'allegoria. La mentalità dei

²³ *Ibid.*, p. 168.

²⁴ *Ibid.*, p. 168.

giuristi europei si abituò così alla personificazione dei poteri pubblici e parlò di Spagna, Inghilterra, Francia, Venezia, Danimarca come di grandi individui. Ma solo con il barocco del XVII secolo si affermò pienamente la personalità dello Stato, rappresentativa e sovrana.²⁵

Quasi tutto, in questo breve passaggio, si dimostra sorprendente. Con un rapido gesto, Schmitt rintraccia nel metodo *allegorico* del teatro rinascimentale la scaturigine delle rappresentazioni personalistiche dei pubblici poteri, per dar ragione – proprio attraverso l’esperienza culminante e decisiva del dramma barocco tedesco del XVII secolo – della futura e compiuta rappresentazione, in termini unitari e giuridicamente definiti, delle entità statuali.²⁶

Affermare questo non significa, ovviamente, ingiungere che gli Stati siano *tout court* il risultato di una qualche finzione letteraria: al contrario, essi – esattamente come noi oggi li conosciamo – mantengono la propria unità di territorio, il proprio spazio ben definito e la propria forma giuridica attraverso la concretezza del proprio esistere. Eppure, appunto in quanto entità sottomesse ad un meccanismo di rappresentazione e di personalizzazione, gli Stati risentono, quantomeno dai tempi di Grozio, del significativo apporto proveniente dalle teorie estetico-letterarie di quei secoli. Questo rilievo è, appunto, così importante per Schmitt che la stessa analogia giuridico-internazionale tra lo Stato e la persona umana (la c.d. *international-personal analogy*) «domina d’ora in avanti sull’intero pensiero giusinternazionalistico»²⁷: gli Stati esistono in quanto allego-

²⁵ *Ibid.*, p. 169.

²⁶ In questo senso, in nota al medesimo passaggio, assai rilevante si mostra il riferimento che Schmitt appone agli scritti del compositore Traiano Boccalini: nelle sue opere (in particolare, ne *I Raggiugli di Parnaso* del 1613) le grandi potenze politiche d’Europa vengono per l’appunto rappresentate attraverso personalizzazioni allegoriche e stratagemmi letterari che consentono ‘pragmaticamente’ a Venezia, alla Francia ed alla Spagna di comparire sulla scena agendo, con parole e gesti, alla stregua di qualunque altro personaggio “reale”. Assai interessante appare anche il riferimento all’*Otello* di Shakespeare nell’interpretazione fornita da Lilian Winstanley (nel suo “*«Othello» as the tragedy of Italy*”, 1924), in cui l’utilizzo letterario del termine «Stato» si dimostra, per il giurista tedesco, di grande rilevanza ai fini della sua stessa genesi concettuale.

²⁷ C. SCHMITT, *Il Nómoos della terra*, cit., pp. 172-3. A testimonianza ulteriore di questo rilevante snodo concettuale nel pensiero internazionalistico moderno, si veda il rile-

rie di *magni homines* colti nell'atto di vivere, gli uni di fronte agli altri, come 'soggetti morali'. Essi parlano, intrattengono rapporti e firmano accordi come enormi attori sulla scena. Un *theatrum belli* che fa dunque della presenza scenica la versione edulcorata ed innocente del cruento (e corrispondente) scontro globale. Insomma, per Schmitt l'allegoria diviene un vero e proprio 'criterio di rappresentazione' del politico; un dispositivo *estetico* che illumina la concretezza della sovranità geopolitica prima ancora di qualunque illustrazione puramente e semplicemente giuridico-positiva.²⁸

2. Allegorie del 'politico'

L'attenzione dimostrata da Schmitt al tema dell'allegoria, in un'ottica che come si è visto è tanto politica quanto eminentemente letteraria, non costituisce tuttavia un riferimento isolato o casuale. In *Amleto o Ecuba* (1956) – testo per certi versi antesignano di quell'approccio che noi oggi possiamo definire come di “*Legge e Letteratura*” – Schmitt affronta il tema dell'allegoria nell'eponimo dramma shakespeariano, ciò alla luce delle «preziose informazioni»²⁹ rintracciabili in un'opera parimenti rappresentativa per il pensiero filosofico e letterario moderno: *Il dramma barocco tedesco* (1928) di Walter Benjamin.³⁰

vante contributo, da Schmitt stesso citato, di E. DEWITT DICKINSON, *The Analogy Between Natural Persons and International Persons in the Law of Nations*, in *The Yale Law Journal*, 26 (7), 1917, pp. 564-91.

²⁸ E come argutamente ricorda L. STRAUSS, *Gerusalemme e Atene. Studi sul pensiero politico dell'Occidente*, Einaudi, Torino, 1998, p. 393, è proprio quanto Schmitt dice dell'estetico a rappresentare la chiave di lettura del suo concetto di 'politico'.

²⁹ C. SCHMITT, *Amleto o Ecuba. L'irrompere del tempo nel gioco del dramma*, il Mulino, 2012, p. 39 (il saggio di Benjamin viene invero esplicitamente menzionato).

³⁰ Ampia la bibliografia critica sul saggio di Schmitt. Si vedano, tra i tanti contributi, V. KAHN, *Hamlet or Hecuba: Carl Schmitt's Decision*, in *Representations*, 83 (1), 2003, pp. 67-96; H. GRADY, *Hamlet as Mourning-Play: A Benjaminesque Interpretation*, in *Shakespeare Studies*, 36, 2008, pp. 135-65; C. STRATHAUSEN, *Myth or Knowledge? Reading Carl Schmitt's Hamlet or Hecuba*, in *Telos*, 153, 2010, pp. 7-29; E.L. SANTNER, *The Royal Remains: Carl Schmitt's Hamlet or Hecuba*, in *Telos*, 153, 2010, pp. 30-50; D. DANIEL, “Neither Simple Allusions Nor True Mirrorings”: *Seeing Double with Carl Schmitt*, in *Telos*, 153, 2010, pp. 51-69; D. PAN, *Tragedy as Exception in Carl Schmitt's Hamlet or Hecuba*, in J. MEIERHENRICH, O. SIMONS (a cura di), *The Oxford Handbook of Carl*

In una nota apposta nel secondo capitolo del saggio, proprio rievocando l'interpretazione che di *Amleto* Lilian Winstanley ha potuto fornire nei suoi scritti, Schmitt definisce come «preciso e profondo» il problema estetico della presenza, nei drammi del bardo inglese, di simboli e allegorie di carattere *politico*. Ogni opera, scrive Schmitt parafrasando le parole di Egon Vietta, è una sorta di «cornice di sogno» in cui piani di realtà differenti si sovrappongono e si intrecciano intersecando oniricamente *storia* e *fabula*. Ciò che resta al lettore alla fine di tale contaminazione è, però, il sospetto penetrante di essere di fronte non tanto ad allusioni, quanto ad «insinuazioni»; in breve, ad aperture o a «irruzioni» – come giustappunto le denomina Schmitt – che determinano l'entrata incisiva della *storia* nel gioco del dramma scenico. La densa riflessione è invero completata da Schmitt attraverso il richiamo al “*Trauerspiel*” di Benjamin, al quale seguirà però, quasi con un accenno di sconforto, il riconoscimento di non meglio precisati «motivi personali» che distoglierebbero l'anziano giurista «dal fare ancora progetti e dal promettere pubblicazioni al riguardo».³¹ Solo nell'*Excursus*, collocato al fondo del breve volumetto, Schmitt potrà rivelare, meno sommessamente, come l'opera di Benjamin risulti

ricca di importanti osservazioni e di acuti giudizi, sia sulla storia dell'arte e sulla storia delle idee in generale, sia anche sul dramma shakespeariano e, in particolare, su *Amleto*. Estremamente feconda mi sembra la caratterizzazione di Shakespeare nel capitolo *Allegoria e dramma barocco*, dove si mostra che l'allegorico in Shakespeare è essenziale quanto l'elementare.³²

Schmitt, Oxford University Press, 2015, pp. 1-24, disponibile al link: <<http://www.oxfordhandbooks.com>>.

³¹ C. SCHMITT, *Amleto o Ecuba*, cit., p. 63, 69.

³² *Ibid.*, p. 109. Al di là dell'elogio rivolto allo scritto di Benjamin, Schmitt tuttavia criticherà l'impostazione del filosofo tedesco, carente, a suo dire, di una corretta differenziazione tra *nómos* inteso come ordine terrestre e continentale e *nómos* marittimo. Solo alla luce del primo l'Inghilterra di Shakespeare può effettivamente dirsi 'barbarica', ossia 'pre-statuale'. Misurata alla luce del progresso civilizzatore costituito dai commerci mercantili e dalla rivoluzione industriale, l'Inghilterra è ben al contrario la prima nazione mondiale a modificare la propria esistenza politica concreta, emancipandosi da una sovranità legata alla terra e volgendosi ad un'altra caratterizzata dalla *sconfinatezza* del mare (*ibid.*, p. 115).

È per questo motivo, per la diretta ammissione fatta dallo stesso Schmitt, che non resta allora che rivolgersi proprio agli studi benjaminiani, e ciò per comprendere in quale modo l'allegoria si mostri quale fuoco prospettico del 'politico', o come sua cornice di senso. Per riprendere ancora Blumenberg, vi è davvero una *metaforologia* della legge, un pensiero delle forme linguistiche che determinano l'evoluzione e la trasformazione dei suoi significati. Una metaforologia che, come tale, si incista appunto sulle matrici paradigmatiche della metafora, della figura e dell'allegoria.³³ Essa costituisce un vero e proprio codice ermeneutico, una matrice del c.d. «non pensato», che come ancora nota Melandri «ha tuttavia "agito", sebbene in modo inconsapevole o addirittura rimosso dopo il primo albeggiare nella coscienza».³⁴ Così, se ciò che si erge di fronte alla narrazione schmittiana non è soltanto una questione di tropi del linguaggio (vale a dire, un problema di natura meramente 'retorica') ma, al contrario, incontra fin da subito la 'semantica' e quindi l'ontologia del 'politico', fino a che punto, è lecito domandarsi, è possibile davvero reputare corrette le implicazioni del gesto schmittiano? Davvero l'allegoria può costituire il grimaldello concettuale per decifrare la morfologia del 'politico'? E soprattutto: può l'esempio schmittiano essere *intensificato*, radicalizzato, portato alle sue estreme conseguenze, fino a rendere l'allegoria stessa quell'inedito campo di confronto tra 'legge' e 'letteratura'? Sarà seguendo questa precisa direzione che occorrerà capire in che senso *pratica giuridica* e *pratica allegorica* siano considerabili come strutture intellettualmente e storicamente analogiche. E soprattutto, sarà proprio attraverso lo spiraglio del dramma barocco tedesco benjaminiano che si dovrà scorgere il *theatrum mundi* del giuridico nel suo gesto di compenetrazione e disarticolazione delle tassonomie offerte dalla *critica letteraria*.

³³ Metafore che, forse, costituiscono 'insidie' per il giurista pratico (come in questo senso teme G. GALGANO, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore del diritto*, il Mulino, Bologna, 2010), ma che risultano, in realtà, vere e proprie chiavi di volta per squadernare la reale filigrana genealogica della legge.

³⁴ E. MELANDRI, *Per una filosofia della metafora*, cit., p. XIV.

3. La 'traccia' allegorica e l'anima della comparazione

Etimologicamente, parlare di allegoria significa parlare dei modi di *differimento* e di *dislocazione* del significato. Essa indica, invero, quello slittamento di contenuto linguistico, quello scivolamento del senso che si incista a partire dalla profondità concettuale di un particolare lessema. In questo medesimo senso, l'allegoria è un *varco*, un'apertura potenziale verso una dimensione semantica ulteriore e per mezzo della quale, in effetti, l'alterità riesce a farsi compiutamente *identità*.³⁵

In greco antico, ἄλλος (*állos*, "altro") + ἀγορεύω (*agoreúo*, "io parlo") indica propriamente il dire 'in altre parole', e questo era il significato che assunse nella pratica letteraria il verseggiare aulico dei poeti epici fin dal VII sec. a.C., legittimati ad esprimersi cripticamente proprio perché direttamente insufflati dalla divinità.³⁶ E quando i filologi alessandrini, nonché i primi pensatori stoici del III a.C., dovettero veicolare la propria dottrina filosofica occultandola sotto il pretesto della tradizione, proprio all'allegoria dei versi omerici si rivolsero con particolare profitto.³⁷ Do-

³⁵ Cfr. la bella analisi che in questi termini è condotta da M. VIRDIS, *Allegorice loqui*, in P. SERRA (a cura di), *In altre parole. Forme dell'allegoria nei testi medioevali*, Franco Angeli, 2015, p. 11 e ss. In questo stesso senso, 'allegoria' sta qui ad indicare quella pratica ermeneutica secondo la quale si dà una connessione in senso semantico, nonché un'unità di direzione in chiave significante, tra due *figure* del linguaggio. Per un'introduzione generale su questi temi, cfr. G. SASSO, *Allegoria e simbolo*, Aragno, Torino, 2014, p. 6 e ss., che parla opportunamente dell'allegoria in termini di «intensificazione» e «trasfigurazione» del significato; di «gioco [...] del nascondere e dello svelare»; e di «doppia dimensione del visibile e del nascosto».

³⁶ Per i primi fondamenti dell'allegoria in Grecia, cfr. D. OBBINK, *Early Greek Allegory*, in R. COPELAND, P.T. STRUCK (a cura di), *The Cambridge Companion to Allegory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 15-25; A. LAIRD, *Figures of Allegory from Homer to Latin Epic*, in G.R. BOYS-STONES, *Metaphor, Allegory, and the Classical Tradition. Ancient Thought and Modern Revisions*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 151-75. Come nota E.R. CURTIUS, *Letteratura europea e Medio Evo latino*, La Nuova Italia, Firenze, 1992, pp. 228-9, «[l']allegoresi omerica [...] rifletteva una caratteristica basilare del pensiero religioso greco, la convinzione cioè che gli dèi si manifestassero in forma enigmatica, come negli oracoli e nei misteri. Era compito degli "iniziati" penetrare con lo sguardo oltre i veli e i tegumenti che nascondevano il segreto agli occhi delle masse».

³⁷ Per la successiva evoluzione della pratica allegoria durante l'ellenismo ed il pensiero stoico, cfr. G.W. MOST, *Hellenistic Allegory and Early Imperial Rhetoric*, in R. COPELAND, P.T. STRUCK (a cura di), *The Cambridge Companion to Allegory*, cit., p. 29 e ss.;

potutto, e come i maestri della legge ebraica già insegnavano, il parlare per *simboli* era indice dell'esistenza di un livello di verità *ulteriore* che si nascondeva sotto l'apparente semplicità delle figure linguistiche comuni. Questo fu perfettamente evidente tanto nelle pratiche misteriche greche quanto, più scolasticamente, in autori come Filone di Alessandria (I a.C. – I d.C.), per il quale l'allegoresi biblica divenne propriamente la ragione d'essere che determinava l'impulso a filosofare.³⁸ Sempre in epoca alessandrina (e sempre grazie all'apporto determinate di Filone) l'eccesso e la sovrabbondanza di significazione tipiche della ricerca allegorica colpiscono financo il termine νόμος (*nómos*, "legge"), che divenne invero il lessema prediletto per tradurre l'ebraico *Torah*, e per armonizzare quindi i precetti della legge mosaica con i principi della filosofia greca.³⁹ Come si vede, dunque, già qui l'uso allegorico non diventa solo il segno di una predilezione per il gusto di stupire, né per il materializzarsi banale della diuturna opposizione tra *lettera* e *spirito*, o fra *visibile* e *nascosto*; al contrario, essa inizia a sottendere una specifica (e subliminale) sovrapposizione concettuale cui è possibile porre rimedio solo *dislocando* la ricerca critica (e comparatistica) attraverso più piani contemporaneamente (linguistico, religioso, giuridico, politico, letterario).

Tutto ciò può forse apparire maggiormente significativo allorché si consideri la sorte di un termine di frequente avvicinato a quello di 'allegoria', vale a dire il concetto (inizialmente appartenente al contesto pro-

G.R. BOYS-STONES, *The Stoics' Two Types of Allegory*, in ID., *Metaphor, Allegory, and the Classical Tradition*, cit., pp. 189-216. Sui grammatici alessandrini, si veda inoltre l'ampio lavoro di I. RAMELLI, G.A. LUCCHETTA, *Allegoria. L'età classica*, I, Vita e pensiero, Milano, 2004, p. 190 e ss.

³⁸ Proprio Filone (in *Quod omnis probus liber sit*, 82) assimilò analogicamente la scuola ebraica, la pratica misterica greca e la lettura allegorica notando come quest'ultima fosse la via prediletta per rintracciare e rendere comprensibile il significato autentico riposto nelle figure, negli atti e negli accadimenti rappresentati nel Pentateuco. Per ulteriori approfondimenti, si veda l'ampia ricerca condotta da G. Reale e R. Radice nell'*Introduzione* a FILONE DI ALESSANDRIA, *Tutti i trattati del commentario allegorico alla Bibbia*, Bompiani, Milano, 2005, p. XLIII e ss.

³⁹ Cfr. sul punto H.E. REMUS, *Authority, Consent, Law: Nomos, Physis, and the Striving for a "Given"*, in *Studies in Religion / Sciences Religieuses*, 13, 1984, pp. 5-18; A.F. SEGAL, *Torah and Nomos in Recent Scholarly Discussion*, in *Studies in Religion / Sciences Religieuses*, 13, 1984, pp. 19-27; J. WHITMAN, *Interpretation and Allegory: Antiquity to the Modern Period*, Brill, Boston, 2000, p. 38.

fano) di 'figura'. Come mostra Erich Auerbach nel suo celeberrimo studio, se nella letteratura giuridica del I secolo d.C. risultano attestati alcuni rari passaggi in cui «figura» vale ancora come «vuota forma esteriore» o anche come «parvenza», essa presto inizierà ad essere utilizzata quale sinonimo di 'allegoria', ciò per indicare quel «significato più profondo», spesso associato ad un messaggio di salvezza o di preveggenza, di cui rappresenterebbe invero la traccia rivelante.⁴⁰ Così, non deve affatto sorprendere la scoperta che in una delle opere capitali del pensiero politico medioevale, attraverso l'utilizzo di uno specifico metodo 'figurale', venga espressa anche una precisa idea sul governo della comunità, nonchè sull'Impero cristiano d'Occidente. In uno dei primi paragrafi del suo celebre *Defensor Pacis* (1324), Marsilio da Padova poteva infatti utilizzare il *metodo allegorico* (l'espressione latina impiegata è «*figuraliter*») per dimostrare come la 'salute' del corpo biologico avesse il proprio corrispettivo politico nella 'pace' interna dello Stato.⁴¹ Il racconto di Marsilio, come noto, era un'esplicita trattazione parenetica, un ammonimento assai comune ai canoni estetici del suo tempo che si occultava, nemmeno troppo ermeticamente, dietro la *silhouette* della favola leggera, ciò con la finalità di veicolare, con maggior peso o per miglior lettura, il proprio specifico messaggio politico.⁴² Ma questo non toglie che esso abbia avuto la sua efficacia (retorica, ma anche semantica) nell'utilizzo di uno schema di significazione non solo letterario, ma appunto giuridico-politico, il quale proprio attraverso la metafora del corpo politico, della sal-

⁴⁰ E. AUERBACH, *Figura*, in ID., *Scenes from the drama of European literature*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1984, p. 24 e ss.

⁴¹ MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace. Primo discorso* (a cura di C. Vasoli), Marsilio Editori, Milano, 1991, pp. 80-3: «Debentes itaque describere tranquillitatem et suum oppositum, suscipiamus cum Aristotele primo et quinto Politice sue capitulis 2° et 3° civitatem esse velut animatam seu animale naturam quandam. [...] De tranquillitate <quidem> igitur et intranquillitate opposita sic figuraliter sit dictum a nobis». Descrive questo fondamentale passaggio G. BRIGUGLIA, *Il corpo vivente dello Stato*, cit., pp. 62-3.

⁴² Così, il «solido» Impero, con la sua giurisdizione «universale», e non il debole papato, avrebbe dovuto essere, per Marsilio, l'arbitro supremo della *concordia ordinum*, il garante indiscusso di quella fragile e pur necessaria entità chiamata appunto «pace». Per una sintetica analisi sul punto, cfr. A. GEWIRTH, *Republicanism and Absolutism in the Thought of Marsilius of Padua*, in *Medioevo. Rivista di storia della filosofia medioevale*, 5, 1979, pp. 23-48.

vezza e della pace delle ‘membra’ di un organismo complesso poteva incarnarsi come arguta struttura narrativa.

Northrop Frye – in un testo talmente centrale da poter essere considerato il miglior esempio di teoria della critica letteraria novecentesca – ha potuto efficacemente sostenere che «ogni commento è un’interpretazione allegorica, un collegare idee alla struttura immaginativa poetica». ⁴³ Qui, Frye mostra assai bene come occorra sostanzialmente distinguere tra la semplice *allegoria* interna al testo (tipica, ad esempio, di un componimento poetico) e l’*allegoresi* quale vero e proprio ‘metodo critico’ di interpretazione dei testi. In questo senso, sostenere che ogni opera di commento sia allegorica significa anche dire che l’allegoria stessa agisce quale *schema di significazione* che strutturalmente *abita* il discorso ed linguaggio umano. Essa – sempre utilizzando le notazioni di Frye – è una «tecnica contrappuntistica», una «struttura di immagini» ⁴⁴ che si forma per il darsi di una *vis ermeneutica* che è consustanziale alla dinamica (e alla complessità) della stessa espressione linguistica. Tutto questo, occorre aggiungere, ben si concilia persino con quanto Enzo Melandri (ripetutamente debitore delle intuizioni di Frye) denomina «principio ermeneutico della polisemiosi» ⁴⁵ e Hans-Georg Gadamer può considerare nelle forme di una «significazione che va al di là di essa». ⁴⁶ Se tutti i concetti, per il fatto stesso di essere tali, eccedono la loro mansione puramente nominale, ciò implica stabilire che la molteplice datità del reale stinge naturalmente verso una «“interpretazione allegorica”» dello stesso. ⁴⁷ L’allegoresi tenderebbe così ad evidenziare quella stratificazione di senso che coopera nel rendere il singolo concetto ontologicamente *sovraccarico* di

⁴³ N. FRYE, *Anatomia della critica. Teoria dei modi, dei simboli, dei miti e dei generi letterari*, Einaudi, Torino, 2000, p. 118.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 119.

⁴⁵ E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull’analogia*, Quodlibet, Macerata, 2004, p. 72 e ss. Melandri efficacemente fa notare che «[s]e è vero che l’ermeneutica deve precedere l’ontologia, allora non ci sono significati letterali e significati metaforici, né ci sono interpretazioni letterali e interpretazioni allegoriche. Tutti i significati e tutte le interpretazioni sono per definizione, rispettivamente, metaforici e allegorici» (*ibid.*, p. 82).

⁴⁶ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo* (a cura di G. Vattimo), Bompiani, Milano, 2000, p. 169.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 169.

senso e di declinazione significante: in breve a conformarlo quale asse di spostamento costante tra esperienze logico-analogiche e figure retoriche del linguaggio.⁴⁸

Ora, tutto ciò può apparire forse lontano dalle preoccupazioni immediate del giurista, ma diventa, all'opposto, di assoluta rilevanza se solo si presta attenzione alla concreta *lotta*, che pur si è avuta, circa le numerose accezioni della parola "legge". Non solo: si potrebbe financo tentare di congiungere sottilmente proprio 'allegoria', 'legge' e 'sovranità' attraverso il metodo *critico* della comparazione giuridica, e dimostrare come ciascuno di tali elementi si innesti attorno ad una analoga ragion d'essere, di carattere storico e culturale, vale a dire al governo (e alla sapiente amministrazione) del regno dei suoi *significati*.⁴⁹ Come noto, il dominio completo dei significati della legge è l'assunto fondamentale del *positivismo normativista*, che auspica il controllo totale della norma proprio a partire dall'amministrazione delle specifiche accezioni in cui essa suole darsi praticamente e linguisticamente.⁵⁰ Ma, prima ancora del positivismo normativista, questo è il marchio eclatante dell'appropriazione completa dell'atto dello *jus condere* da parte dello statualità politica post-*Ancien Règime*, la quale infatti 'chiude' l'orizzonte semantico del termine 'legge' entro la misura concreta e stringente progettata dal 'politico'.⁵¹

⁴⁸ E infatti proprio l'*allegoria* costituisce, per Melandri, «il luogo naturale dell'analogia» (ID., *La linea e il circolo*, cit., p. 81).

⁴⁹ In questo senso, per il progressivo cambiamento di significato che i termini 'legge' e 'legislazione' hanno avuto sul pensiero giuridico occidentale a partire dall'influenza della corrente dei 'legisti', cfr. C. SCHMITT, *La formazione dell'esprit in Francia per mezzo dei legisti*, in ID. *La formazione dell'esprit in Francia e altri scritti sull'Europa e sullo Stato*, il Melangolo, Genova, 2015, p. 73 e ss.

⁵⁰ Come ancora osserva C. SCHMITT, *Distinzione dei tipi di pensiero giuridico*, in ID., *I tre tipi di scienza giuridica* (a cura di G. Stella), Giappichelli, Torino, 2002, p. 29: «"Positivismo", per la scienza giuridica del XIX secolo, significò innanzitutto qualcosa di polemico: il rifiuto di ogni diritto "extralegale", di ogni diritto che non fosse posto mediante una creazione umana, si presentasse esso come diritto divino, naturale o razionale. Il pensiero giuridico diventa pensiero della legalità. [...] Il positivismo viene, allora, considerato un metodo "giuridico puro", la cui purezza consiste nel fatto che vengono escluse tanto tutte le riflessioni metafisiche, quanto anche tutte quelle "metagiuridiche"». Ovvio dunque che, dandosi tale "purezza", nessuna pratica 'allegorica' poteva trovare legittima esistenza.

⁵¹ Cfr. per tutti questi rilievi la brillante ricostruzione offerta da P.G. MONATERI, *Legge, linguaggio e costume. L'ambiguità della legge dal 'costume' alla soft law*, Editoriale

La molteplicità del proprio darsi, ovvero, la *plurivocità* della semantica giuridica è poi ancora ben testimoniata sul piano della storia dal ruolo e dalla funzione del ceto dei giuristi in Occidente, in contrapposizione al monopolio politico della legge da parte dello Stato, nonché dal diritto giurisprudenziale inglese, inteso come diritto consuetudinario vivente suscettibile di occupare uno spazio nomico distinto e ulteriore rispetto alla mera codificazione continentale.⁵² Insomma, come si vede si tratta di esempi emblematici che nella corrispondente contingenza storica (e nella rispettiva e peculiare fisionomia culturale) rappresentano quella inesauribile ingovernabilità, quella concreta *sacca di resistenza* che articola (e disarticola) perennemente il senso degli enunciati e delle definizioni normative, ciò giocando e sfruttando proprio la naturale ‘eccedenza’ del linguaggio *tout court*.⁵³ Se l’allegoria, poi, è uno sconfinamento del testo a partire dal *letterale*, essa allora è sempre stata anche un problema specificamente giuridico: o meglio, di *ermeneutica giuridica*. In questo senso, si pensi alla celeberrima disputa sull’interpretazione del diritto che contrappose Hobbes a Lord Coke: se per il secondo l’arbitrio dei giuristi nell’atto della decisione era il fisiologico (e legittimo) risultato della ‘*artificial and legal reason*’ da essi posseduta, per il primo il regno dei possibili significati della legge era viceversa immodificabile e circoscritto dalla primordiale e suprema decisione del sovrano.⁵⁴

Scientifica, Napoli, 2013, p. 42 e ss., il quale restituisce, attraverso l’analisi genealogica dei termini “legge”, “diritto” e “costume”, l’illustrazione brillante dei quattro significati (si potrebbe quasi dire: dei quattro *sensi allegorici*) che proprio l’opposizione legge/costume ha squadernato nell’arco dell’intero pensiero giuridico moderno.

⁵² Cfr. ancora l’ampia e ben nota analisi classicamente contenuta in C. SCHMITT, *La condizione della scienza giuridica europea* (a cura di A. Carrino), Antonio Pellicani Editore, Roma, 1996, p. 31 e ss.

⁵³ Cfr. ancora per tutti questi dettagli P.G. MONATERI, *Legge, linguaggio e costume*, cit., p. 45, il quale conclude la sua analisi sostenendo che «non possiamo che vedere all’opera modelli diversi di costituzione dei corpi politici, che derivano, in quanto tali, da diverse esperienze nomiche costitutive e rappresentano quindi diversi *formanti* dell’agire politico». Tutto questo, si può aggiungere, è proprio il terreno storico-culturale su cui si forma l’allegoria, qui davvero intesa come studio della *traccia* storica restituita diacronicamente alla tradizione giuridica occidentale.

⁵⁴ Questo il contenuto del celebre libro XXVI del *Leviatano*, interamente dedicato alle ‘Leggi civili’ (in TH. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 429 e ss.). Per un’analisi della storica opposizione tra Hobbes, Coke e l’allora monarca Giacomo I, cfr. C. SCHMITT, *Distinzione dei tipi di pensiero giuridico*, cit., p. 32; R. COVER, *I racconti della giurisdizione*, in

Insomma, sembrerebbe davvero che il dispositivo allegorico sia tipico non soltanto della pratica letteraria ma, *a fortiori*, della stessa evoluzione del diritto, il quale proprio *nel* linguaggio e *con* il linguaggio ha dettato la misura concreta del proprio esistere. Detto ancora in altri termini, è la legge stessa ad essere *allegorica*, cioè ‘polisenso’: la sua natura è la medesima di quella di un *classico* della letteratura, tale cioè da contemplare la potenziale inesauribilità dei significati (e dei richiami) che essa esprime. Una intertestualità inesaurita suscettibile quindi di una costante riscrittura (o per meglio dire: di una costante ‘lotta’ per la riscrittura).

Tutto questo ci avvicina però ad un’*altra* accezione di allegoria, non semplicemente confinata all’interno dell’opposizione ermeneutica tra “lettera” e “spirito”, ma viceversa espressione di un metodo di ricerca *critico* indirizzato verso un preciso percorso ontologico. Una sorta di ‘*speculum* gnoseologico’, si potrebbe quasi dire, la cui finalità è quella di indagare, da vicino, il *modus essendi* del reale. Così, è proprio attraverso gli scritti di Walter Benjamin cui si accennava in chiusura del paragrafo precedente che è possibile assistere al congiungimento critico-metodologico di ‘allegoria’ ed esperienza estetica del ‘moderno’, e ciò attraverso il gioco sapiente di legge e letteratura.⁵⁵

ID., *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 105 e ss.; M. RHONHEIMER, *La filosofia politica di Thomas Hobbes. Coerenza e contraddizioni di un paradigma*, Armando Editore, Roma, 1997, p. 221 e ss.; da ultimo, e più specificamente, P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 56 e ss., 64 e ss.

⁵⁵ Amplissima la bibliografia in merito. Si vedano almeno, tra i molti contributi, G. BOFFI, *Allegoria e simbolo in Walter Benjamin*, in V. MELCHIORRE (a cura di), *Simbolo e conoscenza*, Vita e pensiero, Milano, 1988, pp. 332-363; R. LUPERINI, *Costruzione di una «costruzione»: il «Baudelaire» di Benjamin, il moderno, l'allegoria*, in ID., *L'allegoria del moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1990, pp. 86-110; F. DESIDERI, M. BALDI, *Benjamin*, Carocci, Roma, 2010, pp. 84-105; F. JAMESON, *Walter Benjamin, or Nostalgia*, in *Salmagundi*, 10/11, 1969-1979, pp. 52-68; B. COWAN, *Walter Benjamin's Theory of Allegory*, in *New German Critique*, 22, 1981, pp. 109-122; S. WEBER, *Genealogy of Modernity: History, Myth and Allegory in Benjamin's Origin of the German Mourning Play*, in *MLN*, 106 (3), 1991, pp. 465-500; L.-P. KOEPNICK, *Allegory and Power: Walter Benjamin and the Politics of Representation*, in *Soundings: An Interdisciplinary Journal*, 79 (1/2), 1996, pp. 59-78; H. BREDEKAMP, *From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes*, in *Critical Inquiry*, 25 (2), 1999, pp. 247-66; M. WILKENS, *Toward a Benjaminian Theory of Dialectical Allegory*, in *Literary History*, 37 (2), 2006, pp. 285-98; R.S. LEHMAN, *Allegories of Rending: Killing Time with Walter Benjamin*, in *New Literary History*, 39 (2),

L'immagine più nota che ancora echeggia dalla lettura del *Trauerspiel* di Benjamin è, invero, una precisa raffigurazione giuridica, tanto che anche per il filosofo tedesco 'sovranità' e 'pratica allegorica' sembrano in effetti profilarsi quali vettori di senso di un unico oroscopo destinale. Eppure – occorre subito aggiungere – lo sguardo benjaminiano predilige un'altra direzione, più indiretta e sottile: esso non punta marcatamente alla teoria generale dei sistemi, ma al contrario tenta di farsi obliquo e intimo, con la finalità di scrutare lo spazio vitale del 'politico' soprattutto a partire *dal suo interno*.

Richiamandosi alla ben nota teoria schmittiana dello 'stato di eccezione'⁵⁶, per Benjamin il regnante barocco – simboleggiato sulla scena attraverso i contrassegni classici della regalità – «rappresenta la storia» e tiene in mano il suo accadere «come uno scettro».⁵⁷ Questa raffigurazione, ammonisce Benjamin, non risponde certo ad un vezzo scenico o ad una «prerogativa della gente di teatro»: essa, al contrario, simboleggia una precisa «teoria giuridica dello Stato».⁵⁸ Eppure, di fronte alla teoria

2008, pp. 233-50; E. KNAPP, *Benjamin, Dante and the Modernity of the Middle Ages: or, Allegory as Urban Constellation*, in *The Chaucer Review*, 48 (4), 2014, pp. 524-41; S. BUCK-MORSS, *The Dialectics of Seeing. Walter Benjamin and the Arcades Project*, The MIT Press, Cambridge, 1989, p. 165 e ss. Tuttavia, come giustamente è notato da P.G. MONATERI, *L'ambiguità sovrana. Da Amleto a Benjamin via Eliot e Schmitt, Pólemos*, 1, 2007, pp. 20-1, davvero manca, ad oggi, una vera e propria teorizzazione *giuridico-politica* dell'*allegoria* in Benjamin.

⁵⁶ Questa una delle molte circostanze che, come scrive Harald Weinrich, «inducono a vedere Walter Benjamin sull'orizzonte della storia, delimitato dalle idee di Carl Schmitt» (H. WEINRICH, *Metafora e menzogna: la serenità dell'arte*, il Mulino, Bologna, 1976, p. 127). Ricostruiscono interamente l'ampio intreccio biografico e intellettuale che lega Schmitt a Benjamin, C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 400 e ss. e H. BREDEKAMP, *From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes*, cit., p. 247 e ss.

⁵⁷ W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, Einaudi, Torino, 1999, p. 39.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 39. Questa centralità del dramma ai fini della *messa in forma* del 'politico' non è una notazione appartenente in esclusivo allo sguardo benjaminiano. Essa emerge anche, con nettezza, dalla particolare importanza che alla rappresentazione teatrale conferì Michel Foucault, il quale considerava quest'ultima appunto come il luogo per eccellenza in cui "mettere in scena" la realtà del potere dello Stato soprattutto nelle sue più crude manifestazioni (tipica, ad esempio, quella del *coup d'État*). Cfr., in tal senso, M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 193: «[t]occhiamo qui un problema apparentemente marginale, ma che reputo comunque importante: il problema della pratica teatrale nella po-

classica del potere assoluto, la rappresentazione del sovrano tipica del dramma barocco illustra piuttosto il raggiungimento di una dimensione degradata del 'politico', completamente secolarizzata e trascolorata; in breve, così bloccata rispetto al lato della trascendenza da condurre l'*estetico* e il *politico* al collasso reciproco.⁵⁹ Per questo l'incedere incerto e confuso del sovrano barocco diviene la trasfigurazione improvvisa (e peggiorativa) di una teoria giuridica originariamente assai più nitida: nell'abisso della malinconia, nel sentimentalismo tragico e stravolto del *pathos* di corte, lo 'stato di emergenza' schmittiano appare storpiato in uno stato di eccezione *interrotto*, ossia in un immediato (e desolante) contrappasso della stessa indecisione del monarca e del suo essere vittima ed eroe, «tiranno» e «martire» allo stesso tempo. Il «*cogito*» del sovrano divora così il «*sum*» della sua fragile identità, e «nella sua melancolia, nella sua rimuginante meditazione, il mondo si rovescia e si chiude nello specchio di un'immagine».⁶⁰

Ora, l'allegoria è per Benjamin un tentativo estremo di dare spiegazione della morfologia barocca, ed insieme di evocare la concreta *vis* patetica che ne ha dato origine. Ma, appunto, l'indugiare sulle forme straziate della sovranità moderna non deve far pensare che, secondo Benjamin, l'allegoria agisca soltanto come bieco elemento coreografico, come una sorta di manifesto teatrale in grado di spiegare tutto e, quindi, di *occultare* tutto. Al contrario, essa segue un gusto 'micrologico', diviene la *soglia* attraverso cui il dimenticato o il rimosso acquistano la dignità del mae-

litica, o meglio la pratica teatrale della ragion di stato. Il teatro, la pratica teatrale, la teatralizzazione devono essere un modo di manifestarsi dello stato e del sovrano, del sovrano in quanto depositario del potere dello stato. Alle tradizionali cerimonie regie, [...] si potrebbe opporre questa sorta di teatro moderno in cui la regalità ha voluto manifestarsi e incarnarsi e di cui la pratica del colpo di stato, messo in atto dallo stesso sovrano, è una delle manifestazioni più significative. [...] Perché dopo tutto, una parte del teatro storico di Shakespeare mette in scena proprio il teatro del colpo di stato».

⁵⁹ Cfr., in tal senso, quanto scrive L.-P. KOEPNICK, *Allegory and Power*, cit., pp. 69-70: «[f]ollowing Benjamin's argument in the *Trauerspiel* book, Baroque drama directs its allegorical gaze in particular on embodiments of leadership, illustrating how sixteenth- and seventeenth-century monarchs escaped into poetic modes of self-representation because they were unable to live up to their own, newly developed doctrines of secularized sovereignty. With these new concepts of sovereignty, the Baroque responded».

⁶⁰ Così la pregevole analisi di F. DESIDERI, M. BALDI, *Benjamin*, cit., p. 97.

stoso. «Le allegorie» – si potrà ancora leggere nel *Trauerspiel* – «sono nel regno del pensiero quel che sono le rovine nel regno delle cose». ⁶¹ Esse sono la modalità privilegiata per accedere alla persistenza frammentaria di istanti disconnessi:

[...] l'allegoria mostra agli occhi dell'osservatore la *facies hippocratica* della storia come irrigidito paesaggio originario. La storia in tutto ciò che essa ha fin dall'inizio di immaturo, di sofferente, di mancato, si imprime in un volto, anzi: nel teschio di un morto. [...] È questo il nucleo della visione allegorica, della esposizione barocca, profana della storia come *via crucis* mondana: essa ha significato solo nelle stazioni del suo decadere. ⁶²

In questo senso ogni rovina allegorica è anche la traccia complessa di una *concreta* esperienza, di un accesso doloroso al passato che dischiude però la verità di un preciso accadere storico. ⁶³ Essa è il recupero di un *arcaico* che rimarrebbe altrimenti precluso: uno «scrostarne l'involucro ideologico e alzarne il velo dello splendore formale» che permette di cogliere, attraverso ciò, quel «significato attuale che si definisce nella prospettiva della rottura». ⁶⁴ Come similmente scriverà Paul De Man – certamente influenzato dalle intuizioni di Benjamin – «[l]a prevalenza dell'allegoria corrisponde sempre al disvelarsi di un destino autenticamente temporale». ⁶⁵ Per Benjamin, tale destino è lo srotolarsi ed il di-

⁶¹ W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, cit., p. 151. Insiste sul punto anche B. COWAN, *Walter Benjamin's Theory of Allegory*, cit., p. 117.

⁶² W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, cit., p. 141. Cfr. anche F. JAMESON, *Walter Benjamin, or Nostalgia*, cit., pp. 61-2.

⁶³ Come scrive B. COWAN, *Walter Benjamin's Theory of Allegory*, cit., p. 112: «[...] allegory is experience *par excellence*: it discloses the truth of the world far more than the fleeting glimpses of wholeness attained in the Romantic symbol. Benjamin's phrasing repeatedly stresses that allegory is a focal point from which to look on things: he refers to "the allegorical way of seeing" (*Betrachtung*) or of "looking at things" (*Anschauungsweise*): "the allegorical attitude" (*Anschauung*); "the allegorical intention" as well as "allegorical intuition" [...]. He vigorously asserts that it is not mere "illustrative technique" but rather "a form of expression"».

⁶⁴ Così R. LUPERINI, *Semantica e interpretazione*, in ID., *L'allegoria del moderno*, cit., p. 62.

⁶⁵ P. DE MAN, *La retorica della temporalità*, in ID., *Cecità e visione. Linguaggio letterario e critica contemporanea* (a cura di E. Saccone), Liguori, Napoli, 1975, p. 263.

stendersi della storia lungo il suo incedere dialettico; l'emergere di una discontinuità che assurge a *soglia* impercettibile che dall'in-temporale conduce fin dentro alla temporalità storica più assoluta.⁶⁶ Eppure – si badi – ciò non vuol dire affatto cedere allo 'psicologismo' o ad un 'occasionalismo' arbitrario: per Benjamin l'allegoria è meccanismo «ontologico», direttrice di senso calata nelle viscere della storia dell'uomo.⁶⁷ Per questo essa, come ancora si vedrà, è anche il sigillo della sovranità e la sua più efficace *segnatura*: «[n]el contesto dell'allegoria l'immagine è soltanto segnatura, monogramma dell'essere, e non l'essere stesso nel suo involucro».⁶⁸ Essa è una "metafora rivelante" colta nell'atto di proferire parola. In questo senso, ancora una volta, l'allegoria non è mero *divertissement* letterario («un semplice artificio retorico»⁶⁹), ma *traccia* di una precisa visione del politico, di cui realizza la matrice estetico-figurativa eclatante. Nel Barocco, l'allegoria incarna precisamente quella tensione bloccata verso la trascendenza che è contrassegnata e minata dal collasso mortifero del mondano.

Per tali ragioni, secondo Benjamin, l'allegoria è la traccia di un *lutto*, la commemorazione di ciò che manca vissuta attraverso l'esperienza di ciò che è passato, e che pur essendo tale si rende viva ed effettiva nelle for-

⁶⁶ In questo senso agisce pure, in Benjamin, l'opposizione tra *simbolo* e *allegoria*: se infatti il primo nega qualunque legittimità al volgersi del tempo, la seconda insiste viceversa sull'inevitabile fluire degli eventi. Per questi rilievi, cfr. R. LUPERINI, *Semantica e interpretazione*, cit., p. 45 e ss.; R.S. LEHMAN, *Allegories of Rending: Killing Time with Walter Benjamin*, cit., p. 236 e ss.

⁶⁷ Si consideri, in questo senso, tale eloquente passaggio: «[s]e l'oggetto diventa allegorico sotto lo sguardo della melanconia, se questa lascia scorrere via la vita da esso e l'oggetto rimane come morto, ma assicurato in eterno, eccolo affidato alle mani dell'allegorista, nella buona e nella cattiva sorte. Ossia: quell'oggetto è ormai del tutto incapace di irradiare un significato, un senso; il suo significato sarà quello che l'allegorista gli assegna. Egli lo inserisce e lo cala profondamente nell'oggetto: *e la situazione non è psicologia, ma ontologica*. Nelle sue mani la cosa diventa qualcos'altro, per mezzo di essa egli parla d'altro, e la cosa diventa allora la chiave per accedere al regno di un sapere segreto, per cui l'allegorista la venera come emblema. Nasce di qui il *carattere scritturale* dell'allegoria. *Essa è uno schema, e in quanto schema non può andare perduto perché è qualcosa di fisso: immagine fissata e segno fissante a un tempo*» (W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, cit., pp. 157-8; enfasi aggiunta). Per un commento su queste righe, cfr. ancora R. LUPERINI, *Semantica e interpretazione*, cit., p. 47.

⁶⁸ W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, cit., p. 189.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 137.

me del cordoglio.⁷⁰ Ebbene, questa anamnesi del passato, questa «aprensione del mondo *in quanto non permanente*»⁷¹ filtra dalle parole di Benjamin e si raggruma, negli anni successivi, attorno ad un vero e proprio impianto di carattere critico-metodologico. In una lettera datata 16 aprile 1938 e indirizzata all'amico Max Horkheimer, Benjamin potrà dire infatti che l'elemento «formale» dell'allegoria, la sua intima cifra identitaria, consiste nella «dissolvenza in forza di cui l'antichità compare nei tempi moderni e i tempi moderni nell'antichità».⁷² Il punto originario, l'arcaico storico della memoria, è la fenditura per mezzo della quale il nuovo irrompe nelle maglie del passato, così come, reciprocamente, il nuovo e il contemporaneo si animano delle tinte trascolorate del dimenticato.⁷³

Si può allora tentare di registrare una sottile coincidenza che congiungerebbe la 'rovinologia' di Benjamin ai *nuovi* approcci al diritto comparato, una coincidenza che passerebbe precisamente attraverso il gesto di un 'duplice' sguardo, orientato simultaneamente all'arcaico e al contemporaneo, alla *morphé* cangiante della legge e all'assimilazione di quei *resti* viventi che giacciono nelle fondamenta della cultura giuridica contemporanea. In altri termini, occorre considerare davvero la pratica allegorica come un gesto *critico* e *genealogico* ad un tempo, teso alla scoperta del «frammento» e della «traccia», della «soglia» e della «segnatura» in tutta la loro spiccata molteplicità di senso.⁷⁴

⁷⁰ G. SASSO, *Allegoria e simbolo*, cit., pp. 66-7: «[I]e allegorie non sono perciò se non una commemorazione delle cose defunte, che le ribadisce in questo loro stato andandone, come ne sia, a farne parte».

⁷¹ P.G. MONATERI, *L'ambiguità sovrana*, cit., p. 21.

⁷² La lettera è ora contenuta in W. BENJAMIN, *Charles Baudelaire. Un poeta lirico nell'età del capitalismo avanzato* (a cura di G. Agamben, B. Chitussi e C.C. Härle), Neri Pozza, Vicenza, 2012, p. 55.

⁷³ Cfr. F. DESIDERI, M. BALDI, *Benjamin*, cit., pp. 92-3, che colgono con precisione il carattere *incipite* del gesto benjaminiano: «da un lato uno sguardo "restaurativo" che colga in un fenomeno la traccia della sua origine, dall'altro lo sguardo capace di avvertire la non conclusività del fenomeno, il carattere aperto del processo che esprime e quindi la sua singolarità. Unicità e ripetizione scandiscono, così, la dialettica dell'origine».

⁷⁴ In un certo senso, anche la c.d. 'decostruzione' ha operato nei confronti degli istituti della scienza giuridica attraverso un metodo (o una 'metodologia') assai simile (seppur, va notato, non del tutto coincidente). Come può osservarsi, ad esempio, nei testi più rappresentativi di questo movimento (in *The Allegories of Reading* di Paul De

Giorgio Agamben ha di recente mostrato l'estrema rilevanza di questo metodo di studio.⁷⁵ Ogni elemento, ogni fenomeno, ogni oggetto della cultura reca un *segno* sulla sua superficie che è traccia diretta di un invisibile riposto alle sue spalle. Ciò – scrive Agamben – è tanto più vero proprio nel caso della lingua, che pur nella sua apparente estemporaneità custodisce, invece, «l'archivio delle somiglianze immateriali».⁷⁶ Eppure, la *segnatura* non esprime semplicemente una relazione di biunivoca corrispondenza tra due elementi: essa, piuttosto, «insistendo in questa relazione, ma senza coincidere con essa, la sposta e disloca in un altro ambito, inserendola in una nuova rete di relazioni prammatiche e ermeneutiche».⁷⁷ Applicato al mondo del diritto, ciò significa che i singoli termini giuridici, i singoli istituti e i singoli stili, le tradizioni e le culture della legge, squadernano nella loro semantica un campo di significati che solo attraverso un'operazione di *trascendimento* disciplinare è

Man, ma ovviamente anche in tutta la produzione di Jacques Derrida) l'idea base della decostruzione è che nel testo si assista ad una pratica di costante *differimento* del significato, realizzantesi all'interno di una catena indefinita di significanti e di segni grafici. Il risultato è che non sarebbe mai possibile raggiungere un'interpretazione compiutamente *definitiva*: essa, viceversa, rimarrebbe frammentata in infinite schegge di significato. In questo senso, cfr. H. GRADY, *Hamlet as Mourning-Play*, cit., p. 136: «[f] or Benjamin the allegorical, with its disjunctive and fragmentizing structural principle, is a formal, aesthetic category, characteristic of a certain kind of art. For the later deconstructors, those qualities were those of textuality, of the structure of language itself, so that the context for their analysis is no longer strictly aesthetic (although these critics, of course, work primarily if not exclusively with literary and literary-philosophical texts). This important difference being granted, however, I think that it is possible to create a certain intertextuality between Benjamin's theory of the allegory and later deconstructive theory». Ora, anche in Benjamin vi è, certamente, una pratica di differimento (e di affastellamento) del significato, che opererebbe appunto per mezzo del dispositivo allegorico. Nel pensatore tedesco però, ben diversamente da quanto avviene per il pensiero decostruzionista, il fuoco prospettico rimarrebbe pur sempre il *dramma tragico* della storia nella sua multiforme e densa manifestazione: il testo non sarebbe un mosaico dalle mille tessere scomponibili, ma l'ideogramma di una sedimentazione storica alla cui guardia non restano che le sue malinconiche rovine. Sulla 'decostruzione' così come qui brevemente tratteggiata, si vedano: M. FERRARIS, *Introduzione a Derrida*, Laterza, Roma-Bari, 2008; M. VARGANI, *Jacques Derrida*, Bruno Mondadori, Milano, 2000, p. 38 e ss.

⁷⁵ G. AGAMBEN, *Teoria delle segnature*, in ID., *Signatura rerum. Sul metodo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, p. 35 e ss.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 38.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 43.

possibile sottrarre al puro e semplice apprezzamento semiologico. Il “ponte” che congiunge quest’ultimo al mondo dell’ermeneutica – il «codice», come direbbe Melandri, in grado di «decifrare» l’intera operazione⁷⁸ – è così il campo di prova di un’intera metodologia. I frammenti e le signature stinguono, del tutto naturalmente, in vettori di una poliedricità che impone di per sé, per la propria stessa struttura genetica, una pratica di sconfinamento (una «violazione dei confini») che irrompendo in territori *altri* sappia conficcare lo sguardo nell’arabesco della legge, negli ammassi concettosi della sua frammentarietà e del suo disordine. In ciò, il diritto comparato *dà forma* alle esperienze che tocca, proprio perché ne scruta la costellazione e, insieme, le colloca su un caleidoscopio. *Decifrare* il significato della legge, osservarne il comportamento e tracciarne i contorni risultano forse espressioni del tutto metaforiche (al pari, si potrebbe dire, dell’osservare alcune orme nella foresta), eppure insistono con precisione sulla specifica natura *indiziaria* di tale prassi, sull’universo simbolico della pratica ‘divinatoria’, in breve sul gesto di chi – seguendo le parole di Carlo Ginzburg – scruta il passato avendo di fronte le sue *rovine*.⁷⁹

⁷⁸ E. MELANDRI, *Michel Foucault: l’epistemologia delle scienze umane*, in *Lingua e stile*, II, 1, 1967, p. 147.

⁷⁹ C. GINZBURG, *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in ID., *Miti, emblemi, spie. Morfologia e storia*, Einaudi, Torino, 1986, p. 169, il quale afferma che «l’esistenza di una connessione profonda che spiega i fenomeni superficiali viene ribadita nel momento stesso in cui si afferma che una conoscenza diretta di tale connessione non è possibile. Se la realtà è opaca, esistono zone privilegiate – spie, indizi – che consentono di decifrarla» (*ibid.*, p. 191). Si può qui solo accennare alla profonda vicinanza che tale modello ermeneutico ed epistemologico condivide con un’altra, epocale svolta nei metodi della ricerca umanistica, vale a dire con l’*iconologia* così come pensata ed inaugurata da Aby Warburg. Anche per Warburg, invero, la storia dell’arte non è semplicemente la successione ciclica di stili e di forme, ma, ben al contrario, *forza fantasmale* e incoativa contraddistinta da strappi, turbini latenti, sopravvivenze e subitanei ritorni, attorno ai quali insiste l’«attualità del primitivo», la sua emergenza costante sotto forma di «reti di aperture» e di «faglie sismiche», che si dischiudono ad ogni passo nel suolo irregolare della storia. Su tutti questi elementi, cfr. ampiamente l’approfondito e meticoloso studio di G. DIDI-HUBERMAN, *L’immagine insepolta. Aby Warburg, la memoria dei fantasmi e la storia dell’arte*, Bollati Boringhieri, Torino, 2006. Per un interessante confronto tra Benjamin e Warburg sul tema della memoria, cfr. G. BOFFI, *Immagini della memoria. Warburg e Benjamin*, in *Rivista di Filosofia neo-scolastica*, 88 (3), 1986, pp. 432-48.

Ora, è precisamente in virtù di questa ragione (l'essere *traccia* e *spia*, *indizio* ed *emblema*) che la pratica comparatistica è anche una metodologia intrinsecamente votata al disvelamento delle radici profonde del giuridico. Al punto tale, si può aggiungere, che l'analisi archeologica che qui si sperimenterà rappresenta il tentativo di dipanarne la struttura diacronica, per andare alla ricerca di quelle *aporie* (normative, storiche, linguistiche) che marciano *dall'interno* il senso stesso della legge. Ma non solo. Se l'archeologia è la scienza delle segnature, ciò che qui conta rivelare è che la pura forma esteriore della legge – la sua *figura* – diviene invero la riserva di senso, ovvero il contenuto concettuale per una significazione ulteriore e più profonda, la quale può darsi proprio attraverso l'azione di uno specifico meccanismo ermeneutico *applicato* ad uno studio storico-comparatistico, rivelante in ultima istanza quelle sfumature concettuali che il termine 'legge' ha inglobato, immemorabilmente, nel volgersi dei secoli.⁸⁰ In questo senso la legge non è certo allegorica intenzionalmente (come intenzionalmente può esserlo, ad esempio, un componimento in versi), ma *archeologicamente*, ossia per il semplice fatto di *darsi* in chiave storica attraverso quell'elaborazione culturale che la scienza giuridica reca nella propria stessa filigrana concettuale. La tradizione giuridica è allegorica quasi *inconsapevolmente* e la comparazione – intesa proprio come studio genealogico delle fratture e degli scarti – permette di osservarne la *morfologia* nella sua dimensione trans-temporale. La comparatistica, ancora, è allegorica non in un senso semplicemente ermeneutico, ma in quanto (*à la* Benjamin) 'rovinologia', ossia studio genealogico del residuo di forma che traspare nel farsi del tempo. Se così è, il diritto comparato consiste davvero nell'interrogarsi sulle *ontologie* della legge eccedendo la pura e semplice dimensione semiotica, per disvelarne le segnature al livello della loro clandestina ed indubitata esistenza. L'allegoria diviene quindi la forma di rappresentazione per eccellenza di tale realtà complessa – una realtà che traspare nondimeno attraverso le pieghe del-

⁸⁰ Per citare ancora Agamben, «dalla semiologia all'ermeneutica non c'è passaggio: [...] è precisamente nello "iato" che le separa che si situano le segnature. I segni non parlano se le segnature non li fanno parlare. Ma ciò vuol dire che la teoria della significazione linguistica deve essere integrata con una teoria delle segnature» (in ID., *Signatura rerum*, cit., pp. 62-3).

la sua densa stratificazione.⁸¹ Ogni termine, vieppiù se marchiato dall'iniziale maiuscola come notava Benjamin, contempla in sé questa precisa densità concettuale: esso è il contrassegno di un significato e di un'identità che sono tali in quanto sedimentati nella loro stessa ulteriorità. È la *Legge* con la 'L' maiuscola, si potrebbe dire ironicamente, ad essere in sé allegorica. Per questo, "*allegorice loqui*" significa anche "*juridice loqui*": ogni genealogia del diritto è allegorica proprio perché non si adagia sulla *lectio facilior*, ma mira (e risale) verso quella *difficilior*. Prendendo in prestito le ben note categorie concettuali impiegate da Gérard Genette in campo letterario, si potrebbe persino definire l'allegoresi genealogica come la decifrazione di un *palinsesto* che opera attraverso una struttura mobile di dislocazione del significato, il quale si costruirebbe a sua volta per mezzo del richiamo e dell'intreccio di esperienze intellettuali multiformi e differenti.⁸²

⁸¹ Come scrive brillantemente P.G. MONATERI, *Calvino e le Lezioni Americane. La visibilità della Legge*, in M. DI MASI, M. FALCONE, M.C. LOCCHI (a cura di), *Proposte per un diritto del Terzo Millennio – Atti del Convegno: "Visioni del Giuridico" 2014*, I, UNIVALI, 2015, p. 14: «[...] occorre allora riconsiderare propriamente una ontologia dell'allegoria e della visibilità per immagini, dove la prima vuole riferirsi soprattutto ad una esperienza, e spesso una scoperta: che gli enti cui si riferisce sono commutabili uno nell'altro, ovvero che tra i due esiste una soglia, il frammento amorfo che è l'ideogramma allegorico stesso. Questa soglia di ambiguità ontologica è ciò che l'allegoria scopre in coloro che hanno preservato la capacità di avere visioni e di ragionare mediante esse. Il bello dell'allegoria, contrariamente alla teoria classica, è che essa è *letterale*. La apertura che essa dischiude è letteralmente una apertura».

⁸² G. GENETTE, *Palinsesti. La letteratura al secondo grado*, Einaudi, Torino, 1997, p. 12: «non vi è opera letteraria che, a qualche livello e a seconda del tipo di lettura, non ne evochi qualche altra, e in questo senso tutte le opere sono ipertestuali». Sul carattere 'allegorico' del palinsesto, cfr. C. OWENS, *The Allegorical Impulse: Toward a Theory of Postmodernism*, in *October*, 12, 1980, pp. 67-86: «[i]n allegorical structure, then, one text is *read through* another, however fragmentary, intermittent, or chaotic their relationship may be; the paradigm for the allegorical work is thus the palimpsest» (*ibid.*, p. 69). Se la legge è il luogo in cui può darsi un *ipertesto* allegorico che si costruisce dinamicamente attraverso la costante stratificazione culturale dei lessemi, ciò non implica ancora sostenere l'esistenza di una sterminata e vertiginosa intelaiatura labirintica, nella quale ogni termine esiste *al solo scopo* di rimandare ad un altro. Come opportunamente ammonisce Genette «[m]eno l'ipertestualità di un'opera è imponente e dichiarata, più essa dipende da un giudizio costitutivo, se non addirittura da una decisione interpretativa del lettore» (in G. GENETTE, *Palinsesti*, cit., p. 12). Insomma: *non tutto* è 'palinsesto', così come *non tutto* è 'allegorico'. Piuttosto, si danno dei momenti «in cui la trama del linguaggio si fa più fitta» – per usare la felice espressione di S. SARDUY, *Me-*

La genealogia è dunque “rovinologia” e “decostruzione” al tempo stesso: la questione della ‘morfologia’ della legge, l’interrogarsi sulla genesi e sulla dissoluzione delle strutture politico-giuridiche dell’Occidente «deve consistere proprio nel ri-dipanare le enormi differenze che vengono annullate dalla continuità dei termini del lessico». ⁸³ La genealogia, ancora, è allegorica proprio perché non si accontenta del dato letterale ma, dissolvendolo, tende alla ricerca di quel codice simbolico e architettuale che giace alle sue spalle. ⁸⁴ Per questo, davvero, la comparazione (se correttamente intesa) è il miglior esercizio della critica. Essa mostra perfettamente

la scoperta della *centralità* di ciò che è *nascosto nel diritto*. [...] Onde proprio il diritto, che nella nostra tradizione occidentale pare essersi così legato al linguaggio e all’articolazione esplicita degli enunciati normativi, deve, invece, e proprio in *antitesi* a tale tradizione, essere colto nella sua *latenza*. ⁸⁵

Questo è il lascito più profondo del diritto comparato: un’ermeneutica del sospetto che sa farsi non solo terreno di studio delle discipline normative, ma anche ricerca genealogica dei punti di rottura (o di insorgenza) di una tradizione, quindi spazio di *ri-velamento* e *dis-velamento* delle aporie incastonate lungo la sua tramatura storica. L’approccio di “*Legge e Letteratura*” ‘potenzia’ il discorso giuridico appunto perché mostra archeologicamente la stratificazione *allegorica* della sua semantica, ovvero la soglia ontologica del visibile e dell’invisibile, quindi la filigrana espres-

tafora al quadrato su Góngora, in G. CONTE (a cura di), *Metafora*, Feltrinelli, Milano, 1981, p. 187 -, momenti per affrontare i quali è necessario *inclinare* di qualche grado il consueto (e rutinario) schema metodologico.

⁸³ P.G. MONATERI, *Legge, linguaggio e costume*, cit., p. 42.

⁸⁴ «Le parole hanno una storia diversa dalle ‘cose’ che designano. Il giurista non è sempre lo stesso, così come la legge non è sempre la medesima cosa, né tanto meno la parola ‘costume’ sottende sempre la medesima realtà. Non ha quindi molto senso parlare del giurista, della legge e del costume se non riportando i termini alla loro referenza, per vedere come le parole la *eccedono* nel pervenire a costrutti ideali che esprimono e indirizzano la vita istituzionale» (così ancora P.G. MONATERI, *Legge, linguaggio e costume*, cit., p. 42).

⁸⁵ P.G. MONATERI, *Comparazione, critica e civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 16 (3), 1998, p. 458.

siva di quell'«extra-linguistico» che dal momento originario (sempre presente) conduce fino al suo accadere storico attuale. La comparazione è 'cerniera' e 'direttrice' di senso, archeologia ed ermeneutica del sospetto, ciò pur sempre alla luce di quel profondissimo 'carico' di storicità che è immesso di per sé, per il suo stesso *denso* accadere, nel lessico del giuridico.⁸⁶

Così – e ben al di là delle specifiche analisi che le singole esperienze metaforiche possono ispirare allo studioso del diritto – ciò che qui importa rimarcare è l'apertura di senso che questi snodi linguistici consentono di intraprendere, attraverso quell'analisi archeologica di cui, come si è visto, la *segnatura* diviene per l'appunto l'emblema epistemologico principale. In questo senso, non siamo davvero molto distanti da quello che, per tornare al principio del nostro discorso, proprio Hobbes sosteneva a proposito dell'uso del 'linguaggio'. I *pensieri*, scrive il filosofo inglese, per il fatto stesso di essere presenze volatili nella mente, «sono portati a scivolare via dalla nostra memoria costringendoci ad una nuova fatica», cosicché la principale funzione dei nomi sarebbe proprio quella di servire da «*contrassegni* o *note* del ricordare».⁸⁷ Questi 'contrassegni' esistono ed innervano l'esperienza linguistica scritta e parlata dell'uomo non meno di quella giuridica, talché per il fatto stesso di contenere i *significati* di un particolare ambito di esperienze, il linguaggio ed *a fortiori* il diritto sono, a loro volta, lo *scrigno* di tali segnature, l'archivio nascosto che le rende visibili ed allo stesso tempo *nascoste* sotto le pieghe insepoltite della memoria culturale.⁸⁸

Insomma, come voleva Blumenberg la lingua ci condiziona perché sta «alle spalle»⁸⁹ della nostra visione del mondo, ma questa fissità del reale

⁸⁶ Come efficacemente scriverà G. DELEUZE, *La piega. Leibniz e il Barocco*, Einaudi, Torino, 1990, p. 188: «l'allegoria scopre la natura e la storia seguendo l'ordine del tempo, fa della natura una storia e trasforma la storia in natura, in modo che non ha più centro».

⁸⁷ TH. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 51.

⁸⁸ Sostiene con forza questo punto G. AGAMBEN, *Signatura rerum*, cit., p. 77, secondo cui «il diritto è per eccellenza la sfera delle segnature, in cui l'efficacia della parola fa aggio sul suo significato (o lo realizza)».

⁸⁹ «Non solo la lingua pensa in noi già avanti e sta per così dire "alle spalle" nella nostra visione del mondo; in modo ancor più cogente, noi siamo determinati dall'apparato delle immagini e dalla loro selezione, "canalizzati" a ciò che in generale ci si può mo-

e dei suoi significanti, questo conformarsi in strutture di senso prestabilite e non trascendibili, non ci può mai soddisfare del tutto ed è esattamente per questa ragione che le diverse tradizioni giuridiche si ritrovano *in lotta* costante per la trasmutazione e la disarticolazione di quegli stessi significanti.⁹⁰ Così, data l'intrinseca complessità e stratificazione che la legge possiede nel suo stesso darsi alla luce, si dà sempre un'eccedenza che non può non richiamare in causa gli strumenti critici dell'analisi letteraria e degli studi storico-politici. Ciò che ancora resta da sperare è che l'allegoria, come laconicamente ammoniva Benjamin, non rimanga soltanto «l'unico e poderoso *divertissement* che sia dato al melanconico»⁹¹, ma divenga, al contrario, un *nuovo* metodo per pensare e scrutare la legge nella sua multiforme intonazione.

4. *Figure (e metodi) della comparazione*

I paragrafi precedenti costituiscono, se si vuole, un'anticipazione tangibile, nonché il cuore metodologico del presente lavoro. Forse, però, occorre fare un breve passo indietro. Parlare di soglie e di frammenti, di tracce e di ricordi, significa ancora interrogarsi (velatamente, o meno; intenzionalmente, o meno) su che cosa voglia dire "comparare". Questa domanda non andrebbe in effetti posta *prima* della comparazione, ossia nei momenti di ambascia metodologica che anticipano ogni atto intellettuale, ma nel momento stesso, nell'istante progressivo in cui si compara. In altri termini: in quel processo dinamico, inadempibile e inadempito, che separa e attraversa il campo dei saperi allorquando essi tendono a congiungersi e a incrociarsi sotto lo sguardo critico dello studioso.

Certamente, si può essere tentati da numerosi suggestioni classiche. Per il fatto stesso di ragionare, scriveva Platone alla fine del *Sofista* (258e-

strare e che noi possiamo tradurre in esperienza» (H. BLUMENBERG, *Paradigmi per una metaforologia*, cit., p. 88).

⁹⁰ In questo senso si può sostenere (seguendo P. BAERT, *La teoria sociale contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2002, p. 169 e ss.), che la lotta per il potere innerva non soltanto l'evoluzione contenutistica dei singoli concetti del diritto, ma contribuisce alla stessa evoluzione del pensiero e del lessico giuridico, in un continuo movimento di prevalenza e di soccombenza degli uni nei confronti degli altri, e viceversa.

⁹¹ W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, cit., p. 159.

259b), noi mettiamo in atto una pratica di accostamento critico – o di *comparazione* giustappunto – che ci contrappone con l'*altro*, con la *differenza* e quindi con lo svolgersi di due *alterità*.⁹² Per questa ragione – data cioè la sussistenza di una eterogeneità che è ontologica prima che metodologica – occorre forse interrogarsi non sul senso o sul significato della comparazione *tout court*, ma, assai meno stucchevolmente, sulla tecnica e sugli obiettivi concreti con cui essa viene perseguita.⁹³ Questo breve passo indietro costituirà, prospetticamente, lo slancio preparatorio per intraprendere quello in avanti.

“Alterità”, “eccedenza”, “differenza” sono di certo parole chiave nel lessico comparatistico, e invero vi è una specifica difficoltà del diverso (si potrebbe dire, un'*aporia*): un'ambascia che come anticipato impone precisi interrogativi, se non altro per chiarire quale tipo di scopo si intende perseguire. Per questo, fin dai suoi esordi storici, la comparazione appare al servizio di finalità pragmatiche, orientate alla risoluzione di problemi particolari o di sfide concrete, attraverso cui mirare, molto semplicemente, alla soluzione reputata “migliore”.⁹⁴ In ciò, la comparazione smette però di rilevare quale autonoma forma di speculazione, stingendo

⁹² PLATONE, *Sofista*, in ID., *Tutte gli scritti* (a cura di G. Reale), Bompiani, Milano, 2000, pp. 301-2. Per un commento su questo passaggio, cfr. almeno M. HEIDEGGER, *Il «Sofista» di Platone*, Adelphi, Milano, 2013, p. 564 e ss.; G. SASSO, *L'essere e le differenze. Sul «Sofista» di Platone*, il Mulino, Bologna, 1991, p. 169 e ss.

⁹³ E in effetti, come si può riscontrare leggendo gli autori che si confrontarono classicamente con questa problematica, «[t]he essential problem is not “What is comparative law?”. The question of real importance is “What is its purpose?”» (in H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge University Press, Cambridge, 1946, p. 5).

⁹⁴ Fa notare il punto H.P. GLENN, voce *Aims of Comparative Law*, in J.M. SMITS (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2 ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, p. 65, con riferimento specifico alla comparazione delle costituzioni greche compiuta da Aristotele. In merito, si veda proprio la celebre apertura del secondo libro della *Politica*, a mente del quale il Filosofo illustra la priorità *ingegneristica* della comparazione in ambito ‘politico-costituzionale’: «[p]oiché è nostro proposito istituire una ricerca sulla comunità politica, per vedere quale sia la sua miglior forma per coloro che possono vivere nel modo più conforme possibile alle loro aspirazioni, bisogna che indaghiamo anche le altre forme di governo, di cui si servono alcune città che godono fama di essere rette da buone leggi e quelle che sono state ideate da alcuni autori e che paiono andare per la maggiore, per vedere ciò che in esse c'è di buono e di utile», in ARISTOTELE, *Politica e costituzione di Atene* (a cura di C.A. Viano), UTET, Torino, 1955, p. 83.

al contrario in uno *strumento* teso unicamente al raggiungimento di una direzione operativa ben specifica. Un'operazione che oggi assume con tutta evidenza le forme economico-governamentali della implementazione e della modifica (in senso '*neoliberal*') delle tradizioni giuridiche esistenti.⁹⁵ Ma diversamente da tale ultima prospettiva, come altrettanto singolarmente è stato notato, non è detto che l'impresa comparativa debba rimanere ossessionata dal conseguimento di una meta presupposta.⁹⁶ In quest'ultimo senso, il diritto comparato apparirebbe allora come un'esplorazione avventurosa, un viaggio misterioso ed inaspettato verso ciò che reputiamo estraneo, esotico, e quindi *non-conosciuto*.

Esiste, tuttavia, un'altra 'fallacia' comparatistica, se così si può definire, oltre a quella di ritenere il diritto comparato come necessariamente asservito a finalità di riforma istituzionale. Come ricorda Patrick Glenn, il termine 'comparazione' (da *cum-*, "insieme", e *-parare*, "mettere alla pari") richiama etimologicamente l'idea del presentare congiuntamente una coppia di concetti come del tutto *uguali*. Eppure, affinché questa operazione riesca, si rende appunto necessario *rendere uguale* l'alterità, ossia posizionarla coattivamente lungo la stessa ampiezza di orizzonte, quindi sotto il medesimo fuoco prospettico, pena la perdita di mira e di direzione concrete dello stesso gesto comparativo. Si capisce bene, allora, come proprio l'insistere su oggetti uguali (o *pretestuosamente* tali) conduca anche all'innato desiderio di omologazione e di neutralizzazione del diverso: una neutralizzazione che richiama in causa l'ammonimento prezioso secondo cui 'comparare' non debba appunto corrispondere ad 'unificare'.⁹⁷

⁹⁵ Come scrive G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016, p. 92: «[a] comparative style which pitches peripheral or 'primitive' legal orders against 'civilized' or 'advanced' ones, operates in the service of the hegemonic logic of the center, ratifies the (neo-)liberal paradigm, by globalizing Western and displacing non-Western law». Mette assai bene in luce l'uso distorto di cui la disciplina comparatistica può soffrire, P.G. MONATERI, *Methods in comparative law: an intellectual overview*, in ID. (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 7 e ss.

⁹⁶ G. FRANKENBERG, *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, in *Harvard International Law Journal*, 26 (2), 1985, pp. 411-2: «Comparative Law is somewhat like traveling. The traveler and the comparatist are invited to break away from daily routines, to meet the unexpected and, perhaps, to get to know the unknown».

⁹⁷ Come infatti può leggersi in H.P. GLENN, voce *Aims of comparative law*, cit., p. 72: «[t]his 'literal' meaning of the word is remarkable, in contrast to present understanding

Rispettare il ‘diverso’, o concepirlo all’interno delle sue proprie categorie, implica così un movimento impercettibile ma essenziale, vale a dire il tentativo di spostamento in luoghi o spazi altrui per mezzo dei quali misurare, con maggior consapevolezza, i margini e le altezze della propria conoscenza. In un celebre aforisma, Friedrich Nietzsche scrisse che per misurare quanto è alta la torre di una città, occorre necessariamente *uscire* dalle mura che la contengono. Guardarla dal di sotto, posizionarsi alla sua base, e di lì fissare in alto verso la sua vetta significa ancora non riuscire a percepirla del tutto. Per questo, suggerisce Nietzsche, è necessario ‘sconfinare’ dalla città: uscirvi, osservarla e poi, eventualmente, rientrare nei suoi tranquillizzanti perimetri.⁹⁸ C’è una *spazialità* del tutto evidente nell’aforisma di Nietzsche: esso insegna che l’unico modo per visualizzare l’oggetto di una ricerca consiste nell’*eccedere* il margine dei suoi territori. È questo, se si vuole, ciò che abbiamo chiamato e chiameremo il pensiero della soglia o, similmente, del ‘*limes*’; un pensiero che sa coniugare il dato scientifico/intellettuale con la metafora geografica del dentro/fuori.

Si può essere tentati di applicare il ragionamento nietzschiano anche a questo medesimo contesto: il metodo ‘più innovativo’ per fare diritto comparato (o quantomeno, quello impiegato nel corso di queste pagine) è proprio quello del “*trespass*”, ossia della violazione congenita del “territorio” altrui, dello sconfinamento coatto verso esperienze intellettuali diversificate, in quella sfida avanzata alla legalità di una disciplina scientificamente austera la cui violazione risulta, però, tanto più rischiosa quanto più fruttifera. Saggiare “campi” disciplinari altri, prendervi possesso ed abitarvi, osservare e maneggiare gli oggetti esotici che li compongono, divengono elementi preziosissimi e tali da inverare agli occhi del comparatista la possibilità di fare esperienza della straordinaria metodologia che gli è propria. Se esiste una *geografia* del sapere che si loca-

of comparative law, in having no limitation in time or underlying instrumental purpose. One brings together, and if there are tendencies to drift apart, one continues to bring together. The process of comparison would thus in no way imply resulting uniformity».

⁹⁸ F. NIETZSCHE, *La Gaia Scienza*, in ID., *Opere*, v, II, Adelphi, Milano, 1965, p. 259: «[p]erché la nostra moralità europea possa essere osservata da lontano, per commisurarla ad altre moralità anteriori o di là da venire, si deve fare come il viandante che vuol sapere quanto sono alte le torri di una città: egli *abbandona* la città per questo».

lizza nei *territori* delle sue discipline, questa localizzazione è pur sempre qualcosa di spazialmente delimitato, di racchiuso entro confini, muri o barriere, e per questa stessa ragione suscettibile di “scomposizione” e di “ricomposizione”, senza che ciò implichi necessariamente il perdere di vista lo studio concreto del diritto.

Tale esigenza ha finito ben presto per incontrare una (embrionale) attenzione da parte di alcune correnti della dottrina giuridica. All'interno del dibattito gius-comparatistico americano è noto ad esempio il pensiero di William Ewald, che unendo l'analisi filosofica all'interrogazione critica degli istituti più importanti del diritto pubblico e privato ha gettato le basi teoriche per un nuovo modo di affrontare la comparazione giuridica.⁹⁹ Il mondo dei concetti giuridici, in accordo con la ‘necessaria’ separazione tra discipline, professa spesso un'autonomia culturale legittima ma rischiosa: il richiudersi del diritto su se stesso conduce ad una dimenticanza forzata delle *origini* stesse del fenomeno che si vorrebbe perlustrare, e che progressivamente conduce a danneggiare, *in primis*, la stessa riflessione critico-giuridica. In quest'opera insistita di “dimenticanza” culturale ciò che va obliandosi, sostiene Ewald, non è soltanto il fondamento del diritto, ma il suo concreto *sviluppo*, inteso come possibilità future e margini di apertura.

Proprio proseguendo lungo quest'asse, il pensiero comparatistico odierno – anche grazie alla progressiva valorizzazione di modelli culturali ed epistemologici provenienti da numerosi mondi disciplinari – ha mostrato la sua più compiuta maturità *includendo*, per l'appunto, tali insegnamenti all'interno del proprio *stile* di argomentazione.¹⁰⁰ Tutto questo è

⁹⁹ Si veda, a tal proposito, W. EWALD, *Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 143, 6, 1995, pp. 1947 e ss., in cui viene criticato il metodo ‘tradizionale’ ed intellettualmente ‘povero’ di praticare il diritto comparato, per prospettare al contrario un nuovo tipo di riflessione giuridica denominato giustappunto “*Comparative Jurisprudence*”. Prendendo come esempio il sistema giuridico francese, l'Autore scrive: «[...] in order to understand the French legal system it is necessary to understand its intellectual underpinnings; and for that purpose one must understand the works of great French jurists. To the extent that they were influenced by the philosophers, the philosophers become relevant to the inquiry; but the primary emphasis remains on the jurists».

¹⁰⁰ Esemplarmente, si veda ancora P.G. MONATERI, *Methods in comparative law: an intellectual overview*, in ID. (a cura di), *Methods of Comparative Law*, cit., p. 7 e ss. Il movimento che oggi viene storicamente considerato come quadro di riferimento com-

forse un modo un po' articolato per dire che nessun concetto nasce propriamente 'dal nulla': esso, al contrario, attraversa un'intersezione semantica che lo conduce ad essere proprietà e rivendicazione collettiva di ambiti intellettuali differenti. Ben all'opposto rispetto a questa prospettiva, Karl Larenz, nella sua celebre *Storia del metodo* (1960), ha potuto sostenere che «quanto "più generale" è un concetto, tanto meno caratteristiche esso contiene, tanto meno, quindi, può conservare in sé la pienezza del significato in parola». ¹⁰¹ La precisione di un istituto e la sua specifica chiusura focale sono, per Larenz, direttamente proporzionali alla rilevanza della sua semantica, di modo che la densità del significato è generata dall'occludersi del suo raggio d'azione intorno ad un preciso concetto. Il sistema del diritto è determinato, così, «soprattutto dagli istituti giuridici, dal loro intellegibile contenuto significativo e dai principi etico-giuridici che procedono attraverso i singoli istituti», e da ben poco d'altro. ¹⁰² Certamente, il diritto è composto di specificità concettuali, ed il contributo di Larenz appare rilevante proprio per puntare il dito su questo elemento chiave. Occorre, però, domandarsi se le succitate dimensioni dell'alterità, della differenza e soprattutto della interdisciplinarietà possiedano ancora – linguisticamente, oltreché epistemologicamente – una qualche coerenza euristica o siano, al contrario, talmente consuete dall'impiego che tradizionalmente ne viene fatto da necessitare, come atto estremo di svolta, di una nuova forma di *risrittura* del lessico che giace alla base della stessa

pletivo per tali nuovi approcci alla comparazione va sotto il nome di "New Approaches to Comparative Law", su cui cfr. P.G. CAROZZA, *Continuity and Rupture in "New Approaches to Comparative Law"*, in *Utah Law Review*, 2, 1997, pp. 657-63; DA. KENNEDY, *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, in *Utah Law Review*, 2, 1997, pp. 545-637; A. PETERS, *Universalist Assumptions and Implications of Comparative Law: Should They Be Deconstructed?*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 93, 1999, pp. 366-9: «[t]he critical deconstruction of the comparative approach has the merit of reminding us of highly self-conscious and self-critical methodological guidance. The approach suggested here is "critical" to the extent that it strives to unmask the cultural bias and prejudices on the part of the comparatist that may engender an ethnocentric interpretation of facts and may result in formalist ordering and misleading labeling. Furthermore, my approach is a comprehensive and interdisciplinary one, which looks not only at rules but at legal cultures, traditions, ideologies, identities and entire legal discourses» (*ibid.*, p. 368).

¹⁰¹ K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 203.

¹⁰² *Ibid.*, p. 203.

comparazione del diritto. Proprio lungo questa direttrice occorrerà, allora, muovere le nostre successive argomentazioni.

5. Il «confine» e lo «scarto»

In uno scritto provocatoriamente indirizzato *contro* la comparazione tra culture, il filosofo e sinologo francese François Jullien propone di sostituire al termine “differenza” quello di “scarto”.¹⁰³ Se il primo indicherebbe infatti quell’operazione classificatoria nella quale la molteplicità viene appiattita al solo scopo di essere gerarchizzata, il secondo, al contrario, non suppone un’identità di principio, né risponde ad un bisogno identitario. Piuttosto, il termine *scarto* fungerebbe da «figura di disturbo», da dispositivo «con una vocazione esplorativa»: esso fa apparire le culture e i pensieri «come altrettante fecondità», agendo come principio dinamico attorno a cui installare una precisa operazione di spaziamento delle culture e delle discipline.¹⁰⁴ Per questo, come scrive il pensatore francese,

[f]are uno scarto significa uscire dalla norma, procedere in modo inconsueto, operare uno spostamento rispetto a ciò che ci si aspetta e a ciò che è convenzionale. In breve, vuol dire rompere il quadro di riferimento e arrischiarsi altrove, temendo altrimenti di arenarsi. Dunque, mentre la differenza è un concetto classificatorio – la differenza è il principale strumento di ogni nomenclatura e tipologia – lo scarto è un concetto esplorativo, che possiede una funzione euristica. Se il concetto di differenza è specificante, determinante, il concetto di scarto è inventivo. A differenza del primo, il secondo è *avventuroso*. È proprio questa la domanda che ci si pone oggi, quando il mondo finisce di globalizzarsi e ci minaccia con la sua uniformazione: fino a dove possono giungere e svilupparsi gli scarti tra culture e tra pensieri, permettendoci di viaggiare ancora?¹⁰⁵

¹⁰³ F. JULLIEN, *Contro la comparazione. Lo “scarto” e il “tra”. Un altro accesso all’alterità* (a cura di M. Ghilardi), Mimesis, Milano, 2014.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 43.

¹⁰⁵ *Ibid.*, pp. 45-6. Molte delle intuizioni qui riportate sono già presenti in F. JULLIEN, *L’universale e il comune. Il dialogo tra culture*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 152-70.

Come si vede, è in questi discorsi che giace davvero il senso del fare comparazione. Il pensiero della differenza, spiega Jullien, in realtà non produce nulla: solidifica l'esistente caricandosi di una posizione normativa. Questo, oggi, è perfettamente evidente nel progetto mondiale che vede le singole tradizioni giuridiche avvicinate, per l'appunto, attraverso il marchio omologante dell'efficienza gius-economica. L'unico risultato che questa logica sa produrre è un'ordinazione tramite *ranking*, ossia un giudizio militante e classificatorio su quale tipo di tradizione giuridica debba venire accolta (e diffusa) e quale invece abbandonata. Ciò avviene sulla base di una presupposta necessità efficientistico-economica, di un bisogno universale di omologazione e di agglutinazione delle culture, che altro non sarebbe se non la narrazione ideologica e speculare dell'arrogante pratica di stampo neoliberale.¹⁰⁶ In virtù di questo eclatante esempio si scorge benissimo come attraverso la politica della "differenza omologante" lo studio di ciò che è "altro" conduca o ad una soppressione, o ad una conversione forzosa. L'alterità, soprattutto quando congiunta al lessico dell'economico, esiste al solo scopo di essere soppressa (ciò in ragione, appunto, di una uniformità vincolante dalla quale non è "razionalmente" lecito distaccarsi), oppure ("*in a post-colonial way*"¹⁰⁷) di venire 'generosamente educata'. Il diritto comparato è quindi per eccellenza la disciplina in grado di veicolare (*recte*: applicare) tali scelte. Ma non solo:

¹⁰⁶ Su questo dibattuto problema, la letteratura giuridica ed economica è andata sviluppandosi assai copiosamente, e ciò con un incremento significativo soprattutto a partire dagli ultimi anni. Cfr. C. MÉNARD, B. DU MARAIS, *Can We Rank Legal Systems According to Their Economic Efficiency?*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 26, 2008, pp. 55-80; A. NICITA, S. BENEDETTINI, *Towards the economics of comparative law: the Doing Business debate*, in P.G. MONATERI (a cura di) *Methods of Comparative Law*, cit., pp. 291-305. Per tutti i dettagli sulla vicenda, nonché sulle conseguenze in termini di scontro delle 'giustizie' e di egemonia economico-politica, si vedano P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesis, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 25 e ss.; A. SOMMA, *Legal Change and Sovereign Debt Crisis. The Clash between Capitalism and Democracy in the Western Legal Tradition*, in C.G. PAULUS (a cura di), *A Debt Restructuring Mechanism for Sovereigns. Do we need a legal procedure?*, Bloomsbury Publishing, London, 2014, pp. 172-191; ID., *La dittatura dello spread*, DeriveApprodi, Roma, 2014, p. 260 e ss. Si veda ora, ampiamente, N. GAROUPA, C. G. LIGÜERRE, L. MÉLON, *Legal Origins and the Efficiency Dilemma*, Routledge, New York, 2017.

¹⁰⁷ S. CHARUSHEELA, E. ZEIN-ELABDIN (a cura di), *Postcolonialism Meets Economics*, Routledge, New York, 2013.

se si considera la storia stessa della comparazione nelle sue apparizioni intellettuali più eclatanti (da Esmein a David, da Zweigert e Kötz a Schlesinger), ci si può rendere perfettamente conto di come essa, fin dai suoi esordi, sia sempre rimasta connessa ad un preciso progetto di egemonia politica – un piano di espansionismo culturale secondo il quale, rispettivamente, le tradizioni giuridiche francesi, tedesche, *lato sensu* continentali o anglo-americane avrebbero dovuto valere come *canone* indiscutibile, ovvero come rappresentanti *per eccellenza* dello spirito giuridico umano nella sua totalità.¹⁰⁸

Ebbene se il pensiero della ‘differenza’, come si è visto, gerarchizza, lo *scarto* – continua Jullien – «produce un *tra*», e quel “*tra*” determina un oltrepassamento, un varco teorico che consente di ritrovare «la traccia di ciò che è rimasto sepolto [...] la pista di ciò che si scova soltanto come traccia isolata, quasi cancellata».¹⁰⁹ Nessun tentativo classificatorio, nessuna supposta incomunicabilità, nessuna verticalità atta a determinare nuove forme di dominio, ma unicamente l’ebrezza del mantenersi sulla breccia tra i saperi, la restituzione al gesto comparativo di quella ricchezza intellettuale apparentemente perduta ma ancora viva e pronta per essere rievocata. Per questo, ne conclude il pensatore francese, è solo tramite la pratica ‘libera’ dello *scarto* (e non attraverso quella coartante della *differenza*) che la comparazione può ‘*dia-logare*’ senza necessariamente rubricare o catalogare, aprendo soglie e facendo realmente genealogia del pensiero.¹¹⁰

In una prospettiva decisamente simile, Gilles Deleuze ha mostrato assai bene come possa darsi una conoscenza dinamica dell’essere per mezzo della sua ondulata increspatura. Nel commentare la filosofia di Leibniz e le implicazioni che l’estetica barocca ha rivestito per la cultura occidentale, Deleuze isola e scompone il ‘ricciolo’ secentesco intraveden-

¹⁰⁸ Cfr. ora l’accurata analisi condotta ora in P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., pp. 11-25.

¹⁰⁹ F. JULLIEN, *Contro la comparazione*, cit., p. 66.

¹¹⁰ Come scrive M. GHILARDI, *Filosofare come “pensare altrimenti”*, in F. JULLIEN, *Contro la comparazione*, cit., p. 88, «Jullien dà corso a un esercizio genealogico per mettere in luce il carattere non “assoluto” delle opzioni categoriali del pensiero europeo, attraverso un lavoro che produce le condizioni per un arretramento, una presa di distanza che possa far scoprire grazie a una exteriorità ciò che non si potrebbe percepire chiaramente restando all’interno della propria cultura».

do nella singola ‘piega’ la figura elementare ed allo stesso tempo archetipica del pensiero. La piega, scrive Deleuze, è un «ventaglio aperto» per mezzo del quale si può scorgere «il visibile come attraverso i buchi di un velo». ¹¹¹ Essa è la «venatur[a] del marmo» ¹¹² che «determina e fa apparire la forma» ¹¹³; un veicolo di espressione (*Gestaltung*) che si tramuta di fatto in elemento genetico.

Certamente il Barocco non ha inventato la piega, spiega Deleuze: esso se ne è soltanto servito nel suo grado di intensificazione massima, perché, invero, «ci sono tutte le pieghe provenienti dall’Oriente, le pieghe greche, romane, romaniche, gotiche, classiche...». ¹¹⁴ Eppure il Barocco, in questo atto di ripiegamento estremo che tende all’infinito, sembra condurre al centro nevralgico dell’intersezione di mondi dinamici, al cuore di una proliferazione composita e molteplice in cui non è possibile separare o disgiungere, verticalizzare o uniformare. In questo senso, la logica dell’identità e della differenza si atteggiavano come una logica *statica*, fissa, che fanno della *apicalità* la cifra del loro essere e che si contraddistinguono del tutto conseguentemente per la scissione brutale tra ‘centro’ e ‘periferia’. Al contrario, se si vuole applicare l’insegnamento di Deleuze e quello di Jullien al dialogo tra sistemi giuridici, lo *scarto* e la *piega* sono le increspature della comparazione – una comparazione fatta quindi di vuoti e pieni, di luci e ombre, di spazi «lisci» e di spazi «striati», in cui esse paiono incistarsi come interstizi dinamici, come sfumature attive che delimitano e aprono ad un nuovo spazio intellettuale. Per questo Peter Goodrich ha potuto di recente parlare di un «*interstitium*» ¹¹⁵ che si aprirebbe tra «*law*» e «*non-law*», vale a dire tra l’esperienza della legge nella sua positivista scientificità e l’universo «*simbolico*» ¹¹⁶ dei saperi che a partire (ed intorno) ad essa parallelamente si produrrebbero. L’*interstitium*, secondo Goodrich, è

¹¹¹ G. DELEUZE, *La piega*, cit., p. 46.

¹¹² *Ibid.*, p. 47.

¹¹³ *Ibid.*, p. 53.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 5.

¹¹⁵

¹¹⁶ Il riferimento va qui a P. LEGENDRE, *L’autre bible de l’occident: le monument romano-canonique. Étude sur l’architecture dogmatique des sociétés*, Leçons IX, Fayard, Paris, 2009.

the interval, the space in between, the interstice. *Interstitium* is the method of non-law and the real-time designator of practice, of things being done, of going between, lingering in passage, loitering with intent. It is not outside time but mobile and lodged between differing temporalities. It is not illegality but rather extimacy, as coined earlier, meaning law carried outside of any given system or law, legality become non-law.¹¹⁷

Celebrare il regno del «*non-law*» significa innanzitutto propugnare un gesto emancipante, che concepisce la comparazione come pratica intrinsecamente *sovversiva*. Essa si agita

not outside but inside law as an alien project, an intimacy that suspends the *telos* of legality and the crushing weight of its authority in honour of the diversity and the depth, the musicality and the fluidity of a multiple normativity.¹¹⁸

Di fronte a tutto questo, si staglia per l'appunto il vero e proprio scopo della comparazione, colta in un bagliore eminentemente intellettuale:

[...] the project is to shore up the historically rich symbolic variety and life of the normative with the eruditions of disciplines long forgotten to lawyers.¹¹⁹

Confine, scarto, piega, interstizio: la genealogia non è forse l'applicazione meticolosa di questo lessico peculiare? Non è forse il risultato di una ricerca condotta "all'esterno", ma indirizzata "al cuore" del diritto? Detto similmente: non è essa stessa l'interrogazione della legge "al suo interno" ma *dal di fuori*, ossia dal 'margine' delle sue categorie? Sia che si tratti di verificare, semanticamente e storicamente, le «rotture»¹²⁰ e le

¹¹⁷ P. GOODRICH, *Interstitium and non-law*, cit., p. 228.

¹¹⁸ *Ibid.*, p. 218.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 216.

¹²⁰ Come efficacemente scrive A.M. HESPANHA, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, il Mulino, Bologna, 1999, p. 15: «se avanziamo un poco nell'interpretazione, vediamo subito che, sotto la superficie della loro continuità terminologica, esistono rotture decisive del significato semantico [*dei concetti o principi giuridici*]. Lo stesso significato della parola, nelle sue diverse occorrenze storiche, è intimamente legato a diversi

«ambiguità»¹²¹ che la compongono, sia che si tratti, invece, di prospettare il dialogo con altre «tradizioni»¹²², la genealogia giuridica è, allora, davvero la ‘piega’ della legge, ossia il suo ‘scarto’; essa è l'*arché* nell’atto di farsi metodo.

Ora, proprio il discorso metodologico si staglia, evidentemente, quale nodo focale dell’intera interrogazione comparatistica. Una metodologia che è stata ritenuta, da alcuni, come l’autentico cuore intellettuale della disciplina in esame.¹²³ È noto, però, che parlare di ‘metodo’ non implica

contesti, sociali o testuali. Ovvero, è eminentemente relazionale o locale. [...] Dietro la continuità apparente della superficie delle parole si nasconde una discontinuità semantica che vanifica completamente questa pretesa di validità atemporale dei concetti intrinseci alle parole, anche nel caso in cui queste ultime continuino ad esistere».

¹²¹ G. FRANKENBERG, *Critical Comparisons*, cit., p. 451: «[f]rom a critical distance the uncertainty and ambiguity of legal arguments become visible».

¹²² H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011.

¹²³ F. POLLOCK, in *Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux des séances, vol. I*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905, p. 60, secondo cui «le droit comparé n’est que l’introduction de la méthode comparée dans le droit». In forma analoga, anche P. DE FRANCISCI, *La scienza del diritto comparato*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1921, p. 246, il quale dipinge la disciplina nei termini di «un metodo di esposizione». Ma si vedano anche H.C. GUTTERIDGE, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1949, p. 1: «‘Comparative Law’ denotes a method of study and research and not a distinct branch or department of the law»; R. DAVID, C.J. SPINOSI, *Traité élémentaire de droit civil comparé*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, p. 4: «[l]e droit comparé [...] c’est la méthode comparative appliquée dans le domaine des sciences juridiques». In modo esemplare, si veda poi il classico K. ZWEIFERT, H. KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, II ed., vol. I, Oxford University Press, Oxford, 1998, p. 34: «[c]omparative law is primarily a heuristic method of legal science». Per ulteriori rilievi, cfr. S. GLANERT, *Method?*, in P.G. MONATERI, *Methods*, cit., pp. 61-81. In una prospettiva marcatamente diversa, nel tentativo di esautorare la disciplina comparatistica dalle strettoie (e dalle ‘ambascie’) del discorso sul metodo, P. LEGRAND, *Beyond Method: Comparative Law As Perspective*, in *American Journal of Comparative Law*, 36, 1988, pp. 788-98, secondo cui «the representation of comparative law as simply or mainly a method or collection of methods, as is customary, offers a truncated, uni-dimensional view of what is fundamentally a bi-dimensional construct. To talk of method is to take a formalist view of comparative law. It is to say, for instance, that comparative law is unsequentialist, that is, that it lacks any potential instrumental function. It is to advance further that comparative law is constrained, mechanical, and apolitical. To espouse the view of “comparative law as method” and take it to its logical conclusion is to deny, in sum, any substantive content to compara-

poterne parlare universalmente; nello stesso senso, ogni metodo detiene la peculiare necessità di dover essere affrontato *congiuntamente* ai suoi specifici oggetti.¹²⁴ Eppure, proprio l'oggetto del diritto, la sua sostanza vivente, impone di qualificare lo studio comparatistico molto più di un tentativo scienziato atto a dar conto della semplice realtà fenomenica sottesa ad ogni *regula juris*. Al contrario, esso è un'esperienza umanistica in tutto e per tutto considerata; uno studio del 'diverso' che sa però farsi osservazione attenta delle sue tramature culturali.¹²⁵ Se a dover essere recuperati sono, così, i valori delle *Humaniora*, la comparazione si fa genealogia nel momento stesso in cui affronta il tema delle «narrative» della legge.¹²⁶ Queste narrative divengono, specularmente, lo specchio delle

tive law» (*ibid.*, p. 788). Ampiamente sul 'metodo': A. SOMMA, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, in ID., *Temi e problemi di diritto comparato*, II, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 3-71; M. VAN HOECKE (a cura di), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004; M. DE S.-O.-L'E. LASSER, *The question of understanding*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 147-239: «the methodology selects aspects of what it observes and constructs the object according to its own image. According to such critiques, all of the distinctions repeatedly deployed by comparatists, such as, for example, similarity v. difference or internal v. external perspectives, actually play an important constitutive role in the construction of the object of analysis» (*ibid.*, p. 233); B.S. MARKESINIS, *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 43 e ss., che può esprimersi nei termini di «lasciare un metodo di lavoro»; M. SIEMS, *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 13-40; M. ADAMS, D. HEIRBAUT, *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Hart Publishing, Oxford, 2014; G. SAMUEL, *Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart Publishing, Oxford, 2015, p. 13 e ss. Da ultimo, cfr. G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, cit., p. 37, secondo il quale: «[...] comparative law is nothing but a *method*, a cognitive path leading to good comparative results, [this] appears to be one of the dominant themes, which actually cuts across the diversity of approaches and leads directly to orthodoxy's core».

¹²⁴ G. AGAMBEN, *Avvertenza*, in ID., *Signatura rerum. Sul metodo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, p. 7.

¹²⁵ P.G. MONATERI, *Il diritto e le scienze dello spirito*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 19-26.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 25: «[i] giuristi, come gli umanisti, sono costruttori di narrative. E poiché hanno a che fare con fonti, il loro compito è veramente il compito dell'eterno ritorno degli studi umanistici, che, come diceva Heidegger, devono – e giustamente – sempre segnare il passo». In questo senso, aveva certamente ragione Roland Barthes (*An Introduction to a Structural Analysis of Narrative*, in *New Literary History*, 6, 1975, pp. 237-

dinamiche conflittuali e di potere, nonchè il *premio* che la lotta politica insegue per la supremazia gerarchica nello spazio globalizzato.¹²⁷ Qui, “comparazione” e “genealogia” del giuridico assumono una fisionomia ancor più peculiare perché non rappresentano più, soltanto, un ‘metodo’ ma divengono, più incisivamente, traccia ontologica, dispositivo che orienta e mappa il darsi stesso delle tradizioni giuridiche.¹²⁸ Come efficacemente sostenuto:

il discorso sistemologico dovrebbe recuperare la dimensione fondativa del potere (ben al di là della sua dimensione istituzionale), eccependola dall’occultamento in cui viene non di rado costretta dalla funzione ordinatrice della Legge. In questo modo non solo può tornare ad essere problematizzato il rapporto Legge-Potere, fino cogliere le ragioni profonde dei processi di giuridificazione (del potere) e di mediazione giuspolitica, ma può anche e conseguentemente essere discussa l’origine critica della sovranità.¹²⁹

Insomma, ogni *narrativa* è la forma di rappresentazione e di presentificazione di un’eccedenza trans-istorica; un portato (im)memoriale che ‘stria’ lo spazio della legge piegandolo in forme ed angolature differenti, fino a dare origine a quelle precise operazioni di «assemblaggio del

72) nel dire che le narrative sono artefatti presenti da sempre, in ogni luogo ed in ogni società: «narrative starts with the very history of mankind; there is not, there has never been anywhere, any people without narrative. [...] Like life itself, it is there, international, transhistorical, transcultural» (*ibid.*, p. 237).

¹²⁷ Con riferimento alla dialettica oppositiva ‘centro’-‘periferia’, cfr. DA. KENNEDY, *Law and the Political Economy of the World*, in *Leiden Journal of International Law*, 26, 2013, pp. 7-48: «[m]ore conventional narratives are also, of course, stories. But they are stories which occlude attention to the dynamics of power and hierarchy» (*ibid.*, p. 23); ID., *The methods and the politics*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 345-433. Che le narrative plasmino la visione (giuridico-politica, ma non solo) del mondo, è un prezioso contributo che si ricava classicamente dall’opera di R. COVER, *Nomos e narrazione*, cit.

¹²⁸ Si veda, in questo senso, la brillante ricostruzione che viene fornita da DU. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. M. TRUBEK, A. SANTOS (a cura di), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 19-73.

¹²⁹ C. COSTANTINI, *Comparazione giuridica, ontologia politica e rappresentazione*, in *Pólemos*, 2, 2010, p. 137.

passato»¹³⁰ di cui lo studio comparatistico è, oggi, sempre più avveduto osservatore. Come detto, se diritto comparato è quindi studio *critico* delle categorizzazioni impiegate per definire e gerarchizzare la legge, allora diritto comparato è *anche* studio delle pratiche di potere che informano questa medesima prassi.¹³¹ In questo senso si viaggia oggi «*oltre*» il funzionalismo¹³²: non esistono identità o finalità presupposte, ma pure esperienze dello *scarto*; non si dà omologazione delle funzioni o degli scopi, ma ripercorrimiento delle pieghe e delle culture che interlacciano l'immanenza del globale.

È sicuramente in ragione di tutto ciò che il diritto comparato non può certo essere definito, trivialmente, come una disciplina *tradizionale*.¹³³ Esso, come detto, è il luogo dell'*aporia*, della «sovversione»¹³⁴ e, forse,

¹³⁰ *Ibid.*, p. 134.

¹³¹ In questo senso, impossibile non rinviare a P.G. MONATERI, *Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'*, in *Hastings Law Journal*, 51 (3), 2000, pp. 479-555, nonché a E.J. HOBBSWAWN, *Introduzione: Come si inventa una tradizione*, in ID. (a cura di), *L'invenzione della tradizione*, Einaudi, Torino, 2002, p. 3, secondo il quale «[p]er "tradizione inventata si intende un insieme di pratiche, in genere regolate da norme apertamente o tacitamente accettate, e dotate di una natura rituale o simbolica, che si propongono di inculcare determinati valori e norme di comportamento ripetitive nelle quali è automaticamente implicita la continuità col passato». Ma si veda anche, sul medesimo punto, C. COSTANTINI, *The iconicity of space*, in P.G. MONATERI, *Methods*, cit., p. 233: «[a] more honest reflection leads us to understand that every kind of categorization is intentional, becoming the voluntary act of mapping in accordance to specific cultural strategies. The inner project, which moves and orients comparative scholars, is aimed at drawing the lines of inclusion and exclusion, to create an order that is not naturally given, to design and assert a worldwide geography that does not already exist objectively. [...] legal traditions are constructed on the basis of a precise politics of memory: genealogies help to define who we think we are, or would like to think we are; they are an essential mechanism of how identities are decided and structured. [...] Institutions and governments are engaged with the work of 'making the past', that is with the powerful task of codifying selected figures of memory with a chosen meaning».

¹³² Si veda la vibrante critica all'approccio funzionalista espressa da L. ROSEN, *Beyond Compare*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies*, cit., p. 505 e ss.

¹³³ Per esprimersi come R.W. LEE, *Comparative Law and Comparative Lawyers*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1936, p. 1: «'Comparative Law' is a strange one».

¹³⁴ G.P. FLETCHER, *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *The American Journal of Comparative Law*, 46 (4), 1998, pp. 683-700; H. MUIR-WATT, *La fonction subver-*

anche della «distruzione».¹³⁵ Le porosità della comparazione sono l'opportunità ed il germe del suo stesso sviluppo. Essa è il pensiero della differenza che si trasforma in scarto o, per dirla in termini geografici, del confine e del *limes* che si fanno zona di passaggio. In questa *intersezionalità* del metodo (o *dei metodi*), nella mappatura 'critica' dei margini che lo compongono, il diritto comparato acquisisce un'ariosità di respiro che rende ben povera cosa l'accontentarsi del suo *trompe-l'œil*, vale a dire di quella fittizia profondità che resta catturata nella bidimensionalità pragmatico-procedurale tipica di approcci tralatizi (strutturalisti o funzionalisti che siano), dediti invero all'applicazione delle norme migliori o alla caccia del semplice gioco delle analogie e delle differenze.¹³⁶ Il diritto comparato è pensiero segnico e genealogico, esperienza cartografica dei saperi *interni* alla legge, quindi conoscenza territoriale e geografica fatta di confini e cesure, di varchi e di passaggi. Esso è una soglia mobile tra arci-passato e futuro anteriore, perché fa della *diacronicità* l'oncia vibran-

sive du droit comparé, in *Revue internationale de droit comparé*, 52 (3), 2000, pp. 503-527: «la théorie comparative est porteuse du même message d'interdisciplinarité que les tendances contestataires américaines, et oriente clairement vers la connaissance du droit comme phénomène culturel 'contextualisé'. Elle exige pareillement de scruter le discours juridique pour y déceler des signes de partialité. La comparaison est ainsi de nature à libérer le raisonnement juridique de certains carcans conceptuels sclérosants en ouvrant la porte à d'autres grilles de lecture» (*ibid.*, p. 3).

¹³⁵ B.S. MARKESINIS, *The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 57 (3), 1993, pp. 438-448.

¹³⁶ Cfr. in questo senso le forti critiche che P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, pp. 5-6, indirizza al metodo *ordinario* di studio del diritto (non necessariamente comparatistico), propugnando viceversa un maggiore apporto delle discipline latamente più culturali: «the intellectual project of understanding a culture of law should not be held hostage to the question of its practical consequences. To do so is to impress law's conception of reform upon the theoretical discipline, before the intellectual enquiry even begins. The project of a cultural study of law starts only with the establishments of an imaginative distance that shakes off the scholarly compulsion to point the way toward reform»; e ancora: «[a] cultural study of law is precisely not a part of the practice of law. It should not, therefore, be asked to reform law. It has nothing to say in this respect. It is, however, a necessary supplement to our current practice of legal studies. The critical turn is a turn away from the professional school and back to the disciplines of philosophy, psychology, anthropology, and history» (*ibid.*, p. 40).

te del proprio essere.¹³⁷ Seguire Nietzsche e il suo sovversivo ammonimento significa ancora una volta tentare di occupare territori ‘altri’ per dominare meglio sul proprio. Se non si procede fino in fondo, si camminerà lungo sentieri che, alla fine, risulteranno *interrotti*. Senza per questo negare i confini tra discipline (altrimenti non si saprebbe dove appigliarsi), si punta piuttosto alla loro limitatezza, che apre quindi alla reciproca implementazione e co-implicazione.¹³⁸ Nell’assenza di un *dogma*, il diritto comparato si fa campo di tensione, interflusso e scambio di discorsi, zona di incontro di pratiche e di saperi. Nel caleidoscopio di queste aperture, nel pluriverso delle soglie, nell’esplosione del «mezzo critico»¹³⁹ quale istanza (ri)costituente, l’interdisciplinarietà non significa ancora nulla se rimane alla stregua di un mosaico dalle mille tessere, o un affresco dai cento colpi di pennello. Essa, più specificamente, è il «recupero del *package* originario di una data realizzazione dell’esistenza storica rea-

¹³⁷ Di grande ispirazione è stato il recente convegno dal titolo “*Diritto: storia e comparazione – Nuovi propositi per un binomio antico*” tenutosi sotto la direzione del Prof. Alessandro Somma presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Ferrara (7-8 ottobre 2016), con contributi di Pier Giuseppe Monateri, Alessandro Somma, Massimo Brutti, Paolo Cappellini, Giuseppe Franco Ferrari, Luigi Lacchè, Bernardo Sordi, Eliana Augusti, Thomas Duve, Vincenzo Zeno-Zencovich, Giorgio Resta, Antonello Calore, Paolo Ridola, Andrea Zoppini, Claudia Storti, Vanni Pascuzzi.

¹³⁸ Si vedano ampiamente i lavori di J. T. KLEIN, *Interdisciplinarity. History, Theory, & Practice*, Wayne State University Press, Detroit, 1990; J. MORAN, *Interdisciplinarity (The New Critical Idiom)*, Routledge, New York, 2010.

¹³⁹ G. FRANKENBERG, *Comparative Law as Critique*, cit., p. 32: «[c]ritical comparatists don’t want to be governed by the dominant discourse». Si veda anche, in parziale disaccordo rispetto ad un’aprioristica devozione verso le metodologie dei Critics, l’opportuna osservazione che U. MATTEI, *Comparative Law and Critical Legal Studies*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 815–36, rivolge ai *Critical Legal Studies* (CLS), in particolare laddove viene sostenuto che «the Critical Legal Studies approach takes on features of a mere *divertissement*, played by ultra-theoretical scholars; such games, however, can easily deteriorate into mere aestheticism and entail the risk that all serious political struggle is abandoned. Especially in the choice of their tools and literary forms, Critical Legal Studies comparatists display a striking eclecticism, appropriating different genres and often crossing disciplinary boundaries» (p. 833). Lo stesso Autore ne conclude tuttavia puntualizzando come «the network’s most significant contribution to comparative law consists of two other elements: the systematic and collective attempt to include both the dimension of power and a theory of domination, and the relentless questioning of the ‘dark sides’ of apparently emancipatory and progressive agendas» (*ibid.*, p. 835).

le, di come un medesimo pensiero si disloca dalla teologia, all'etica, alla politica, al diritto, all'economia». ¹⁴⁰ In altri termini, comparazione è focalizzazione di un problema complesso alla luce della sua sfaccettatura semantica, ed allo stesso tempo illustrazione del medesimo per mezzo dei *punti di attacco* che ogni concetto in sé condensa. Per questo non si tratta, con Sacco, di considerare il diritto comparato come «non ancora nato» ¹⁴¹, ma, esattamente al contrario, di coglierlo come “*pensiero vivente*” nell'atto di farsi, vale a dire come continua evoluzione e come storia progressiva di piani concettuali che si intersecano, ciascuno, per mezzo della propria specifica inclinazione. ¹⁴² Questi piani sono già dati, ossia sono già costituiti nell'ambito dell'immanenza culturale: occorre solo seguirli e coglierli nella loro reciproca dinamica di contaminazione e di colimazione.

Le discipline tradizionali viaggiano all'interno di steccati che non possono trascendere, pena la perdita di quella loro (faticosamente costruita) identità. ¹⁴³ Il diritto comparato ha, viceversa, il privilegio unico di incorporare l'*aporia* per trasformarla in direttrice di senso. Esso condivide un'anima eclettica che lo convoglia verso una ri-territorializzazione costante del proprio pensiero. In quest'opera di adattamento tra campi del sapere, la comparatistica opera metamorfosi concettuali innanzitutto a partire da se stessa. Costruire la propria 'figura', non attraverso una tassonomia positiva rigidamente vincolata all'incomunicabilità tra settori ma in negativo, ossia *per sottrazione*, è allora lo statuto epistemologico ed insieme la ragione latente che è riposta al cuore di quella magnifica e po-

¹⁴⁰ P.G. MONATERI, *L'ambiguità sovrana*, cit., p. 15.

¹⁴¹ R. SACCO, *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 19: «[I]a comparazione giuridica non è ancora nata. O è nella fase del suo primo giorno di vita».

¹⁴² Per una filosofia dei “piani d'immanenza”, cfr. G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Che cos'è la filosofia*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 25-49.

¹⁴³ Cfr. le intuizioni di M. FOUCAULT, *L'ordine del discorso e altri interventi*, Einaudi, Torino, 2004, pp. 4-5: «[s]uppongo che in ogni società la produzione del discorso è insieme controllata, selezionata, organizzata e distribuita tramite un certo numero di procedure che hanno la funzione di scongiurarne i poteri e i pericoli, di padroneggiarne l'evento aleatorio, di schivarne la pesante, temibile materialità». E ancora: «[I]a disciplina è un principio di controllo della produzione del discorso. Essa gli fissa dei limiti col gioco d'una identità che ha la forma di una permanente riattualizzazione delle regole» (*ibid.*, p. 18).

liedrica costruzione che ancora oggi possiamo e vogliamo chiamare ‘comparazione del diritto’.

6. *Arcaico e contemporaneo*

Giunti a questo punto, non ci si può più fermare. Così, diviene lecito domandarsi fino a che punto è possibile *intensificare* quanto finora scritto. In altri termini: quale statuto epistemologico ha l’archeologia del diritto per il comparatista (e non solo)? Come può giustificarsi di fronte alle scienze storiche? E in quale direzione essa può dare nel modo migliore i propri frutti? Il problema che qui si accoglie congiunge, inevitabilmente, la riflessione colta sul diritto con le più pressanti esigenze metodologiche, lo studio delle tradizioni culturali con la problematica della loro operante persistenza fattuale – in quell’interscambio duale di presente e passato, di pratica della legge e di memoria delle sue origini che ancora oggi sembra (seppur inconsciamente) riprodursi a livello globale.

Proprio lungo questa direttiva, nel tentativo di erigere una vera e propria ‘teoria della tradizione’ da applicare tanto alle culture giuridiche contemporanee, quanto allo studio del diritto comparato, Patrick Glenn ha impiegato le dense riflessioni che Thomas S. Eliot dedicò ai temi della persistenza del passato e della arcaicità del presente, così come illustra nel celebre saggio *Tradition and the Individual Talent* (1919).¹⁴⁴ Per

¹⁴⁴ H.P. GLENN, *Tradizioni giuridiche nel mondo*, cit., p. 32: «[u]n passato presente è un passato che non solo è stato catturato, ma che è stato catturato in un modo tale da consentire di usarlo al presente e di poterlo ulteriormente trasmettere»; e ancora: «[L]a presenza del passato è dunque una combinazione variabile di mezzi per catturarlo dal passato e di mezzi per articolarlo e percepirlo nel presente. In diritto, le questioni di questo tipo possono costituire oggetto di regole istituzionali, a cominciare dalle fonti formali e dall’efficacia (attuale) che deve esservi attribuita» (*ibid.*, p. 41). Si veda, però, l’opportuna precisazione critica offerta da C. COSTANTINI, *The Keepers of Traditions: The English Common Lawyers and the Presence of Law*, in *Comparative Law Review*, 1 (2), 2010, p. 3 e ss.: «I also agree with Patrick Glenn on the crucial role assigned to the notion of pastness, as a meaningful concept that claims to be investigated when cultural heritage is at stake. But my consent becomes strained when Patrick Glenn tries to find a substitutive term, asserting that “this is a very odd and cumbersome word, which a poet might normally avoid”. I think that this is a real wrong done to T. S. Eliot. In fact the attempted research does not reach a satisfactory result: Glenn is persuaded that

Eliot, ogni esercizio artistico impone lo scontro con il passato, tanto nelle forme della rottura della tradizione, quanto in quella – apparentemente più anodina – della sua continuazione. La letteratura, così come ogni espressione artistica o figurale, implica pur sempre una forma di sensibilità nei confronti dell'*inattuale*. Attraverso il raggiungimento di tale percettibilità scaturisce, secondo Eliot, l'esercizio di un particolare 'senso storico', secondo cui

non solo [...] il passato è passato, ma [...] è anche presente; il senso storico costringe a scrivere non solo con la sensazione fisica, presente nel sangue, di appartenere alla propria generazione, ma anche con la coscienza che tutta la letteratura europea da Omero in avanti, e all'interno di essa tutta la letteratura del proprio paese, ha una sua esistenza simultanea e si struttura in un ordine simultaneo.¹⁴⁵

Questa simultaneità, continua Eliot, sommerge *dal di dentro* l'ordine della letteratura, la quale viene continuamente stravolta dall'arrivo di una nuova opera, esattamente come il disegno di un mosaico viene di continuo ridefinito dall'apposizione di nuove tessere. Dopo che il nuovo contributo artistico fa la propria comparsa, dopo essersi mostrato nel suo aggancio concettuale rispetto all'intera tradizione precedente, «*tutto* deve essere modificato»¹⁴⁶, anche se di pochissimo; i rapporti, gli equilibri e le armonie che sussistevano immediatamente prima del suo arrivo, non possono più coincidere con l'ordine effettuale e con la nuova disposizione estetica immediatamente successiva.

there is not correspondence between pastness, history and age, so these terms could not be used as interchangeable words that define the elements of a tradition».

¹⁴⁵ T.S. ELIOT, *Tradizione e talento individuale*, in ID., *Il bosco sacro. Saggi sulla poesia e la critica*, Bompiani, Milano, 2010, p. 69. Evidentemente amplissima la bibliografia su questo saggio. Senza pretese di esaustività, si vedano R. MOORE, *Metaphysical Symbolism in T.S. Eliot's Four Quartets*, Stanford University Press, Stanford, 1965, p. 17 e ss.; P.G. ELLIS, *The Development of T.S. Eliot's Historical Sense*, in *Review of English Studies*, 23, 1972, pp. 291-301; M. JAIN, *T. S. Eliot and American Philosophy: The Harvard Years*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992, p. 153 e ss.; C.D. ATKINS, *T.S. Eliot and the Essay: From The Sacred Wood to Four Quartets*, Baylor University Press, Waco, 2010, pp. 45-58.

¹⁴⁶ T.S. ELIOT, *Tradizione e talento individuale*, cit., p. 70.

Insomma, possedere ‘senso storico’ significa percepire l’intrecciarsi «dell’a-temporale e del temporale assieme», del fatto che “antico” e “nuovo” viaggiano lungo una linea di intrinseca coerenza che può farsi frastagliata ed instabile, sdruccevole e inclinata, ma il cui esito – apparentemente improbabile, eppure del tutto effettivo – illustra chiaramente come «il passato sia modificato dal presente» e come «il presente trovi la propria guida nel passato». ¹⁴⁷ La ‘mutevole presenza del passato’ è allora la consapevolezza acuta di questo preciso ordine complessivo, un ordine colto nell’atto incessante di continue rivoluzioni, innervato fin dal suo interno dal *frammento* e dalla *transitorietà*, dalla *traccia* e dalla *dimenticanza* ¹⁴⁸, e che in definitiva è esso stesso il precipitato di una specifica operazione *narrativa*. ¹⁴⁹

La particolare sensibilità di cui parla Eliot non è, però, predominio esclusivo della letteratura. Anzi, proprio nel mondo del diritto è dato incontrare un’analogia aporia che rappresenterebbe anch’essa, se si vuole, una specifica forma di *estetica* della memoria. Come infatti è stato precisamente dimostrato,

è l’ultimo precedente della Corte Suprema, o della Cassazione, che modifica il senso degli antichi precedenti anche quando si basa su di loro. È l’ultima sentenza che dice il senso del precedente, nel momento stesso in cui lo cita, e quindi, *contemporaneamente*, lo interpreta e lo assume come autorità. Il passato della legge è costantemente riscritto dalla ‘decisione’ attuale sul suo significato, che si

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 70.

¹⁴⁸ A. ASSMANN, *Exorcizing the demon of chronology: T. S. Eliot’s reinvention of tradition*, in G. CIANCI, J. HARDING, *T. S. Eliot and the Concept of Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 19 e ss. Evidente peraltro il ricorso alle immagini del ‘frammento’ e della ‘rovina’ nella celebre chiusa di *The Waste Land* (1922): «[...] These fragments I have shored against my ruins [...]», in T.S. ELIOT, *Poesie* (a cura di R. Sansi), Bompiani, Milano, 2009, p. 282.

¹⁴⁹ Cfr. ancora C. COSTANTINI, *The Keepers of Traditions*, cit., p. 4: «[...] pastness is a precise qualification of the past which moves from its sensory and emotional perception. Pastness is other than past. It is a very heideggerian depiction of the ontology of the perceived past, and in this perspective I’d like to say that pastness gives expression to the consciousness of the past, as *Da-sein* gives expression to the consciousness which belongs to Being. Inevitably, as the result of a human perception, pastness contains the implicit recall to the present and it compels and becomes part of a narrative, which lays beyond the records of the past».

legittima proprio con il richiamo ai suoi precedenti che sta riscrivendo.¹⁵⁰

È alla luce di ciò che si può verificare fino a che punto Eliot abbia colto non soltanto l'essenza propria della tradizione letteraria, ma anche quella propria del diritto, la quale sottilmente si propaga per mezzo degli stessi dispositivi narrativi che interessano l'arte e la letteratura. L'*anacronismo essenziale* di cui è informata ogni tradizione, il suo essere cioè terreno di giunzione e di sovrapposizione tra 'passato' e 'contemporaneo', diviene il terreno prediletto per la stessa analisi genealogica del diritto. Essa carica il discorso sull'origine e sulla tradizione mostrando la persistenza dei luoghi 'politici' della memoria, quali ad esempio il discorso classico sulla sovranità, sulla scrittura della legge, nonché sulle prerogative e sulla giurisdizione. Ma così come vi è un effetto Eliot nel *giuridico*, ve n'è uno anche nel *politico*: l'antico racconto del potere agisce sul contemporaneo perché è quest'ultimo a disporre del suo senso autentico: è pur sempre il 'nuovo' a riutilizzare l'antico e a ricaricarne la spinta, incorporandolo e riecheggiandolo nelle spire del contemporaneo. Questo implica pure, del tutto parallelamente, che sia l'arcaico stesso a *ritornare* nella sua problematicità, ossia nel suo essere terreno di conflitto e di articolazione di una memoria che è già da sempre, come scrive Eliot, «momento presente del passato».¹⁵¹

Non si deve credere che tutto questo rimanga confinato in una prospettiva di mero settore, o in un approccio che si pone brutalmente in rottura con lo studio delle discipline più tradizionali. In uno dei suoi ultimi libri – *Primordia Civitatis* (1959) – pur adottando un impianto metodologico marcatamente differente rispetto a quello qui evocato, Piero de Francisci lamentava ancora come nella vasta letteratura giuridica a lui contemporanea si assistesse alla mancanza di un vero e proprio *pensiero* dell'origine. Secondo l'anziano romanista, «lo scetticismo con cui si guarda ai problemi di origini» è dovuto in modo speciale alla mentalità rigorosa (o irrigidita) dei «giuristi di stretta osservanza», i quali, per timore di «abbandonare le loro abitudini mentali e rinunciare a operare col loro ar-

¹⁵⁰ P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 43.

¹⁵¹ T.S. ELIOT, *Tradizione e talento individuale*, cit., p. 80.

mamentario concettuale», ben preferiscono rifuggire *tout court* dall'indagine genealogica, piuttosto che misurarsi con un terreno redditizio ma completamente sconosciuto.¹⁵² Per De Francisci, al contrario, è proprio l'indagine sull'abbrivio di una civiltà, sui suoi “*primordia*” ancestrali, a restituire l'innata ricchezza di una tradizione. Ma per far questo, evidentemente, lo studioso deve accantonare pure le metodologie e le semplificazioni tradizionali derivanti dall'errata (e anacronistica) supposizione che tutto possa venir compreso attraverso il declinarsi dei medesimi costrutti dottrinali (a maggior ragione, poi, se erroneamente applicati all'intero universo dei saperi).¹⁵³ Piuttosto, ricorrendo proprio «a quei rudimenti e residui, che sono stati dagli scrittori dimenticati e scartati (perché non rispondenti ai loro ideali politici [...])» occorre intraprendere una paziente opera di ricostruzione e di rivitalizzazione dell'*arcaico*, un gesto microscopico ma dall'effetto sconvolgente, orientato al disoccultamento del rimosso e del dimenticato, con la finalità ultima di restituire il senso di un'esperienza giuridico-culturale che abita, forse, ben oltre le categorie sclerotizzate di qualunque tralatizia divulgazione.¹⁵⁴

Insomma, ciò che occorre ritrovare è quel «punto di emersione»¹⁵⁵ – spiega ancora De Francisci – grazie al quale un'intera esperienza giuridica acquista la sua autentica portata originale: nell'inquadrare quel complesso di norme che circondano un ambiente sociale, nel verificare quelle «premesse metagiuridiche» che informano la stessa sostanza del diritto, all'interno quindi di quei plessi mobili e fluidi contraddistinti da un magma apparentemente indistinto di riti e tradizioni, di sacro e di profano, si può così procedere allo svelamento dei «momenti nomogenetici» di una cultura, a quegli affioramenti giuridici e spirituali che costituiscono, in altri termini, il sostrato materiale di un ordinamento, nonché la sua filigrana semi-visibile e semi-sconosciuta.¹⁵⁶ L'indagine, ammoni-

¹⁵² P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, Apollinaris, Roma, 1959, p. 2.

¹⁵³ Cfr. anche i vari contributi contenuti in P. DE FRANCISCI, *Questioni di metodo*, I, *Diritto romano e dogmatica moderna*, Edizioni New Press, Como, 1984. Lo studio del 'giuridico' è allora, e prima di tutto, la scoperta della relatività delle sue categorie e della necessità di un approccio critico che risulti intrinsecamente differenziato, andando al di là di qualunque metodologia fittiziamente universale.

¹⁵⁴ P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, cit., p. 8.

¹⁵⁵ *Ibid.*, p. 10.

¹⁵⁶ *Ibid.*, pp. 12-13.

sce il romanista, non è certo il prodotto di un gusto sterile per il dimenticato: ben al contrario, il passato è memoria viva di un presente che ancora si compie, studio di ‘sopravvivenze’ attuali, e ciò perché

[i]n ogni fase della vita storica, anche in quelle più evolute, incontriamo rudimenti, reliquie, residui di età più antiche, rimasti come fossili ad indicare il cammino percorso dalla società umana nel suo divenire. Dalla loro presenza, dalla loro singolarità, dalle loro caratteristiche [...] è spesso possibile [...] risalire al momento o alle occasioni in cui le istituzioni, cui quei rudimenti si riferiscono, ebbero origine e, più o meno approssimativamente, delinearne le forme, comprenderne la struttura, rintracciarne le funzioni primitive.¹⁵⁷

Lo studio sui ‘*primordia*’ è anche (e soprattutto) uno studio sul contemporaneo: o meglio, è lo studio di quelle tracce che, oggi apparentemente mute, sanno animarsi della voce del passato se colte nella convergenza culturale che le rappresenta. D’altronde, è lungo questa medesima direttrice che Hannah Arendt poté notare, in un suo celebre studio, come proprio a partire dall’esperienza giuridica romana ‘*arcaico*’ e ‘*contemporaneo*’ vivessero in un regime di reciproca co-implicazione. Il concetto di *autorità* politica che stava alla base della dottrina romana giaceva infatti nella costante *riproposizione* del suo passato, ossia nella celebrazione della grandezza degli avi (*maiores*) e nel gesto immortale della fondazione. Qui, l’orizzonte della sacralità rimaneva il fuoco da custodire (ed alimentare) nella precarietà dell’attuale; il vincolo numinoso (e coartante) da onorare ed a cui restare avvinti (vale a dire, *re-legati*).¹⁵⁸ Per questo, «essere religiosi

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 17.

¹⁵⁸ H. ARENDT, *Che cos’è l’autorità?*, in ID., *Tra passato e futuro*, Garzanti, Milano, 1991, p. 165 e ss. Come potrà infatti notare P. NOAILLES, «*Fas*» et «*Jus*», in ID., *Du Droit sacré au Droit civil. Cours de Droit Romain Approfondi. 1941-1942*, Sirey, Paris, 1949, p. 19, precisamente in questo livello di congiunzione (e di indistinzione) tra *ius* (la legge umana) e *fas* (la parola divina) può situarsi l’abbrivio dell’esperienza giuridica romana: «[i]l ne faut pas considérer le domaine du *fas* et le domaine du *jus* comme deux mondes fondamentalement séparés et ayant chacun leurs règles séparées. [...] *Jus* et *fas* ont un idéal commun: l’ordre dans la Cité, il leur en reste une union beaucoup intime». E ancora: «le *fas* est en quelque sorte le prolongement du *jus*, là où fait défaut la règle positive humaine» (*ibid.*, p. 20). Sul concetto di *auctoritas*, si vedano soprattutto G. NOCE-

significava essere legati al passato»¹⁵⁹; un passato, però, che viveva perennemente nel ricordo *attuale* della sua eccezionalità, riproponendosi quindi come luogo di collegamento tra dimensioni opposte, eppur congiunte. In questo senso, continua ancora la Arendt,

[l']autorità, a differenza del potere (*potestas*), era radicata nel passato, ma in un passato non meno presente e attuale alla vita della città di quanto non lo fossero il potere e la forza dei vivi contemporanei.¹⁶⁰

Nel commentare queste stesse righe, Paul Ricoeur ha sostenuto l'estrema importanza per il pensiero giuridico-politico occidentale dell'«*esperienza dell'energia della fondazione*»: di un atto, in altre parole, in cui anteriorità e posterità, arcaicità e contemporaneità si offuscano e si fanno ambigui, per restituire l'immagine di una legittimazione mitica che è prima di tutto il processo autopoietico di una *forza* trans-istorica.¹⁶¹ Certo, come già si è potuto anticipare, assai spesso l'indagine archeologica punta (per usare un'espressione coniata da Louis Gernet) verso quella forma di «pre-diritto»¹⁶², o di «indistinto primordiale» (qui la locuzio-

RA, voce *Autorità* (I. Premessa storica), in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 465 e ss.; G. PRETEROSSO, *Autorità*, il Mulino, Bologna, 2002.

¹⁵⁹ H. ARENDT, *Che cos'è l'autorità?*, cit., p. 167.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 167.

¹⁶¹ P. RICOEUR, *Il Giusto. Vol. 2*, Effatà Editrice, Cantalupa, 2007, p. 124. Non molto diversa sarà la lettura di Carl Schmitt relativamente agli istituti più paradigmatici del suo pensiero, quali ad esempio il concetto di 'decisione', la nozione di 'stato di eccezione', la distinzione 'amico-nemico' e l'operare teologico-politico del 'miracolo'. Cfr. in proposito l'analisi di J. BUSSOLINI, *Ongoing Founding Events in Carl Schmitt and Giorgio Agamben*, in *Telos*, 157, 2011, pp. 60-82, secondo cui con la fraseologia "ongoing founding events" si farebbe appunto riferimento a quei «decisive "events" in Schmitt that, although they may be exceptional (or perhaps because they are), play a continual role in generating and maintaining the political order. [...] By using the term "ongoing founding events", I mean to call attention to the persisting action and effect of these events, distinguishing them from historical turns or developments that do not seem to have the same degree of internal necessity for contemporary politics». Insomma, anche in questo caso si tratterebbe di eventi *archetipici* posti al di fuori di qualunque cronologia o apparente linearità storica, accomunati però dall'essere snodi esiziali (e continuamente ricorrenti) del 'politico'.

¹⁶² Cfr. L. GERNET, *Antropologia della Grecia antica* (a cura di R. Donato), Mondadori, Milano, 1983, pp. 143-274, il quale si domanda: «[...] si può riconoscere uno stato

ne è di Paolo Prodi)¹⁶³, che mescolerebbe l'esperienza del "sacro" a quella del "profano", il regno del sacrificio con la pratica del contratto. Esso sarebbe, invero, il segno di un'esistenza *anteriore* del diritto, colta appunto nel momento propedeutico alla fase di susseguente (e faticosa) diversificazione; un'esistenza che si risolverebbe giustappunto in quel coacervo di forze e di rapporti 'magico-religiosi' che regolano diffusamente l'essere della comunità umana prima ancora che questa acquisisca una specifica fisionomia e consapevolezza giuridiche.¹⁶⁴

nel quale le relazioni che definiamo "giuridiche" sarebbero concepite sulla base di un modo di pensare diverso da quello che presiede al diritto propriamente detto, e in quale rapporto questo stato ci appare con lo stato giuridico stesso *nel punto in cui constatiamo la successione?*» (*ibid.*, p. 144). A commento di quest'opera, si vedano F. OST, *Le temps du droit*, Editions Odile Jacob, Paris, 1999, p. 48 e ss.; M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza, Roma-Bari, 2004, pp. 193-206, il quale parla efficacemente del 'prediritto' come di «un modo di rappresentarsi l'indistinto in vista di ciò che accadrà dopo (ossia, il differenziarsi delle funzioni)» (*ibid.*, p. 196); E. CANTARELLA, *Introduzione*, in E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Led Edizioni Universitarie, Milano, 2007, pp. 9-16, che sottolinea (*ibid.*, pp. 10-11) la concreta rilevanza ai fini di uno studio culturalmente diversificato e multidisciplinare del diritto, degli approcci di *Law and Literature*, considerando per l'appunto Gernet – dato il suo eclettismo e la sua metodologia raffinata – come il pioniere di tale disciplina; da ultima, C. COSTANTINI, *Comparazione giuridica, ontologia politica e rappresentazione*, in *Pólemos*, 2, 2010, pp. 131-57, che accuratamente rileva l'importanza di «[u]na ricerca genuinamente genealogica [che] rinnov[i] la nostra consapevolezza intorno all'epoca fondativa in cui il processo di definizione e di separazione tra religione e politica non poteva ancora dirsi incominciato», così da «far luce sulle ombre che dal passato vengono ancora proiettate su una realtà secolarizzata» (*ibid.*, p. 145). Con uno sguardo fortemente critico rispetto alla "indeterminazione dei confini" e all'errata proiezione dei criteri distintivi tra 'sacro' e 'profano' cui condurrebbe di fatto l'analisi di Gernet, G. AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Laterza, Roma-Bari, 2008, pp. 23-4.

¹⁶³ P. PRODI, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Il Mulino, Bologna, 1992, p. 24.

¹⁶⁴ Tale impostazione va assunta, nondimeno, con estrema cautela: non del tutto condivisibile appare infatti la considerazione di Gernet per cui sarebbe possibile scindere chirurgicamente tra la sfera del 'droit' rispetto a quella del 'pédroit'. L'eccessivo formalismo implicito in questa operazione conduce, da un lato, ad attribuire consistenza di frammentaria autonomia ad esperienze che, al contrario, vivono in un rapporto di reciproca implementazione e co-implicazione (il religioso, il magico, il giuridico appunto), dall'altro, a proiettare *tout court* nell'arcaico specificità che sono tali in virtù di scissioni culturali molto più recenti. Per un'efficace critica in questa direzione, cfr. C. PELLOSO, *Coscienza nomica e scienza giuridica: un confronto tra il modello 'autoritativo' atenie-*

Per questo, bisogna aggiungere, studiare l'origine significa anche studiare l'*oscuro*¹⁶⁵: un oscuro, però, che non va visto come groviglio insolubile o di difficile cattura, ma come *ombra*, ossia come segno costante di una presenza che accompagna (ed eccede) qualunque oggettività saturante.¹⁶⁶ È per questa ragione che Giorgio Agamben, nel momento in cui si trovò a dover circoscrivere la sostanza della regressione archeologica, definì l'*arché* non tanto come un *quid* inafferrabile, ossia come «un dato situabile in una cronologia (sia pure in una griglia larga di tipo preistorico)», né come una «struttura metastorica intemporale». L'*arché*, piuttosto, è «una forza operante nella storia», è «un campo di correnti storiche tese fra l'antropogenesi e il presente, l'ultra-storia e la storia».¹⁶⁷ In quanto tale, esso non è un evento che si presuppone necessariamente verificatosi, ma al contrario un flusso multipolare insuscettibile di qualunque ipostatizzazione. Come ha potuto similmente scrivere Walter Benjamin

se e il modello 'anarchico' romano, in C. PELLOSO (a cura di), *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei greci*, Jovene, Napoli, 2016, p. 34.

¹⁶⁵ Si veda la splendida definizione che fornisce in questo senso M. CACCIARI, *Della cosa ultima*, Adelphi, Milano, 2004, p. 39: «[L]'*arché* non si raggiunge attraverso un procedimento dianoetico. Dunque non può essere oggetto di *epistème*; e tuttavia si rivela, si palesa. E poiché il suo palesarsi con necessità non è risolvibile dal pensiero, non è ulteriormente fondabile, esso rimane a un tempo "oscuro". La sua assoluta chiarezza per lo sguardo della mente coincide con la sua impenetrabilità per il discorso».

¹⁶⁶ Come esemplarmente scrive P. GOODRICH, *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1990, pp. 108-9: «[a] genealogical study cannot claim to attribute causes, nor can it legitimately provide general conclusions that would somehow link the discontinuities studied to an explanation of their contemporary institution. Insofar, however, as genealogical analysis is the study of figures of descent, of the contingent affiliations and alien sources, the inessential qualities of emergence of specific textual communities, it raises properly hermeneutic issues. Those questions relate to the specific form of the legal textual community and the metaphysics of belonging to it or speaking for it. [...] Legal discourse [...] [is] a simple representation of a primary speech that pre-exists and authorises the legal textual community. That origin is hidden, distant and dark. It is the *logos*, the source or oracle of law which our authors variously name as God, nature, time immemorial or that even more peculiarly English phenomenon, the unwritten constitution. Just as the constitution binds invisibly – it is simply 'how things are' – so the discourse of law remembers and repeats an ideal that is ever elsewhere, an origin or absolute other into whose face we may never look, whose back is ever turned towards us». Si sofferma ampiamente su questo passaggio, evidenziando «the double-faceted consistence of Law», C. COSTANTINI, *The iconicity of space*, cit., p. 232.

¹⁶⁷ G. AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio*, cit., pp. 15-6.

nella XIV delle sue celebri *Tesi*, «[l]a storia è oggetto di una costruzione il cui luogo non è costituito dal tempo omogeneo e vuoto, ma da quello riempito dell'*adesso* (*Jetztzeit*)».¹⁶⁸ Per Robespierre, l'antica Roma non costituiva un semplice ricordo, ma un frammento del passato carico di istantaneità – un “tempo-ora” – una scheggia che egli estraeva a forza «dal *continuum* della storia» per renderla ancora esperienza vivente, attuale, luminosa. Per questo, continua Benjamin, «[l]a Rivoluzione francese pretendeva di essere una Roma ritornata»: essa vedeva e riviveva il passato aulico dell'Urbe esattamente come la ‘moda’ sopravvive (e incorpora) il cambio dei tempi.¹⁶⁹ L'origine *attraversa* la cronologia, ne trasuda e se ne emancipa: mantenendo attiva la propria carica energetica, essa si mostra ben al di là di qualunque pretesa sedimentazione.

Certamente, *arché* significa soprattutto «stare avanti», venire ‘prima’.¹⁷⁰ Eppure tale peculiarità, come dimostra la stessa letteratura antica, è spesso circondata da un'aura corale, che vale a reimmetterla in una dimensione collettiva o contestuale.¹⁷¹ Insomma, l'armonia dell'*arché*, seguendo l'insegnamento che ci restituiscono i filosofi presocratici, è ciò che attraversa dinamicamente l'essere e per mezzo del quale esso permane: una temporalità che non è meramente cronologica ma, soprattutto, ‘logica’.¹⁷² Come giustamente è stato scritto, andare alla ricerca dell'*arché* del diritto non implica affatto perdersi nella successione storica delle sue

¹⁶⁸ W. BENJAMIN, *Sul concetto di storia* (1940), in ID., *Opere complete*, VII, Einaudi, Torino, 2006, p. 490.

¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 490.

¹⁷⁰ J. RANCIERE, *Ai bordi del politico*, Cronopio, Napoli, 2011, pp. 180-1: «[i]l primo testimone contro questo idillio omerico è però Omero stesso. Contro Tersite il chiacchierone, colui che è abile a parlare in assemblea pur non avendo alcun titolo a parlare, Ulisse ricorda che l'armata degli Achei ha un capo e uno solo, Agamennone. Ci ricorda così cosa significhi *archein*: stare avanti. Se c'è qualcuno davanti, necessariamente gli altri stanno dietro».

¹⁷¹ Cfr. a tal proposito l'ampio studio di L. MARRUCCI, *Kratos e Arche. Funzioni drammatiche del potere*, Adolf M. Hakkert Editore, Amsterdam, 2010, p. 137 e ss.: «[n]el panorama ampio e frammentato delle diverse accezioni greche di sovranità, *archein* sembra specializzarsi nell'esprimere una autorità che è tale a condizione di essere in grado di innescare un meccanismo a catena, una risposta che continui, in modo quasi autonomo, spingendosi oltre l'impulso ricevuto, ma comunque dipendente da quest'ultimo per potersi rigenerare secondo coordinate armoniche».

¹⁷² Si vedano ampiamente G. REALE (a cura di), *I presocratici*, Bompiani, Milano, 2006; G. CASERTANO, *I presocratici*, Carocci, 2009, p. 44 e ss.

manifestazioni, ma piuttosto mirare direttamente al suo *lógos*: di esso «nessuna seria storiografia può occuparsi, dato che si tratta proprio dell'evento che fonda la possibilità della storia». ¹⁷³

Al cuore di questa visione sta, allora, l'unica profonda *elementarità* che abita 'atemporalmente' il mondo del diritto, vale a dire il suo regime di *ambiguità* essenziale e fondamentale. Un'ambiguità che chiama direttamente in causa la natura *demonicamente* violenta delle sue rappresentazioni e le forme concrete del suo dominio reale. ¹⁷⁴ *Arché* indica «fonte, origine, inizio, potenza legittimante, ma anche comando, imposizione, autorità». ¹⁷⁵ La stessa idea di 'comunità' – come esemplificano i ben noti racconti di Caino e Abele e di Romolo e Remo – nell'ergersi quale struttura sociale nata dalla colpa e dal sangue, riproduce quella «prima violenza fraticida» cui inevitabilmente rimanda ogni successiva (ri)fondazione. ¹⁷⁶ Se la comunità umana è da sempre in stretto contatto con la morte, con la spina pungente di questo destino, allora anche l'origine si tinge di questa doppiezza, vale a dire di una duplicità «da cui non sarà più possibile distaccarsi neanche allorché gli uomini saranno chiamati alla *sanctorum communio*». ¹⁷⁷ Quel passato di morte, quel contagio violento che marchia il cuore delle relazioni umane e che espone di fatto ognuno all'uccidibilità violenta del prossimo, è da sempre l'origine autentica, l'*arché* appunto, nell'atto di proiettarsi nel contemporaneo; è l'assolutamente 'bestiale' conficcato nel cuore profondo dell'assolutamente 'umano'. ¹⁷⁸

¹⁷³ F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 3.

¹⁷⁴ Come scrive Giorgio Agamben commentando il celebre scritto di Benjamin «[...] nel saggio del '21 sulla *Critica della violenza*, carattere dominante della sfera demonica è l'ambiguità, e questa ambiguità è, parimenti, il marchio del diritto. [...] Il concetto di demonico si riferisce a uno stadio preistorico della comunità umana, dominato dal diritto e dalla colpa» (G. AGAMBEN, *Walter Benjamin e il demonico. Felicità e redenzione storica nel pensiero di Benjamin*, in *Aut-Aut*, 189-190, 1982, pp. 153-4).

¹⁷⁵ E. RESTA, *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008, p. 95.

¹⁷⁶ R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Einaudi, Torino, 2006, p. XIX.

¹⁷⁷ *Ibid.*, p. XIX.

¹⁷⁸ Cfr. R.K. SHERWIN, *Law in the Flesh: Tracing Legitimation's Origin to The Act of Killing?*, in *No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, 11, 2014, pp. 38-60.

Forse, è proprio per questo che «il paradigma genealogico, associato alla comparazione giuridica, consente di elaborare una rinnovata consapevolezza in ordine agli scenari contemporanei». ¹⁷⁹ Se il Giuridico vive costantemente nell'intersezione di orizzonti che coinvolgono il Politico ed il Religioso, il Sacro e la Forza, è qui, nello studio della complessa relazione “potere-legge”, che «la ricchezza ontologica custodita nell'*arché*, intesa come l'indistinto antecedente ogni possibile metamorfosi, [permette di] strutturare le relazioni ed i nessi tra teologia e ragione, tra principio e comando». ¹⁸⁰ In quest'atto concreto e raccolto, in questo gesto impercettibilmente teso tra l'ermeneutica del sospetto e la configurazione di una nuova metodologia della ricerca, nell'individuazione delle origini quali '*non*-luoghi' al di fuori del tempo ma pur sempre costantemente rilocalizzati al suo interno, la comparatistica acquisisce palesemente una dimensione ulteriore rispetto agli approcci tradizionali. Pensare in termini di 'arcaico' e di 'contemporaneo' è una rivoluzione che sconvolge le stesse categorie base della cronologia del pensiero.

Alla domanda che “cos'è il contemporaneo nello studio del diritto?” occorre dunque rispondere sostenendo che esso è il tentativo di proiettare la lente focale non all'esterno, ma nella piega stratificata del suo interno. È il cogliere la meta ed allo stesso tempo il limite *interno* della legge nello studio delle sue tradizioni culturali. Insomma, è la rievocazione di quel «presente del passato» che, come voleva Sant'Agostino, sta alla base dell'esercizio della *memoria*. ¹⁸¹ Lo 'scarto' e allo stesso tempo la 'vicinanza' che così fondano la contemporaneità divengono la *traccia* potente di un divenire storico che è ancora, e pur sempre, intriso del lessico ambivalente dell'origine. ¹⁸²

¹⁷⁹ C. COSTANTINI, *Comparazione giuridica, ontologia politica e rappresentazione*, cit., p. 133.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 144.

¹⁸¹ S. AGOSTINO, *Confessiones*, in ID., *Opera omnia*, Nuova Biblioteca Agostiniana, Città Nuova Editrice, Roma, 1965, XI, pp. 20, 26.

¹⁸² G. AGAMBEN, *Che cos'è il contemporaneo?*, Nottetempo, Roma, 2008, p. 21.

Capitolo II

ARCHEOLOGIA DEL FONDAMENTO: IL RIMOSSO DELL'ORIGINE

È così difficile trovare l'*inizio*. O meglio: è difficile cominciare dall'*inizio*. E non tentare di andare ancora più indietro.

L. WITTGENSTEIN, *Della certezza*.

SOMMARIO: 1. Il pensiero dell'*arché*. – 2. Semantica e origine della legge. – 3. Genealogia 'critica'. – 4. Disarticolazione del fondamento in Carl Schmitt e Hans J. Morgenthau. – 5. L'ordine del diritto: la teoria delle fonti in Hans Kelsen. – 6. Aporie costituenti. – 7. Sigmund Freud, ovvero l'origine 'totemica' del diritto. – 8. Psicopatologia del 'politico'. – 9. Il volto della 'Gorgone'. – 10. Per un'ermeneutica del fondamento.

*

La dottrina delle *fonti* del diritto costituisce, classicamente, l'abbrivio per ogni spiegazione circa il carattere e il funzionamento dinamico delle norme giuridiche. Magnifica metafora (Hans Blumenberg parlerebbe, in effetti, di "metafora assoluta"), essa occulta il proprio autentico significato dietro la parvenza cristallina di una scaturigine infallibile. Eppure, proprio il problema dell'*origine* della legge – quel 'fuori' così intimamente connesso al 'dentro' – è rimasto oggetto delle più grandi perplessità, divenendo financo, nella teoria normativistica che qui si discute, l'oggetto di una tanto necessaria quanto corsiva rimozione.¹ Carl Schmitt, in un breve ma incisivo passaggio del suo *Il nómos della terra* (1950), ha potuto scrivere che la maggior parte dei giuristi «rifiuta volentieri, come

¹ Per il dibattito sulla doppia prospettiva (interna/esterna) attraverso cui è possibile osservare la tematica delle fonti del diritto, cfr. G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 32 e ss.

non giuridica, la questione dei processi di fondazione dell'ordinamento».² Costoro – denominati per l'appunto giuristi di «diritto positivo», o di diritto «costituito» e «posto» – mostrano di rivolgere la propria attenzione unicamente verso la struttura *già formata* dell'ordinamento statale, ossia verso la sua burocrazia amministrativa o parlamentare, verso il sistema di legalità statale, non curandosi affatto di quei processi gius-genetici e primordiali che, larvamente, hanno invece contribuito alla sua edificazione. Eppure, prosegue Schmitt, «anche la dottrina dei processi costitutivi e delle forme in cui il potere costituente si manifesta fa parte della problematica giuridica».³ In altri termini, anche il diritto *pre-* (o *extra-*) statale dovrebbe costituire oggetto di specifica attenzione da parte degli studiosi del diritto, non risultando affatto un regno 'separato' o 'altro', ma viceversa il suo più autentico centro propulsivo.

Con una prospettiva significativamente eterogenea, eppur del tutto coincidente rispetto a questi ultimi esiti critici, anche Niklas Luhmann muoverà penetranti osservazioni alla dottrina delle fonti. Se la sua tenace ed ostinata sopravvivenza – scrive il sociologo tedesco – è in effetti oggetto del più grande rispetto, purtuttavia la dottrina delle fonti non fa altro che «suggeri[re] un'identità tra l'evento stesso della formazione del diritto e il motivo della sua validità».⁴ In tal modo, ciò che viene ad impoverirsi è il metodo stesso della conoscenza giuridica: dato il profondo riduzionismo concettuale che in questo senso si produce, «il giurista può trascurare la problematica della formazione del diritto, limitandosi a verificare nel singolo caso se vengano soddisfatte o meno determinate premesse».⁵ Insomma, ciò che va perduto è pur sempre quell'elemento 'x' di cui si esperisce continuamente (attraverso mezzi e procedure tanto di diritto pubblico, quanto di diritto privato) il tentativo di messa in forma, senza però riuscire davvero nel gesto del suo compiuto esaurimento, o della sua effettiva comprensione. Questo 'resto' della legge – si potreb-

² C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello «Jus Publicum Europeum»*, Adelphi, Milano, 1991, p. 76.

³ *Ibid.*, p. 76.

⁴ N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida Editori, Napoli, 1990, p. 39, nt. 9. Per un approfondimento su questo aspetto, cfr. L. GENINATTI SATÉ, *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 62 e ss.

⁵ N. LUHMANN, *Stato di diritto e sistema sociale*, cit., p. 39.

be dire congiungendo i rilievi di Schmitt e di Luhmann – è la premessa fattuale, antropologica e sociologica del diritto. Esso è quell'identità che resiste ad ogni cattura ontologica, uno 'scarto' infinitamente evocabile che sopravvive come potenzialità recondita, situato in un potere di ordine tanto cogente ed irresistibile da affondare i propri presupposti in un gesto *extra-ordinem*.

È forse questo, allora, l'arcaico della legge: esso può darsi come origine o come problema, come soluzione o come esito di un complesso percorso storico-filosofico, che interroga a sua volta il fenomeno giuridico nelle sue molteplici raffigurazioni comparatistiche ma che conduce, da ultimo, alla conformazione di un'estetica e di una rappresentazione che sono sempre lo specchio di una precisa istanza gius-generativa. Da ciò, ancora, l'esigenza di una 'genealogia' (o 'archeologia') del diritto come qui verrà condotta; una genealogia che avrà quali punti di riferimento Hans Kelsen, Sigmund Freud e Jan Assmann. È dunque verso la ricerca di quel fattore pre-normativo, ed allo stesso tempo ultra-normativo che anima l'intera narrativa del giuridico occidentale, che la presente analisi dovrà spingersi: nello scorgere l'arcaico della legge, il suo resto indefinito e reminiscente, quel 'dimenticato' che ancora una volta il pensiero giuspositivistico sembra laconicamente evitare, si cercherà di dimostrare al contrario come il puro fatto crei la norma, come la violenza distruttrice 'costruisca' la legge e come infine proprio *l'a-nomico* si trovi nel cuore del giuridico più del diritto stesso.

*

1. *Il pensiero dell'arché*

In quel testo tanto singolare, quanto inclassificabile pubblicato nel 1969 sotto il titolo de *L'archeologia del sapere*, Michel Foucault ha forse restituito il tentativo più audace di delineare i criteri concettuali, epistemologici e metodologici tesi alla elaborazione di un nuovo 'sistema di studio' delle scienze umane.⁶ Lungo il dispiegarsi intenso e profonda-

⁶ M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, Rizzoli, Milano, 2013. Per un commento essenziale su quest'opera, cfr. G. DELEUZE, *Foucault*, Feltrinelli, Milano, 1986, pp. 13-31. Per un'ulteriore bibliografia di merito re-

mente anticipatore di quelle pagine, la penna dell'intellettuale francese sarà guidata fin da subito dalla convinzione essenziale di un urgente *ri-pensamento* del tradizionale approccio fino ad allora impiegato nei confronti degli studi storici.⁷ Questi ultimi, ancora fin troppo intrisi di teologie, di totalizzazioni e di sintesi mal poste, impediscono oramai drammaticamente il raggiungimento consapevole di quelle condizioni di possibilità e soprattutto di *esistenza* che fondano ciascun discorso storico.⁸ Il nuovo stile metodologico proposto da Foucault avrebbe allora dovuto rivolgersi proprio verso una pratica essenzialmente 'negativa', ossia di rimessa in discussione della 'tradizione' (intellettualmente ed empiricamente intesa), e di conseguenza verso una progressiva 'ri-scrittura' critica dell'esperienza storiografica. Se ciò è vero, parimenti necessario sarebbe stato il recupero e l'enfatizzazione di concetti cardine come quelli «di discontinuità, di rottura, di soglia, di limite».⁹ Ed è precisamente attraverso queste sfumature che prenderà forma la strategia discorsiva che il pensatore francese, di lì in poi, soprannominerà giustappunto '*archeologica*': un metodo di studio che direzionandosi verso l'accoglimento e la valorizzazione di ciò che può denominarsi l'*evento-in-*

lativa al rapporto tra 'archeologia' e 'diritto', si vedano inoltre i numerosi richiami contenuti in E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 15 e ss.

⁷ Sarà Gilles Deleuze a rilevare come l'impianto metodologico enucleato in *L'archeologia del sapere* apparirà in tutta la sua nitidezza solamente a partire dalle opere successive (cfr. G. DELEUZE, *Foucault*, cit., p. 27). Sulla specificità dell'opera foucaultiana e sulla sua rilevanza nel progetto complessivo del filosofo francese, cfr. C. SINI, *Il sapere archeologico*, in P.A. ROVATTI (a cura di), *Effetto Foucault*, Feltrinelli, Milano, 1986, p. 117.

⁸ Come si leggerà chiaramente anche in M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France 1978-1979*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 15, «quello che vorrei fare qui è l'esatto contrario dello storicismo: non interrogare gli universali, utilizzando come metodo critico la storia, bensì partire dalla decisione che afferma l'inesistenza degli universali per cercare di stabilire quale storia si può fare».

⁹ Cfr. M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere*, cit., p. 29. Poco dopo, ancora più energicamente, Foucault sosterrà: «[b]isogna mettere in questione queste sintesi belle e pronte, quei raggruppamenti che in genere si ammettono senza il minimo esame, quei collegamenti cui si riconosce fin dall'inizio la validità; bisogna scalzare quelle forme e forze oscure con cui si ha l'abitudine di collegare tra loro i discorsi degli uomini; bisogna scacciarle dall'ombra in cui regnano. E, piuttosto che lasciarle prosperare, accettare di avere a che fare, per ragioni metodologiche e pregiudiziali, soltanto con una massa di avvenimenti sparsi».

sé, mirerà ancora una volta allo sguardo furtivo delle singolarità ontologiche, di quelle irruzioni discorsive che si materializzano improvvisamente come *tagli* netti nel flusso delle epoche. In breve, l'archeologia diviene la pratica di valorizzazione e di comprensione di quelle microscopiche ma essenziali *incisioni* che l'avvenimento singolare produce nel flusso della storia; incisioni che per mezzo della propria singolare e subitanea apertura suscitano, di rimando, la loro stessa *insorgenza*.

In questo tipo di quadro di riferimento, ciò che permette di comprendere il centro nevralgico dell'impostazione di Foucault è, per l'appunto, la ricerca dell'*arché*. Un concetto, questo, che al di là della sua apparenza terminologica non è da intendersi quale *origine* remota da ricostruirsi ermeneuticamente, né come corrispettivo geologico di uno scavo che affonda negli abissi oscuri delle epoche. Non vi è nessun 'inizio' nella ricerca archeologica foucaultiana, nessun dato temporale inconfutabile da cui principiare cronologicamente; in sostanza, non vi è nessuna tensione verso l'origine della storia.¹⁰ L'*arché*, per Foucault, è piuttosto il *punto di insorgenza* del fenomeno, la descrizione che interroga il *già-detto* al livello della sua esistenza concreta e singolare, del suo 'esserci'.¹¹ Da ciò discende pure che la pratica archeologica non può essere complessiva o totalizzante, perché l'*archivio* stesso che ne è alla base non è descrivibile o circoscrivibile, così come, parimenti, non è abbracciabile l'intero percorso evolutivo del sapere. Esso si dà (e si darà) solo per frammenti, per emergenze parziali, per fratture. In questo «groviglio di interpositività» rispetto a cui è del tutto impossibile fissare in modo netto confini o delimitazioni, l'archeologo si muove mostrando l'essenziale utilità di una pratica *comparativa*, la quale non sia destinata a ridurre la molteplicità dei discorsi ad un unico registro, ma ben al contrario a «suddividere la loro di-

¹⁰ G. AGAMBEN, *Signatura rerum. Sul metodo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, pp. 83, 90.

¹¹ M. FOUCAULT, *L'archeologia del sapere*, cit., pp. 82, 176. Si veda anche G. AGAMBEN, *Signatura rerum*, cit., p. 90: «[p]ossiamo chiamare provvisoriamente "archeologia" quella pratica che, in ogni indagine storica, ha a che fare non con l'origine, ma col punto d'insorgenza del fenomeno e deve, perciò, confrontarsi nuovamente con le fonti e con la tradizione. E non può misurarsi con la tradizione, senza decostruire i paradigmi, le tecniche e le pratiche attraverso cui essa regola le forme del tramandamento, condiziona l'accesso alle fonti e determina, in ultima analisi, lo stesso statuto del soggetto cosciente».

versità in figure differenti», tendendo così non ad «un effetto unificatore, ma moltiplicatore», a sua volta espressione di quella ricerca delle ‘analogie’ e delle ‘differenze’ che insistono nelle pratiche concrete dell’esperienza storica.¹² Del tutto specularmente, l’*arché* non è la fissazione immemoriale e statica del passato: esso è una pratica vivente, una forza operante nel vivo della storia, che sganciandosi dallo schema storicistico e teleologico poc’anzi evocato insiste piuttosto nel cuore stesso contemporaneo.¹³

Come accennato, nel suo rifiuto di giungere a teorizzazioni massive od armoniosamente unificanti, l’archeologia è volta piuttosto allo studio *critico* dell’attuale, ossia alla comprensione ed alla problematizzazione di quelle «trasformazioni che valgono come fondazione e rinnovamento delle fondazioni».¹⁴ Il pensiero che Foucault restituisce nelle pagine di

¹² M. FOUCAULT, *L’archeologia del sapere*, cit., pp. 210-1.

¹³ J. REVEL, *Le vocabulaire de Foucault*, Ellipses, Paris, 2002, p. 7. È su queste basi che Foucault conia, già a partire da *Le parole e le cose* (1966), l’espressione apparentemente paradossale di ‘*a priori* storico’. Questa locuzione, di evidente ascendenza kantiana, va intesa non già come istanza puramente formale al di fuori del tempo e dello spazio, bensì quale ricerca di un senso paradigmatico *concretamente operante* nel vivo dell’esperienza storica. Esso, si può dire in altri termini, è una ‘categoria’ *immanente* al presente, un dispositivo essenziale per cogliere quel ‘senso’ che solo il gesto archeologico sarà in grado, ad opera conclusa, di restituire. In questa direzione, cfr. G. AGAMBEN, *Signatura rerum*, cit., p. 90. Per una sintesi dei luoghi in cui compare l’espressione ‘*a priori* storico’, nonché per una efficace notazione circa la matrice kantiana nel pensiero foucaultiano cfr. V. SORRENTINO, *Le ricerche di Michel Foucault*, in M. FOUCAULT, *Antologia. L’impazienza della libertà*, Feltrinelli, Milano, 2008, p. xii e ss. Per uno studio sulle implicazioni kantiane nel pensiero di Foucault, cfr. L. PALTRINIERI, *A priori storico, archeologia, antropologia: suggestioni kantiane nel pensiero di Michel Foucault*, in *Studi Kantiani*, 20, 2007, pp. 73-97. Riguardo all’effettualità dell’origine, intesa come evento attinente al senso stesso dell’avvenire, si veda S. NATOLI, *Ermeneutica e genealogia. Filosofia e metodo in Nietzsche, Heidegger, Foucault*, Feltrinelli, Milano, 1981, p. 173.

¹⁴ M. FOUCAULT, *L’archeologia del sapere*, cit., p. 8. In ciò è allora possibile configurare la netta opposizione che separa l’archeologia foucaultiana dalla ‘teoria delle idee’ preconizzata da Canguilhem, e descritta dallo stesso Foucault nei termini di una narrazione della ‘genesi’, delle ‘continuità’ e delle ‘totalizzazioni’. In antitesi a questo modello, teso alla «descrizione dei cerchi concentrici che circondano le opere, le sottolineano, le collegano tra loro e le inseriscono in tutto ciò che esse non sono», l’archeologia è una pratica che studia l’emergenza dei discorsi, le regole della loro comparsa, la loro trasformazione e dissoluzione, in breve (come lo stesso Canguilhem chioserà il tentativo foucaultiano) la loro identità in quanto “*monumenti*”. Cfr. sul punto A. CUTRO, *Foucault e l’epistemologia. Scienza e politica tra strutturalismo, marxismo e psicanalisi*, in M. FOU-



questo scritto è allora il pensiero della *traccia* nascosta, ma non del tutto cancellata. Una traccia che in realtà è una *segnatura*, un indizio: in breve, quel dispositivo che permettere di *cogliere* l'indecifrabile per mezzo dell'articolazione di un *inarticolabile*.

2. Semantica e origine della legge

Il termine *arché*, nella sua plurivoca accezione di 'origine', di 'comando' e di 'insorgenza', si presenta, non certo sorprendentemente, all'interno di quell'ampia e originale riflessione sul diritto che sarà condotta, nel corso del Novecento, dalla penna del giurista tedesco Carl Schmitt.¹⁵ 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 esistente 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 «principio assoluto», ossia come «decisione sovrana» che scaturisce da «un nulla normativo e da un disordine concreto».¹⁶ In altri termini, il gesto sovrano, il suo *esser-ci* in quanto

CAULT, *Il sapere e la storia. Sull'archeologia delle scienze e altri scritti*, Ombre Corte, Verona, 2007, pp. 16-7.

¹⁵ In merito, si veda soprattutto l'esautivo 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.

¹⁶ 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 TH. HOBBS, *Leviatano*, Bompiani, Milano, 2012, p. 429 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: «[l]a 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.



arché, appare per Schmitt inspiegabile e coesistente alla sua stessa insorgenza, vale a dire immanente ed allo stesso tempo trascendente rispetto al darsi del suo momento onto-generativo.¹⁷ L'improvvisa manifestazione dell'autorità sovrana 'pacificatrice' si identifica, così, nella *creatio ex nihilo* di una *morfé* giuridica, cioè nell'abbrivio stesso di quella normatività ordinamentale che attraverso i dispositivi del 'caso di emergenza' e della 'crisi eccezionale' implicherà la persistente ri-emergenza della matrice politica 'pura' soggiacente alle spalle dello Stato. Come pure farà notare Giorgio Agamben, non è un caso allora che il sostantivo *arché* 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 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».¹⁸

Si consideri, ancora, l'uso che di tale locuzione farà nuovamente Schmitt in un'altra delle sue opere maggiori, *Dottrina della costituzione* (1928). 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' 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', che proprio in quanto tale agisce co-

56: «[d]al punto di vista del contenuto della norma che sta a fondamento, ogni momento decisionale costitutivo specifico è 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».

¹⁷ 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 a C. GALILI, *Genealogia della politica*, cit., p. 339 e ss.

¹⁸ G. AGAMBEN, *L'uso dei corpi. Homo sacer IV – 2*, Neri Pozza, Vicenza, 2014, p. 348.

attivamente nella sua pratica di creazione del *nómos*.¹⁹ Eppure, in questa spinta insistita 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 l'instabilità e l'insicurezza della «crisi» nello spettro esistenziale dello Stato, riproponendo lo schema di un *arché* 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 proprio à la Foucault – che così marcatamente stravolgeranno il tradizionale approccio ottocentesco e novecentesco allo studio dell'ordinamento giuridico-statale.²⁰

3. Genealogia 'critica'

A partire dagli anni '70 del Novecento, in quel dialogo sempre più ravvicinato che Foucault intreccerà con la figura di Friedrich Nietzsche, l'archeologia, così come concepita fino ad allora, si trasformerà progressivamente in 'genealogia'.²¹ Il mutamento linguistico non è, evidente-

¹⁹ 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.

²⁰ Sull'emergenza della *discontinuità* quale strumento d'indagine critica e quale pratica metodologica 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 su quello storico: ma resta una frattura del diritto», in C. SCHMITT, *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 50.

²¹ Si allude, qui, al fondamentale saggio M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia*, in ID., *Microfisica del potere. Interventi politici*, Einaudi, Torino, 1977, pp. 29-54. Per una bibliografia essenziale sul tema, si vedano S. BERNI, *Nietzsche e Foucault*, Giuf-

mente, un semplice manierismo terminologico.²² Foucault assimila infatti, e rielabora, i principali punti d'attacco della *Genealogia della morale* nietzschiana adattandone il contenuto alle ricerche iniziate in *Archeologia del sapere*.²³

Secondo Nietzsche, la storia si presenta essenzialmente come la dominazione linguistica, materiale e spirituale del 'più forte' sul 'più debole': attraverso le forme di una narrazione mitica delle 'origini', il detentore della sovranità realizza di fatto la *fondazione* del proprio potere ancorandolo ad un passato ancestrale, abissale, remoto, il quale legittima, circolarmente, la successiva condizione di signoria.²⁴ Ciò, per Nietzsche, è particolarmente vero proprio nel caso del *diritto*: qui, infatti, non si tratta tanto di verificare il fine o lo scopo di un particolare istituto giuridico,

frè, Milano, 2005, p. 91 e ss.; P. VEYNE, *Foucault. His thought, his character*, Polity Press, Cambridge, 2010, p. 54 e ss. Circa la diretta discendenza dell'archeologia foucaultiana dall'insegnamento genealogico di Nietzsche, cfr. P. VEYNE, *Foucault révolutionne l'histoire*, in ID., *Comment On Écrit L'histoire?*, Editions du Seuil, Paris, 1979, p. 226 e ss., ripreso anche in J.G. MERQUIOR, *Foucault*, California University Press, Berkeley, 1985, p. 73. Come lo stesso Foucault ammetterà, «il solo segno di riconoscenza che si possa testimoniare ad un pensiero come quello di Nietzsche è proprio di usarlo, di deformarlo, di farlo stridere, gridare», in ID., *Microfisica del potere*, cit., p. 135.

²² J. REVEL, *Le vocabulaire de Foucault*, cit., p. 8: «L'abandon du terme "archéologie" au profit du concept de "généalogie", au tout début des années 70, insistera sur la nécessité de redoubler la lecture "horizontale" des discours par une analyse verticale – orientée vers le présent – des déterminations historiques de notre propre régime de discours». Considera, al contrario, sostanzialmente omogenei i due 'periodi' foucaultiani, P. BAERT, *La teoria sociale contemporanea*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 161 e ss.: «[g]li studiosi che hanno familiarità con Foucault potrebbero obiettare al fatto che io identifichi un tema metodologico unico lungo tutta la sua opera. Infatti, si è spesso affermato che l'archeologia iniziale di Foucault andrebbe distinta dalla sua genealogia finale per una discontinuità o "rottura epistemologica". [...] La mia posizione è, tuttavia, che dividendo l'opera di Foucault in archeologia e genealogia i suoi critici non possono riconoscere la continuità metodologica che c'è in essa».

²³ Si veda ancora S. BERNI, *Nietzsche e Foucault*, cit., pp. 106-7, il quale opportunamente sottolinea l'assimilazione della fondamentale *lectio* nietzschiana circa la riconduzione della «trafila delle interpretazioni» all'effettivo «gioco delle dominazioni».

²⁴ Cfr. F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, I, § 6, in ID., *Opere. Al di là del bene e del male. Genealogia della morale*, VI, tomo II, Adelphi, Milano, 1985, p. 230; in merito, cfr. G. FASSIN, *Potere e memoria: Appunti sulla genealogia in Foucault*, in *Il Politico*, 65 (1), 2000, pp. 109-10, che parla opportunamente di una «fissazione in forma mitica dei rapporti di forza», tesa alla loro conservazione perenne e prodotta a partire da un correlativo «spazio di oblio, di nascondimento dell'eccezione che fonda l'emergenza».

per poi ricollocarlo semplicemente (e circolarmente) all'origine del medesimo. Comprendere la funzione o l'utilità di un'istituzione non dice ancora nulla riguardo alla sua *genesi*. Al contrario, la ricerca condotta sulla semplice osservazione dell'esistente e sulle istituzioni giuridiche che lo rispecchiano è l'indizio essenziale del fatto che «ogni accadimento [...] è un *sormontare*, un *signoreggiare* e che a sua volta ogni sormontare e signoreggiare è un reinterpretare, un riassetare» il 'senso' e lo 'scopo' esistiti fino a quel momento.²⁵ È in questo punto esatto che, per Foucault, si origina la *rottura*. Ciò che si profila secondo il pensatore francese è, ancora una volta, l'esigenza sempre più massiccia di una storia 'critica';²⁶ in altre parole, di uno studio teso alla valorizzazione dell'origine-emergenza (*Entstehung*) scaturente d'improvviso dagli abissi del tempo, nonché di quelle forze che permettono, nel loro reciproco scontrarsi, di portare avanti (e quindi, di comprendere) il *gioco* del potere.²⁷ In modo evidente, il genealogista non ambisce alla ricerca chimerica dell'inizio metafisico, ma a quello 'scarto' che istituisce il *punto di rottura* tra il processo storico e l'attuale. Nella visione nietzschiana, questa radicale normalità del conflitto, questo luogo 'topico' dello scontro, è l'interstizio essenziale in cui si agita all'infinito la lotta tra 'dominatori' e 'dominati'. Una lotta, si può dire, che è la messa in scena puntuale di «una violenza meticolosamente ripetuta» e legittimata attraverso le for-

²⁵ F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, II, § 12, in ID., *Opere*, cit., p. 276.

²⁶ Da intendersi 'critica' con un evidente richiamo alla funzione stessa che la 'genealogia' secondo Nietzsche avrebbe dovuto rivestire. Come opportunamente farà notare G. DELEUZE, *Nietzsche e la filosofia e altri testi*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 3-5, «la filosofia dei valori [...] è la vera realizzazione della critica, il solo modo di realizzare la critica totale, ossia di fare filosofia "a colpi di martello". La nozione di valore implica infatti un *sovertimento critico*. [...] Genealogia vuol dire valore dell'origine e, al tempo stesso origine dei valori. Genealogia si contrappone tanto al carattere assoluto dei valori, quanto al loro carattere relativo o pratico. Genealogia significa elemento differenziale dei valori da cui deriva il loro stesso valore. Genealogia vuol dire dunque origine e nascita, ma anche differenza o distanza nell'origine. Genealogia vuol dire nobiltà e bassezza, nobiltà e viltà, nobiltà e decadenza nell'ordine. Il nobile e il vile, l'alto e il basso, questo è l'elemento propriamente genealogico o critico». Per un recente contributo sulla pratica di ridefinizione e di riconfigurazione del passato sulla base delle necessità contingenti del potere, cfr. R. BALDISSONE, M. DE WILDE, *Modifying the Past: Nietzschean Approaches to History*, in *Pólemos*, 7 (2), 2013, pp. 175-205.

²⁷ M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia*, cit., p. 38.

me stesse di un «sistema di regole».²⁸ Ciò che il gesto del genealogista restituisce allo studioso del diritto è, allora, la semplice verità per cui

[i]n se stesse, le regole sono vuote, violente, non finalizzate; sono fatte per servire a questo o a quello; possono essere piegate al volere tale o tal altro. Il grande gioco della storia, sta in chi s'impadronirà delle regole, chi prenderà il posto di quelli che le utilizzano, chi si travestirà per pervertirle, le utilizzerà a controsenso e le rivolgerà contro quelli che le avevano imposte; chi, introducendosi nel complesso apparato lo farà funzionare in modo tale che i dominatori si troveranno dominati dalle loro stesse regole.²⁹

Se le regole ed il sistema del diritto non possiedono un significato *essenziale*; se l'opera di chi detiene la sovranità si realizza, da ultimo, nel processo di sovrapposizione violenta delle *interpretazioni* dominanti e nella *nomomachìa* per la conquista della legge fondamentale, la genealogia detiene allora la funzione essenziale di tracciare la 'storia' di queste *insorgenze*, col fine di coglierle propriamente nella loro subitanea singolarità di avvenimenti, collocandole infine sullo sfondo di quel «teatro delle procedure» di cui l'intera storia dell'umanità è, di fatto, il logoro riflesso.³⁰

Agli occhi di Foucault è proprio questo insegnamento nietzschiano a costituire il punto d'abbrivio per un'ulteriore indagine nel sistema del potere. Una volta compreso l'autentico significato dell'*origine-verità* (*Ursprung*), essa dismette improvvisamente ogni importanza, poiché die-

²⁸ *Ibid.*, p. 40.

²⁹ *Ibid.*, p. 41.

³⁰ *Ibid.* Esprime con chiarezza la visione giuridica foucaultiana G. DELEUZE, *Foucault*, cit., p. 38, il quale nota come per il pensatore francese la legge non sia affatto il raggiungimento di uno 'stato di pace', bensì un esercizio costante del *conflitto*, una strategia di guerra perenne finalizzata all'accaparramento di un modello legale direttamente configurabile quale 'principio di potere'. In merito, si veda anche L. D'ALESSANDRO, *Regola giuridica e regola di verità*, in M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, La Città del Sole, Napoli, 2007, p. 9, il quale rileva l'anfibologica concezione del diritto in Foucault, per il quale esso «appare eternamente in bilico tra una verità che disvela, un'idea che si realizza, un soggetto che riconosce la sua storia e la sua origine» e «una costruzione provvisoria, il frutto [...] di una sistemazione di rapporti di forza, un oggetto di cui ci si impossessa [...], una verità che si produce nello scontro quotidiano».

tro la molteplicità fortunosa degli eventi non c'è «il loro segreto essenziale e senza data, ma il segreto che sono senza essenza, o che la loro essenza fu costruita pezzo per pezzo a partire da figure che le erano estranee».³¹ A fronte della pretesa totalizzante di un unico principio generatore, il genealogista preferisce così «gli innumerevoli inizi», la proliferazione sfaccettata di tracce significanti, «gli accidenti», «le minime deviazioni», financo i «rovesciamenti completi», raggruppati in quell'insieme di faglie, di crepe e di «strati eterogenei» che ne costituiscono il fondamento essenziale.³² Egli ha ben presente che ogni ideale è, in realtà, una pratica concreta di fabbricazione, di invenzione (*Erfindung*); attraverso di essa ciò che è piccolo ed inconfessabile produce una *rottura* improvvisa e marcata, che scardina la regolarità delle epoche cristallizzandosi infine nella dispersione dei *frammenti* della verità storica.³³ La genealogia foucaultiana è allora davvero “grigia”: essa indaga quei *rapporti di forze* che impercettibilmente ma significativamente si invertono e si accavallano, si generano e si modificano, aggrovigliandosi in quel “gran carnevale del tempo” che solo il genealogista è in grado di disassemblare e di ‘riordinare’. In questo senso,

[l]a storia, genealogicamente diretta, non ha per fine di ritrovare le radici della nostra identità, ma d'accanirsi al contrario a dissiparla;

³¹ M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia*, cit., p. 32. Cfr. sul punto, G. AGAMBEN, *Signatura rerum*, cit., p. 84. Come d'altronde Nietzsche stesso dichiarava malinconicamente nell'aforisma 44 di “Aurora”: «[c]on la piena cognizione dell'origine, aumenta l'insignificanza dell'origine: mentre la realtà più vicina, quel che è intorno e dentro di noi, comincia poco a poco a mostrare colori e bellezze ed enigmi e ricchezze di significato, cose, queste, di cui l'umanità più antica non sognava neppure», in F. NIETZSCHE, *Opere. Aurora e Frammenti postumi (1879-1881)*, v, tomo I, Adelphi, Milano, 1964, p. 39. Per una disamina completa delle ricorrenze del termine ‘origine’ in Foucault, cfr. anche F. DOMENICALI, *La traccia quasi cancellata. Il metodo genealogico in Foucault*, in *I Castelli di Yale*, 8 (8), 2006, p. 110 e ss.

³² M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia*, cit., pp. 35-6. Cfr. ancora F. DOMENICALI, *La traccia quasi cancellata*, cit., p. 111, il quale sostiene come in questo passaggio Foucault contrapponga polemicamente la *pluralità* degli inizi, e la *molteplicità* dei piani d'analisi, all'unicità metafisica dell'origine.

³³ M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., p. 37. In merito, si veda anche L. D'ALESSANDRO, *Regola giuridica e regola di verità*, in M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., p. 13.

non si mette a cercare il luogo unico da dove veniamo [...], essa si occupa di far apparire tutte le discontinuità che ci attraversano.³⁴

Solo così, sembra dunque suggerire Foucault, si potrà finalmente mettere in luce quel complesso di sistemi eterogenei e differenziati che ne costituiscono l'intima struttura, e che mascherandosi in intrecci variopinti non cessano tuttora di ritornare nella loro coerenza.

È partendo da queste premesse che apparirà possibile inquadrare quel tentativo magistrale di ripensare il rapporto ambiguo che l'Occidente nutre verso la propria memoria 'culturale' (*in primis*, giuridico-religiosa) messo in luce recentemente dai lavori di Jan Assmann.³⁵ Ed è sempre in questi termini che è possibile oggi, ad esempio, uno studio 'critico' del diritto romano, nonchè dei suoi lasciti più controversi per la cultura giuridica contemporanea, attraverso un'operazione di vera e propria «contro-memoria»³⁶ e di rilettura 'critica' coinvolgenti non più e non soltanto lo *spirito* del suo ricordo millenario, ma soprattutto il senso, le strategie e le implicazioni politiche del suo utilizzo presente e globale.³⁷

³⁴ M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, cit., pp. 50-1.

³⁵ Cfr. J. ASSMANN, *La memoria culturale. Scrittura, ricordo e identità politica nelle grandi civiltà antiche*, Einaudi, Torino, 1997, pp. 40-1, ove testualmente si menziona il pensiero di Nietzsche e la sua intuizione circa l'utilizzo del passato con riferimento non ad «un interesse specificatamente "storico", bensì a un tempo più generale e più concreto, concernente la legittimazione, la giustificazione, la riconciliazione, il cambiamento, ecc., e appartenente a quel quadro di funzioni definito dai concetti di ricordo, tradizione e identità». Più avanti (*ibid.*, p. 192), Assmann si riferirà esplicitamente alla *Genealogia della morale* ed alla tesi sul rapporto coesenziale che unisce *memoria* e *diritto*.

³⁶ M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia*, cit., p. 49. Su questo concetto, cfr. in particolare G. FASSIN, *Potere e memoria*, cit., p. 116, secondo cui la 'contro-memoria' foucaultiana costituirebbe «un racconto di origine che però è differente in modo definitivo dai racconti mitici del potere», configurandosi quale dispositivo atto a spezzare «la continuità del potere non meno della continuità della storia».

³⁷ Decisivo l'ampio lavoro di de-strutturazione e di ri-costruzione concettuale concernente la *memoria* storica e la *pratica* concreta del diritto romano, così come compiuto in P.G. MONATERI, *Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'*, in *Hastings Law Journal*, 51 (3), 2000, pp. 479-555. Il tema è stato ulteriormente ripreso in ID., *Roma e l'Occidente. Comparazione e critica della tradizione*, in *Ostraka*, 17, 2008, pp. 213-20, nonchè, da ultimo, in ID., *Methods in comparative law: an intellectual overview*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 19 e ss. In questi contributi, l'Autore evidenzia con efficacia l'edificazione, a lungo mistificante, di una narrazione del diritto romano

4. Disarticolazione del fondamento in Carl Schmitt e Hans J. Morgenthau

Se vi è un elogio della *frattura*, ciò significa che vi è anche un elogio della *dis-continuità*. Come Roberto Esposito ha potuto efficacemente illustrare, nel metodo genealogico foucaultiano «è sostanzialmente tematizzata l'opacità dell'origine – vale a dire lo scarto che la separa da se stessa, o meglio da quello che in essa viene presupposto come perfettamente adeguato alla sua intima essenza».³⁸ Ciò conduce, come si è accennato, ad una messa in discussione della 'linearità' del corso della storia e quindi di quella perfetta coincidenza che congiungerebbe tra loro 'origine' e 'fine'. Le implicazioni foucaultiane si proiettano, però, anche (o forse soprattutto) in un orizzonte intellettualmente più concentrato, ossia verso un'interrogazione profonda circa la 'forma ordinativa' che la società europea, nel corso della sua concreta esistenza politica, ha potuto da sempre auto-conferirsi. Riprendendo un'importante intuizione nietzschiana, il *mito* del 'contratto' sociale (la narrazione non a caso culturalmente più nota circa l'origine gius-politica dell'ordine costituito) non sarebbe altro che un 'racconto autolegittimante', lo specchio deformato di un'istanza politica che fittiziamente appare come «il risultato intenzionale della volontà combinata di singoli soggetti uniti in un patto fondativo».³⁹

lontana dalla sua effettiva esperienza storico-contingente. Attraverso gli insegnamenti, tra gli altri, di Michel Foucault, Martin Bernal, Hayden White ed Eric Hobsbawm, viene così smascherata l'*allure* di pretesa 'superiorità' storica del diritto romano, oggi concretizzata nella dominanza ingiustificata di alcuni modelli culturali occidentali a discapito di tradizioni giuridiche 'altre', e condotta soprattutto in seno a programmi di *governance* mondiale legittimati – *in primis* – dagli stessi studi di diritto comparato. Indicando l'uso finalistico, intenzionale e 'politicamente' orientato che oggi emerge da tali procedure identitarie, il ritorno alle 'origini' operato in questi contributi assume il senso di un'indagine genealogica *critica* rispetto a quelle perplessità che operazioni strategiche di tal fatta, assai spesso, implicano. Dopotutto, come proprio Foucault stesso ricordava, fare 'genealogia' significa «sviluppare l'analisi a partire da un problema che si pone nel presente» (cfr. M. FOUCAULT, *La cura della verità*, in ID. *Il discorso, la storia, la verità. Interventi 1969-1984*, Einaudi, Torino, 2001, pp. 340-1).

³⁸ R. ESPOSITO, *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004, p. 80.

³⁹ *Ibid.*, p. 81. Il riferimento all'espressione di Nietzsche è tratto da F. NIETZSCHE, *Genealogia della morale*, II, § 17, in *Opere*, cit., p. 286: «[h]o usato la parola "Stato": va da sé a quale intendo, con ciò, alludere: – un qualsiasi branco d'animali da preda, una razza di conquistatori e di padroni che, guerrescamente organizzata e con la forza di or-

Ora, è proprio seguendo il tentativo estremo di rottura e di dis-articolazione della tradizione politica occidentale, così vividamente implicati nell'indagine genealogico-nietzschiana (e, poi, foucaultiana), che si può giungere a comprendere l'eco rivoluzionaria ed estrema da cui prendono ispirazione i primi lavori di Hans J. Morgenthau.

In una serie di scritti pensati appositamente nelle forme di una 'risposta polemica' alla ben nota tesi di Carl Schmitt circa la costitutiva duplicità (ed originarietà) della coppia terminologica "amico-nemico", Morgenthau propone al contrario uno studio più direttamente realistico o, *rectius*, 'psicanalitico' del 'politico'.⁴⁰ Scopo della sua ricerca – come viene scritto esplicitamente nel saggio *L'origine del politico a partire dalla natura umana* (1930) – sarà allora lo studio delle «radici psicologiche del politico nella psiche del soggetto del potere». ⁴¹ Uno studio, così prosegue Morgenthau, che impone il ricorso alla conoscenza dei concetti sociali attraverso le forme dell'analisi del 'singolo', poiché «tutti i fenome-

ganizzare, pianta senza esitazione i suoi terribili artigli su una popolazione forse enormemente superiore di numero, ma ancora informe, ancora errabonda. In questo modo ha inizio sulla terra lo "Stato": penso che sia liquidata quella fantasticheria che lo faceva cominciare con un "contratto". Colui che può comandare, che è naturalmente "signore", che si fa innanzi dispotico nell'opera e nell'atteggiamento – che cosa mai ha a che fare con contratti!».

⁴⁰ Carl Schmitt esplicherà la sua nota teoria in ID., *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 89-166. I testi di riferimento di Hans J. Morgenthau per l'edizione italiana si trovano tutti in H.-J. MORGENTHAU, *Il concetto del politico. 'Contra' Schmitt*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009. Espongono con precisione la storia dei reciproci 'condizionamenti' che hanno avvicinato – anche polemicamente – i due intellettuali: M. KOSKENNIEMI, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Laterza, Roma-Bari, 2001, p. 505 e ss.; A. CAMPI, *Hans J. Morgenthau e Carl Schmitt: un bilancio critico-bibliografico*, in H.-J. MORGENTHAU, *Il concetto del politico*, cit., pp. LIX-CXII. Per un commento ampio e variegato sull'opera di Morgenthau, si veda almeno M.C. WILLIAMS (a cura di), *Realism Reconsidered. The Legacy of Hans Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁴¹ H.-J. MORGENTHAU, *L'origine del politico a partire dalla natura umana*, in ID., *Il concetto del politico*, cit., p. 45. Il testo rappresenta il primo avvicinamento da parte del giovane Morgenthau alle tesi sviluppate da Sigmund Freud: esso è costituito da un semplice manoscritto di poco più di cento pagine, del tutto sprovvisto di apparato critico o bibliografico. La sua importanza è, però, talmente grande da non poter essere in alcun modo tralasciato.

ni che chiamiamo politici, come è indicato dall'uso linguistico, conducono alla psiche umana quale loro soggetto». ⁴²

L'orizzonte di riferimento, ancora una volta, è la “*volontà di potenza*” nietzschiana, ossia l'esaltazione di quella «forza che starebbe alla radice del politico nella sua valenza più propria, una forza data con la natura stessa dell'essere umano e che nel suo operare non è circoscritta alla sfera dello Stato». ⁴³ È per questo, come lo stesso Morgenthau ripeterà pochi anni più tardi in *Alcune considerazioni logiche sul concetto di politico di Carl Schmitt* (1932), che «la scoperta delle categorie fondamentali nel senso inteso da Schmitt non possiede un significato basilare per la determinazione del contenuto del politico»: essa manca del suo aspetto *genealogico*, ossia dell'illustrazione critica di quegli elementi che precedono il ‘politico’ apparendovi (forse inizialmente) estranei, ma che nel loro farsi *divengono* già, essi stessi, il ‘politico’. ⁴⁴ Di fronte a quella spinta vitale o ‘psico-genetica’ tipica della collettività umana, di fronte a quelle istanze irrazionali ed inafferrabili che si anniderebbero vorticosamente nei suoi meandri irrazionali, Schmitt matura, agli occhi di Morgenthau, il proprio fallimento intellettuale. Riuscendo solamente a concepire nell’*amico* e nel *nemico* una dicotomia neutrale e tutto sommato anodina, Schmitt nulla spiegherebbe sulla realtà del conflitto umano, ciò quindi senza raggiungere in nessun modo il *locus* preciso dell'origine, ossia la fonte prima dell'istituzione collettiva. ⁴⁵ Come nota precisamente Martti Koskenniemi, il giovane Morgenthau radica invece l'intera struttura del ‘politico’ nel principio di desiderio (*Lustprinzip*), in quella fonte inesauribile di energia che «nell'ambito della vita sociale cerca soddisfacimento nella creazione di rapporti di potere» ⁴⁶, quindi nella estrinsecazione di una *libido* intesa quale pulsione di piacere finalizzata all'autoaffermazione, al

⁴² *Ibid.*, p. 20.

⁴³ *Ibid.*, p. 17. Per un commento sulla lettura di Nietzsche nel pensiero di Morgenthau, cfr. M. NEACSU, *Hans J. Morgenthau's Theory of International Relations Disenchantment and Re-Enchantment*, Palgrave Macmillan, London, 2009, p. 50 e ss.

⁴⁴ H.-J. MORGENTHAU, *Alcune considerazioni logiche sul concetto di politico di Carl Schmitt*, in ID., *Il concetto del politico*, cit., p. 14.

⁴⁵ Su tutti questi aspetti, si veda la ricca nota introduttiva di L. CIMMINO, *Il giovane Morgenthau e la metafisica*, in H.-J. MORGENTHAU, *Il concetto del politico*, cit., pp. IX-LVIII.

⁴⁶ M. KOSKENNIEMI, *Il mito civilizzatore delle nazioni*, cit., pp. 549-50.

trovarsi in una situazione di superiorità (*Herrschaft*), in breve al dominio sull'altro.

Forse – va detto – la critica che Morgenthau rivolge a Schmitt non può dirsi del tutto condivisibile. In un certo senso, infatti, anche il giurista di Plettenberg dimostrò consimile attenzione al sostrato antropologico soggiacente all'elemento politico, includendo l'analisi genealogica nel concetto stesso di diritto.⁴⁷ Questo meccanismo è ben visibile, come si è brevemente accennato *supra*, proprio nel dispositivo del potere costituente, il quale si incarica di funzionare quale grimaldello giuridico-politico atto a valorizzare e legittimare il momento *genetico* della costituzione dell'ordinamento. Ma prima ancora di essere 'potere costituente', per Schmitt il 'politico' è innanzitutto *pólemos*, scontro, forza oppositiva: in una parola, è il perenne darsi di una lotta per la vita e per l'affermazione di sé.⁴⁸ Per questo, nello stesso anno in cui Morgenthau dialogherà polemicamente con le tesi di Schmitt, quest'ultimo denuncerà invece la *neutralizzazione* e la *spoliticizzazione* in atto nella prassi culturale europea: un'operazione che – nel vero senso del termine – va compresa come privazione, pauperizzazione e rimozione insistita del 'politico' da ogni campo o pratica del sapere.⁴⁹ Eppure, fa notare ancora Schmitt, più quest'ultimo viene obliterato, respinto, sublimato, più esso riaffiora tragicamente nella storia moderna dell'umanità, la quale «migra in continuazione da un campo di lotta ad un terreno neutrale, e continuamente il terreno neutrale appena conquistato si trasforma di nuovo, immediatamente, in un campo di battaglia e diventa necessario cercare nuove sfere neutrali».⁵⁰ In questa tensione perenne ed 'antropologicamente' irresolu-

⁴⁷ In questi precisi termini si esprime, ad esempio, E. CASTRUCCI, *Genealogia della potenza costituente. Schmitt, Nietzsche, Spinoza*, in *Filosofia politica*, 2, 1999, p. 246. Riprende da ultimo l'intuizione anche S. BERNI, *L'antropologia del politico di Carl Schmitt e di Michael Foucault*, in *Jura Gentium*, xi, 2014, 2, p. 7. Per un parallelo Schmitt-Nietzsche, cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 123 e ss.

⁴⁸ Sull'importanza del *pólemos* nel contesto del pensiero schmittiano quale particolare dispositivo di congiungimento rispetto alle argomentazioni di Eraclito, Nietzsche ed Heidegger, si veda almeno U. CURI, *Pólemos. Filosofia come guerra*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000, p. 145 e ss.

⁴⁹ C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 167 e ss.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 177. Approfondisce assai bene questo momento del pensiero schmittiano S. BERNI, *L'antropologia del politico*, cit., p. 13 e ss.

bile, ciò che viene continuamente rimosso in gioco è proprio «il rapporto con l'Originario – vale a dire con l'elemento da cui lo sviluppo storico trae insieme spinta energetica e carica distruttiva. Quanto più negato o rimosso, esso torna a riaffiorare con una violenza proporzionale al tentativo di spingerlo in un passato ormai superato».⁵¹

Forse, ancora una volta, è allora giusto valorizzare questi due, differenti approcci teoretici, nei quali si avverte l'autentica urgenza di uno studio attento verso quegli elementi che *precedono* la configurazione del 'giuridico' e che valgono, in quanto autentiche istanze *psico-genetiche*, a dare abbrivio alle sue forme più schiettamente istituzionali. Roberto Calasso ha potuto giustamente scrivere:

[q]ualsiasi teoria occidentale della legittimità soffre di una mancanza: non conosce le acque dell'origine. [...] Senza quelle acque, tutti sono usurpatori. E i primi usurpatori possono ricorrere a un solo alleato: il tempo. Quando una sovranità sussiste da un certo tempo si suppone che la crudezza con cui ha affermato la sua forza sia già avvolta e coperta dalla *douceur* di una consuetudine, di un'accettazione prolungata, infine: di una tradizione. Così la tradizione non servirà più a rivendicare l'origine, ma a celarla.⁵²

Gli studi giuridici che attualmente preferiscono voltarsi di fronte a queste "acque dell'origine" manifestano proprio la difficoltà, innanzitutto teoretico-epistemologica, di confrontarsi con l'istanza più *aporetica* del diritto, effettuando null'altro che una forma di «tabuizzazione dell'origine».⁵³ Una rimozione che, come già ricordava Maurice Hauriou, è forse «il grande male» degli studi gius-pubblicistici; un difetto che si esprime incessantemente attraverso l'abbandono di un'analisi delle forze e delle forme che concretamente danno origine al potere.⁵⁴

⁵¹ R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Einaudi, Torino, 2013, p. 43.

⁵² R. CALASSO, *La rovina di Kasch*, Adelphi, Milano, 1983, pp. 30-1.

⁵³ La felice espressione è tratta da E. CASTRUCCI, *Genealogia della potenza costituenti*, cit., p. 247.

⁵⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Recueil Sirey, Paris, 1923, p. 285: «[i]l grande male di cui soffrono gli studi di diritto pubblico da almeno tre quarti di seco-

5. *L'ordine del diritto: la teoria delle fonti in Hans Kelsen*

Se quanto finora si è cercato di evidenziare ha un suo senso, il pensiero di Foucault, per quanto distante possa apparentemente sembrare dagli interessi immediati del giurista, si rivela al contrario essenziale per uno *studio* critico del diritto. In particolare, proprio le surriferite nozioni di 'archeologia', di 'genealogia' e di '*arché*' si colorano di una valenza dirompente ed intrinsecamente 'euristica'.⁵⁵ Non può negarsi, in effetti, come ogni sistema normativo – consapevolmente o inconsapevolmente – collochi se stesso pur sempre sul punto liminare rispetto al tema dell'*origine*. Esso è a tal punto essenziale ad ogni sistemazione filosofico-giuridica da costituirne, di fatto, la colonna logico-concettuale portante.

È stato Niklas Luhmann, in particolare, ad attirare l'attenzione su questo snodo essenziale. In un breve, ma preciso contributo sul concetto di 'norma fondamentale', il sociologo tedesco rileva come a partire dall'epoca moderna i vecchi 'miti dell'origine' su cui si innestava il vivere simbolico e politico delle comunità più arcaiche siano stati, progressivamente, sostituiti dalla metafora delle *fonti del diritto*.⁵⁶ Essa, più che fornire un principio di spiegazione (trascendente o politico-religioso) ha avuto

lo è l'abbandono della teoria classica del potere: non si vuole cioè più ammettere che ciò che crea il diritto sia il potere politico, inteso o meno quest'ultimo come potere statale».

⁵⁵ Valga, in tale contesto, un'opportuna precisazione: non si tratta qui di espropriare Foucault del suo stesso insegnamento, ibridandolo attraverso un'estensione illegittima e fuori campo. Piuttosto, la vera finalità consisterà nel verificare le *aperture* che esso dimostra verso una disciplina che, per lungo tempo, ha potuto (o voluto) fare a meno del suo messaggio. Da più parti si è sostenuta infatti l'inopportunità di una trasposizione immutata ed immutabile delle intuizioni foucaultiane nel contesto giuridico. Ciò è ben visibile, ad esempio, nell'ampio lavoro di A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005, il quale (a p. ix della *Prefazione*) si richiama, come pura suggestione e solo per quanto strettamente utile, all'insegnamento foucaultiano sulla «trafila complessa della provenienza». Da ultimo, si esprime in tal senso anche E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., p. 18, il quale opportunamente considera «un'autentica ingenuità» il considerare l'opera di Schiavone «una puntuale e capillare applicazione di metodologie e orientamenti foucaultiani». Non si dimentichi, però, che Foucault stesso non ha mai operato una 'sistemica' del diritto, e solo da ultimo si è tentato di ricostruirne ed assemblarne i pilastri fondamentali (cfr., soprattutto, M.A. DA FONSECA, *Michel Foucault et le droit*, Editions L'Harmattan, Paris, 2013).

⁵⁶ N. LUHMANN, *Esistono ancora norme indispensabili?*, Armando Editore, Roma, 2013, p. 62.

(ed ha) il compito severo di istituire «un'origine senza precedenti», ossia un *punto di partenza* dietro cui fittiziamente occultare l'esistenza di una decisione fondatrice. La metafora delle 'fonti', in breve, «è utilizzata come un blocco alla riflessione: ha la funzione di rendere invisibile il decisore della decisione».⁵⁷ Il punto focale, allora, diviene identificare attraverso quali metodi la decisione sovrana venga risolta, oppure (e come si è visto ciò è lo stesso) con quali strategie intellettuali essa venga piuttosto *occultata*.

Sia allora, quale esempio, proprio la nota teorica delle fonti del diritto così come classicamente concepita dal *normativismo* giuridico novecentesco. In maniera assai tralatizia, e seguendo dunque l'insegnamento fornito da Hans Kelsen, si è soliti sostenere che il sistema delle regole giuridiche componenti l'orizzonte d'azione di ogni ordinamento si strutturi, rigidamente, attraverso un ordine gerarchico (o gradualistico) di cui sarebbero eminenti espressioni figurative le nozioni di 'scala' e di 'piramide'.⁵⁸ Questa dottrina (denominata *Stufenbaulehre*) si configura quale

⁵⁷ *Ibid.*, p. 62. Fa notare questa peculiarità anche R. SÈVES, *Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores*, in *Archive de Philosophie du Droit*, 27, 1982, p. 260, secondo cui «[l]'idée de source du droit fournit ainsi un indispensable point d'arrête». Sottolinea con arguzia il richiamo metaforico, e quindi ambiguo, al termine 'fonte', V. CRISAFULLI, voce *Fonti del Diritto (Diritto Costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 925 e ss., che pure distingue tra fonti intese come "principio costitutivo" del diritto e fonti come "fattori storici, economici, sociali, politici", che di volta in volta determinano il sorgere di particolari istituti giuridici. Per una concettualizzazione più filosofica e 'speculativa' del tema, si veda anche E. PARESCHE, voce *Fonti del diritto (Filosofia del Diritto)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 892 e ss.

⁵⁸ Arduo tentare, anche solo parzialmente, di fornire una bibliografia completa sul tema. Si tenterà dunque – quantomeno nelle note che seguono – di dare conto dei contributi più interessanti ai fini una riflessione critica ed *alternativa*. Il richiamo alla struttura gerarchica dell'ordinamento è, ovviamente, tratto da H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, p. 251 e ss. e da ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, p. 95 e ss. Va ricordato, tuttavia, che la teorica dello 'Stufenbau' si deve principalmente alle elaborazioni dell'allievo e collaboratore di Kelsen, Adolf Julius Merkl, in A.J. MERKL, *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1987, su cui cfr. A. ABIGNENTE, *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza – Studio su Adolphe Julius Merkl*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990, nonché M. TEDESCHI, *Sul contrasto tra norme di diritto positivo e religiose di Adolf Merkl*, in L. D'AVACK, F. RICCOBONO (a cura di), *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida Editore, Napoli, 2004, p. 110 e ss. Per un'affermazione netta ed auto-

centro nevralgico della concezione kelseniana, contribuendo nella sua interezza ad una visione «nomodinamica» dell'ordinamento giuridico: in essa, tipicamente, si assiste ad un rapporto *attivo* ed incessante tra norme ed atti di produzione, che *presuppone* da ultimo l'esistenza di una 'norma fondamentale' (*Grundnorm*) assicurante l'unità e la chiusura logico-formale del sistema.⁵⁹ Il termine 'presupporre', ovviamente, va qui preso

revoles sulla concezione piramidale dell'ordinamento giuridico, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia – 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 903, secondo cui «[l']ordinamento costituzionale consiste, come tutti gli ordinamenti, in un insieme complesso di fonti e di norme disposte in ordine gerarchico. La struttura a gradi rappresenta anzi il suo tratto caratteristico». Per una ricostruzione complessiva della teorica delle fonti nell'attuale ordinamento costituzionale, si rimanda al classico A. PIZZORUSSO, *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9 c.c.*, 2 ed., in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli, Bologna, 2011, p. 174 e ss. Sull'aspetto specifico della "gerarchia" delle fonti normative e sul noto dilemma che lo unisce al criterio della "competenza", cfr. F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, I, Giuffrè, Milano, 1977, p. 561 e V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 1993, pp. 228-34. Sulla costruzione *gradualistica* dell'ordinamento e sulla sua – a detta dell'Autore – 'intrinseca inadattabilità' rispetto alla configurazione poliarchica delle forme di produzione normativa tipiche dell'età contemporanea, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1994, pp. 12-35. Circa la necessaria presenza di una logica gerarchica nella strutturazione di ogni norma giuridica e sui criteri che orientano tale gerarchia, cfr. R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 241 e ss., 431 e ss. Per un ricco panorama complessivo sull'argomento, aggiornato agli ultimi sviluppi dottrinari, si veda G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*, 16, 2011, pp. 19-56. Da sottolineare come qui si prescindano, evidentemente, dall'ampio ventaglio di problematiche che occupano oggi la dottrina costituzionalistica circa le 'nuove' configurazioni della teoria delle fonti. Per uno sguardo complessivo sulla 'crisi' di tale sistemazione, cfr. almeno F. MODUGNO, *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in ID. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa* (a cura di F. Modugno), Giuffrè, Milano, 2000, pp. 1-64. Per una critica ragionata del criterio gerarchico alla luce del mutato contesto normativo, ma pur sempre riconoscendo la fondamentale necessità di un ragionamento sulla 'sovra-ordinazione' delle disposizioni costituzionali quali fonti gerarchicamente primarie (e quindi, ammettendo l'importanza di un sistema gradualistico), cfr. N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 27-33. Infine, sui modelli cd. a "rete" o ad "arcipelago", si vedano da ultimo i riff. in G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto*, cit., p. 22 e ss.

⁵⁹ Sulla nozione kelseniana di 'nomodinamica' così come accolta in queste pagine, si veda A. CATANIA, *Filosofia del diritto. Introduzione critica ai concetti giuridici*, Giappi-

alla lettera: posto davanti all'impossibilità umana di derivare l'essere (*Sein*) dal dover-essere (*Sollen*), il gesto kelseniano è quello di ricercare la validità della 'norma' in un'altra 'norma'. In altri termini, di spiegare il *de jure* unicamente a partire dal *de jure*. È per questa ragione che la sua dottrina si fa 'pura', ossia intollerante verso qualunque spiegazione extra-sistemica, metafisica, o sociologica del fondamento del diritto. Ed è ancora per questo che il ricorso alla spiegazione originaria, o causalmente prima, dell'ordinamento risulta, in Kelsen, rigidamente impedita: la crucialità della pre-supposizione della 'norma fondamentale' è, insieme, la mossa creativa e teoreticamente obbligata del suo intero edificio gius-filosofico. La *Grundnorm*, quindi, che per sua stessa esigenza giace *al di là* della norma primaria empiricamente intesa, per mezzo di un funzionamento trascendentale diviene coesistente ed immanente alla sua stessa presupposizione.⁶⁰

La strategia perseguita da Kelsen si spiega, in effetti, come tentativo estremo di *purificazione* della teoria giuridica dalle aporie (*rectius*, dal 'peso') della nozione di *sovranità*.⁶¹ Da ciò discende pure che 'dimenti-

chelli, Torino, 2015, pp. 30-35. Per una letteratura secondaria sul pensiero del giurista austriaco, si vedano almeno N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2014, pp. 107-21; S. PAULSON (a cura di), *Normativity and norms: critical perspectives on Kelsen's themes*, Clarendon, Oxford, 1998; L. GIANFORMAGGIO (a cura di), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 49 e ss.; nonché il fondamentale B. CELANO, *La teoria del diritto di Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, Bologna, 1999.

⁶⁰ Su tutti questi aspetti, si veda la meticolosa ricostruzione offerta da M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, II. *Il Novecento*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 43 e ss.

⁶¹ C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 298 e ss., che fa opportunamente notare come proprio attraverso la rimozione del problema della sovranità il pensiero di Kelsen diverga inesorabilmente dall'approccio di Carl Schmitt. Il nodo teologico-politico rappresentato dalla sparizione di Dio quale presupposto ontogenetico su cui innestare una ricostruzione dell'ordinamento è, da Kelsen, lasciata cadere in quanto «semplice esaurirsi, nella moderna razionalità, di una mitologia fondativa» (*ibid.*, p. 301). Che il richiamo alla 'purezza' sia la cifra perfetta dell'opera kelseniana è anche quanto si evince dalla semplice lettura della celebre apertura dei *Lineamenti di dottrina pura*, ove icasticamente il primo paragrafo del primo capitolo reca appunto come dicitura «La purezza», proseguendo poi con una chiarissima dimostrazione di intenti: «[L]a dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo [...] Essa vuole liberare cioè la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei. Questo è il suo principio metodologico fondamentale e sembra di per sé comprensibile a tutti» (H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p. 47). Per un efficace commento rispetto a questa imposta-

care' la sovranità significa, pragmaticamente, dimenticare l'originario 'atto nomico' che ha dato abbrivio all'ordinamento costituito, ridotto per ciò stesso dall'approccio del giurista austriaco ad un mero fattore formale di natura logico-trascendentale.⁶² La geometria del sistema kelseniano fa, così, tutt'uno con l'esigenza epistemologica di svuotare – e quindi di *neutralizzare* – il dato normativo dalle sue più elementari premesse fattuali, per risolverlo integralmente nel meccanismo asettico delle fonti di produzione.⁶³ Tale neutralizzazione investe, specularmente, il discorso stesso sul *fondamento* della Costituzione: concepita oramai nelle forme di una pura autoreferenzialità circolare, essa vede espellersi il senso sostanzialistico (ed abissale) del *nómos* originario.⁶⁴ Si può dire allora che

zione volto soprattutto a rilevare il lascito e le implicazioni dogmatiche dell'approccio kelseniano, cfr. da ultimo L. FERRAJOLI, *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016, pp. 179-210, secondo il quale «il carattere "puro" o "formale" della teoria [...] vuol dire astrazione dalla realtà, cioè dai contingenti contenuti normativi che il diritto positivo concretamente assume nei diversi ordinamenti» (*ibid.*, p. 183).

⁶² Di qui, infatti, il netto rimprovero schmittiano, presente in particolare in C. SCHMITT, *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 44 e ss., secondo cui è «facile raggiungere unità e purezza quando si ignorano con grande insistenza le difficoltà di fondo e quando si qualifica come impuro, in base a ragioni formali, tutto ciò che contraddice alla sistematica» (*ibid.*, p. 47). Parla specificamente di teoria 'formale' del diritto in Kelsen, N. BOBBIO, *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. vi. Predilige, invece, il riferimento all'aggettivo 'strutturale', U. SCARPELLI, *Teoria formale o teoria strutturale del diritto. Per la dissoluzione della metafora formalistica*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, III, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1669-75.

⁶³ Cfr. la puntuale analisi contenuta in P.G. MONATERI, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014, p. 47.

⁶⁴ Come si vedrà più accuratamente *infra*, con il termine *nómos* si evoca qui l'insegnamento schmittiano espresso, in particolare, in C. SCHMITT, *Il Nomos della Terra nel diritto internazionale dello «Jus Publicum Europaeum»*, Adelphi, Milano, 1991, pp. 54-71. Per una definizione di questo lemma in termini di «dispositivo di ordine che cattura l'esistenza storica entro spazialità costituite», cfr. P.G. MONATERI, *I confini della legge*, cit., p. 14. È in virtù di questo senso, occorre aggiungere, che la ricerca del significato specifico proprio della parola 'legge' impone costantemente una riapertura del *confitto* originario, il quale conduce ad interrogarsi se la persistenza di quelle caratteristiche extra-formali che valgono a costituire il 'momento' fondativo originario permangono o meno. Per questa accezione 'polemologica' del termine *nómos*, si veda anche C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., p. 140, che parla opportunamente di una «forma politica della violenza originaria» destinata ad operare come un 'taglio', come una 'apertura' originaria nell'ordine politico concreto.

il tema dell'origine sia, per Kelsen, la grande sfida non colta (od elusa); in breve, un tentativo di spiegazione che culmina, singolarmente, nel 'rifiuto' insistito di fornirne alcuna.⁶⁵

Eppure, non deve credersi (con ciò esprimendo un inaccettabile quanto ingenuo giudizio di valore) che Kelsen rimuova il problema dell'origine *tout court* in quanto 'intellettualmente disonesto', oppure perché non sufficientemente consapevole delle sue implicazioni filosofico-normative.⁶⁶ Kelsen, si può dire diversamente, «non ignora le altre possibili spiegazioni dell'origine della validità giuridica: [al contrario egli] *vuole* ignorarle».⁶⁷ In passi eclatanti della sua opera maggiore, viene infatti riconosciuto con grande onestà – e, si potrebbe anche dire, a costo quasi dell'autodistruzione – l'origine *fattuale* dell'ordinamento giuridico. Analogamente, è spesso affrontato pure il tema della violenza fondatrice del complesso normativo.⁶⁸ Il mondo del *Sein*, tanto kantianamente disgiun-

⁶⁵ In questi termini, M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., p. 50, ma anche già Schmitt in *Teologia politica*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 47, secondo il quale «si tratta ancora dell'antica negazione liberale dello Stato nei confronti del diritto e dell'ignoranza del problema autonomo della realizzazione del diritto».

⁶⁶ Cfr., infatti, G. MARRAMAO, *L'ordine disincantato*, Editori Riuniti, Roma, 1985, pp. 43-4: «[a] differenza di quanto comunemente si crede, l'aporia della concezione kelseniana non sta affatto in un'ingenua assegnazione di priorità alla norma rispetto al momento materiale-effettuale della forza. Al contrario, il modo in cui essa imposta la questione della chiusura del sistema si presenta assolutamente isomorfo ai modelli che pongono al vertice il momento della forza o della sovranità come *summa potestas*».

⁶⁷ M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., p. 61.

⁶⁸ Come fa notare M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., p. 55 e ss., ciò si intravede, in particolare, quando Kelsen affronta il tema della 'rivoluzione'. A conclusione di un denso passaggio riguardante il fondamento della *Grundnorm*, si può infatti leggere: «[s]e si vuole poi conoscere il fondamento della validità della costituzione statale, su cui riposta la validità di tutte le norme giuridiche generali e la validità delle norme individuali prodotte sulla base di queste norme generali, cioè se si vuol conoscere il fondamento della validità delle norme che regolano la produzione di norme generali, determinando da quale organo e con quale procedimento si devono produrre norme generali, si giunge probabilmente a una costituzione statale anteriore, cioè si fonda la validità della costituzione attuale sul fatto che essa è stata prodotta conformemente alle prescrizioni di una precedente costituzione, modificando la costituzione stessa secondo le regole in essa contenute, cioè conformemente a una norma positiva, statuita dall'autorità giuridica, fino a una costituzione che è storicamente la prima, non più statuita secondo quelle regole e la cui autorità, quindi, non può essere ricondotta ad una norma positiva, statuita da una autorità giuridica: *una costituzione entrata in vigore in modo rivoluzionario, infrangendo una costituzione precedentemente esistente* [...] ricercando il

to da quello del *Sollen*, giunge così, in brevi e quasi impercettibili passaggi, a sovrapporvisi pericolosamente, minacciando di squadernare d'un colpo l'intero e cristallino edificio intellettuale. Ma in ciò – va ribadito – sta ancora la comprensione del problema dell'*origine* effettiva del potere statale: esso, spiega Kelsen, *deve* essere l'oggetto di un metodo autenticamente (ed unicamente) giuridico-scientifico, vale a dire 'puro' e 'formale', che conduce da ultimo alla sua presupposizione. Al contrario, nel momento cruciale dell'interrogazione, il diritto non può che risultare costretto ad un'*epochè* imbarazzante, ossia ad una sospensione impotente del proprio giudizio.

La trasformazione del «potere» in «diritto» quale nucleo epistemologico forte del progetto kelseniano mira, allora, ad aggirare precisamente questo ostacolo. Attraverso l'identificazione completa di Stato ed ordinamento, di potere e sistema normativo, Kelsen fa del diritto stesso il «*medium* per antonomasia di razionalizzazione del potere». ⁶⁹ Fuori da questa struttura, composta di certezza e di impersonalità, nella quale la *Grundnorm* garantisce specularmente l'auto-fondazione del sistema, non può esistere 'nulla' se non l'abisso del *nómos* originario. Il 'patto segreto' al quale è necessario sottomettersi al fine di considerare il diritto come oggetto di specifica e concreta conoscenza scientifica è così, tautologicamente, l'eliminazione stessa di qualsiasi indagine extra-giuridica sul fondamento ultimo del suo *Sein*; una tabuizzazione dell'origine respinta angosciosamente indietro nella sua parvenza oscura di pericoloso grimaldello, di letale congegno in grado di demolire, in un sol

fondamento di una costituzione che sia storicamente la prima [...], la risposta – *se si rinuncia a ricondurre la validità della costituzione (e delle norme prodotte in conformità ad essa) a una norma statuita da un'autorità metagiuridica effettivamente esistente o ritenuta effettivamente esistente, come Dio o la natura* – può essere questa soltanto: la validità della costituzione, la convinzione che essa sia una norma vincolante, deve essere presupposta [...], in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 224-5, enfasi aggiunta. L'inciso posto in enfasi che inizia con «se si rinuncia» e che termina con il "*Deus sive natura*" quasi di spinoziana memoria è, davvero, il segno di uno sfondamento e di un sovraccarico semantico che rende l'opera e il pensiero di Kelsen molto più abissali di quanto abitualmente concepito (cfr., in tal senso, la densa prefazione di P.G. MONATERI, *Kelsen e Dante, oltre Schmitt?*, in H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, Mimesis, Milano-Udine, 2017, p. 7 e ss.).

⁶⁹ Così G. MARRAMAO, *L'ordine disincantato*, cit., p. 38.

colpo, la perfezione geometrica di una struttura autarchicamente intellettuale.

Eppure, come si è visto, nell'osservare gli 'inciampi' in cui incorre lo stesso filosofo austriaco, i tentativi volti alla fondazione di un *diverso* metodo giuridico giungono ad espellere l'aporia dell'*arché* solo in modo fittiziamente efficace. Il dilemma dell'origine si insidia, tenace, in un meccanismo di riproduzione e di introiezione inconscia che è immerso nel cuore stesso della sua struttura ontologica.⁷⁰ Come lucidamente noterà anche Alessandro Passerin d'Entrèves, il sistema kelseniano si rivela, in fin dei conti, null'altro che una struttura perennemente in bilico su una premessa di *diritto naturale*, e sul tentativo conseguente di smarcarsene: in base a questa, il definitivo criterio per stabilire la validità ultima della legge giace sempre, e banalmente, *al di là* della legge stessa.⁷¹

⁷⁰ Cfr. G. AGAMBEN, *Opus Dei. Archeologia dell'ufficio*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012, pp. 142-3: «[i]l programma kelseniano di costruire una teoria del diritto senza alcun riferimento all'essere non può essere compiutamente realizzato. Le due ontologie (l'essere e il dover essere), pur chiaramente distinte, non possono essere del tutto separate e si rimandano e si presuppongono a vicenda. [...] Il problema della violenza – come quello del piacere – non si lascia espungere facilmente dal diritto e dall'etica e costituisce un punto di tangenza fra le due ontologie».

⁷¹ Si veda, infatti, A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson's University Library, London-New York, 1951, p. 104, secondo cui «the ultimate test of the validity of law lies beyond law itself», in quanto la *Grundnorm* altro non sarebbe se non «a natural law proposition». Il passo kelseniano che il giurista torinese commenta è il seguente: «[t]hat a norm of the kind just mentioned is the basic norm of the national legal order does not imply that it is impossible to go beyond that norm. Certainly one may ask why one has to respect the first constitution as a binding norm. The answer might be that the fathers of the first constitution were empowered by God. The characteristic of so-called legal positivism is, however, that it dispenses with any such religious justification of the legal order. The basic norm is only the necessary presupposition of any positivistic interpretation of legal material», in H. KELSEN, *General Theory of Law and State*, Harvard University Press, Cambridge, 1949, p. 116. In senso assai simile, cfr. l'analisi di M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., p. 77 e ss., secondo cui la norma fondamentale di Kelsen «non è che un travestimento in termini normativi d'una situazione di fatto; travestimento da cui di continuo traspare la fattualità dell'argomento trattato», a tal punto che «escogitata per tener lontano ogni elemento extragiuridico dalla cittadella della dottrina pura del diritto, [essa] si rivela un vero e proprio cavallo di Troia» (p. 80).

6. Aporie costituenti

Ancora una volta, la nozione di *potere costituente* può rivelarsi di qualche interesse ai fini di una decostruzione (e ri-strutturazione) complessiva della teorica dominante delle *fonti* del diritto, nonché dello stesso lessico della sovranità.

In un breve articolo di commento alla filosofia gius-costituzionalistica di Costantino Mortati, Franco Modugno ha potuto restituire una lettura innovativa della *Grundnorm* kelseniana.⁷² Secondo Modugno, «Costituzione» è innanzitutto un termine che afferma la *dinamicità* e non la staticità di un'esistenza politica. Essa è un'idea *in fieri*, in divenire, ossia un'istanza che si viene determinando per mezzo della sua stessa realizzazione diacronica. Di fronte a ciò sta, tuttavia, il *concetto* 'formale' di costituzione, che è innanzitutto 'norma fondamentale' (*Grundnorm*, appunto). Tuttavia, in questa sua esistenza fondamentale e trascendentale, logica ed aprioristica – in breve, in questo suo essere principio geometrico dell'*ordo ordinans* – la *Grundnorm* non può non presupporre l'ente ordinato, sicché è proprio «tale presupposizione», spiega Modugno, a rivelare al tempo stesso «l'*humus* sul quale sorge la norma fondamentale».⁷³ Tale aporia si riassumerebbe, come accennato, nella intersezione del *de facto* sul *de jure*, ossia in un rapporto di co-implicazione il cui esito sarebbe l'esercizio di una 'forza' o di un 'potere' svincolati dalla forma, che traducendo di volta in volta in atto l'esistenza fattuale nel mondo normativo «presuppone la sua manifestazione non come un fatto o una forza qualsiasi, ma appunto come "potere costituente"».⁷⁴

In questo punto di convergenza tra fatto e diritto, tra storia e norma giuridica si *origina*, allora, la Costituzione, la quale però fin dalla sua nascita è appunto energia creativa, forza produttrice e momento di interscambio tra storia e diritto. Così, pur interpretando la 'norma fondamentale' nel suo più rigido canone normativistico, essa implica comunque

⁷² Il testo cui si farà riferimento nel corso di questo paragrafo è F. MODUGNO, *Il concetto di costituzione*, in AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 199-240.

⁷³ *Ibid.*, p. 202.

⁷⁴ *Ibid.*

una determinata situazione storico sociale nella quale si enuclea. Questo presupposto ultimo e irriducibile di qualsiasi ordinamento contiene in sé, in modo indistinto, il *fatto della forza*, ossa della possibilità di porsi e di imporsi del gruppo sociale, nella sua individualità e nelle sue caratteristiche essenziali, e, al tempo stesso, *la possibilità del suo ordinarsi* e autodisciplinarsi come tale. Essa non è dunque semplicemente forza fisica, bensì, ad una, forza etica, storica e giuridica.⁷⁵

In questa immagine sfaccettata di un ordine ancora in procinto di realizzazione (o di ribaltamento), il conato rivoluzionario, la rivoluzione nel suo farsi, il colpo di stato, il sovvertimento politico, la pratica consuetudinaria nel suo lento ma insistente diffondersi, divengono tutti sintomi, occasioni, spie di un dato normativo in fluida (ri)costruzione, ossia di quel momento impercettibile in cui un dispositivo storico-politico in procinto (o in progresso) di verifica si costituisce, si fa e si organizza in 'diritto'. La *Grundnorm*, perciò, non è «una mera ipotesi razionale o, meglio, intellettuale, una presupposizione, un semplice dato del pensiero astratto e intellettualistico, ma è già, *in nuce*, il principio positivo e produttivo dell'intero ordinamento, il germe del suo sviluppo, l'embrione della sua conformazione reale e definitiva».⁷⁶

Si può considerare l'interpretazione di Modugno come il punto di passaggio da un ragionamento unicamente (ed astrattamente) logico-trascendentale (quale risulta essere appunto quello kelseniano) ad un principio di spiegazione più concretamente attento alla 'costituzione materiale' di una società. Eppure, anche questo tipo di visione non sfugge alla duplice aporia in cui ricade chi pensa filosoficamente l'origine del 'giuridico': «regresso logico all'infinito nel tentativo di fondare, o fondazione del diritto in un fatto storico (il rovesciamento di un ordinamento e la sua sostituzione con un altro tramite una rivoluzione)».⁷⁷ Di fronte ad un'*impasse* di tali dimensioni, si potrebbe allora affermare che un tentativo di soluzione risieda proprio nell'interrogazione culturale dell'*origi-*

⁷⁵ *Ibid.*, p. 204.

⁷⁶ *Ibid.*, pp. 208-9.

⁷⁷ P. HERITIER, *Estetica giuridica – A partire da Legendre. Il fondamento finzionale del diritto positivo*, II, Giappichelli, Torino, 2012, p. 112.

ne in sé: se essa – così come il concetto di ‘fonte’ – è sempre di fattura *metaforica*, nel cuore della concezione giuridica dell’ordinamento albergherebbe la possibilità per un’analisi *estetica* del diritto.⁷⁸ Kelsen stesso, si legge ad esempio nei suoi scritti, non aveva difficoltà ad ammettere, seppur con intenzioni contrarie, la valenza ‘letteraria’ e ‘fittizia’ delle fonti dell’ordinamento.⁷⁹ Ciò appare, sorprendentemente, proprio dalle ultime conclusioni cui perviene la teoria concepita dal giurista austriaco: al vertice dell’ordinamento, come si è visto, al di sopra della stessa Costituzione, giace una norma *presupposta e fittizia*, un dispositivo fittizio ricolmo degli attributi divini della “a-temporalità” e della “trascendenza”, ma filtrato appositamente in una versione ‘logico-razionale’ così da renderlo estraneo – anche se, per l’appunto, *solo in apparenza* – dalla densità dei presupposti mitico-teologici fino ad allora ordina-

⁷⁸ Sull’*estetica giuridica* l’autore di maggior riferimento è ovviamente Pierre Legendre, per un’introduzione alla cui opera cfr., oltre a quanto indicato nella nota precedente, anche P. GOODRICH, *Introduction: Psychoanalysis and Law*, in P. LEGENDRE, *Law and the Unconscious. A Legendre Reader*, Palgrave, London, 1997, pp. 1-36; L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Giappichelli, Torino, 2004; S. BERNI, *Pierre Legendre. L’antropologia dogmatica di un giurista eterodosso*, Collana “Studi e Ricerche”, Dip. Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, Siena, 2007. In particolare, la valenza estetica del pensiero giuridico si mostra nel fatto che ogni concezione delle fonti è sempre la rappresentazione *simbolica* (ossia *l’immagine giuridica*) di una determinata configurazione storico-culturale, la quale a sua volta è lo specchio del fondamento sovrano. Sempre in questo senso, è possibile aggiungere, le fonti del diritto risultano dei veri e propri ‘paradigmi’ conoscitivi della norma, ossia dei dispositivi di senso proiettati *fuori* e *dentro* la dimensione specifica e temporale dell’ordinamento giuridico in quanto dotati di un senso peculiare per la comprensione di ogni intelaiatura normativa. Come nota U. PAGALLO, *Alle fonti del diritto. Mito, scienza, filosofia*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 17: «[l]a metafora delle ‘fonti’ rappresenta una sorta di filo d’Arianna che attraversa per intero la tradizione giuridica europea. Diffusa nelle leggende e nei racconti arcaici del mito, presente nella successiva elaborazione critica della filosofia politica classica, l’immagine inizia a diffondersi e ad essere impiegata dai giuristi, in senso tecnico, tra il II e il I secolo avanti Cristo».

⁷⁹ Si legga, ad esempio, la definizione seguente: «“Fonte del diritto” è un’espressione figurata che ha più di un significato. [...] La molteplicità dei significati del termine [...] rivela come sia impossibile il farne uso. In luogo dell’immagine, che facilmente induce in errore, è raccomandabile di far uso di un’espressione che definisca univocamente il fenomeno giuridico in esame», in H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, cit., pp. 263-4.

riamente impiegati.⁸⁰ Questa dimensione finzionale e trascendentale della struttura giuridica – d'altronde candidamente ammessa dallo stesso Kelsen – altro non è se non una *segnatura* evocativa e profonda di un problema ontologicamente *irrisolto* e costantemente riproposto nel cuore aperto del diritto.

Forse, si può dire diversamente, ogni 'norma fondamentale' mantiene vivo il *ricordo* della propria fondazione: essa reca traccia di quel 'fatto della forza', eccezionale ed *extra-ordinem*, che richiama (à la Nietzsche, ma anche à la Schmitt) il circolo perenne ed inesauribile delle dominazioni, delle conquiste, delle spartizioni, e che proietta specularmente la propria ombra 'mitica' sulla futura costituzione vivente.⁸¹ Come è stato osservato, ogni tradizione giuridica, così come l'opera di classificazione delle medesime all'interno della mappa delle conoscenze del diritto, consiste essenzialmente in un'articolazione narrativa della memoria: essa si dà in quanto *ricordo* immemorabile di un'apparizione del passato che *sostiene*, a sua volta, una precisa legittimazione del presente. Si tratta allora di 'figure' o di 'emblemi' del ricordo che vengono mantenuti vivi indipendentemente dalla loro effettiva manifestazione storiografica. Tutto ciò unisce, a cascata, la questione dell'origine con quella della forma, la legge all'estetica, da intendersi però in modo specifico quale *morfé* giuridico-stilistica legata alla tradizione concreta del 'politico'. La rievocazione essenzialmente 'romantica' di queste tradizioni va a costituirsi come 'monumento' immemorabile, ossia come istanza che fonda, a-temporalmente e anacronisticamente, il tempo dell'attuale. L'origine della legittimità, il discorso sul mito, la rievocazione di un passato mai esaurito non meno della questione estetica e stilistica di cui si confà ogni ordimento, divengono dunque il territorio di elezione della pratica genealogico-giuridica, la quale ha di mira

la ricerca di quegli accadimenti che non smettono di accadere, ma che si sostanziano in strutture del discorso che tendono a perma-

⁸⁰ Su questi aspetti, cfr. H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, pp. 433-4, secondo cui «una norma è "fondamentale" perché non si può ricercare ulteriormente il fondamento della sua validità. Essa è infatti [...] una norma fittizia». Commenta efficacemente questa asserzione, P. HERITIER, *Estetica giuridica – A partire da Legendre*, cit., pp. 111-3.

⁸¹ Sul fondamentale concetto di 'ricordo' quale chiave di lettura della moderna legittimità giuridico-politica, cfr. P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., pp. 34-49.

nere, e quindi a *conformarsi* come una memoria il cui scopo principale è quello, *non* della passatezza del passato, ma della sua *presenza*.⁸²

Se quanto fino ad ora rilevato mantiene la sua verità, il discorso sull'origine del diritto – pur trasfigurato nell'anodina 'teoria delle fonti' – è allora, e semplicemente, *un altro modo* per interrogarsi sulla rilevanza concreta del *mito* quale istanza fondatrice della norma. La finzione stessa, per dirlo altrimenti, *apre* alla dimensione politica e fondatrice del 'racconto'. Questo momento, lungi dal situarsi in un passato storiograficamente determinato, è viceversa ciclicamente *co-implicato* e *ri-evocato* nel divenire stesso del diritto. Sarà allora lungo questa precisa direzione, lungo questo asse di insistito dialogo tra *origine*, *mito* e *destino* del 'politico' che occorrerà proseguire l'analisi, inquadrando da vicino uno dei momenti più eclatanti (e più disorientanti) della storia giuridica del Novecento. Un incontro fatto di reciproco rispetto accademico, di distanza cortese e di premura intellettuale, e che vide protagonisti un giovane Hans Kelsen appena divenuto professore ed il padre del metodo psicanalitico moderno, Sigmund Freud.⁸³

7. Sigmund Freud, ovvero l'origine 'totemica' del diritto

È certamente nota la celebre teoria freudiana sull'origine atavica della società politica così come illustrata in quell'immaginifico 'romanzo scien-

⁸² *Ibid.*, p. 45.

⁸³ Per una bibliografia essenziale sul dialogo intrapreso da questi due autori, si vedano, in ambito internazionale, A.A. MARTINO, *Kelsen, Freud, et l'Unité de l'Etat*, in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 14, 1985, pp. 119-46; C. JABLONER, *Kelsen and his Circle: the Viennese Years*, in *European Journal of International Law*, 9, 1998, pp. 368-85; E. BALIBAR, *Freud et Kelsen, 1922. L'invention du Surmoi*, in *Incidence*, 3, 2007, pp. 21-72 (tr. it. *Freud e Kelsen. L'invenzione del Super-io*, in *Quaderni materialisti*, 10, 2012, pp. 57-92); S. NOUR, *Kelsen as reader of Freud: the identity issue*, in *Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*, 2007, pp. 206-16. Per la letteratura italiana, si segnala M. G. LOSANO, *I rapporti fra Kelsen e Freud*, in *Sociologia del diritto*, 1, 1977, pp. 142 e ss.; ID., *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981, pp. 138-51; nonché, da ultimo, l'importante lavoro di F. LIJOI, F.S. TRINCIA, *L'anima e lo Stato. Hans Kelsen e Sigmund Freud*, Morcelliana, Brescia, 2015.

tifico' che va sotto il nome di *Totem e tabù* (1913).⁸⁴ In un passato impossibile da definire o da ricostruire cronologicamente, la collettività umana sarebbe vissuta all'interno piccole orde, ciascuna di esse capeggiata dalla presenza tirannica di un maschio dominante. Quest'ultimo, animato da violenta gelosia ed insofferente verso qualsiasi forma di concorrenza gerarchica, esercitava un controllo pressoché assoluto sulle femmine del gruppo: inibendo i restanti conspecifici dalla possibilità dell'accoppiamento, il maschio dominante li allontanava dalla comunità attraverso la minaccia della morte o della castrazione.⁸⁵ Tuttavia,

un certo giorno i fratelli scacciati si riunirono, abbattono il padre e lo divorarono, ponendo fine così all'orda paterna. Uniti, essi osarono compiere ciò che sarebbe stato impossibile all'individuo singolo. [...] Che essi abbiano anche divorato il padre ucciso, è cosa ovvia trattandosi di selvaggi cannibali. Il progenitore violento era stato senza dubbio il modello individuato e temuto da ciascun membro della schiera dei fratelli. A questo punto, nell'atto di divorarlo, essi realizzarono l'identificazione con il padre, ognuno si appropriò di una parte della sua forza. Il pasto totemico, forse la prima festa dell'umanità, sarebbe la ripetizione e la commemorazione di questa memoranda azione criminosa, che segnò l'inizio di tante cose: le organizzazioni sociali, le restrizioni morali e la religione.⁸⁶

Freud, è opportuno notare, non vuole esprimere un'autentica 'dottrina' dello Stato (termine che, infatti, non verrà mai impiegato). Il suo ten-

⁸⁴ Per una bibliografia di base, si veda il fondamentale dizionario freudiano curato da J. LAPLANCHE, J.B. PONTALIS, *The Language of Psycho-analysis*, Karnack Books, London, 1973, nonché, di recente, R. MÀDERA, *Freud e Jung alla conquista del segreto del mito*, in G. LEGHISSA, E. MANERA (a cura di), *Filosofie del mito nel Novecento*, Carocci, Roma, 2015, pp. 39-48. Cfr. anche i riferimenti contenuti in P. FITZPATRICK, *Modernism and the Grounds of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 11 e ss. Ulteriori fonti saranno indicate nel corso dell'esposizione.

⁸⁵ La tesi viene palesemente ripresa, con un'analogia in buona parte eccessivamente semplificante, dal noto lavoro di C. DARWIN, *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, II, Princeton University Press, Princeton, 1981, pp. 362-3. Per una ricostruzione critica di questa teoria, cfr. B. BEIT-HALLAHMI, in D.A. LEEMING (a cura di), *Encyclopedia of Psychology and Religion*, Springer, New York, 2014, pp. 1375-6.

⁸⁶ S. FREUD, *Totem e tabù. Alcune concordanze nella vita psichica dei selvaggi e dei nevrofici*, in ID., *Opere 1912-1914*, VII, Bollati Boringhieri, Torino, 1975, pp. 145-6.

tativo è piuttosto quello di delineare il meccanismo inconscio di funzionamento della società, riconducendolo al paradigma esemplificante del complesso edipico.⁸⁷

In un'opera di pochi anni successiva – *Psicologia della masse e analisi dell'Io* (1922) – Freud richiamerà nuovamente la tesi esposta in *Totem e tabù*: animato dalla precisa finalità di mostrarne la diretta ascendenza all'interno del comportamento collettivo incarnato dalla massa moderna, Freud arriverà a sostenere che quest'ultima, per la sua stessa struttura filogenetica, altro non sarebbe se non un'entità del tutto analoga all'orda tribale-primitiva già analizzata.⁸⁸ Evidentemente, quello che ancora una volta interessa all'autore è il *fondamento* del legame sociale, ossia la genesi e le trasformazioni del concetto di *sovranità*, affidate – come è palese dal racconto richiamato – all'uccisione violenta del padre ed all'edificazione di un nuovo assetto sociale contraddistinto dalla rinata uguaglianza di tutti i suoi membri.⁸⁹ Il passaggio dallo stato di natura rappresentato dall'orda, a quello successivo contraddistinto da un'organizzazione strutturata in società civile non è mai qualcosa di definitivo e avviene, invero, a seguito di «una esplosione pulsionale, [di] uno sconfinamento disordinato dell'Es». La successione antropologico-giuridica che genera la società egualitaria è null'altro che il prodotto sociale di una reazione in sé *violenta*, intrinsecamente scardinante, e sovvertente *ex abrupto* l'equilibrio memorabile della società “primitiva”. Di più, in *Totem e tabù*, lungi dal verificarsi una separazione dicotomica tra la violenza monoteistica paterna e quella scaturita dalla liberazione pluralistica dei figli, si assiste al mescolamento inestricabile della prima alla seconda «con effetti di repentino

⁸⁷ In questo senso, P. RICEUR, *Della interpretazione. Saggio su Freud*, il Saggiatore, Milano, 2002, p. 226: «all'origine dell'umanità Freud situa un reale complesso di Edipo, un parricidio originario, di cui tutta la storia successiva porterebbe la cicatrice».

⁸⁸ S. FREUD, *Psicologia delle masse ed analisi dell'Io*, in ID., *Opere 1917-1923*, IX, Boringhieri, Torino, pp. 310-1: «[l]a psicologia di questa massa [...] corrisponde ad uno stato di regressione in tutto analoga a quella che siamo propensi ad attribuire all'orda primordiale. La massa ci appare quindi come una reviviscenza dell'orda primordiale. Come in ogni singolo è conservato virtualmente l'uomo primigenio, così a partire da un raggruppamento umano qualsivoglia può ricostituirsi l'orda primordiale; nella misura in cui la formazione collettiva domina abitualmente gli uomini, in essa riconosciamo la continuazione dell'orda primordiale».

⁸⁹ Un'uguaglianza, come lo stesso Freud ammette, «democratica»: cfr. S. FREUD, *Totem e tabù*, cit., p. 152.



e continuo ritorno all'evento originario e alla sua scena di morte».⁹⁰ Per Freud la normalità dell'*infra legem* e l'eccezionalità dell'*extra ordinem* agiscono co-implicandosi e sovrapponendosi reciprocamente.

Se questo è vero, l'*origine* freudiana dell'ordine costituito alberga allora inevitabilmente nell'*illicito*.⁹¹ Esso è il meccanismo arcaico di ogni evoluzione giuridico-politica successiva, «il dispositivo di funzionamento più intimo della civiltà stessa», che quale effetto violento di concretizzazione del 'politico' puro mette in scena «la principale modalità, il registro più significativo, secondo cui l'individuo appartiene alla società».⁹² In questa visione ineluttabilmente «tragica»⁹³ della comunità politica, Freud preconizza l'esistenza della Legge quale sostrato di una contesa dialettica in cui la morte del 'Padre' è soltanto il prodromo per lo sprigionarsi pulsionale di una conflittualità perenne e non arginabile.⁹⁴ Il 'poli-

⁹⁰ Per tutte queste notazioni, cfr. R. ESPOSITO, *Postfazione*, in G. BATAILLE, *La sovranità*, SE, Milano, 2009, p. 215.

⁹¹ Cfr. la densa analisi di P.L. ASSOUN, *Freud e le scienze sociali. Psicoanalisi e teoria della cultura*, Borla, Roma, 1999, p. 106 e ss.: «[l]a *Kultur* è "cominciata" con questo atto di violenza diretto contro la "persona" del padre» (*ibid.*, p. 108).

⁹² F. LIJOI, F.S. TRINCIA, *L'anima e lo Stato*, cit., pp. 100-4. Questa importante notazione è suscettibile, peraltro, di un'immediata declinazione politica. Essa implicherebbe infatti una perfetta trasposizione del passaggio da un ordinamento *despotico-autoritario*, ad uno successivo informato dai principi della *democrazia*. Ma, come opportunamente fanno notare gli Autori (*ibid.*, p. 106), il pensatore austriaco non considera teleologicamente necessaria la successione dall'una, all'altra. Al contrario, per Freud ogni *auctoritas* politica è, in sé stessa, assolutamente precaria, sicché «[c]iò che in una comunità umana si fa sentire come anelito di libertà, può essere ribellione contro qualche ingiustizia che viene perpetrata e può dunque risultare propizio a un'ulteriore evoluzione civile, rimanendo compatibile con la civiltà. Può però anche scaturire dal residuo della personalità arcaica, non ancora domata dalla civiltà, e diviene così il fondamento dell'inimicizia verso la civiltà. Il desiderio di libertà si volge dunque o contro particolari forme o pretese della civiltà, o contro la civiltà in quanto tale», in S. FREUD, *Il disagio della civiltà*, in ID., *Opere 1924-1929*, x, Bollati Boringhieri, Torino, 1978, p. 586. L'esistenza sociale e politica dell'uomo è quindi pur sempre divisa tra la *fuga* dal Padre e il *ritorno* all'effigie tirannica del medesimo.

⁹³ P. RICŒUR, *Della interpretazione*, cit., p. 229: «attraverso questo nuovo mito tragico, Freud interpreta la storia tutta come erede del delitto».

⁹⁴ Si vedano le importanti notazioni di S. ROUDINESCO, *Freud et le régicide: éléments d'une réflexion*, in *Revue germanique internationale*, 14, 2000, p. 120: «[d]ans *Totem et tabou*, Freud montre ainsi que toute société repose sur le primat d'une dialectique conflictuelle. Pas de société sans conflit, pas de liberté sans conscience de la nécessité d'une relation conflictuelle avec autrui. Le meurtre du père n'est pensable que s'il est



tico' stesso diviene, per Freud, l'incarnazione autentica di questo gesto *arcaico*, ossia di quell'identità ancestrale e non suscettibile di pacifica allocazione che si esprime nei termini di un moto *irrazionale, ondivago*, ed *incontenibile* rispetto a qualunque ordine costituito. Un istinto (qui il lascito più pessimistico) che è radicato da sempre al fondo della configurazione pulsionale dell'umano e che è sollecitato a sprigionarsi dalla presenza stessa del divieto e della Legge.⁹⁵

Ritornando infatti all'esperienza storico-mitica narrata in *Totem e tabù*, Freud concepisce la vita democratica della comunità solamente come reazione al crimine primigenio, che come si è detto costituisce l'inizio stesso della Legge nelle forme del Tabù. Questa origine (nascosta e in un certo senso 'creatrice' della stessa civiltà) affonda nella realtà culturale della legge, nella sua ambivalenza di 'increspatura' che giace sulle profondità dell'abisso irrazionale dominato dagli istinti-pulsioni.⁹⁶ Edificando questa sorta di 'mito scientifico', Freud riannoda 'singolare' e 'collettivo' mostrando come l'inconscio non sia un semplice 'affare privato', ma la struttura politico-sociale dell'umanità.⁹⁷ Ne deriva che la civiltà altro non sarebbe se non una 'costrizione' organizzata dagli uomini per contenere l'imperio della propria pulsione; un patto di non-aggressione reciproca che distoglie dal crimine fondante, e che nell'edificazione del 'padre simbolico' (quindi: *nel Nome del Padre*) risolve apparentemente l'enigma dell'origine.⁹⁸ Una costrizione, sia lecito ancora aggiungere, che per questa medesima ragione produce un effetto di carattere uguale e *contrario*.

sui de la reconnaissance de l'acte et donc d'une réconciliation des fils entre eux et avec l'image du père. En d'autres termes, avec cette théorie, Freud se montre partisan de l'avènement des sociétés de droit, c'est-à-dire de sociétés reposant sur l'abolition du crime. À condition toutefois que cette abolition soit fondée sur l'intériorisation symbolique de la nécessité du meurtre et de sa sanction».

⁹⁵ Come si può leggere chiaramente: «fondamento del tabù è un'azione proibita verso la quale esiste nell'inconscio una forte inclinazione», in S. FREUD, *Totem e tabù*, cit., p. 138.

⁹⁶ Ed è precisamente questa costituzione affettiva e duplice della Legge, secondo Ricœur, ad illuminare in modo sorprendente la psicologia della tentazione: «il tabù ci pone in un punto in cui il proibito attira in quanto proibito, in cui la legge eccita la concupiscenza» (P. RICŒUR, *Della interpretazione*, cit., p. 224).

⁹⁷ In tal senso, F. CHAUMON, *Jacques Lacan. La legge, il soggetto e il godimento*, Edizioni ETS, Pisa, 2014, p. 21.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 91.

Sarà proprio rispetto a questo punto che Jacques Lacan farà notare la specificità (e l'estensività) del messaggio freudiano: l'esperienza 'mitica' raccontata in *Totem e tabù* narra dell'essenza stessa dell'Uomo, ossia del suo rapporto stringente e conflittuale con la Legge. Essa, nelle forme del Super-io ma anche dello scivolamento nella trasgressione (Edipo, nuovamente, ne diviene la figura emblematica), si fa subito Colpa, Crimine, Parricidio.⁹⁹ Nondimeno, la morte del Padre diviene, per Lacan, l'occasione per la nascita di una «fraternità eterna», da non intendersi come il raggiungimento irenico ed ingenuo di uno *status* di pace perpetua, bensì come la *traccia* a posteriori, viva ed incancellabile, di una «criminalità fondatrice».¹⁰⁰ La sovranità inaugurata dal gesto patricida dei fratelli è il *locus* per la perenne riproposizione di una violenza istituyente, ossia di un crimine primitivo ed ancestrale di cui il *totem* ed il *tabù* rimangono, ancora, l'orma ed il ricordo mitico. La posizione di 'eccezione', il luogo *extra-legem* lasciato vuoto dal Padre continuerà, indefinitamente, ad essere

⁹⁹ Cfr. J. LACAN, *Introduzione teorica alle funzioni della psicoanalisi in criminologia*, in *Scritti*, 1, Rizzoli, Milano, 2007, p. 124: «[s]i può comprendere come, una volta ricevuto in psicologia un simile apporto dal sociale, il medico Freud abbia tentato una sorta di ritorsione, e che con *Totem e Tabù* nel 1912 abbia voluto dimostrare nel crimine primordiale l'origine della Legge universale. Quale che sia la critica di metodo cui questo lavoro va soggetto, l'importante era che riconoscesse che con la Legge e il Crimine cominciava l'uomo». Una critica in tal senso sarà espressa, peraltro, da Jacques Derrida, che poco dopo aver citato questo passaggio lacaniano rileverà come l'intuizione freudiana circa la genesi del Super-io appaia, in realtà, paradossale e circolare: affinché infatti nasca il rimorso nei figli uccisori e divoratori del padre, è necessario che la cd. "legge morale" sussista *già* all'interno del loro orizzonte psichico. Altrimenti – ed è questa l'aporia della ricostruzione di Freud – non si giustificerebbero né la cattiva coscienza, né l'espiazione successiva (cfr. J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano*, 1, Jaca Book, Milano, 2009, pp. 307-8). Parimenti scettico in questa stessa direzione, P. RICCEUR, *Della interpretazione*, cit., p. 228: «[...] purtroppo la verità è che il primo parricidio non è che un evento costruito con brandelli etnologici, sotto l'egida dell'immagine fantastica decifrata dall'analisi. Preso in quanto documento scientifico, "*Totem e tabù*" è solo un ampio circolo vizioso». Di qui la conclusione secondo la quale, anziché ostinarsi a misurare il racconto freudiano come scienza, ben sarebbe, al contrario, osservarlo in quanto «*mito*».

¹⁰⁰ Per un'analisi di questo passo, si rimanda ancora a J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano*, cit., p. 144-5. Più avanti, a riprova della centralità del discorso freudiano nei confronti della moderna teoria della sovranità, Derrida ne concluderà domandandosi radicalmente «[i]l padre, la Legge, l'Animale [...] il sovrano e la bestia, non bisognerebbe in fondo riconoscerli la stessa cosa? O piuttosto figure indissociabili della stessa Cosa?» (p.167).

l'oggetto di una contesa sfrenata da parte dei restanti fratelli, esattamente come il *leader* politico di una massa è l'oggetto di una conquista libidica e personalistica che fa della figura del 'Capo dell'orda' il suo più eclatante progenitore.¹⁰¹

È solo in questi termini, allora, che ogni comunità politica testimonia della precisa matrice ontogenetica delineata dal passaggio orda-società; un passaggio che, in breve, si fa traccia, introiezione pulsionale e coazione ripetitiva di un'esperienza della memoria collettiva rimossa ma arcaicamente sempre presente. Un'esperienza, si può ancora aggiungere, che costituisce l'orizzonte pulsionale financo della più moderna democrazia e non soltanto. Come ripeterà Freud stesso in una delle sue ultime opere – *L'uomo Mosè e la religione monoteistica* (1934) – questo meccanismo sta financo alla base dell'edificazione del monoteismo quale lascito postumo del 'parricidio' del profeta Mosè.¹⁰² Questi, ucciso secondo il modello dell'orda primigenia dal popolo d'Israele, ritorna divinamente nelle forme del dio-Padre.¹⁰³ Ma come René Girard potrà facilmente chiosare:

[s]e si eliminano tutti i significati che da una parte appartengono soltanto a *Totem e tabù*, e tutti quelli che dall'altra appartengono soltanto a *Mosè e il monoteismo*, vale a dire qui la famiglia e lì il popolo, la nazione, come pure la religione ebraica, si vede spuntare il solo comune denominatore possibile delle due opere: la metamorfosi della violenza reciproca in violenza fondatrice grazie a un'uccisione.¹⁰⁴

La violenza fondatrice è, così, la 'molla strutturante' dell'universale freudiano, l'infinito della *mimesis* violenta nella sua riproposizione estensiva e generalizzata. In questo senso, la morte del Padre assume le fattez-

¹⁰¹ F. LIJOI, F.S. TRINCIA, *L'anima e lo Stato*, cit., pp. 111.

¹⁰² Come efficacemente scrive E. ZAKIN, *The Image of the People: Freud and Schmitt's Political Anti-Progressivism*, in *Telos*, 157, 2011, p. 85: «[w]hile Schmitt proposes that all political concepts are secularized theological concepts, Freud's work suggests that all theological concepts are spiritualized tribal concepts».

¹⁰³ S. FREUD, *L'uomo Mosè e la religione monoteistica*, in ID., *Opere 1930-1938*, XI, Bollati Boringhieri, Torino, 1979, p. 448 e ss.

¹⁰⁴ R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980, p. 299.

ze estreme del 'conturbante', ossia precisamente di un «qualcosa di rimosso che ritorna»: quest'ultimo non costituisce semplicemente l'emergenza inedita del 'nuovo', ma la riproposizione *spettrale* del primitivo, ossia di «un che di familiare alla vita psichica fin dai tempi antichissimi», obliato per il terrore del suo ricordo, in grado appunto di spiegare il meccanismo linguistico che innesca nell'«*Heimliche*» (il familiare) la necessità «di trapassare nel suo contrario, l'*Unheimliche*» (l'Inquietante).¹⁰⁵

In questo senso, per Freud, l'uccisione del Padre è un *trauma*: essa è l'emergere del 'politico puro' nella sua abissalità e nella sua apertura, divenendo parallelamente qualcosa che ne determina la simultanea chiusura, poiché ne fa l'oggetto di una fissazione ineluttabilmente iscritta nella ripetizione della medesima deviazione latente. Il piano della psicologia delle masse è allora il piano di insorgenza della civiltà sia nei suoi attributi politico-giuridici (le istituzioni), sia in quelli religiosi (la genesi del monoteismo quale intensificazione dell'atto omicida del Padre, infinitamente ripetuto ed infinitamente sofferto attraverso tabù, sensi di colpa ed accresciute dedizioni verso l'Uno). Eppure questa stessa civiltà è, per Freud, niente di più che un'esperienza deformata e sublimata di un evento coatto che archetipicamente è rimasto incapsulato nella psiche collettiva, e che quindi ancora governa ('spettralmente'¹⁰⁶) il cuore della vita politica. Essa è, in un certo senso, «malinconia» pura, attesa della Legge e, allo stesso tempo, tormento acre del primo trauma.¹⁰⁷ Per questo,

¹⁰⁵ S. FREUD, *Il perturbante*, in ID., *Opere*, cit., IX, p. 102. Sul 'perturbante' come riproposizione in Freud del sempre uguale, dell'eterno-ritorno della morte e del nichilismo, cfr. I. WOHLFARTH, *Nihilismo contra nihilismo*, in M. PONZI, B. WITTE (a cura di), *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, Nino Aragno, Torino, 2006, p. 53. Per una rapida notazione sul concetto di "Inquietante", cfr. anche G. AGAMBEN, *Stanze. La parola e il fantasma nella cultura occidentale*, Einaudi, Torino, 2006, p. 172.

¹⁰⁶ Cfr. D. NAPOLI, *Il fantasma del padre e la sua legge. Il Mosè di Freud da Certeau a Derrida*, in *Aut-Aut*, 372, 2006, pp. 157-73: «la storicità si riproduce come una specie di favola testamentaria inesauribile. Interminabile perché la perdita che è alla sua origine – e di cui in qualche modo si propone di fare il testamento (che è il lascito e dunque l'avvenire) – ritorna sempre come un fantasma» (*ibid.*, p. 161).

¹⁰⁷ P. GOODRICH, *The Judge's Two Bodies: The Case of Daniel Paul Schreber*, in *Law and Critique*, 26 (2), 2015, p. 122: «[l]aw, for Freud, is the space of lack, the place of the absent father, a site of melancholy, of loss that is not let go but rather retained in the displaced form of totems and taboos, the boundary marks of the limit of reason».

come già detto, è il *destino della rimozione* a spiegare la genesi del fondamento: i figli del padre soppressero il capo dell'orda, ma alla fine ne assomigliarono il principio di potere fondando, a sua immagine, il gioco mortifero del 'politico'.¹⁰⁸

È nel commentare questi rilievi che, secondo Jan Assmann, il gesto freudiano consistente nel rappresentare la morte del padre quale evento immemorabile ed oscillante tra singolarità e ripetizione restituisce, in effetti, la genesi di un'essenziale '*figura della memoria*' culturale e collettiva. L'istante del parricidio, come si è visto, è l'atto fondativo della civiltà, un gesto il cui ricordo si ammanta delle forme dell'arcaico e dell'inaccessibile per riprodursi, nelle sue pulsioni più 'cogenti', attraverso la riconfigurazione narrativa e memoriale di un senso di colpa condiviso.¹⁰⁹ Questo evento archetipico (di cui la supposta uccisione di Mosè sarebbe, appunto, l'ennesima ripresentazione) incrocia unicità e ripetizione, analisi razionale e trasmissione inconscia, ciò in quanto

¹⁰⁸ Il tono *fatalista* freudiano sarà assai evidente in un'altra opera particolarmente nota: il carteggio intrattenuto con Albert Einstein circa l'origine e la giustificazione della guerra, il cui primo titolo avrebbe dovuto essere – emblematicamente – *Recht und Gewalt* (*Diritto e Violenza*). Secondo il pensatore austriaco la 'pulsione di potere' (o di 'crudeltà') sono elementi a tal punto inestirpabili e coessenziali alla natura umana che precedono addirittura la 'pulsione di piacere'. Essi non saranno mai aboliti. Ciò determina un legame indissociabile tra queste entità e la violenza dello Stato, ossia tra il 'diritto' ed il 'potere'. Il passaggio dalla *violenza* al *diritto* è dato proprio dalla messa in comune di un vivere collettivo che si fonda sulla conservazione del proprio gruppo e sull'ostilità verso il nemico (esterno o interno). Espellere l'inclinazione pulsionale che anima la stessa società è, allora, l'illusione suprema, testimoniata pure a livello sovranazionale dal fallimento della *Società delle Nazioni*, la quale agli occhi di Freud esemplifica precisamente il rifiuto da parte degli Stati nazionali alla rinuncia di quella forma di sovranità belligerante inerente *ab origine* al loro stesso esistere. Cfr. S. FREUD, *Perché la guerra?* (*Carteggio con Einstein*), in ID., *Opere 1930-1938*, XI, Bollati Boringhieri, Torino, 1979, p. 296. Sul punto, cfr. anche il commento che forniscono J. DERRIDA, *Stato d'animo della psicanalisi. L'impossibile aldilà di una sovrana crudeltà*, Edizioni ETS, Pisa, 2013, p. 34 e N. IRTI, *Violenza 'conforme alla legge' (da un carteggio fra Einstein e Freud)*, in *Historia et ius*, 4, 2014, pp. 1-9. Per una recente analisi, cfr. anche P. WEIBEL, *Teorie della violenza. Benjamin, Freud, Schmitt, Derrida, Adorno*, in M. PONZI, B. WITTE (a cura di), *Teologia e politica*, cit., pp. 379-96.

¹⁰⁹ Cfr. J. ASSMANN, *Mosè l'egizio. Decifrazione di una traccia di memoria*, Adelphi, Milano, 2000, p. 221 e ss. Cfr. sul punto anche P. RICCEUR, *Il conflitto delle interpretazioni*, Jaca Book, Milano, 1995, p. 149.

[i]l tipo di storia che Freud qui scrive è psicostoria. Il padre deificato è una figura del ricordo, non della storia. È soltanto in virtù del fatto che è stato ucciso che il padre “tornò nel ricordo degli uomini elevato a divinità”. Secondo Freud questo è l'atto fondativo della civiltà. La micidiale rivalità all'interno dell'orda primitiva ebbe fine. Uccidere fu considerato peccato, perché richiamava alla memoria il peccato primordiale che era diventato l'atto fondativo della civiltà.¹¹⁰

Il monoteismo di Mosè, da questo punto di vista, non aggiungeva nulla di nuovo: in bilico tra l'essere esperienza storica e trauma psichico, Mosè appariva come il semplice 'ritorno' dell'amato Padre. Ma proprio in quanto figura del ricordo, proprio in quanto emblema che consente di riannodare l'arcaico al contemporaneo, il fenomeno del monoteismo attinge pur sempre a questa 'cripta segreta' della memoria, a questa piega violenta del rimosso sempre in procinto di riaffiorare, e che scompagina *ab origine* ogni pretesa di linearità storica. Puntando il dito contro l'eredità arcaica del fenomeno nevrotico, il quale accomunerebbe tanto il selvaggio inibito dai tabù quanto il fedele devoto al monoteismo, Freud considera «[l]'uccisione di Mosè [...] una ripetizione ancora più potente, che faceva rivivere ricordi ancora più profondamente sepolti o incriptati».¹¹¹ L'esperienza, per diventare duratura, doveva veramente tramutarsi in accumulo furente di colpa e angoscia.¹¹²

Insomma, il mistero del sacro, la questione dell'origine della legge e il problema della fisionomia del politico si trasformano così, sotto la lente inflessibile e rivoluzionaria della psicanalisi, in null'altro che ossessive ri-

¹¹⁰ J. ASSMANN, *Mosè l'egizio*, cit., p. 242.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 243.

¹¹² Ben altra questione – anche se, come si vede, evidentemente collegata – concerne la peculiare interpretazione che del *Mosè* di Freud ha potuto fornire Jacob Taubes. Secondo Taubes, il vero riferimento 'autobiografico' di Freud non sarebbe il noto personaggio biblico, ma, al contrario, Paolo. Come Paolo, anche Freud considera infatti la questione della legge e del peccato originale come manifestazioni che travalicano qualunque forme di volontà consapevole o razionale, per raggiungere viceversa quelle che sono le profondità dell'esistenza spirituale dell'umano. Cfr. infatti J. TAUBES, *La teologia politica di San Paolo*, Adelphi, Milano, 1997, p. 165: «mi impegnerò a sostenere la tesi che Freud, affrontando l'esperienza fondamentale della colpa, è un diretto discendente di Paolo».

presentazioni di un disagio violento e *latente*. Per questo, proprio attraverso questa scaturigine *psicoanalitica* del ‘politico’ ed attraverso le forme perturbanti della *memoria* e del *ricordo*, risulterà possibile una comprensione maggiore del pensiero di Hans Kelsen, il quale, come si vedrà, farà del proprio normativismo (e della propria razionalità neo-kantiana) le forme di una negazione – o per meglio dire, di una ‘rimozione’ teoretica – di quella stessa violenza ‘conturbante’ che alberga, da sempre, nella genesi del giuridico.

8. *Psicopatologia del ‘politico’*

Prima di procedere nell’analisi dettagliata del rapporto Kelsen-Freud, sia consentito ancora aggiungere un ultimo *excursus* sul radicale ripensamento che la tecnica ermeneutica propria della psicoanalisi impone di operare nello studio del concetto di ‘politico’.

Come si è visto, si può in effetti pensare che il racconto freudiano manchi di una basilare (quanto inoppugnabile) ‘verità storica’.¹¹³ Evidentemente, esso va accolto piuttosto come ‘rappresentazione perspicua’, ossia come ‘genesì simbolica’ dell’ordine politico-giuridico.¹¹⁴ Eppure, il senso dell’operazione compiuta da Freud è decifrare e riportare alla luce precisamente le autorità ataviche che sono iscritte *ab origine* nelle profondità dell’inconscio umano, decifrare genealogicamente quella *fons et origo* della Cultura che, sprigionandosi socialmente nel contesto psicopa-

¹¹³ Cfr. la contestazione che, in questo senso, viene fatta da R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., p. 267: «[L]a critica contemporanea è pressoché unanime sul conto delle tesi sviluppate in *Totem e tabù*: esse sono inaccettabili. Freud si concede in anticipo tutto ciò di cui il libro ha per scopo di rendere conto. L’orda primitiva di Darwin è una caricatura della famiglia. Il monopolio sessuale del maschio dominatore già coincide con le future proibizioni dell’incesto».

¹¹⁴ Come scrive P.L. ASSOUN, *Freud e le scienze sociali*, cit., p. 146, quella del Padre è l’«immagine vivente della Sovranità», il «paradigma» del fatto socializzatore primitivo: nel suo essere dimensione simbolica e innesco originario del crimine fondatore, esso determina in modo permanente la configurazione psichica della dinamica sociale: «alla maniera di un “big bang”, è l’avvenimento che ha condensato la “fisica” delle società umane. Come “morto”, il padre è, per proseguire la nostra metafora, il “buco nero” che continua a polarizzare le trasformazioni delle “masse”, dall’origine alla modernità» (*ibid.*, p.147).

tologico comune, determina ancora la linea del vivere collettivo. Ritrovare l'orda primitiva all'interno della società nevrotica d'oggi, scandagliare il 'disagio sociale' che da ciò scaturisce, rimangono le priorità assolute dello sguardo clinico freudiano; in ciò, meta-storicamente, la figura del Padre *continua* a darsi quale istanza fondamentale, incarnandosi a livello fantasmatico nelle molteplici forme d'autorità politica o religiosa che temporalmente si succedono. La psicologia individuale, si potrebbe dire parafrasando Freud, è sin dal principio anche psicologia 'sociale'.

Questa intuizione, appartenente come si è accennato al pensiero maggiormente 'politico' di Freud, fu in seguito continuata ed approfondita da uno dei suoi più fedeli allievi: Paul Federn. In un testo seminariale del 1919, Federn fa diretta applicazione delle teorie del maestro per inquadrare gli sconvolgimenti sociali che riguardarono l'Europa centrale ed orientale a seguito della rivoluzione d'Ottobre del 1917.¹¹⁵ Secondo l'Autore, l'ondata anarchica che andava avvolgendo i mutamenti politico-costituzionali delle più antiche monarchie europee era da rintracciarsi, psicoanaliticamente, nel 'crollo' dell'autorità paterna rappresentata dalla figura del sovrano, e, quindi, nella sua rivoluzionaria sostituzione ad opera di una società di 'fratelli' così come rappresentata nel modello dei Consigli di operai e soldati (*Soviet*) russi.

In questa improvvisa insorgenza del modello egalaritario, di contro all'antica struttura gerarchico-piramidale tipica della monarchia continentale, Federn ravvisa la riemersione di una matrice arcaica:

è davvero degno di nota che i vari tentativi rivoluzionari di spezzare ogni gerarchia tramite la libera associazione dei fratelli [...] non siano altro che una ripetizione di processi svoltisi in tempi preistorici. Così come è degno di nota che questi processi preistorici abbiano indicato la direzione per lo sviluppo dell'intera cultura umana.¹¹⁶

¹¹⁵ P. FEDERN, *La società senza padre*, Paparo, Napoli, 2013. Di fondamentale interesse per la comprensione dell'universo storico-intellettuale contemporaneo all'Autore è l'introduzione al saggio curata da L. Brusa (pp. 7-45). Per una prima bibliografia su Federn, si veda almeno E. WEISS, *Paul Federn*, in F. ALEXANDER, S. EISENSTEIN, M. GROTJAHN (a cura di), *Psychoanalytic Pioneers*, Transaction Publishers, Edison (NJ), 1995, pp. 142-59.

¹¹⁶ P. FEDERN, *La società senza padre*, cit., p. 60.

La disaffezione nei confronti dell'antica figura paterna, alimentata da pratiche di governo fallimentari, militarmente ed economicamente votate all'insuccesso, si esprime allora nella 'rivoluzione' come moderna forma del parricidio e nella destituzione del monarca quale eclatante epifenomeno delle «antiche rivolte contro il padre».¹¹⁷ In chiave genealogica, i Consigli sarebbero allora la realizzazione pratica di un'istituzione di tipo 'fraterno' incardinata attorno ai principi di uguaglianza e di parità, sostitutiva e de-stitutiva dell'antico diritto dei padri. In questo senso, e a fronte del principale interesse politico di quegli anni (vale a dire la questione della *governabilità* dell'Europa e l'uscita progressiva dalle fasi di conflitto politico) la proposta di Federn è radicale ed eclatante: accettare la 'nuova' società dei fratelli costituzionalizzando i Soviet e rifondando l'intera struttura normativa della società non più sul diritto paterno, ma su quello 'materno', unica via d'uscita possibile rispetto al crollo progressivo del principio di autorità del Capo.

Del tutto singolarmente, nella storiografia politica più recente esiste un'altra, preziosa testimonianza sulle forme di accesa ritualità archetipica che accompagnano l'agire politico-insurrezionale delle masse in rivolta. Ritualità queste che, come nell'esempio portato da Federn, si coniugano vieppiù con quella disillusione 'adolescenziale' che porta i figli (il popolo) a riconoscere la mediocrità dei propri padri (il sovrano). Come ricostruisce lo storico Peter Shaw in un'opera di vera e propria archeologia storico-psicanalitica, a partire dai disordini che si ebbero nella città di Boston a partire dal 1765 e che presto iniziarono a diffondersi nelle altre colonie, si manifestarono forme di *festival* e di celebrazioni rituali che divennero, presto, elementi simbolici necessari alla riuscita stessa dell'indipendenza.¹¹⁸ Basandosi sulle intuizioni dell'antropologo

¹¹⁷ *Ibid.*, p. 63. Cfr. sul punto anche E. BALIBAR, *Freud e Kelsen. L'invenzione del Super-io*, cit., pp. 63-4.

¹¹⁸ P. SHAW, *American patriots and the rituals of revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 1981. Ma più di recente si veda anche J. FRANK, *Constituent Moments. Enacting the People in Postrevolutionary America*, Duke University Press, Durham, 2010, pp. 98-9, secondo il quale l'opposizione politica del popolo americano alla Corona inglese, così come espressa icasticamente a partire dal 1776, aveva trovato 'inconscia' espressione proprio in questi esuberanti "*rituals of revolution*" di cui Shaw dà atto, i quali rappresenterebbero in concreto l'istanza *implicita* e *repressa* di una 'voce' collettiva del popolo americano, non ancora cristallizzata negli atti formali di approvazione

Victor Turner¹¹⁹, per Shaw la Rivoluzione americana sarebbe in sé un enorme *rite de passage* in cui le effigi abbattute durante i disordini sociali non rappresenterebbero, solo, l'acredine violenta maturata verso determinati soggetti (esattori delle imposte, rappresentanti politici della madrepatria, ministri del governo), ma incarnerebbero piuttosto il legame inscindibile e conflittuale con la figura del Padre, depresso dai *figli* nell'atto stesso del raggiungimento della 'maggior età' politica. In questo senso, la scelta delle 'vittime' fu del tutto casuale, poiché era il rituale in sé, gravido della simbolicità politica che vi era immesso, a rappresentare l'inconscia pulsione al raggiungimento del parricidio:

[t]he rituals of the American Revolution [...] were enacted both by crowds and in the minds and hearts of the patriots. The rituals were what might be termed prospective or prophetic rites of transitions. That is, they predicted, anticipated, and even encouraged revolution-were "rehearsals" of revolution-without being the thing itself. Carrying with them all the ambiguities attendant on the process of dawning revolutionary consciousness, the rituals celebrated a passage from one state of being to another: from the reign of a king to that of the American people.¹²⁰

Insomma, è l'introduzione dell'arcaico-mitico nel cuore stesso della tradizione politica, così come nelle sue celebrazioni e nelle sue liturgie folkloristiche, a determinare la fisionomia dell'agire collettivo. Ancora una volta, è dunque la *soglia* liminale che collega l'arcaico al contemporaneo ad essere l'oggetto di un discrimine tanto labile quanto inafferrabile, un discrimine che testimonierebbe continuamente come nelle forme evolute del 'politico' alberghino forze razionalmente sconosciute di remota matrice originaria.

È forse in questo senso, allora, che si può comprendere perché lo storico del diritto e psicanalista francese Pierre Legendre parli di una *fun-*

della Costituzione, ma collettivamente e miticamente radicata nella sua stessa esistenza politico-culturale.

¹¹⁹ V. TURNER, *The Ritual Process. Structure and Anti-Structure*, Cornell University Press, Ithaca, 1969.

¹²⁰ P. SHAW, *American patriots and the rituals of revolution*, cit., p. 231.

zione istituyente del *mito*.¹²¹ La Legge, per Legendre, è di per sé il luogo del fondamento *finzionale* delle istituzioni: essa si alimenta per bocca di quel dispositivo coesenziale ed ineliminabile al discorso normativo che è la nozione di ‘mito’, di ‘immagine fondatrice’, di ‘monumento’, ossia di quella vera e propria saga di racconti che funge da *origine* fittizia della legittimità assoluta, che collabora alla edificazione di un ‘lontano’, di un luogo riflessivo necessario alla costituzione di un’identità. Il mito, può anche dirsi, è lo specchio riflettente delle conquiste dell’autorità sovrana nella sua costante riproposizione storica. In ciò, esso agisce quale meccanismo antropologico universale, quale ‘memoria narrativa’, quindi come *struttura* che lega l’umano alla propria cultura ed alla propria comunità. Del tutto similmente, anche il filosofo francese Jean-Luc Nancy ha potuto rilevare come il mito sia «l’autofigurazione trascendentale della natura e dell’umanità».¹²²

In che modo intendere, allora, il racconto freudiano sul *totem*? In che modo congiungerlo con il discorso sulla Legge? Per Legendre, esso rappresenta l’estetica di una scena fondatrice, un emblema, un modello culturale di natura puramente finzionale, eppure a tutti gli effetti cogente. Come dimostra la triste vicenda del caporale canadese Lortie, che tentò un disperato quanto improbabile ‘assassinio’ della nazione, la figura del padre è l’immagine ossessiva del potere. Nel desiderio di neutralizzare il governo del Québec attendando ai suoi organi costituzionali, Lortie scorge in esso l’effigie paterna e proprio per questa ragione, proprio per il fortissimo complesso edipico che lo attanagliava, trova la spinta e l’audacia per agire.¹²³ Il *totem* è allora la rappresentazione *fantasmatica* di uno scenario mitologico il cui compito è, istituzionalmente, quello di ‘di-

¹²¹ Sulla funzione del *mito* in Legendre, si veda L. AVITABILE, *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Giappichelli, Torino, 2004, pp. 108-17; P. HERITIER, *Estetica giuridica – Primi elementi: dalla globalizzazione alla secolarizzazione*, I, Giappichelli, Torino, 2012, p. 57 e ss.; ID., *Estetica giuridica – A partire da Legendre. Il fondamento finzionale del diritto positivo*, II, Giappichelli, Torino, 2012, *passim*; ID., *Legendre e la funzione istituyente del mito*, in G. LEGHISSA, E. MANERA (a cura di), *Filosofie del mito nel Novecento*, cit., pp. 249-57.

¹²² J.-L. NANCY, *La comunità inoperosa*, Cronopio, Napoli, 2002, p. 117.

¹²³ P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père*, Fayard, Paris, 1989. Cfr. anche P. GOODRICH, *Introduction: Psychoanalysis and Law*, in P. LEGENDRE, *Law and the Unconscious*, cit., p. 1 e ss.

struggere' e 'ri-fondare' il 'fondamento' del normativo. Il *totem* freudiano, proprio come esemplarmente mostrato da Shaw, è un *oggetto sociale* che si innesta attraverso un rituale arcaico fin nel profondo della struttura vivente del potere, nelle sue meccaniche inconsce di legittimazione e di rinnovazione, nel suo esprimersi e nel suo celebrarsi socialmente. È il fondamento inatingibile e mitico della socialità, la funzione strutturale del padre e dell'autorità a divenire, qui, preciso oggetto di narrazione.¹²⁴ Tutto questo, proseguendo nell'analisi di Legendre, trova ancora oggi la sua attualità attraverso la pratica regolamentativa della Legge. Gli interdetti, il contenimento delle pulsioni, la stessa organizzazione disciplinare della società sono tutti fattori che rispondono al richiamo *echeggiante* del mito:

l'organisation, en chaque culture, d'un discours de légalité [...] mettant en scène une représentation fondamentale, qui commande institutionnellement au gouvernement des pulsions et qui, par voie de conséquence, touche le sujet humain en son point le plus sensible, sa capacité de refoulement.¹²⁵

Il mito diviene dunque un principio di spiegazione e di razionalizzazione ultimo, ma anche un elemento *politico* di comando e di istituzionalizzazione. Il diritto stesso, può dirsi, «si appoggia sul rispetto dei fondamenti antropologici della soggettivazione».¹²⁶ In ciò, legame fondativo, struttura finzionale e narrativa simbolica sembrano congiungersi inscindibilmente all'interno di un unico paradigma di pensiero, che vede proprio nella *sopravvenienza* dell'arcaico e nel dispositivo politico-sociale di edificazione dell'autorità paterna il *ritrovamento* della propria matrice giuridico-istituzionale.

Forse, tuttavia, ancora prima di Legendre è stato Thomas S. Eliot ad aver colto nel modo più efficace l'emblematica letterarietà della c.d. 'macchina mitica'. In una recensione scritta nel 1923 all'*Ulisse* di James Joyce, attraverso una singolare opera di comparazione con l'ampia rac-

¹²⁴ Preziose intuizioni in tal senso giungono ancora dall'introduzione di L. BRUSA, in P. FEDERN, cit., pp. 36-39.

¹²⁵ P. LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie*, cit., p. 161.

¹²⁶ F. CHAUMON, *Jacques Lacan*, cit., p. 13.

colta di materiale antropologico-religioso contenuta ne *Il ramo d'oro* (1915) di James Frazer, Eliot fornisce in realtà una preziosa indicazione di che cosa significhi impiegare criticamente (e narrativamente) il dispositivo letterario del 'mito':

[i]n using the myth, in manipulating a continuous parallel between contemporaneity and antiquity, Mr Joyce is pursuing a method which others must pursue after him. [...] It is simply a way of controlling, of ordering, of giving a shape and a significance to the immense panorama of futility and anarchy which is contemporary history. [...] Psychology (such as it is, and whether our reaction to it be comic or serious), ethnology, and *The Golden Bough* have concurred to make possible what was impossible even a few years ago. Instead of narrative method, we may now use the mythical method. It is, I seriously believe, a step toward making the modern world possible for art.¹²⁷

Il 'metodo mitico', così come delineato da Eliot, è prima di tutto un principio di *frattura*: sotto di sé, esso lascia intravedere le faglie su cui ogni edificazione (religiosa, politica, culturale) poggia le proprie basi. L'antropologia e la psicanalisi «smascherano i contenuti latenti, mostrano gli strati arcaici e irrazionali dietro lo stesso pensiero moderno e "civilizzato"». ¹²⁸ Ma, come già detto, il mito è anche un criterio di *ordine*, di forma; in altri termini, l'abbrivio per una nuova funzione strutturante che superando la frammentarietà sedimentata nella storia, ricostituisce il molteplice intorno ad un principio di identità. Eliot, si è visto, chiama questo processo "arte". Mutando il discorso dal piano letterario a quello politico, il discorso sul fondamento sarà precisamente quel dispositivo giuridico-poetico che permette all'informe di farsi forma, all'arcaico di divenire contingenza normativa. Esso è l'aggancio per determinare il giu-

¹²⁷ T.S. ELIOT, *Ulysses, Order, and Myth*, in ID., *Selected Prose of T.S. Eliot*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 1975, pp. 177-8.

¹²⁸ F. DEI, *Il mito in Frazer e nelle poetiche del modernismo*, in G. LEGHISSA, E. MANERA (a cura di), *Filosofie del mito nel Novecento*, cit., p. 78, cui si rinvia per una precisa analisi della recezione del concetto di 'mito' nella cultura modernista europea, nonché per il commento completo al testo di T.S. Eliot poco sopra riportato.

ridicamente definito a partire dalla proliferazione dell'indefinito; la coerenza del *de jure* come effetto della disseminazione del *de facto*.

Tuttavia, in che senso l'importanza dell'abisso irrazionale delle pulsioni archetipiche, così come ricordate da Eliot, agisca politicamente contribuendo pure ad una comprensione rinnovata del concetto di sovranità, ebbene ciò potrà essere evidente solo riconsiderando il ruolo essenziale che il metodo psicanalitico ha potuto giocare nella moderna dottrina dello Stato: in questo senso, e finalmente, uno dei più attenti (quanto inaspettati) beneficiari sarà proprio, come accennato, il giurista austriaco Hans Kelsen.

9. Il volto della 'Gorgone'

Nel 1911 Hans Kelsen divenne membro effettivo della “*Società Psicoanalitica di Vienna*”, prima cellula ufficiale del pensiero freudiano e fondata appena quattro anni prima.¹²⁹ Ciò chiaramente non deve stupire: la Vienna dei primi anni del Novecento era una città piccola, estremamente raccolta e unita nella sua vita artistico-culturale. Kelsen e Freud – non va nemmeno dimenticato – furono entrambi esponenti di quella fine borghesia di estrazione ebraica che non disdegnava gli incontri salottieri, i seminari di studio e il piacere leggero dei dibattiti intellettuali.

In quello stesso periodo, ed ancor più frequentemente a partire dagli anni seguenti, il giurista viennese dedicherà particolare attenzione ai maggiori scritti ‘politici’ di Sigmund Freud. La sua opera di commento culminerà nella stesura di un rilevante contributo intitolato *Il concetto di Stato e la psicologia sociale* che sarà pubblicato nel 1923 sulla rivista “*Imago*”, vero e proprio organo ufficiale della *Società* freudiana. In parte riproposto ed accresciuto negli anni successivi, esso segnerà il luogo in cui l'algido formalismo normativista si iscriverà proprio all'interno del dibattito suscitato dalla corrente psicanalitica, che in quel periodo rappresentava la tendenza culturale certamente più *à la page* nella vecchia Eu-

¹²⁹ Per tutti i dettagli su questo momento della storia freudiana, cfr. ampiamente S. ROUDINESCO, *Sigmund Freud nel suo tempo e nel nostro*, Einaudi, Torino, 2015.

ropa.¹³⁰ Pur con le dovute distanze, Kelsen sembrò infatti approvare l'ipotesi freudiana sull'origine totemico-tribale dell'ordinamento, tentandone poi una sorprendente declinazione giuridica. Freud stesso, per converso, espresse puntuale e riconoscente interesse – anche se velato da distante circospezione – rispetto ad alcuni rilievi critici avanzati dalle riflessioni kelseniane.¹³¹

Secondo Kelsen, la vera posta in gioco nell'avvicinamento degli studi giuridici a quelli psicoanalitici giace nella comprensione del fondamento ultimo dello Stato, ossia della sua “realtà” extra-normativa. Essa apparirebbe plasticamente esemplificata dall'unione di molteplici atti individuali orientati collettivamente allo sviluppo di una concreta comunità politica.¹³² Nuovamente, in base alla suesposta teoria freudiana, tale ‘vo-

¹³⁰ Il testo principale al quale si farà perspicuo riferimento in questa sede è H. KELSEN, *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, ora in ID., *La democrazia*, il Mulino, Bologna, 1984, pp. 388-437. Per una cronistoria dettagliata dei diversi contributi dedicati dal giurista austriaco agli scritti freudiani, si rimanda a F. LIJOI, F.S. TRINCIA, *L'anima e lo Stato*, cit., pp. 73-4. Un altro curioso dettaglio merita di essere riportato. A seguito della falsa accusa di plagio rivoltagli dal suo ex-allievo Fritz Sander, e dopo la ritrattazione resa dal medesimo con dichiarazione pubblica, Kelsen annoterà nella sua *Autobiografia*: «[c]redo che il desiderio di Sander di riprendere i buoni rapporti con me fosse sincero. Il suo carattere era estremamente contraddittorio e aveva con me un rapporto di amore e odio ovvero, per usare un'espressione psicoanalitica, un complesso di Edipo. [...] La sua accusa di plagio era un vero e proprio tentativo di uccidere il padre e sono convinto che in seguito egli stesso si sia fatto dei severi rimproveri» (in H. KELSEN, *Scritti autobiografici*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008, pp. 105-6). Per un commento su questo passaggio, cfr. M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., pp. 146-7. Evidente da tutto questo lo stretto contatto che Kelsen ebbe tanto con Freud, quanto con le sue più celebri teorie, al punto tale da arrivare a farne, come visto, il principio di spiegazione per un doloroso e assai rilevante episodio della propria carriera accademica.

¹³¹ Si veda, infatti, la nota apposta da Freud nel 1923 al termine del terzo capitolo (“Altre valutazioni della vita psichica collettiva”) di *Psicologia delle masse e analisi dell'Io*, ora in S. FREUD, *Psicologia delle masse ed analisi dell'Io*, cit., p. 277, in cui, pur ringraziando Kelsen per le «intelligenti» ed «acute» osservazioni critiche, lo psicanalista viennese si affretta tuttavia a rimarcare la bontà dei propri argomenti.

¹³² Cfr. P. LANGFORD, I. BRYAN, J. MCGARRY, *Introduction. Convergence and divergence*, in P. LANGFORD, I. BRYAN, J. MCGARRY, *The Foundation of the Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, Routledge, New York, 2016, p. 7: «Freud, for Kelsen, provides a superior theoretical framework with which to consider the question of the State, as a question of the connection, or, form of identity, between individual actions and a supra-individual whole».

lontà collettiva' riposerebbe essenzialmente sulla teoria della *libido*: per mezzo di essa, la *massa* (di cui lo Stato sarebbe soltanto una marginale complessificazione) realizza un processo di progressiva identificazione biunivoca, culminante infine nel trasferimento pulsionale della propria carica affettiva verso la figura emblematica del 'capo' o del '*leader*'.¹³³ In questo processo di vera e propria 'de-sostanzializzazione' dell'idea di Stato, nessuna massa, a giudizio di Freud, può esistere senza la guida di una figura apicale (sia essa personificata o ideale) e ciò perché – arcaicamente – l'uomo non è soltanto (e banalmente) un animale di branco, ma soprattutto un 'animale di orda', vale a dire un essere singolo incluso da sempre all'interno di un *clan* presieduto da un capo.

Esiste, dunque, qualcosa che *supera* la cogenza delle leggi, qualcosa che eccede la razionalità della norma e che fa appello (pulsionalmente) alla sostanza irrazionale che definisce, alla base, il fenomeno stesso dell'obbedienza. Come del tutto concordemente noterà Kelsen, «i destini dell'orda primitiva hanno lasciato tracce indistruttibili nella storia ereditaria umana». ¹³⁴ Così, se la massa è null'altro che la rinascita di questa 'orda' ancestrale, se la vita psicologica collettiva rispecchia punto per punto l'attività psichica del primitivo, se lo Stato altro non è, in accordo con Freud, che un'anima di massa pulsionalmente arcaica, ciò significa, banalmente, che al cuore stesso di ogni comunità politica giace tuttora l'atto violento di usurpazione del potere, l'*illecito* patricida e cannibalico che da Freud stesso ha considerato come il momento di svolta nella società preistorica. Un atto che, per la sua stessa essenza, non è risolvibile se non nelle forme precarie della sua 'rimozione' inconscia.¹³⁵ Questo ele-

¹³³ Cfr. S. CHIGNOLA, *Kelsen, Weber: on justice and law*, in P. LANGFORD, I. BRYAN, J. MCGARRY, *The Foundation of the Juridico-Political*, cit., p. 229: «Kelsen appreciates Freudian psychoanalysis for rendering redundant the element of externality present as much in the sociological concept of the State as in the power of *meneur des foules*. The psychoanalytic principle of *internal subjugation* overturns the hypostasis of the 'collective soul', and situates 'the masses' as the general problem of the social bond. This, in turn, articulates a process in which the affective bond that first binds individuals together is then supplemented by a problematic 'thirst for obedience', whose regressive features Freud had identified in *Totem und Tabu* (1913), binding them to the leader or the agency that represents their collective unity».

¹³⁴ H. KELSEN, *Il concetto di Stato*, cit., p. 410.

¹³⁵ Come può chiaramente leggersi, la teoria totemica freudiana è da Kelsen ritenuta «insolitamente ingegnosa ed acuta», poiché stabilisce una «spiegazione psicologica dei

mento fondante dell'illecito, questa genealogia rappresentata dall'originaria violazione dell'ordine costituito, sarà invero talmente centrale nell'edificazione della futura teoria normativistica kelseniana da ricevere, in uno dei suoi scritti maggiori, un'esemplare valorizzazione.

Lungi dall'apparire, infatti, come semplice *negazione* della norma, l'illecito «diventa una condizione specifica del diritto», giacché «è anzi soltanto a mezzo suo che il diritto raggiunge la propria essenziale funzione». ¹³⁶ Con questa asserzione, per certi versi marcatamente lontana dal razionalismo neo-kantiano, Kelsen dipinge l'illecito quale «istanza trasformativa dell'ordinamento», ossia quale elemento 'potenziale' del diritto che agisce proteso verso una «possibile messa-in-crisi (critica) dello *status quo*». ¹³⁷ Come infatti si può leggere poco oltre,

[s]e ci si chiede [...] quale sia il fondamento della validità della costituzione, su cui poggiano tutte le classi e gli atti giuridici compiuti sulla base della legge, si giunge forse a una costituzione più antica e così infine a quella storicamente originaria che fu promulgata da un singolo usurpatore o da un'assemblea formata in un modo qualsiasi. Questo è il presupposto fondamentale da cui parte tutta la conoscenza dell'ordinamento giuridico fondato su questa costituzione; è il presupposto per cui deve valere come norma tutto ciò che l'organo costituente, storicamente originario, ha manifestato come propria volontà. ¹³⁸

legami sociali e religiosi, come pure della loro concatenazione, [che] parte dal ricondurli a un'esperienza di base psichica, [ossia] al rapporto dei figli con il padre. L'autorità divina e quella sociale», prosegue Kelsen, «possono essere identiche solo per il fatto che entrambe sono soltanto forme diverse di quello stesso legame psichico che – psicologicamente – deve valere come autorità *tout court*: l'autorità del padre». Questo insegnamento, aggiunge il giurista viennese in nota, rivelerebbe financo «il meccanismo psichico sul quale si basa la forma monarchica di stato, la cui preminenza nella storia politica non sarebbe altrimenti comprensibile» (così in H. KELSEN, *La democrazia*, cit., p. 429). Si noti, su questo punto, la strabiliante coincidenza rispetto a quanto rilevato, pochi anni prima, dall'allievo di Freud, Paul Federn (su cui cfr. *supra* §.8).

¹³⁶ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 67-8. Espongono con particolare chiarezza questo momento del pensiero kelseniano, F. LIJOI, F.S. TRINCIA, *L'anima e lo Stato*, cit., p. 115 e ss.

¹³⁷ F. LIJOI, F.S. TRINCIA, *L'anima e lo Stato*, cit., p. 116.

¹³⁸ H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pp. 97-8.

Detto in altri termini, il vero criterio presupposto di validità dell'ordinamento è l'atto *contra legem* dell'usurpatore singolo o dell'assemblea costituente, ossia l'atto materiale di appropriazione illegittima del potere che vale a costituire la soglia – impercettibile ed allo stesso tempo essenziale – che separa e congiunge il passaggio dal regno del *de facto* a quello del *de jure*. Il messaggio fondamentale che Kelsen recepisce da Freud è, allora, il significato ultimo della teoria edipica, vale a dire la ricerca instancabile della figura del Padre quale istanza *legittimante* la Legge. Tuttavia questa figura – questo ‘emblema’ per dirla *à la* Legendre – contempla ineluttabilmente una spinta libidico-pulsionale alla fondazione criminale e patricida del futuro ordinamento costituito. *L'arcaico*, rappresentato dalla violenta uccisione del Padre e dalla sua liberatoria sostituzione con l'associazione dei fratelli, è il destino “illecito” che perennemente ritorna nella giustificazione politico-fattuale del giuridico.

È per questo, dunque, che in piena analogia con il meccanismo freudiano di celebrazione totemica del padre defunto, le ipostatizzazioni o personificazioni politiche alla cui base si incista la moderna dottrina dello Stato costituiscono, per Kelsen, soltanto una mera «differenza di grado» rispetto alle antiche concezioni primordiali. Il «pensiero orientato in senso primitivo-totemistico», che determina il legame sociale «di una molteplicità di individui in unità», così come espresso «nella sostanza visibile e tangibile dell'animale sacrificale (*Totem*) consumato in comune», è lo specchio nitido dei dispositivi elaborati dalla moderna teoria dello Stato e del diritto, secondo cui «l'ordinamento sociale astratto» ed il suo «sistema di norme giuridiche e coercitive» si reificano «come una cosa o una sostanza, ossia come una persona “reale” formata in modo assolutamente antropomorfo». Ma ciò, rileva ancora Kelsen, avviene solo per mezzo di un puro «espediente mentale», di una finzione assoluta racchiusa in spazi di rappresentazione artefatti. Solo in questo senso è possibile affermare che «la teoria dello stato è primitiva come il sistema totemistico», poiché la sua matrice inconscia e purtuttavia ancora operante giace nelle stesse forme di immaginazione mitica che informano la teoria violenta dell'orda.¹³⁹

¹³⁹ Tutti i riferimenti impiegati nel capoverso sono tratti da H. KELSEN, *La democrazia*, cit., pp. 434-5. Il gesto kelseniano, occorre dire, è però di ambigua collocazione. Pur recependo il messaggio di Freud, Kelsen coglie soltanto quanto di più utile vi può

È forse alla luce di tutto questo, allora, che può cogliersi il significato autentico di quell'immagine, terrificata e spettrale, invocata in un breve momento dalla penna del giurista austriaco, allorquando, nel 1927, egli si interrogherà ancora una volta circa il fondamento meta-giuridico sottostante a ciascun ordine costituito. All'origine della piramide del diritto positivo, come si è visto, non sembra più stare la 'norma fondamentale' nella sua stabile e rassicurante presupposizione trascendentale. O meglio: ciò che si dipana nella sua filigrana apparentemente perfetta è un'istanza alquanto differente, mitica e sovraumana, sublime ed angosciante a un tempo: un *novus actus interveniens* che istituisce l'*origine* nella sua caustica brutalità, iscrivendola e re-iscrivendola nella memoria mitica dell'umano. In questo senso, scrive Kelsen:

[i]l problema del diritto naturale è l'eterno problema di ciò che è *alle spalle* del diritto positivo. E chi cerca una risposta non trova – temo – né la verità assoluta d'una metafisica, né la giustizia assoluta di un diritto naturale: *chi solleva il velo e non chiude gli occhi è abbagliato dalla Gorgone del potere*.¹⁴⁰

In quel conflitto tra 'struttura' filosofica e 'genesi' storica del politico, Kelsen sembra così riconoscere la prevalenza del secondo sul primo. Intravedendo il fondamento "infondato" della nomodinamica, il giurista austriaco fissa lo sguardo sul volto autentico della legge; un volto che solo fittiziamente (e per una mera esigenza scientifico-accademica) viene

essere rispetto alla riaffermazione della propria posizione normativistica. Sul punto, cfr. sempre F. LIJOI, F.S. TRINCIA, *L'anima e lo Stato*, cit., p. 167.

¹⁴⁰ H. KELSEN, *Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, De Gruyter, Berlin-Leipzig, 1927, pp. 54-5, enfasi aggiunta. Si vedano, a tal proposito, le analisi svolte da M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto*, cit., pp. 100-4 e F. DE ALOYSIO, *Il gero-fante e la gorgone. Quattro saggi su Kelsen e un'appendice su Hobbes*, Bulzoni, Roma, 1996, nonché da A. CARRINO, *Oltre Kelsen. Norberto Bobbio e la dottrina pura del diritto*, in N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2014, p. xxvi e da G. PRETEROSSO, *Dialettica del mito. Racconto e politica dell'origine*, in *Filosofia politica*, 3, 2014, p. 407. Kelsen alluderà ancora a questa eclatante immagine quando riconoscerà l'eccezionalità della genesi rivoluzionaria del diritto: a tal proposito, si veda M.G. LOSANO, *Il parere di Kelsen del 1933 sull'Assemblea Nazionale Costituente del Brasile*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2015, pp. 11-9.

obliterato a favore della maschera innocente e tranquillizzante del formalismo. Eppure, dopo averla strappata, dopo aver 'sollevato il velo' della pura e rasserenante 'forma' normativa, Kelsen mette a fuoco il vero e assoluto principio del potere.

Fa parte di quella rete di coincidenze, o di singolarità intellettuali, il fatto che, qualche anno prima di questo curioso scritto kelseniano, in un contributo intitolato *La testa di Medusa* (1922), Freud stesso si sia confrontato con l'immagine terribile della Gorgone.¹⁴¹ In quel breve saggio si evidenziava soprattutto il portato immediatamente *simbolico* di tale entità mitologica: la testa mozzata ed anguicrinata della Medusa, la cui vista «per l'orrore che suscita, irrigidisce lo spettatore e lo muta in pietra» non richiamerebbe altro, secondo Freud, che la minaccia stessa della *castrazione*. Una minaccia che – come si è potuto vedere *supra* – coincide precisamente con la sanzione che il Padre capo dell'orda comminava ai figli, qualora sorpresi insieme alle femmine del gruppo. Ma, ancora più nettamente, è in un altro luogo dell'immensa opera del giurista austriaco che le abissali (e sotterranee) influenze freudiane possono, forse, mostrarsi nella propria culminante eccezionalità. Nel capitolo VIII del suo *Essenza e valore della democrazia* (1929), emblematicamente intitolato “*La scelta dei capi*”, Kelsen giunge con netta attestazione ad agganciare l'origine totemica dell'ordinamento così come indagata dalle intuizioni politico-psicanalitiche di Freud con il cuore stesso della concezione democratica dello Stato, vale a dire con la nozione di *sovranità popolare*. L'autorità sociale – argomenta Kelsen – non è altro che un'autorità paterna: essa, esattamente come nell'esperienza familiare del Padre, fa la propria comparsa nella vita intima di ogni individuo attraverso interdetti e sanzioni. Ma, come noto, il Padre va ucciso: «e come nello stadio primitivo del totemismo i membri del *clan* si mettevano la maschera del *totem* sacro, cioè dell'avo del *clan*, per fare essi stessi da padre [...] così il popolo-suddito, nell'ideologia democratica, riveste il carattere d'organo investito di un'autorità inalienabile, di cui soltanto l'esercizio può venir delegato di nuovo agli eletti».¹⁴² Come la moderna dottrina dello Stato non è altro che il miglioramento di una più arcaica concettualizzazione antro-

¹⁴¹ S. FREUD, *La testa di Medusa*, in ID., *Opere 1917-1923*, IX, Bollati Boringhieri, Torino, 1977, pp. 415-6.

¹⁴² H. KELSEN, *La democrazia*, cit., p. 125.

pologico-tribale, così «[p]ure la dottrina della sovranità popolare – anche se assai perfezionata e spiritualizzata – è una maschera totemistica».¹⁴³ Cosa alligni davvero dietro questa maschera, quale ‘vuoto’ la legge abbia il dovere di coprire, quale sia l’origine autentica del diritto e quali forze, infine, si scoperchino oltre la soglia della sua vigenza sono, ancora una volta, *bagliori* che lo sguardo normativistico kelseniano, per il rigore prescelto e la peculiare conformazione trascendentale, non è forse in grado di sostenere fino in fondo.

10. *Per un’ermeneutica del fondamento*

Lo sguardo declinante di Kelsen di fronte al problema del fondamento fattuale del diritto lascia, si può forse dire, più dubbi che certezze. Come opportunamente è stato sostenuto, il formalismo normativista si configura proprio come una critica rivolta al concetto di sovranità e a quella che è stata definita la sua «maschera totemica».¹⁴⁴ Il gesto kelseniano è, però, quello di una *traslitterazione* dell’ente sovrano dalla persona fisica detentrica del potere politico al costruito concettuale della ‘norma fondamentale’: una traslitterazione che per funzionare quale assioma logico-giuridico di chiusura dell’ordinamento, finisce tuttavia di necessità per rimanere privo di qualsiasi contenuto. Da ciò l’effetto di radicale de-sostanzializzazione del concetto di ‘politico’:

“[s]ovrano” è, in ultima istanza, l’ordinamento nel suo complesso, il suo *logos* come regime interno del discorso [...], un regime enunciativo-prescrittivo che curva la sovranità a mera ipotesi logica e ad aligdo dispositivo relazionale e funzionale.¹⁴⁵

¹⁴³ *Ibid.*, p. 126. Sottolinea ancora la profonda vicinanza tra il pensiero freudiano e quello kelseniano L. BRUSA, *Introduzione*, in P. FEDERN, cit., pp. 25-30.

¹⁴⁴ In questi termini, G. MARRAMAO, *L’ossessione della sovranità*, in P.A. ROVATTI (a cura di), *Effetto Foucault*, cit., p. 173.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 174. Queste intuizioni saranno in seguito riprese anche in ID., *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013, pp. 311-29.

Ma questo, può anche dirsi, corrisponde alla notazione essenziale secondo cui è il *tabù* del sovrano, in definitiva, ad essere obliterato da Kelsen, ciò per procedere al contrario a favore di una più razionale e teoricamente comprensibile ricomposizione dell'ordine giuridico.¹⁴⁶ Ed è questo stesso tabù, come si ricorderà, a giacere all'origine delle riflessioni freudiane sull'orda primitiva, così come declinato nel carattere *fraterno* dell'autorità sovrana. Un'autorità, è lecito ancora notare, che diverrà il paradigma ancipite delle moderne teorie politiche attraverso la ripetizione simbolica ed inconscia della violenza originaria, nonché per mezzo del tentativo di neutralizzarla ricorrendo ad un gesto di carattere uguale, ma contrario.¹⁴⁷

Eppure, la consapevolezza circa la forza-di-legge della violenza fondatrice non è, in Kelsen, un *quid* completamente assente. Essa è una dimensione del testo forse solo a tratti percepibile, quasi nascosta dietro la preoccupazione scientifica di non ricadere nell'analisi sociologica, o storica, o politologica, tesa a fornire quindi uno schema di comprensione del diritto rigorosamente normativistico. In breve, se la violenza non arriva mai a trionfare del tutto, non per questo può dirsi *tout court* estranea all'orizzonte intellettuale di Kelsen. Piuttosto, essa permane allo stato di traccia semi-cancellata, di implicita presenza, pronta a riemergere non appena l'analisi si fa più puntuale. Per questo è suggestivo l'avvicinamento del laboratorio kelseniano con la teoria psicoanalitica freudiana, laddove invece quest'ultima denuncia apertamente la presenza (perturbante) di qual-

¹⁴⁶ Cfr. J. FEICHTINGER, *Intellectual affinities. Ernst Mach, Sigmund Freud, Hans Kelsen and the Austrian anti-essentialist approach to science and scholarship*, in P. LANGFORD, I. BRYAN, J. MCGARRY, *The Foundation of the Juridico-Political*, cit., p. 120 e ss.

¹⁴⁷ Preziose, in tal senso, le intuizioni di Slavoj Žižek, il quale ripercorre ed estende ulteriormente le categorie freudiane. Per il filosofo sloveno, la strutturazione intrinseca della legge risponde esemplarmente allo schema dell'*occultamento* della violenza originaria. Il diritto, si può dire, ha inizio con un 'trauma': esso esemplifica e rappresenta lo stato di violenta deposizione del precedente ordine normativo da parte della nuova istanza nomo-genetica. Il 'crimine' diviene quindi non tanto la semplice violazione dei codici vigenti, quanto il *varco* attraverso cui la legge potenziale si manifesta e si inserisce nel terreno del tempo presente, contribuendo a minare, ed infine a rivoltare, l'ordine c.d. costituito. Cfr. a tal proposito l'analisi contenuta in S. ŽIŽEK, *The Fragile Absolute*, Verso, London, 2000, p. 93 e ss.; ID., *For They Know Not What They Do*, Verso, London, 1991, p. 204 e ss. Per un riassunto ragionato, cfr. J. DEAN, *Zizek on Law*, in *Law and Critique*, 15, 2004, pp. 1-24.

cosa che è nascosto, rimosso, traumatico. L'interpretazione tradizionale vede nella dogmatica kelseniana nient'altro che un 'orizzonte sereno', uno specchio trasparente in cui mirare il funzionamento geometrico del diritto. Niente passa *oltre*, o *sotto* le sue sporgenze. Nella psicanalisi, tra gli angoli e gli spigoli estremi del suo lessico, vigono invece fessure impercettibili ma letali, attraverso cui fuoriesce il fluido dell'arcaico e del rimosso.

Così, è proprio il gioco di questa contaminazione reciproca a distruggere la credenza nell'*apollineo* di Kelsen, ed a mostrare viceversa che è lo scandalo del *dionisiaco* a rimanere la sottotraccia viva della concezione normativistica del diritto, ancorché bloccata sotto la chiusura ermetica di quel perfetto poligono piramidale capeggiato al vertice dalla *Grundnorm*.¹⁴⁸ Psicoanaliticamente, si può forse dire, è la legge stessa, per mezzo dell'interiorizzazione della figura del Padre, a porsi al posto del suo referente simbolico ed arcaico, con ciò esponendosi (e predisponendosi) al circolo infinito delle uccisioni e delle sostituzioni, di quei *traumi* che si innestano attorno alle sue spinte riformatrici e de-stituenti.¹⁴⁹

In questo senso la psicanalisi può ottenere un'inedita estensione giuridico-archeologica.¹⁵⁰ Essa studia la storia del 'politico' nello stesso modo in cui tratta la situazione clinica del paziente, vale a dire come un

¹⁴⁸ Per questo, si può ancora aggiungere, se Schmitt mostra una visione dell'origine talmente abissale da condurlo ad una pratica di saturazione della medesima, al suo dissolvimento nell'indistinto perpetuato attraverso la sfocatura dei suoi confini, Kelsen, al contrario, circoscrive l'origine della legge in uno spazio ben delimitato, occludendone geometricamente l'apertura (sublime ed inquietante) attraverso il sigillo imperativo della *Norma fondamentale*. Eppure, se questo rigore 'geometrico' conduce effettivamente alla *Urnorm* kelseniana quale *presupposto* del diritto – così come il patto postumo di adorazione del Padre costituisce, in Freud, la condizione di possibilità della legge – in questo medesimo senso, strutturalmente e teoreticamente, «[a]ttraverso un "cerchio" rivelatore, la nozione di "delitto originario", di una "colpa primordiale" ci rinvia al fondamento del diritto come "Norma originaria"» (P.L. ASSOUN, *Freud e le scienze sociali*, cit., pp. 188-9).

¹⁴⁹ Come ancora scrive P.L. ASSOUN, *Freud e le scienze sociali*, cit., p. 172, «il diritto rinvia alla questione di un certo principio originario e fondatore dell'"obbligo" e della "sanzione" collettivi. Si comprende che la psicanalisi aiuta a rivalutare il legame tra questi due aspetti e costituisce a questo titolo un contributo alle questioni fondamentali dell'origine e della genesi del diritto».

¹⁵⁰ Lo stesso Freud si espresse in modo estremamente chiaro sul punto: «la psicanalisi [...] consente di illuminare le origini delle grandi istituzioni della nostra civiltà, qua-

coacervo sedimentato di traumi rimossi e potenzialmente riaffioranti. È lungo questa direzione, allora, che assume un particolare significato anche l'intuizione del fenomenologo italiano Enzo Melandri circa la funzione 'psico-analitica' dell'archeologia, la quale agirebbe per l'appunto attraverso l'*inclusione* dell'abisso irrazionale nel cuore stesso del paradigma storico-critico. Esattamente come l'analisi freudiana – capace di mostrare la scissione essenziale che separa i processi consci da quelli inconsci, al fine di ricondurre ogni fenomeno apparentemente 'nuovo' alla sua originaria matrice arcaica – così la 'storia critica' di nietzschiano ricordo diviene la pratica per una ricerca 'regressiva' del rimosso del pensiero:

[la storia critica] deve ripercorrere in senso inverso la reale genealogia degli eventi di cui si occupa. La divisione che si è venuta a stabilire tra storiografia (*historia rerum gestarum*) e storia reale (*res gestae*) è molto simile a quella che da sempre sussiste fra conscio e inconscio secondo Freud. Perciò la storia critica ha la funzione di una terapia mirante al recupero dell'inconscio inteso come «rimosso» storico. Ricœur e Foucault, come si è detto, chiamano «archeologico» questo procedimento. Esso consiste nel risalire la genealogia finché non si giunga a monte della biforcazione in conscio e inconscio del fenomeno in questione. Solo se si riesce a raggiungere quel punto la sindrome patologica rivela il suo reale significato. Si tratta dunque di una *regressione*: non però all'inconscio come tale, bensì a ciò che lo ha reso inconscio – nel senso dinamico di rimosso.¹⁵¹

In questo passaggio, di una densità e di un'efficacia strabilianti, emerge la vera "posta in gioco" della pratica archeologica: la sua finalità, così come la sua *speranza*, è quella di discernere "soteriologicamente" il punto di scissione tra razionale ed irrazionale, tra consapevole e rimosso, tra arcaico e contemporaneo.¹⁵² Come opportunamente ricorda Melandri,

li la religione, la moralità, il diritto, la filosofia», in S. FREUD, *L'interesse per la psicoanalisi*, in ID., *Opere*, VII, cit., pp. 267-8.

¹⁵¹ E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, Macerata, 2004, pp. 65-6.

¹⁵² Su questi aspetti, si veda anche S. BERNI, *Psicoanalisi e genealogia*, in A. GRILLO (a cura di), *A partire da Foucault. Studi su potere e soggettività*, La Zisa, Palermo, 1994, pp.

questa è pure la funzione intravista da Ricœur.¹⁵³ L'ossessione dell'anteriore, il 'dramma' dell'origine, della sua rimozione e della sua ripresentazione in forma patologica, conduce così alla *sublimità* dello sguardo archeologico, il quale attraverso i 'punti di insorgenza' del passato ricerca la percezione di una forza latente e del suo concreto «esser-ci» potenziale, vale a dire di quella forma di energia iniziale che latentemente ancora si sprigiona a partire dal suo focolare originario. L'arcaicità del rimosso indica a ben vedere quella che è la sua *atemporalità*, il suo essere struttura presente e passata, cogente ma dimenticata, tesa tra due lembi della storia, tra due estremi di tempo che infine si stringono in un unico cerchio complessivo. Il senso 'abissale' della ricerca freudiana è da individuarsi nella connessione temporalizzante e 'fuori-tempo' dell'inconscio, del dimenticato, del regressivo.

Ma in quella forma di 'archeologia della cultura' che come si è visto costituisce l'oggetto principe delle intuizioni freudiane, il recupero dell'inconscio *rimosso* di cui parlano Melandri e Ricœur assume le forme, prima di tutto, della *riscoperta* della sovranità. Una riscoperta, ne consegue, che attraversa le vie non facili dell'origine del 'politico' e che ottiene la sua cifra più eclatante proprio nello stingersi in 'giuridico'. Solo in questo modo, come rileverà pure Giorgio Agamben, l'analogia tra *regressione* e *psicanalisi* può farsi più chiara: «in entrambi i casi», egli spiega, «si tratta di accedere ad un passato che non è stato vissuto e che non può definirsi tecnicamente "passato", ma è rimasto in qualche modo presente».¹⁵⁴ Il passato 'non vissuto' è propriamente il 'contemporaneo', ossia la sua 'fonte' attuale, il suo 'ricordo' operativo ed immanente, il suo punto di accesso sull'oggi; in altri termini, l'attimo in cui è consentito dire che il passato non giace più nella sua 'passatezza', ma è incorporato nell'attualità come «una forza nella storia [...], [come] un campo di correnti sto-

50-70.

¹⁵³ Cfr. P. RICŒUR, *Della interpretazione*, cit., p. 482: «[d]a parte mia scorgo nel freudismo una rivelazione dell'arcaico, una manifestazione del sempre anteriore. Questo è il motivo per cui il freudismo conserva radici antiche e spinge nuove radici nella filosofia romantica della vita e dell'inconscio. Tutta l'opera teorica di Freud potrebbe essere ripresa dal punto di vista delle sue implicazioni temporali; si vedrebbe che il tema dell'anteriore è la sua ossessione».

¹⁵⁴ G. AGAMBEN, *Signatura rerum*, cit., p. 102.

riche bipolari, tese fra l'antropogenesi e la storia, fra il punto di insorgenza e il divenire, fra un arcipassato e il presente».¹⁵⁵

Proprio attraverso il lessico archeologico e la tecnica ermeneutica della psicanalisi la *teoria delle fonti* assume un nuovo ed inedito significato. Essa non è più l'edificazione *more geometrico* di una struttura irenicamente e formalisticamente intesa, ma una 'pratica' che affonda il proprio senso nel *ricordo* attuale (anche se 'rimosso') delle condizioni di possibilità, di sviluppo e di realizzazione di un sistema normativo. La stessa norma fondamentale, come si è visto, ne è la *traccia* più eclatante: essa è quella fondazione invisibile che immette il paradigma trascendentale al cuore stesso del sistema normativo; è la metafora di un'origine che è intenzionalmente esclusa per mezzo della sua stessa rappresentazione finzionale. Se il pensiero kelseniano tenta, con sublime tenacia, di rimuoverne il ricordo presupponendo una norma di validità suprema, esso in realtà non fa altro null'altro che introiettare questo stesso momento nomo-genetico al cuore del sistema normativo. In questo senso, e precisamente nel momento in cui il potere costituente si fa costituito, in cui l'origine si modella nelle forme dell'istituzione, la sovranità assoluta stinge nelle mediazioni rappresentative del 'politico', imprimendosi all'interno della sistematica dell'ordinamento in una direzione di cui la teoria delle fonti contemporanea è, ancora oggi, il ricordo *vivente*, vale a dire il lascito di un'esperienza che nella sua *latenza* ontologica non smette di accadere.¹⁵⁶

¹⁵⁵ *Ibid.*, pp. 110-1.

¹⁵⁶ Alla luce di tali riflessioni, è necessario tuttavia fugare questo scritto da alcuni immancabili dubbi: come scrive Melandri, il lessico e le categorie psicoanalitiche non richiedono affatto la preventiva accettazione delle teorie freudiane. Non bisogna, infatti, confondere la questione *epistemologica* della verità scientifica con quella *ermeneutica* relativa all'intrinseco valore 'interpretativo' dei metodi o dei concetti: «[a]nche se la psicanalisi fosse del tutto superata, in senso strettamente scientifico, conserverebbe pur sempre integro il suo valore ermeneutico» (E. MELANDRI, *La linea e il circolo*, cit., p. 66). Tutto questo vale anche (e soprattutto) alla luce degli opportuni rilievi critici mossi da Michel De Certeau, quando causticamente fa notare come «[u]n certo numero di lavori, in etnologia come in storia, mostrano che l'uso dei concetti psicoanalitici rischia di diventare una nuova retorica», sganciato per questo da qualunque tentativo esplicativo, ma semplicemente rivolto al gusto sterile dell'ellissi, all'uso decorativo dei lessemi, alla formula elusiva ma euristicamente manchevole, ciò fino al punto da trasfigurare lo stesso lessico freudiano in mere «figure di stile» (in M. DE CERTEAU, *Quello che Freud fa della storia. A proposito di "Una nevrosi demoniaca nel XVII secolo"*, in ID., *La scrittura della storia*, Jaca Book, Milano, 2006, p. 298). Di qui, l'importanza quindi di un richiamo alla

Solo a questo punto, solo dopo aver esplicitato lungo questo accidentato *détour* filogenetico il vero significato del *tabù* della sovranità, sarà dunque possibile considerare il tema principale di questo scritto, ovvero la nozione di ‘arcaico’. Esso, in pieno accordo tanto con Freud, quanto con Kelsen, è il vero *volto della Gorgone*, è l’autentico ‘dimenticato’ – o ‘rimosso’ – della scienza del diritto. In altri termini, esso è quel grimaldello concettuale che rende l’origine accessibile al presente; quel dispositivo da azionare per comprendere le aporie che la legge stessa incontra nel trattare l’*arché* del proprio ‘esser-ci’, «l’attualità dell’originario».¹⁵⁷ Anche qui – e prendendo a prestito le parole che Gianni Celati, a sua volta ispirato da Melandri, ha dedicato alla pratica archeologica – il fondamento del diritto è ciò che è «rimasto fuori dalla città, o sepolto nella città, dietro le grandi facciate o sui lati oscuri delle prospettive».¹⁵⁸ Un oggetto dimenticato, quasi avversato; un *resto* che si è infine trasformato in *scarto*, in rifiuto. In breve, in un frammento illeggibile di un passato ‘inattuale’. Eppure, proprio per questo motivo, proprio per la sua pretesa rimozione dal paradigma conoscitivo della scienza del diritto odierna, l’o-

psicoanalisi soprattutto e limitatamente al suo senso «paradigmatico», ossia a quel processo grazie al quale si risale verso un linguaggio arcaico, informale e prescientifico che si contrappone dialetticamente a qualunque forma di razionalizzazione scientifico-positivista. Di qui, anche la particolare strategia metodologica perseguita dall’archeologia melandriana, che come ancora vuole il suo autore «è subliminare, nel senso che passa sotto la soglia discriminante storiografia e storia, conscio e inconscio, razionalizzato e irrazionale». (E. MELANDRI, *La linea e il circolo*, cit., p. 67). Insomma, la psicoanalisi è soprattutto un dispositivo critico e decostruente, non per questo riconducibile a mero orpello retorico, bensì finalizzato a disvelare quell’impercettibile verità del *fenomeno giuridico* che sfugge a qualunque messa in scena di carattere puramente razionale.

¹⁵⁷ Come opportunamente scrive R. ESPOSITO, *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Einaudi, Torino, 2010, pp. 24-5, «[l]’atteggiamento genealogico parte dal presupposto [...] dell’assenza strutturale di simile momento fondativo. Proprio ciò – l’inoriginarietà costitutiva della storia – rende l’origine sempre coeva, in maniera latente, a ogni momento storico, e perciò riattivabile come risorsa energetica, piuttosto che subita come ritorno spettrale. Da questo punto di vista, il richiamo all’origine, tutt’altro che come restaurazione di un’esperienza passata, irripetibile come tale, va inteso nel senso, opposto, della sua deflagrazione nel futuro a partire dalla tangenza, sempre problematica, con la linea mobile del presente».

¹⁵⁸ G. CELATI, *Il Bazar archeologico*, in ID., *Finzioni Occidentali*, Einaudi, Torino, 2001, p. 222. Su tutti questi aspetti, si veda anche la ricca introduzione di G. AGAMBEN, *Archeologia di un’archeologia*, premessa all’opera di E. MELANDRI, *La linea e il circolo*, cit., pp. xi-xxxv.

origine è anche il luogo della *segnatura* e della *latenza*, ossia dell'inizio e dell'*arché*. Il luogo, in altre parole, di quella indecidibile soglia che separa «diacronia e sincronia, unicità e molteplicità»¹⁵⁹ e che attraverso la riserva 'attuale' del proprio significato 'antico' può forse ancora illustrare, nello spazio della sua insorgenza, il meccanismo *dinamico* della fondazione della legge.

¹⁵⁹ G. AGAMBEN, *Signatura rerum*, cit., p. 31.





Capitolo III

VORTICI. IL NOME PROPRIO DELLA VIOLENZA

La legge nasce da conflitti reali: massacri, conquiste, vittorie che hanno la loro data ed i loro orrendi eroi; la legge nasce dalle città incendiate, dalle terre devastate; la legge nasce con gli innocenti che agonizzano nell'alba che sorge. [...] Ci si impone di ritrovare il sangue seccato nei codici, e non l'assoluto nel diritto, dietro la fugacità della storia.

M. FOUCAULT, *Difendere la società*.

SOMMARIO: 1. *Pólemos*. – 2. *Nómos*. – 3. *Gewalt*. – 4. *Recht*. – 5. Sacrificio.

*

Si può forse dire che la 'scoperta' di Freud costituisca il vero *scandalo* della legge: il diritto (ma anche la sovranità) derivano da quell'«originario stesso», da quel pasto cannibalico primordiale, che è rappresentato dall'assassinio violento del capo dell'orda.¹ Così, se le ingiunzioni dei tabù furono davvero «il primo diritto»², come scrive Freud, ancora una volta ogni norma si trova a misurarsi direttamente con la figura emblematica ed anfibologica del padre; con l'amore per la sua benefica presenza, ma allo stesso tempo con il terrore scaturente dalla sua vittoriosa aggressività.³ Egli è 'spettrale', come parimenti spettrale è il padre di

¹ P.L. ASSOUN, *Freud e le scienze sociali. Psicoanalisi e teoria della cultura*, Borla, Roma, 1999, p. 173. Ma si veda anche, esemplarmente, J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano*, I, Jaca Book, Milano, 2009, p. 44, che proprio ricollegandosi alle immagini di *Totem e tabù* può domandarsi: «[L]a sovranità è divoratrice? La sua forza, il suo potere, la sua forza più grande, la sua potenza assoluta sarà, per natura e sempre in ultima istanza, potenza di divorazione».

² S. FREUD, *Il disagio della civiltà*, in ID., *Opere 1924-1929*, X, Bollati Boringhieri, Torino, 1978, p. 590.

³ È la storia mitologica di Crono, che divora i propri figli, dopo aver evirato suo padre Urano, rimanendo a sua volta evirato dal figlio Zeus: cfr. S. FREUD, *Il problema*



Amleto allorquando ritorna *post-mortem* per guidare (ma allo stesso tempo anche per *inquietare*) le decisioni del giovane principe.⁴ E come d'altronde scriveva il poeta W.H. Auden nel suo *Lament for a Lawgiver*, nell'immenso caos delle origini è pur sempre «*Our lost dad, | Our colossal father*» colui che instancabilmente piangiamo.⁵

Concetto 'sublime', allora, quello di *arché*. In-afferrabile, in-alienabile, in-esauribile. Forse, anche in-esprimibile. Esso appare del tutto coestensivo al lessico normalmente impiegato per descrivere l'esperienza estatica e mistica della 'sovrانيتà'. Del *sublime* – come d'altronde del *divino* – non si può parlare che per 'metafore', veicoli comunque imperfetti e tutt'altro che precisi di quell'aura di trascendenza e sacralità che, in varie fasi del pensiero giuridico-politico occidentale, irrompe nella semantica di tale locuzione. Così, è nell'orizzonte di questa prospettiva che, ancora una volta, occorrerà comprendere il 'meccanismo' della legge, ma soprat-

dell'analisi condotta da non medici, in ID., *Opere 1924-1929*, x, Bollati Boringhieri, Torino, 1978, p. 590.

⁴ Ampiamente noto come Freud vedesse nelle figure di Edipo e di Amleto i rappresentanti 'finzionali' più eclatanti del fenomeno nevrotico. Cfr., in questo senso, un eloquente passaggio de *L'interpretazione dei sogni* (1899): «[...] la finzione drammatica dimostra che Amleto non deve affatto apparirci come una persona incapace di agire in generale. Lo vediamo agire due volte, la prima in un improvviso trasporto emotivo, quando uccide colui che sta origliando dietro il tendaggio, una seconda volta in modo premeditato, quasi perfido, quando con tutta la spregiudicatezza del principe rinascimentale manda i due cortigiani alla morte a lui stesso destinata. Che cosa dunque lo inibisce nell'adempimento del compito che lo spettro di suo padre gli ha assegnato? Appare qui di nuovo chiara la spiegazione: la particolare natura di questo compito. Amleto può tutto, tranne compiere la vendetta sull'uomo che ha eliminato suo padre prendendone il posto presso sua madre, l'uomo che gli mostra attuati i suoi desideri infantili rimossi. Il ribrezzo che dovrebbe spingerlo alla vendetta è sostituito in lui da autorimproveri, scrupoli di coscienza, i quali gli rinfacciano letteralmente che egli stesso non è migliore del peccatore che dovrebbe punire. Così ho tradotto in termini di vita cosciente ciò che nella psiche dell'eroe deve rimanere inconscio», in S. FREUD, *L'interpretazione dei sogni*, in ID., *Opere 1899*, III, Bollati Boringhieri, Torino, 1966, pp. 246-7. Sul punto, cfr. anche J. DERRIDA, *Spettri di Marx. Stato del debito, lavoro del lutto e nuova Internazionale*, Cortina, Milano, 1994, p. 33 e ss.: «[...] se Amleto è una tragedia della vendetta e del castigo nel triangolo o nel cerchio di un Edipo che avrebbe fatto un passo in più nella rimozione (Freud, Jones, ecc.), bisogna ancora pensare la possibilità di un passo al di là della rimozione». Insomma, per Freud Amleto sarebbe una sorta di Edipo moderno, dove *moderno* sta appunto per *mancato* o *bloccato*: un Edipo che nei confronti della madre non *passa all'atto* e non compie ("a buon diritto") giustizia.

⁵ W.H. AUDEN, *L'età dell'ansia. Egloga barocca*, Mondadori, Milano, 1966, p. 213.

tutto la sua *origine*: quel momento nomo-genetico dell'ordinamento che, si può dire in altri termini, è atto fondativo fittiziamente esaurito, ma comunque presupposto. Quell'origine archetipica e kantianamente trascendentale il cui operare permane, seppur nelle forme trascolorate e stravolte di una metafora, in un passato che è 'incluso' per mezzo della sua espressa 'esclusione'. Sarà procedendo lungo questa direzione che, nuovamente, occorrerà comprendere se l'immagine dell'*arché* restituisca davvero il sembiante autentico della legge, o se dietro la sua filigrana si occultino invece quelle più affini – ed allo stesso tempo più perturbanti – del vortice e della spirale. Jacques Derrida, commentando un breve passaggio de *La volontà di sapere* (1976) di Michel Foucault, ha potuto scrivere che «bisogna smettere di credere al *principiare* o al *principiamen- to*, all'unità principale, all'*arché*: sia a quella *del* piacere, sia a quella *del* potere». ⁶ Ben al contrario, scrive il pensatore francese, è l'effigie della 'spirale perpetua' a dover essere riconsiderata: «[i]l motivo della *spirale* disegna la figura di una dualità (potere/piacere), ma di una dualità pulsionale *senza principio*». ⁷ Raccogliendo lo *spirito* di questa spirale, la creazione della Legge si rivela forse come la narrazione della sua discontinua insorgenza. La violenza fondatrice tracima instancabilmente dalla (e nella) *regula juris*. Eppure, precisamente questo gesto dell'eccedere, del travalicare ogni principio, questo processo vorticante privo di entrata o di uscita, diviene il segno archetipico di ciò che possiamo definire come la *sovranità* della legge nel suo essere "liminare", sempre sul confine, sempre su quel limite che separa – e collega – il regno del "*jus*" dall'arbitrio del "*factum*".

*

1. *Pólemos*

L'andamento del visibile e dell'invisibile, così come quella della latenza e dell'illatenza, risponde – come si è intravisto nel precedente capito-

⁶ J. DERRIDA, *Al di là del Principio di Potere*, in ID., "Essere giusti con Freud". *La storia della follia nell'età della psicoanalisi*, Cortina, Milano, 1994, p. 111.

⁷ *Ibid.*, p. 111.

lo – alla logica precisa dell'*origine*. Non è certo un caso, in effetti, che proprio il termine “latenza” (dal latino *lātēre*, “stare nascosto”, a sua volta con particolare vicinanza al greco *λήθη*, “oblio”) richiami etimologicamente l’idea del ricordo che si annulla, di un’entità impercettibile che si perde, quasi indefinitamente, nel flusso storico del passato.⁸ Andare alla ricerca del *lógos* dell’inizio, così, implica pur sempre fissare lo sguardo sull'*originario*, su un ordine iniziale che sussiste e persiste proprio in quanto *realtà fondatrice*.

È attraverso questa essenziale intuizione che il tema dell’origine può ritrovarsi nel discorso odierno sul diritto. Come giustamente è stato notato, pensare l'*arché* della legge implica, ancora e prima di tutto, pensare la ‘violenza’ del suo meccanismo regolatore, ossia quel dato primigenio inscritto in filigrana nell’azione stessa della norma giuridica che si rivela tanto nel gesto eclatante della forza-di-legge, quanto nel suo essere, prima di tutto, strumento di comando e di coercizione.⁹ La violenza è il vero *arcaico* del diritto: essa, fin dalla raffigurazione mitica che il pensiero greco ne ha fornito, è una «realtà cosmica», una forza a tal punto intollerabile ed intollerante da spingere la comunità civile a distaccarsene con un atto di limitazione, di contenimento. Un gesto di carattere uguale ma contrario, come dimostra proprio il meccanismo della *forza* del diritto.¹⁰ Eppure, in esso la violenza continua ancora ad operare «pur se in modo a volte occulto e sotterraneo», rimanendo «sempre in agguato», pronta «a risorgere più virulenta che prima».¹¹ Dopotutto, si può forse dire, questa è proprio la conclusione che – *malgré lui* – Hans Kelsen sembra ricavare quando evoca, con l’efficacia letteraria di cui si è visto, il vol-

⁸ In questo senso, per una ripresa del concetto freudiano di *latenza* in chiave storica e narrativa, non può che rimandarsi alle opere dello storico tedesco E. RUNIA, *Moved by the Past. Discontinuity and Historical Mutation*, Columbia University Press, New York, 2014. Da ultimo, si veda anche l’interessante prospettiva di H.-U. GUMBRECHT, *After 1945. Latency as Origin of the Present*, Stanford University Press, Stanford, 2013, p. 23.

⁹ Per queste riflessioni iniziali, si veda F. D’AGOSTINO, *Per un’archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 7 e ss. Dello stesso autore, per un inquadramento analogo sul tema, cfr. anche ID., *Bia. Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia antica*, Giuffrè, Milano, 1983, pp. 21-5.

¹⁰ F. D’AGOSTINO, *Per un’archeologia del diritto*, cit., p. 8.

¹¹ *Ibid.*, p. 9.

to *abissale* della Gorgone: legge, origine e violenza si congiungono nello sguardo annichilente del fondamento mitico.

Di certo, l'idea filosofica che alberga al cuore di questa impostazione è costituita dalla nota *lectio* di Eraclito, secondo cui πόλεμος (*pólemos*) sarebbe «padre» e «re» di tutte le cose.¹² Quando Carl Schmitt inviò a Martin Heidegger una copia della terza edizione del suo *Il concetto di 'politico'* (1932), proprio il famoso frammento 53 vi compariva come accompagnamento e come dedica 'speciale'.¹³ Per Schmitt, come per Heidegger, il diritto è contesa, lotta, sopraffazione ed Heidegger stesso, bisogna riconoscerlo, fu particolarmente fedele a tale suggestione. Nella sua ultima attività didattica, svoltasi nel semestre invernale 1966/1967 presso l'Università di Friburgo, il filosofo tedesco ed il suo allievo Eugen Fink terranno un seminario specificamente dedicato all'esegesi dei frammenti eraclitei. In quella sede, proprio il concetto di *pólemos* verrà avvicinato a quello di *arché*, permettendo così di intravedere come Eraclito, attraverso il suo costante riferirsi alla signoria dello scontro e del conflitto, colga «in un linguaggio quasi poetico il senso della ἀρχή del movi-

¹² La corretta traduzione del brano è la seguente: «Guerra | è padre di tutti (gli esseri viventi) e re di tutti, | pertanto rende gli uni dèi, gli altri uomini, | fa schiavi alcuni, gli altri liberi». Il frammento è il numero 53 dell'edizione Diels-Kranz, ora in ERACLITO, *Testimonianze, imitazioni frammenti* (a cura di R. Mondolfo, L. Taràn, M. Marcovich), Bompiani, Milano, 2007, p. 479 e ss. Quasi impossibile fornire una bibliografia soddisfacente su questo frammento-emblema del pensiero presocratico. Per quanto qui interessa, relativamente alla sua declinazione in termini giuridico-politici, si vedano almeno: U. CURI, *Pensare la guerra. L'Europa e il destino della politica*, edizioni Dedalo, Bari, 1999; ID., *Pólemos. Filosofia come guerra*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000; J. DERRIDA, *Politiche dell'amicizia*, Cortina, Milano, 1995.

¹³ L'episodio è ricordato da J. DERRIDA, *Politiche dell'amicizia*, cit., p. 377, nota 39, nonché da F. FISTETTI, *Heidegger e la rivoluzione nazionalsocialista*, in F. FISTETTI (a cura di), *La Germania segreta di Heidegger*, Dedalo, Bari, 2001, pp. 63 e ss. e da E. FAYE, *Heidegger, l'introduzione del nazismo in filosofia*, L'asino d'oro edizioni, Roma, 2012, p. 245 e ss. Nella lettera di risposta (datata 22 agosto 1933 e pubblicata nella rivista *Telos*, 72, 1987 – Special Issue: *Carl Schmitt: Enemy or Foe?*, p. 132) Heidegger menziona esplicitamente il frammento 53 di Eraclito, ringraziando Schmitt per la preziosa citazione, nonché, soprattutto, per aver congiunto il termine *pólemos* con quello di *basileus*. Ad ogni modo, non è soltanto in questa 'presunta' dedica (o lettera di accompagnamento) ad Heidegger che ritroviamo il nome del pensatore presocratico. Schmitt ne alluderà anche, brevemente ma con precisa intenzionalità, in *Terra e mare* (1942): «[I]a guerra accomuna, dice Eraclito, e il diritto è contesa» (in C. SCHMITT, *Terra e mare*, Adelphi, Milano, 2002, p. 77).

mento. [...] L'origine prima del movimento è anche l'origine prima del dominare e del guidare». ¹⁴

2. *Nómos*

Certamente, si può sostenere che il contesto filosofico-politico fin qui tratteggiato non sia null'altro che il rispecchiamento fedele del 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 compatte dell'ordine costituito, il quale a sua volta si presenta come propaggine legittimata dall'uso estremo della forza. ¹⁵ In questo senso la generazione della legge *non si interrompe*: essa «si produce oggi, come prima della fondazione di Roma, come nel momento in cui prende forma la Repubblica». ¹⁶ Come precisamente scriverà anche il filosofo francese Jean-Luc Nancy mettendo in scena una circolarità che è perfettamente rappresentativa della storia del politico, «[c]olui che fonda è sovrano [...], e colui che è sovrano fonda [...]». ¹⁷ Il solco con il quale Ro-

¹⁴ M. HEIDEGGER, E. FINK, *Eraclito. Seminario del semestre invernale 1966/1967*, Laterza, Roma-Bari, 2010, p. 32. Ovviamente, non si dimentichino gli importanti riferimenti al concetto di *pólemos* che appaiono in un'opera cardine del pensiero heideggeriano, ossia *l'Introduzione alla metafisica* (1935), nella cui interpretazione: «ciò che viene qui denominato πόλεμος è un conflitto che emerge prima di ogni cosa divina e umana. Non si tratta di una guerra di tipo umano. La lotta, così com'è concepita da Eraclito, è quella che anzitutto fa sì che l'ente si ponga come distinto nel contrasto, e che acquisti la sua posizione, la sua condizione, il suo rango. [...] È nell'esplicarsi vicendevole del contrasto che si produce il mondo. [...] Πόλεμος e λόγος sono la stessa cosa», in M. HEIDEGGER, *Introduzione alla metafisica*, Mursia, Milano, 1968, p. 72. Per un commento a questo passo, si vedano J. DERRIDA, *L'orecchio di Heidegger. Filopolemologia*, in ID., *La mano di Heidegger* (a cura di M. Ferraris), Laterza, Roma-Bari, 1991, pp. 157-8; H.-G. GADAMER, *Eraclito*, Donzelli, Roma, 2004, p. 58.

¹⁵ 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».

¹⁶ *Ibid.*, p. 166.

¹⁷ J.-L. NANCY, *La creazione del mondo o la mondializzazione*, Einaudi, Torino, 2003, p. 106.

molo traccia i confini della città ed attraverso cui consacra il suolo immortale per la futura edificazione dell'*Urbe*, si intreccia e si confonde con il colpo di spada inferto nella carne del fratello: l'ambiguità di questo taglio, di questa fenditura che spacca indistintamente 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». ¹⁸ Ma in modo del tutto simile, questa medesima ambiguità risiede anche «nel fatto che la fondazione è senza fondo e il solco su cui si posa la prima pietra è al tempo stesso un taglio aperto». ¹⁹

È per questa ragione che, forse, porre l'accento sull'ambivalente intreccio di aratro e spada, di sangue e terra, implica ancora una volta riaffermare il significato autentico che il termine νόμος (*nómos*) iscrive nell'essenza stessa della legge. Un termine che proprio dal verbo νέμειν (*némein*) – avente come noto il significato duplice di “catturare e spartire” – trae la sua più esplicita derivazione etimologica. ²⁰ Come ha mostra-

¹⁸ *Ibid.*, p. 106.

¹⁹ *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.

²⁰ La bibliografia disponibile su questo termine-concetto è così cospicua che risulta oramai profondamente difficoltosa qualunque forma di 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 rispetto a quelli di carattere 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 ID. (a cura di), *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 grecità 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; 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 in-*

to 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 dire: occupazioni di terra, fondazioni di città e fondazioni di colonie».²¹ Il diritto primitivo dei popoli ma, in prospettiva, lo stesso diritto internazionale odierno traggono abbrivio da quell'originario criterio di azione che nella "*primaeva apprehensio*" condensa proprio l'essenza specifica del suo 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»²², disperdendo quindi nel ricordo immemorabile di un tale sconvolgimento violento quell'iniziale gesto fondatore e quella sua caratterizzazione a-prioristica (o "categoriale") che valgono a costituirlo come «primo titolo giuridico» dell'umanità.²³ La cattura violenta è allora un grande evento della storia, ed allo stesso tempo «l'archetipo di un processo giuridico costitutivo»²⁴; essa 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 fisico. Questa è, per lo Schmitt del 1950, la forma originaria (arcaica) del 'politico': non più soltanto decisionismo o teologia politica, ma soprattutto binomio *Ordnung/Ortung*, "ordinamento" e "localizzazione", quindi "occupazione di terra", tracciamento del *limes*, posizionamento dei cippi; in breve: delimitazione feroce di una precisa sovranità geo-locale.²⁵

doeuropee, 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 rimanda alle notazioni che Gilles Deleuze e Felix Guattari hanno potuto scrivere in G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Millepiani. Capitalismo e schizofrenia*, Castelveccchi, 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.

²¹ C. SCHMITT, *Il Nómos della terra nel diritto internazionale dello "Jus Publicum Europaeum"* (a cura di E. Castrucci), Adelphi, Milano, 1991, p. 22.

²² *Ibid.*, p. 24.

²³ *Ibid.*, p. 24.

²⁴ *Ibid.*, p. 25.

²⁵ 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 politi-

Di qui, per usare le stesse parole di Schmitt, la ripresa ed il significato del termine *nómos*. Verso di esso il giurista tedesco è rivolto soprattutto con la finalità di «restituire a questa parola la sua forza e grandezza primitiva»²⁶, in breve 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 greco *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*).²⁷ In second'ordine, *némein* è anche affine all'idea di “spartizione” e di “divisione”, nonchè, 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»²⁸, 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 inesaurita. La storia universale, come chiaramente appare agli occhi di Schmitt, non è nient'altro che la storia «del progresso – o forse anche soltanto del mutamento – nei mezzi e nei modi dell'appropriazione».²⁹ È alla luce di questa precisa matrice mitico-arcaica, a lungo occultata dalla trattatistica

co, 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».

²⁶ C. SCHMITT, *Il Nómos della terra*, cit., p. 54.

²⁷ 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.

²⁸ C. SCHMITT, *Appropriazione, divisione, produzione*, cit., p. 299.

²⁹ *Ibid.*, p. 311.

posteriore sotto le spoglie di una menzognera traduzione in *legge* (*Gesetz*) o in *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». ³⁰ Quell'*origine*, cioè, che così poco interessa al moderno positivismo delle scienze naturali ma che, all'opposto, 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. ³¹

Sotto questa luce appaiono pure le antiche raffigurazioni del termine che è dato rinvenire nei frammenti di Pindaro e di Eraclito, ma anche, occorre notare, in Aristotele. ³² È da questa stessa prospettiva che trae abbrivio il significato spaziale-concreto dell'appropriazione, di quel gesto potente e distributore di carattere inappellabile la cui semantica evocativa e 'numinosa' è stata del tutto distrutta dalla moderna scienza del diritto. *Nómos* è davvero «atto concreto di costituzione di un ordinamento e di una localizzazione nello spazio, vale a dire [...] *ordo ordinans*». ³³

³⁰ C. SCHMITT, *Il Nómos della terra*, cit., p. 59.

³¹ *Ibid.*, p. 63.

³² 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, Torino, 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 basileus* 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».

³³ C. SCHMITT, *Il Nómos della terra*, cit., p. 70.

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 *forza* tanto creatrice, quanto dissolutrice della comunità politica, a partire dal quale si determina artificialmente ogni possibile ordinamento futuro.³⁴ 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 suo divenire storico.³⁵ 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 valere empiricamente, 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 da non potersene quasi più differenziare qualitativamente.³⁶

Di 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 o posizionare pietre di confine, così le ‘regole’ del *nómos* disciplinano i rapporti tra proprietari, le

³⁴ Cfr. in tal senso le riflessioni contenute in A. AMENDOLA, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, ESI, Napoli, 1999, pp. 119-31.

³⁵ C. GALLI, *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 140.

³⁶ Sulla derivazione dal ‘fattuale’ del termine *nómos*, si veda infatti C. MEIER, *La nascita della categoria del politico in Grecia*, cit., p. 313.

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, archeologicamente, la distribuzione successiva.³⁷ È questo motivo «categoriale» del *nómos* che impone dunque di pensare «l’esito di un’evoluzione che ha origine nella materiale, spesso brutale, appropriazione della terra».³⁸ 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»³⁹, due millenni dopo Schmitt ritorna ancora su questo fondamentale insegnamento per tentare di dare una forma concreta, ed un principio giuridico unitario, al *sulcus primigenius* inscritto in ogni figura della fondazione. Come efficacemente scriverà ancora Schmitt in un breve ma eclatante contributo dal titolo *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».⁴⁰ Essa, nelle parole del pensatore tedesco, 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, allora, «compenetra *archie* e *crazie*»⁴¹ e intersecandole vi si incista come *divisio primaeva*, quale prima costituzione spaziale e suddivisione originaria della sovranità, dalle quali nessuna teoria della norma può pensare di poter realisticamente prescindere. In questo «inizio del diritto e della proprietà»⁴², il *nómos* realizza la *transizione* specifica che dalla violenza conduce all’ordine, dalla forza alla ‘regola’, senza tuttavia farle cessare del tutto: pro-

³⁷ 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’Autore, 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*.

³⁸ *Ibid.*, p. 11.

³⁹ Dig. 41.2.1.1.

⁴⁰ C. SCHMITT, *Nomos – Presa di possesso – Nome*, in ID., *Stato, grande spazio, nomos*, Adelphi, Milano, 2015, p. 346.

⁴¹ *Ibid.*, p. 341.

⁴² *Ibid.*, p. 352.

prio perché «relegat[e] nel suo subconscio»⁴³, esse si muovono e si agitano 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.⁴⁴ 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 libera sconfinatezza del contingente. Attraverso l'uso della *tecnica* giuridica, il bene viene sottratto e subito rimesso nel circuito opposto del 'politico', dell'universo organizzato, formato, delimitato, e ciò grazie ad una spinta artificialista ed ingegneristica di cui proprio l'arcaico significato del termine *nómos* sembra ancora echeggiare il senso.⁴⁵ In questa prospettiva, ben si mostra allora quell'«Ordine che si rende visibile solo attraverso il disordine; che è ordinante perché sa prendere, recintare, e quindi al contempo escludere».⁴⁶ In questo essere Origine e Forma, 'irruzione violenta' e 'grande appropriazione' (*Näbme*), il *nómos* è davvero, per usare un'allitterazione dello stesso Schmitt, il «nome (*Name*)» del 'politico', ossia l'appellativo arcaico della sua struttura ordinante e caratteriale, il congiungimento epocale di passato e moderno.⁴⁷

⁴³ *Ibid.*, p. 347.

⁴⁴ 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.

⁴⁵ Con riferimento all'artificialismo del *nómos* schmittiano, si veda infatti P.P. PORTINARO, *Appropriazione, distribuzione, produzione. Materiali per una teoria del "nomos"*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983, 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».

⁴⁶ C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 881.

⁴⁷ Come infatti scrive anche 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 fonda-

Così, in Schmitt, è proprio l'atto del *némein*, la sua ricorrenza arcaica ma apparentemente dimenticata, ad assegnare una 'spaccatura' violenta all'ordine genetico del diritto. Una logica che diviene quindi *pratica della fondazione*, ossia della traduzione dell'atto in realtà politico-geografica effettuale e concretamente determinata.⁴⁸ Nessuna «norma fondamentale (*Grund-Norm*)» sta in principio, ma soltanto una «presa di possesso fondamentale (*Grund-Nähme*)».⁴⁹ Ben diversamente da quanto avviene 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 ed 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.⁵⁰

3. *Gewalt*

In un breve (e notissimo) saggio giovanile intitolato *Per la critica della violenza* (1921), con una prospettiva che si profila fin da subito tanto messianica quanto giuridica, anche Walter Benjamin ha potuto dimostrare come la violenza (*Gewalt*) che *fonda* la legge non vada esaurita a seguito della semplice *prassi istituyente*, ma permanga, in modo occulto, nelle

mentali 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».

⁴⁸ 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.

⁴⁹ C. SCHMITT, *Nomos – Presa di possesso – Nome*, cit., pp. 352-3.

⁵⁰ 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 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.

pieghe della sua stessa configurazione genetica.⁵¹ Citando icasticamente l'*incipit* del saggio, secondo Benjamin «[i]l compito di una critica della violenza si può circoscrivere alla presentazione del suo rapporto con il diritto e la giustizia».⁵² Questo rapporto, da sempre predominio delle due opposte correnti del 'giusnaturalismo' e del 'giuspositivismo', merita tuttavia, secondo il pensatore tedesco, di essere colto attraverso una prospettiva maggiore, più ampia e trasversale: una prospettiva, se così si può dire, tale da non determinarne la chiusura entro gli aprioristici schemi strategici di una sterile polemica gius-filosofica, ma suscettibile, al contrario, di uno sfondamento verso un orizzonte critico-politico nettamente più esteso. Se, infatti, per il diritto naturale la violenza è semplicemente «un prodotto naturale, una sorta di materia brutta» rispetto alla quale è possibile ricorrere liberamente (ad eccezione di quando si perse-

⁵¹ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Scritti politici* (a cura di G. Pedullà), Editori Riuniti, Roma, 2011, p. 91. Per una bibliografia secondaria, cfr. almeno J. DERRIDA, *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003; G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, cit., p. 71 e ss.; ID., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 68 e ss.; J. HABERMAS, *Cultura e critica*, Einaudi, Torino, 1980, p. 263 e ss.; E. RESTA, *L'ambiguo diritto*, Franco Angeli, Milano, 1984, p. 9 e ss.; ID., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 26; P.G. MONATERI, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014, pp. 65-7; M. TOMBA, *La giustizia come vero a priori del tempo*, in AA. VV., *Le vie della distruzione. A partire da "Il carattere distruttivo" di Walter Benjamin*, Quodlibet, Macerata, 2010, pp. 171-88; M. TOMBA, *Walter Benjamin: di che cosa la "violenza divina" è il nome?*, in W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, Alegre, Roma, 2010, pp. 9-53; M. CACCIARI, *Diritto e giustizia. Saggio sulle dimensioni teologica e mistica del moderno Politico*, in *Il Centauro*, 2, 1981, pp. 66-71; F. CASSINARI, *Legalità e pacifismo. Interpretazione naturalista e interpretazione legittimativa della violenza*, in *Iride*, 3, 2004, p. 648 e ss.; M. STRAZZERI, *Walter Benjamin e la funzione della violenza nella creazione giuridica*, in *Sociologia*, XLIV, 1, 2010, pp. 17-22; L. FEDERICI, *Genealogia della violenza e ideocrazia in Walter Benjamin*, in *Sociologia*, XLV, 1, 2011, pp. 141-9; J.-R. MARTEL, *Divine Violence. Walter Benjamin and the Eschatology of Sovereignty*, Routledge, New York, 2012; W. SCHINKEL, *Aspects of Violence. A Critical Theory*, Palgrave, London, 2010, p. 84 e ss.; W. HAMACHER, *Affirmative, Strike*, in *Cardozo Law Review*, 13, 1991, pp. 1133-57; nonché, infine, i numerosi contributi raccolti in M. PONZI, B. WITTE, *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, Nino Aragno, Torino, 2006.

⁵² W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., p. 91. Riprendendo a tal proposito quanto detto in G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 72, pensare la connessione irriducibile che avvicina diritto e violenza «è la premessa necessaria, e ancor oggi insuperata, di ogni ricerca sulla sovranità».

guono fini ‘ingiusti’), per il diritto positivo essa è, al contrario, un «risultato storico» che legittima la posizione del più forte nella sua attività di conformazione e di istituzione del diritto sovrano.⁵³ Ma proprio per questo, scrive Benjamin, «occorre trovare un punto di vista al di fuori della filosofia del diritto positivo, ma anche al di fuori della filosofia del diritto naturale».⁵⁴ Occorre, in altre parole, svolgere un’analisi più sottile, più istituzionale, ma allo stesso tempo anche più *corpuscolare* e sociale della ‘violenza’. Non è un caso, d’altronde, che proprio questo termine, laddove restituito al suo originario corrispondente tedesco, intersechi una polisemia di significati che valgono già di per sé ad evidenziarne la sorprendente ambivalenza strutturale. *Gewalt*, infatti, può voler dire tanto “forza”, quanto “potere legale”, quanto infine “autorità legittima”. Ecco perché deve esistere qualcosa *di più*, secondo Benjamin, rispetto al semplice contrapporsi di giusnaturalismo e di giuspositivismo; qualcosa, in altri termini, che interroghi la dinamica del diritto a partire dalla sua ambivalente eccedenza semantica, per puntare fin nella più arcaica conformazione genetica.⁵⁵

Nelle brevi ma dense riflessioni del saggio, il problema cruciale del rapporto tra ‘diritto’ e ‘forza’ appare tratteggiato in termini di lotta per il *monopolio* di una ‘forma-formante’ (la violenza, appunto), autonomamente in grado di frantumare l’edificio friabile dell’ordine costituito. Il

⁵³ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., pp. 92-3.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 94.

⁵⁵ Sui molteplici significati del termine *Gewalt*, cfr. già F. JESI, *Esoterismo e linguaggio mitologico. Studi su Rainer Maria Rilke*, Quodlibet, Macerata, 2002, p. 29. Come dirà Jacques Derrida, il nodo cruciale attorno a cui Benjamin costruisce la propria riflessione è quello del «fondamento mistico» dell’autorità, ossia il segreto che si raccoglie attorno al suo momento sorgivo, a quell’occulta relazione che collega *legge, autorità e violenza*. Qui si gioca davvero l’*arcano* del diritto, ossia quel processo di scrittura e di ri-scrittura performativa del fondamento nelle forme della pratica violenta sulla vita e sulla morte. Come si vedrà proprio riguardo alla riflessione benjaminiana sulla pena di morte, è la trasgressione della legge a rendere manifesta la forza stessa della legge, ed a convocare, disvelandole, le forze sopite che l’hanno prodotta. Cfr. in tal senso, F. GARITANO, «In nome della legge», in J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., pp. 7-44. Come scrive anche M. STRAZZERI, *Walter Benjamin e la funzione della violenza nella creazione giuridica*, cit., p. 18, in gioco vi è una vera e propria critica dello Stato, finalizzata ad aggredire «il suo fondamento reale (la forza) e la sua maschera legittimante (il diritto) disvelando la loro mutua implicazione, sia per quanto riguarda l’origine della forma giuridica (violenza che crea il diritto) che la sua vigenza (violenza che conserva il diritto)».

diritto considera invero la violenza ‘pura’, ossia non mediata da meccanismi intermediatori, già come una prima forma di *minaccia* nei confronti dell’ordinamento statale stesso. Tale contestazione, come è evidente, non si spinge però nei confronti di *ogni* possibile impiego della violenza, ma appunto soltanto verso quella che, potenzialmente riottosa, giace nelle mani di un qualsiasi individuo isolato, o tenda al contrario a strutturarsi gerarchicamente in opposizione alla forza legittima dello Stato.⁵⁶ La violenza *contra legem*, la sua «mera esistenza al di fuori del diritto»⁵⁷, come dice Benjamin, è un qualcosa che *inquieta* e mette in crisi *in primis* l’esistenza stessa della compagine statale. Ciò è tanto più vero proprio qualora essa sperimenti un processo di agglutinamento e di consolidamento progressivi finalizzati al rovesciamento sovversivo dell’ordinamento costituito.

Il diritto di sciopero, ad esempio, è un piccolo ma significativo indizio – una misura, si direbbe, di segno *opposto* – di questo eclatante timore statale. Per la paura che le rivendicazioni sindacali si trasfigurino brutalmente nelle tinte feroci di una lotta di classe finalizzata ad imporre la propria autonoma forma di diritto, la potestà statale rinuncia a vietarne la cittadinanza. Concedendo volontariamente la libertà di arrestare *tout court* il processo produttivo, lo Stato agisce con l’intento più complessivo di scongiurare qualunque esacerbazione ulteriore delle proteste violente.⁵⁸

Un ulteriore esempio addotto da Benjamin e concernente una delle forme più acute di violenza istituzionale è rappresentato dalla pratica ‘bellica’, che per il pensatore tedesco appare quasi come la naturale prosecuzione del conflitto scaturente dalla classe operaia organizzata. La violenza bellica è «originaria e archetipica» rispetto al diritto perché determina la genesi dei corpi politici così come la loro dissoluzione, tanto da comparire, pur se in forma più corpuscolare ed (apparentemente) innocua,

⁵⁶ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 70.

⁵⁷ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., p. 96.

⁵⁸ F. CASSINARI, *Legalità e pacifismo*, cit., p. 648; M. TOMBA, *Walter Benjamin: di che cosa la “violenza divina” è il nome?*, cit., pp. 41-2. Evidente, qui, l’influsso che Georges Sorel (più volte citato nel saggio) ha esercitato su Benjamin, in particolare con il suo *Considerazioni sulla violenza* (1908), in cui vengono distinte due diverse forme di sciopero: quello generale politico e quello generale proletario.

già nelle fortunate gesta del «gran criminale».⁵⁹ Quest'ultimo – una sorta di figura di costume, per metà appartenente al regno quotidiano della malavita e per l'altra all'immaginario mitico popolare – fa ancora trasalire con un *fremito di ammirazione* la coscienza collettiva del popolo, proprio «come faceva nelle epoche primitive», poiché rimanda all'*origine* della sovranità, all'azione imperturbabile di un soggetto che si mostrava il detentore ultimo della violenza. Un individuo, in altri termini, che in un passato non troppo remoto recava ancora su di sé «le stimate del legislatore o del profeta».⁶⁰ Da ciò, dunque, l'*ambiguità* del diritto, che risponde ad ogni minaccia attraverso gli obblighi di leva, ossia con una violenza conservatrice uguale, ma di valore opposto, che si innerva per mezzo di meccanismi istituzionalmente predisposti ai fini della difesa concreta dello Stato.

Vi è, tuttavia, un preciso passaggio nel testo di Benjamin in cui il meccanismo della *Gewalt* si iscrive definitivamente (e forse con ancor più nettezza) nella *genesì* del diritto. Trattando a proposito della pena di morte e delle critiche che nel corso del XIX e XX secolo essa ha sollevato, Benjamin suggerisce che la contestazione radicale di questo istituto non conduce affatto ad una disapprovazione della semplice misura penale, o delle leggi particolari dettate in tema di detenzione carceraria, bensì verso «il diritto stesso nella sua origine».⁶¹ Esso, infatti, per mezzo di quella sovranità sulla *vita* e sulla *morte* che costantemente si trova ad esercitare per mezzo della potestà suprema di infliggere salvezza o sacrificio, inizio o termine all'esistenza, riafferma regolarmente se stesso di contro a potenziali contraddizioni interne. Attraverso questo processo, il diritto giunge ad inscrivere tanto la propria *origine*, quanto il proprio *destino* nelle forme terribili di una prassi mortifera e gestionale, nel sangue ver-

⁵⁹ Ha potuto parlare in effetti di «guerre costituenti», L. BONANATE, *Ordine internazionale: fondamenti di relazioni internazionali*, Jaca Book, Milano, 1995, p. 55, indicando con tale espressione quel 'conflitto-fonte' (tanto del diritto, quanto dell'ordine mondiale) a cui «tocca di dettare il contenuto della costituzione materiale che si estenderà a tutta la comunità internazionale» (*ibid.*, p. 55).

⁶⁰ Così, J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., p. 108. In questo senso si può dire sulla scorta delle riflessioni di Derrida e Benjamin, che il 'gran criminale' è *consustanziale* alla legge, poiché per l'appunto rimanda archetipicamente al suo essenziale momento gius-genetico, ossia alla presenza fondatrice e marcante della forza assoluta.

⁶¹ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, cit., p. 102.



sato e nel potere conquistato. È per queste ragioni, aggiunge Benjamin con un' enfasi quasi espressionistica, che esiste allora «un che di marcio nel diritto»⁶²: esso attiene precisamente alla sua *violenta* ed *ambigua* instaurazione, alla sovrana e tirannica prassi di dominio, di cui ancora oggi, seppur in modo apparentemente distratto o trasfigurato, è possibile divenire diretti testimoni. La legge appare in una luce tanto oscura e indefinibile proprio perché incista la questione del sangue e della morte fin nei più basilari istituti di diritto privato (come gli accordi tra privati ad esempio, o il contratto, o la proprietà) e pur dando l'impressione, apparentemente innocua, di situarsi *al di fuori* di qualsiasi esito violento, ciononostante continua a mantenere, in modo surrettizio e latente, la forza brutta alla radice del suo stesso operare. È proprio a partire da tali premesse che Benjamin introduce il discorso sulle negoziazioni di diritto privato. Il contratto giuridico, si può leggere,

per quanto possa esser stato stipulato pacificamente dai contraenti, porta comunque in ultima analisi ad una possibile violenza. Infatti conferisce ad ogni parte il diritto di ricorrere alla violenza contro l'altra, in qualche maniera, qualora dovesse violare il contratto. Non soltanto: come l'esito, così anche l'origine di ogni contratto rimanda alla violenza. Non occorre che sia immediatamente presente in esso nel porre il diritto, ma vi è rappresentata (*vertreten*), nella misura in cui il potere che garantisce il contratto giuridico è a sua volta di origine violenta, quando addirittura non venga immesso in conformità al diritto in quello stesso contratto con la violenza.⁶³

La legge è allora *coessenziale* alla violenza a partire dagli stessi presupposti che animano il semplice (ed apparentemente innocuo) diritto privato, ossia la volontà e la libertà economica individuali. Ed è davvero stupefacente qui il gesto compiuto da Benjamin, che con un solo tratto di penna riesce a congiungere (quasi genealogicamente) la violenza della pena di morte con il contratto tra privati, ossia il massimo della durezza giuridico-penale con lo strumento principe di regolazione degli affari economici, così come ampiamente diffuso nel modello borghese ottocen-

⁶² *Ibid.*, p. 105.

⁶³ *Ibid.*, p. 105.



tesco del capitalismo. Per questo, chiosa ancora lapidariamente Benjamin, «[s]e scompare la coscienza della presenza latente della violenza in un istituto giuridico, questo decade». Senza violenza non potrebbero esserci né contratti, né clausole aventi *forza di legge* tra privati, né istituzioni o Stati, esattamente come nella Repubblica di Weimar – il particolare periodo storico contemporaneo alla scrittura di questo saggio – non esistevano più *parlamenti* degni di questo nome, ma soltanto camere collegiali ridotte all'ombra di loro stesse, incapaci alla radice di qualunque effettiva decisione politica, perché troppo indaffarate ad imbastire sterili discussioni in forma di fiacchi compromessi governativi. È il *senso* della violenza, in breve, che per Benjamin non deve mai mancare: soltanto il suo *ricordo* quale origine costituente della legge può dare *forza* alla legge stessa.

Sta dunque qui la funzione principe della violenza nell'opera di posizione del diritto: duplicemente scandita dal costruire e dal distruggere, dall'istituire e dal destituire, dalla violenza che *pone* e da quella che *conserva*, essa si incardina infine nel «diritto pubblico», ove si materializza come fenomeno originario di posizionamento dei confini e fissazione delle gerarchie:

[...]a critica della violenza è la filosofia della sua storia. [...] Uno sguardo indirizzato solo a ciò che è più prossimo è in grado al massimo di rivelare un saliscendi dialettico nelle configurazioni della violenza che pone e conserva il diritto. La cui legge di oscillazione si fonda sul fatto che ogni violenza che conserva il diritto, alla lunga indebolisce indirettamente la violenza che lo pone, che in essa è rappresentata (*repräsentiert*), attraverso la repressione delle controviolenze nemiche. [...] Ciò dura finché non vincono nuove violenze, oppure le violenze prima represse si affermano su quella che finora ha posto il diritto e di qui fondano un nuovo diritto fino a una nuova decadenza. Sull'interruzione di questo circolo nell'incantesimo delle forme mitiche del diritto, sulla deposizione del diritto insieme alle violenze cui questo è rimesso come queste ad esso, da ultimo cioè sulla potestà statale, si fonda una nuova epoca storica.⁶⁴

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 119-20.

Se il diritto non è altro che consolidazione ciclica della violenza, esso può prodursi tanto a livello interno (come scontro politico o rivolgimento rivoluzionario), quanto a livello esterno (come creazione o modificazioni dei confini). In questa operazione ancestrale che da sempre marca l'agire dei popoli, Benjamin intravede l'ordine *destinale* del diritto: quel fenomeno originario di formazione della sovranità statale che è congiunto con la creazione di un destino di inclusione o di esclusione, di accettazione o di espulsione di chi giace al di là di tali frontiere.⁶⁵ Qui sta l'origine del *mito* e della violenza.⁶⁶ O meglio: qui sta l'origine del diritto quale incarnazione moderna di un potente *residuo*. In esso «risiede l'atavico perpetuarsi del potere del mito», il triste intrecciarsi di colpa, esistenza e infelicità.⁶⁷ La vita immortale del diritto ha permesso alla sua tenaglia di sottrarsi all'esaurimento dei millenni, fino a rendersi presenza viva e attiva alle soglie della modernità. Simmetricamente, la potenza del mito, il suo essere narrazione 'sempre uguale' di un determinato evento, si insinua nell'agire stesso del diritto, estendendone e potenziandone il raggio d'azione.⁶⁸

Se, nel seguire il tracciato predisposto da Benjamin, il movimento archetipico della legge può dirsi il disegno di una *ellissi*, nello scorrere dialettico dal primo al secondo dei due fuochi immaginari, la violenza del diritto riproduce incessantemente quello strano 'incantesimo', quell'alternanza di creazione e di distruzione, di istituzione e di de-stituzione che non può non dirsi il marchio autentico, la struttura genetica del

⁶⁵ Per queste suggestioni, cfr. M. TOMBA, *Walter Benjamin: di che cosa la "violenza divina" è il nome?*, cit., pp. 22-3.

⁶⁶ Come ricorda Benjamin nei suoi *Passages*, «[l]'essenza dell'accadere mitico è la ripetizione» e, poco prima, «[l]'eterno ritorno è la forma *fondamentale* della conoscenza storico-originaria, mitica (mitica appunto perché non riflette)» (in W. BENJAMIN, *Opere complete*, IX, I «*passages*» di Parigi, Einaudi, Torino, 2000, pp. 128-9).

⁶⁷ Per queste riflessioni, cfr. quanto efficacemente sostenuto in L. FEDERICI, *Genealogia della violenza e ideocrazia in Walter Benjamin*, cit., p. 143 e ss.

⁶⁸ Come scrive ancora L. FEDERICI, *Genealogia della violenza e ideocrazia in Walter Benjamin*, cit., p. 143: «[i]l diritto, estendendosi nel corso dei secoli, ha permesso al fiume carico del mito di mantenersi e sfociare nella modernità; il suo ambito è quello del magnetismo della *Mythologie*. Lungi dall'essere quel luogo che rescinde i legami con le indefinite forme dell'ancestrale, *Recht* per Benjamin viene ad indicare la concretizzazione normativa di quel *Schuldzusammenhang* che costituisce la cifra della condizione mitica».

nómos. Essa è semplicemente una funzione dei rapporti di forza, una “altalena dialettica” dei conflitti e dei processi storici, che secondo il pensatore tedesco si duplica da sempre fin dall'*origine* di ogni meccanica giuridico-politica di fondamento della legge.⁶⁹ Questa origine, nuovamente, non è affatto il riapparire di un remoto ancestrale, bensì la sua *cifra consueta*. Come scrive Jacques Derrida, essa è davvero «un silenzio murato nella struttura violenta dell'atto fondatore»⁷⁰, una sostanza *mistica* che si insinua al cuore di qualsiasi istituzione. Presentandosi inaspettatamente nella ricorrenza del caso 'serio' o, ancora, nell'improvviso mutamento rivoluzionario, il fondamento ultimo si rivela proprio per la sua non-fondazione, ossia per quella «*decisione eccezionale* che non appartiene ad alcun *continuum* storico» ma che al contrario spezza, in un gesto eccedente, la *routine* sclerotizzata della burocrazia statale. Per mezzo di essa, la creazione di un nuovo diritto si produce nella *rappresentazione* offuscata ed indistinguibile delle due violenze, inscrivendo così «l'iterabilità nella originarietà»⁷¹ e «la ripetizione al centro dell'originario».⁷² La forza-di-legge è precisamente questo elemento indeterminato, questo dispositivo 'mistico' che «può essere rivendicato tanto dall'autorità statale [...] che da un'organizzazione rivoluzionaria»⁷³; in quanto tale, esso fluttua spettralmente nelle dinamiche di creazione e costituzione dei corpi politici come un'entità che *sta fuori* e che purtuttavia *appartiene* allo stesso regno della legge.

È forse in questo senso che va colto, allora, il vero *paradosso* dell'ordine costituito: ammettendo la violenza quale genesi del giuridico, esso ospita al suo interno un vero e proprio dispositivo di auto-affondamento che è «in logico contrasto con la sua aspirazione ad essere regolazione stabile di una comunità»⁷⁴; in breve, una forza 'anomica' che «fa vivere la costituzione in una situazione di perenne emergenza», minacciando di

⁶⁹ F. CASSINARI, *Legalità e pacifismo*, cit., p. 652 e ss.

⁷⁰ J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., p. 63.

⁷¹ *Ibid.*, p. 109.

⁷² *Ibid.*, p. 106.

⁷³ Così G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 52, che proprio per queste ragioni propende per disarticolare il concetto di 'forza' dal suo ancoraggio necessario alla parola 'legge'.

⁷⁴ G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 2004, p. 527.

farla «improvvisamente cadere senza avere strumenti giuridici di difesa». ⁷⁵ Il ‘paradosso’ dell’iterabilità della violenza impone infatti che «l’origine debba originariamente ripetersi e alterarsi per valere *come origine*, cioè per conservarsi». ⁷⁶ Per questo il destino della legge è l’*eterno ritorno* della violenza. ⁷⁷ Essa è ‘oscena’ e va di conseguenza occultata, mascherata, perché ingloba al suo interno lo *scandalo* puro di una totale illegalità, la ‘filosofia della storia’ di una continuità violenta che si svolge ininterrottamente nel corso brutale delle epoche. ⁷⁸

Solo qualche anno dopo la scrittura del breve *Per la critica della violenza*, Benjamin ultimerà uno dei suoi più importanti lavori: *Il dramma barocco tedesco* (1926). In un denso paragrafo incluso nell’introduzione del saggio, il pensatore tedesco si soffermerà ancora una volta sul significato (e sulla funzione) del termine ‘origine’:

[L]’origine, pur essendo una categoria pienamente storica, non ha nulla in comune con la genesi [*Entstehung*]. Per «origine» non si intende il divenire di ciò che scaturisce, bensì al contrario ciò che scaturisce dal divenire e dal trapassare. L’origine sta nel flusso del divenire come un vortice, e trascina dentro il suo ritmo il materiale della propria nascita. ⁷⁹

Come ha avuto modo di chiarire da ultimo Giorgio Agamben, per Benjamin l’origine «cessa di essere qualcosa che precede il divenire e resta separato dalla cronologia» ⁸⁰; essa, al contrario, è *contemporanea* al processo storico, ne accompagna il succedersi cronologico e per questo,

⁷⁵ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, CEDAM, Padova, 1995, p. 79.

⁷⁶ J. DERRIDA, *Forza di legge*, cit., p. 113.

⁷⁷ M. STRAZZERI, *Walter Benjamin e la funzione della violenza nella creazione giuridica*, cit., p. 20.

⁷⁸ In questi termini, cfr. F. GARRITANO, «*In nome della legge*», cit., p. 23. Che la violenza non sia lo specchio di un agire remoto o anacronistico, ma rappresenti al contrario il linguaggio attuale (e perenne) dell’antagonismo sociale è considerazione che si ritrova anche nelle penetranti riflessioni di M. MAFFESOLI, *Essais sur la violence banale et fondatrice*, Librairie des Méridiens, Paris, 1984, p. 12 e ss.

⁷⁹ W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, Einaudi, Torino, 1999, p. 20.

⁸⁰ G. AGAMBEN, *Il fuoco e il racconto*, Nottetempo, Roma, 2014, p. 63.

proprio in quanto *arché*, ne diviene «un *a priori* storico»⁸¹, una sostanza vivente che resta iscritta nella stessa tramatura e nella stessa immanenza temporale. Orientandosi verso un contesto più spiccatamente giuridico-politico, ben diversamente dall'approccio di Schmitt – parimenti orientato allo sguardo sull'abisso del 'politico', ma teso salvificamente alla ricerca di un principio d'ordine – Benjamin pensa la vorticosità delle forme e delle istituzioni in una cattura 'fuori dal dominio della storia' ed, allo stesso tempo, nell'orizzonte destinale della contingenza pura.⁸² Per questo, sempre secondo Benjamin, «l'originario non si dà mai a conoscere»: nel suo doppio movimento che collega come un elastico il passato al presente, esso giace «come qualcosa di imperfetto e di inconcluso», come una traccia della preistoria pronta a re-inscrivere però nelle pieghe del presente. È in tale circostanza che nasce, propriamente, il c.d. «compito dello studioso»: un approccio orientato alla consapevolezza del «marchio d'origine nei fenomeni», di quella scoperta costante prodottasi in un'esplorazione intellettuale che disveli «la dialettica [...] intrinseca all'origine». Solo questo gesto può, forse, far emergere come «l'unicità e la ripetizione si condizionino l'un l'altra».⁸³ E solo in questo modo, come ha di recente suggerito Giacomo Marramao, l'*Origine (Ursprung)* in Benjamin potrà dirsi costantemente *unerfüllt* e *unerfüllbar*: insatura e insaturabile.⁸⁴ Se vi è davvero una *contingenza* dell'*arché*, un vortice archetipico onnipresente che inghiotte le macerie del moderno per restituirne lo scheletro decomposto, allora esso vede proprio nel *diritto* la sua più eclatante apertura.

In quella sorta di invincibile principio di necessità scandito dal ritmo lento di una coazione a ripetere, questa '*tautologia*' del violento si profila dunque nel suo fulgore abbagliante. Una tautologia che vede nella peregrinazione immortale e nell'incedere inesauribile della forza lo srotolarsi ostinato della storia dei popoli.⁸⁵

⁸¹ *Ibid.*, p. 63.

⁸² Accenna alla differenza Schmitt-Benjamin relativamente al tema specifico dell'*origine*, C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., pp. 50-2.

⁸³ Per tutte le citazioni riportate, W. BENJAMIN, *Il dramma barocco tedesco*, cit., pp. 20-1.

⁸⁴ Così G. MARRAMAIO, *Sulla teologia politica 'post-religiosa' di Walter Benjamin*, in M. PONZI, B. WITTE (a cura di), *Teologia e politica*, cit., p. 37.

⁸⁵ Sulla '*tautologia*' della violenza in Benjamin, cfr. ancora L. FEDERICI, *Genealogia della violenza e ideocrazia in Walter Benjamin*, cit., p. 148.

4. *Recht*

L'esito della riflessione benjaminiana sul 'politico' e sulla legge può evidentemente essere accolta come il prodotto più tipico di un pensiero "eterodosso" e "marxista", a tratti tendente verso l'esaltazione rivoluzionaria, a tratti di stampo messianico, a tratti ancora inaspettatamente più vicina alle posizioni cattoliche e conservatrici di un Carl Schmitt.⁸⁶ Eppure, ci si potrebbe parimenti domandare verso quali altri autori, soprattutto di scuola più tradizionalmente giuridica, Benjamin possa aver rivolto la propria attenzione.

È stato di recente suggerito che esisterebbe tanto a livello concettuale, quanto più strettamente a livello terminologico e lessicale, una singolare vicinanza tra le posizioni del filosofo tedesco e quelle, di pochi anni anteriori, del giurista Rudolf von Jhering, così come espresse in una delle sue più celebri opere⁸⁷: curiosamente, infatti, anche per Jhering diritto (*Recht*) e forza (*Gewalt*) appaiono congiunti da una stringente affinità genetica.⁸⁸ Nel suo *Lo scopo nel diritto* (1877), il giurista tedesco ha cura di delineare alcuni di quegli insegnamenti elementari

⁸⁶ Su tutti questi aspetti, cfr. la postfazione di M. PALMA, *Benjamin scrittore politico*, in W. BENJAMIN, *Scritti politici*, cit., p. 327 e ss.

⁸⁷ Cfr. A. HONNETH, *Saving the Sacred with a Philosophy of History. On Benjamin's "Critique of Violence"*, in ID., *Pathologies of Reason. On the Legacy of Critical Theory*, Columbia University Press, New York, 2009, p. 103 e ss.: «[a]bove all, Benjamin must have engaged intensively with a work of legal theory that today enjoys a legendary reputation, even if it is mentioned neither in his letters nor in his works. I refer to the two-volume *Der Zweck im Recht* [*The End in Law*] (first edition 1877, second edition 1884), in which Rudolf von Jhering sought to establish a foundation for legal theory».

⁸⁸ Sull'importanza fondamentale di questo mutamento di prospettiva rispetto alle due scuole giuridico-filosofiche classiche del XIX secolo (vale a dire, il *diritto naturale* di ispirazione razionalistico-francese, da un lato, e la *scuola storica* di Von Savigny nella sua declinazione romantico-tedesca, dall'altro) cfr. le parole di M.-P. COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 55, 1957, p. 610: «Jhering est l'un de ces penseurs qui marquent une rupture dans l'histoire des idées, et qui remettent en question la façon même d'aborder les choses. Quand il définit le Droit comme étant la politique de la force, quand il affirme que ce n'est pas au nom de la vérité mais à la lumière du but à atteindre qu'il faut considérer le Droit, il n'ajoute pas seulement une conception à d'autres conceptions, il rompt, selon ses propres paroles, avec toute une tradition du Droit et de la philosophie, il pose les questions fondamentales qui continuent de nous agiter aujourd'hui».

che costituiranno, in pratica, l'appoggio per le sapide considerazioni benjaminiane.⁸⁹

Per Jhering, la forza sta semplicemente nell'ordine naturale dell'esistente, tanto da appartenere sia a corpi *animati*, sia a quelli *inanimati*. Se per questi ultimi essa si dà solo metaforicamente, come ad esempio è il caso della 'forza' di un terremoto o per quella di un ciclone, per i primi essa è finalizzata invece ad un obiettivo ben preciso, vale a dire alla «conservazione e [al]la difesa della propria vita».⁹⁰ È da questa basilare e millenaria suggestione che il giurista tedesco concepisce e deriva la funzione del diritto in seno alla comunità: esso nasce per tutelare reciprocamente i singoli dalla violenza intestina ed, allo stesso tempo, per costituirne un argine futuro. Eppure, se «[f]in dalle origini, l'uomo avrebbe sentito (ed il suo innato senso del diritto glielo avrebbe insegnato) che diritto e forza sono inconciliabili e che la forza deve sottomettersi al diritto», tuttavia, «questo quadro non è che la proiezione nel passato delle nostre idee odierne».⁹¹ Attraverso quella rappresentazione antropologicamente 'pessimistica' che, in qualche modo, può aver influenzato anche Benjamin, Jhering ritiene che l'*egoismo*, scandito a sua volta dalle molle della

⁸⁹ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto* (a cura di M.-G. Losano), Einaudi, Torino, 1972. La bibliografia disponibile su questo Autore è oramai semplicemente sterminata, tanto che qualunque opera di ricognizione complessiva risulta in sé alquanto difficoltosa o, peggio, difettosa; si segnaleranno, di conseguenza, i contributi ritenuti maggiormente rilevanti. Tra tutti, valgano i classici di F. WIEACKER, *Rudolph von Jhering*, Stuttgart, 1968 e ID., *Storia del diritto privato moderno*, II, Giuffrè, Milano, 1980, p. 150 e ss.; in aggiunta, K. LARENZ, *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966, pp. 17 e ss., 58 e ss.; E. PARESCHE, voce *Jhering Rudolf (von)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, UTET, Torino, 1962, p. 151 e ss.; F. STURM, *Rudolf von Jhering: scienza ed insegnamento del diritto romano*, in *Studi Senesi*, LXXXIII, 1971, p. 23 e ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Jhering e 'Lo spirito del diritto romano'*, in *Quaderni fiorentini*, XXI, 1992, p. 177 e ss.; C. VANO, *Il 'Grand Tour' del giurista. Spunti per una riflessione sull'Italia di Rudolf von Jhering*, in *Index*, XXIII, 1995, p. 193 e ss. Sullo specifico tema della 'forza' quale anima del diritto, si vedano D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 39 e ss.; M. RICCIARDI, *Tra violenza e norma. Rudolf von Jhering e il diritto della società*, in *Giornale di storia costituzionale*, 18/II, 2009, pp. 111-32; M.-P. COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, cit., pp. 609-31; F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, CELUP, Palermo, 1974, pp. 23-50.

⁹⁰ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 177.

⁹¹ *Ibid.*, pp. 182-3.

ricompensa e della coercizione, abbia dettato la storia delle dominazioni dell'uomo sui proprio simili, fino al punto che il diritto stesso, nella sua funzione di conservazione dell'ordine sociale, ne sarebbe divenuto la risultante istituzionale più nitida.⁹² In questo senso «[l]a forza non si ritira [...] per far posto al diritto, ma conserva immutata la sua posizione, aggiungendovi soltanto il diritto come elemento accessorio».⁹³ In altri termini essa è un'istanza *latente*, che in quanto tale assurge a 'forza giusta', o meglio a forza *legale*. Per questo il diritto non include alcuno scopo di giustizia, non è «quanto di più elevato vi sia al mondo, [...] ma è soltanto un mezzo diretto ad un fine, ed il suo fine ultimo è l'esistenza della società». In ciò, nell'essere semplice mezzo di *organizzazione* della violenza, il diritto assurge icasticamente a «politica della forza».⁹⁴

Attraverso questa posizione teoretica e giusfilosofica, di notevole rottura rispetto all'intera tradizione precedente, Jhering di fatto contribuisce a delineare uno studio 'genealogico' del diritto *avant la lettre*, se così si può dire. Ciò ad esempio appare quando egli ha cura di ricordare, del tutto esplicitamente, che «[a]nche nel diritto [...] non si può né si deve negare alla scienza di far oggetto della propria ricerca lo stato embrionale del diritto».⁹⁵ Lo stato 'embrionale' di cui qui si discute (e che sorprendentemente il giurista tedesco porta così nitidamente alla luce) è, ancora una volta, quella commistione di principio e violenza, di fondazione e comando che sta all'origine di ogni istituzione. Ed è precisamente nel trarla fuori dal tempo con un gesto che, quasi eternizzandola, ne fa una sorta di legge di necessità, che Jhering cerca ancora una volta di dare un senso all'ambigua parola 'diritto': avvinghiandola alla struttura concreta di ogni ordinamento giuridico, egli ne raccoglie la polisemia ineludibile così come scandita nell'anfibologia del termine *Gewalt*.⁹⁶

⁹² F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, cit., p. 39; D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, cit., p. 56.

⁹³ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 184.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 184.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 176.

⁹⁶ Anzi: a dar fede a D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, cit., p. 130, per Jhering «la *Gewalt* non solo esiste prima del diritto, ma è essa ed essa sola che lo consacra». Da ciò la conclusione dell'Autore, secondo cui «[è] evidente allora che, per Jhering, l'attenzione è rivolta più alla *Gewalt* che allo stesso *Recht*. Più esattamente, il problema si sposta da un'indagine formale, propria del positivismo giuridico, cioè dall'indagine intorno alla

Ma c'è di più. Il diritto diviene, per Jhering, tanto *poco* essenziale rispetto al più imperioso dominio della violenza che, qualora colto nell'impossibilità funzionale di assistere la società e di conservarne le basi elementari, è la violenza stessa ad intervenire per «compiere ciò che è necessario». Precisamente in questo modo, infatti, «nella vita dei popoli e degli stati prende [...] forma lo stato di emergenza».⁹⁷ Tale istituto, contraddistinto come è noto dal *cedimento* del diritto a favore della forza militare, e che come lo stesso Jhering ha cura di far notare possiede precise tracce nella storia del diritto romano arcaico, nonostante appaia certamente condannabile sul piano della moralità pubblica, è purtuttavia una «valvola di sicurezza», un dispositivo salvifico che consente allo Stato «di far fronte alle necessità senza violare il diritto».⁹⁸ Colpi di stato e rivoluzioni giacciono sicuramente in una sfera politica che sta *oltre* la sfera del diritto; eppure, suggerisce il giurista tedesco:

al di sopra del diritto è la vita; e se la situazione concreta è quella da noi ipotizzata – cioè una situazione di emergenza politica riducibile all'alternativa: o il diritto o la vita – non vi possono essere dubbi sulla decisione da prendere: la forza sacrificherà il diritto per salvare la vita.⁹⁹

Se l'ipotesi di una vicinanza intellettuale tra Jhering e Benjamin ha un senso, difficile allora non rilevare l'eco profondissima che queste parole possono aver suscitato nel filosofo tedesco. Dalla ricorrenza dello stato di eccezione all'apprezzamento politico delle rivoluzioni, dal vocabolario della *Gewalt* all'idea della *vita* – quasi 'nuda' vita, verrebbe da dire – come istanza superiore (ed allo stesso tempo co-implicata) nei più salienti istanti politici. Ebbene, da tutto ciò non può non emergere come l'intero complesso di questi elementi cooperi riversandosi in blocco verso una visione del diritto che frantuma le vecchie dicotomie e che fa della

validità e alla certezza del diritto, a un'indagine contenutistica, intorno all'efficacia del diritto, alle norme come sono effettivamente applicate mediante la forza, che è nello stesso tempo, produttrice del diritto».

⁹⁷ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 185.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 185.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 185.

sua struttura una perenne *nudità*.¹⁰⁰ Ma è in un altro passaggio, in un modo se possibile ancor più netto, che la riflessione di Jhering sembra congiungersi tanto potentemente con quella di Benjamin, giungendo a saldarsi attorno al comun denominatore della violenza quale materia bruta *ab origine* inclusa ed accomodata nelle forme del diritto. Come si può leggere in un denso paragrafo relativo alla meccanica sociale della coercizione:

[i]n questo senso non ho vergogna di tessere l'elogio della forza, abbandonando così la tradizionale concezione giuridica e giusfilosofica. [...] In caso di necessità, la forza può esistere senza il diritto e ne ha pure fornito la prova concreta. Il diritto senza la forza è invece un nome privo di realtà, poiché soltanto la forza, realizzando le norme del diritto, fa del diritto ciò che esso è e deve essere. Mi piacerebbe sapere in che modo il diritto avrebbe potuto fondare il suo regno, se la forza non gli avesse aperto la strada, piegando con pugno ferreo le volontà contrastanti ed abituando gli uomini alla disciplina ed all'obbedienza. Esso avrebbe costruito sulla sabbia. [...] Uno degli errori fondamentali della nostra concezione dominante del diritto mi sembra essere l'aver troppo trascurato non solo l'elemento ideale del suo contenuto concettuale, ma anche l'elemento reale dell'energia personale. [...] Il diritto non può fare a meno dell'energia individuale. [...] Anche se col passare del tempo l'energia individuale assume forme sempre più compatibili con l'ordinamento giuridico, anche in una situazione regolata dal diritto si verificano casi in cui questa energia rifiuta obbedienza al diritto e – fattasi nuda forza tanto dell'apparato statale (nei colpi di stato) quanto del popolo (nelle rivoluzioni) – compie la medesima

¹⁰⁰ Sulla *nudità* del diritto così come palesata nel momento in cui si confrontano le spinte arcaiche della violenza e della forza, cfr. le penetranti riflessioni di Y. MICHAUD, *Violence et politique*, Gallimard, Paris, 1978, p. 135: «[L]'apparition de la nudité du droit n'est rien d'autre que celle de la violence qui lui est consubstantielle. La violence le traverse de part en part: elle le fonde, le défend, et la change. Dans la phobie qu'il en manifeste, le droit dissimule que c'est d'elle qu'il vient et qu'elle est sa dernière ressource pur se maintenir. Le désenchantement du droit, l'apparition de ses rapport avec la violence ne peuvent déboucher que sur sa crise: traversé par la violence, il n'est plus le droit mas violence parmi les violences. C'est la fin de la transcendance du system répressif, où resurgit la possibilité d'une circulation sans fin de la violence».

opera che già compì costruendo per la prima volta l'ordinamento sociale: statuisce cioè il diritto.¹⁰¹

Se il diritto senza energia non è altro che mero *flatus vocis*, se l'ordinamento giuridico non può che erigersi sulla contrapposizione violenta di volontà contrastanti, allora la statuizione del diritto è, in realtà, l'espressione più pura della latenza insorgente della "nuda forza". Il fondamento del diritto è saturato precisamente dall'azione di una violenza che sta *oltre* il diritto stesso, e che tuttavia mira a determinarne l'azione nell'*immanenza* del suo destino. La fine di ogni trascendenza del fondamento sta nell'accettazione inespressiva del meccanismo delle dominazioni che ne scandisce il ritmo millenario. Norberto Bobbio esprimerà questa medesima idea con una caustica notazione: «[c]ome la grammatica è la regola del linguaggio e la moda del vestire, così il diritto è la regola della forza».¹⁰² Jhering, di fatto, sembra indicare precisamente questo punto: il diritto è «*le triomphe de la force*»¹⁰³, esso coincide con la forza, e si mantiene e si diffonde *solo attraverso* l'esercizio della stessa.

¹⁰¹ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., pp. 186-9.

¹⁰² N. BOBBIO, *Diritto e forza*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970, p. 126. Poche righe prima, del tutto similmente, può leggersi: «[s]e il diritto è l'insieme delle norme che regolano la coazione, o l'esercizio della forza, ciò significa che la coazione o la forza costituiscono la materia specifica delle norme giuridiche allo stesso titolo che il linguaggio è la materia specifica della grammatica». Tali argomenti verranno successivamente ripresi anche in N. BOBBIO, *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985, p. 77 e ss., ove si ricorderà il celebre passo di sant'Agostino [*De civitate Dei*, IV, 4] sul dialogo tra Alessandro Magno e il pirata: «Senza giustizia, che cosa sarebbero in realtà i regni, se non bande di ladroni? E che cosa le bande di ladroni, se non piccoli regni? Anche una banda di ladroni è, infatti, un'associazione di uomini, nella quale c'è un capo che comanda, nella quale è riconosciuto un patto sociale e la divisione del bottino è regolata secondo convenzioni primariamente accordate. Se questa associazione di malfattori cresce fino al punto da occupare un paese e stabilisce in esso la sua propria sede, essa sottomette popoli e città e si arroga apertamente il titolo di regno, titolo che le è assegnato non dalla rinuncia alla cupidigia, ma dalla conquista dell'impunità. Intelligente e verace fu, perciò, la risposta data ad Alessandro il Grande da un pirata che era caduto in suo potere. Avendogli chiesto il re per quale motivo infestasse il mare, con audace libertà, il pirata rispose: "Per lo stesso motivo per cui tu infesti la terra; ma poiché io lo faccio con un piccolo naviglio sono chiamato pirata, perché tu lo fai con una grande flotta, sei chiamato imperatore"».

¹⁰³ M.-P. COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, cit., p. 619.

Come già brevemente anticipato, la significativa posizione di rottura espressa da queste idee può apprezzarsi però solo alla luce della tendenza, del tutto contraria, fino ad allora dominante nella scienza del diritto ottocentesca. Per Savigny e Puchta, ad esempio, la formazione del diritto non è l'esito della contrapposizione violenta di due distinte volontà, ma, all'opposto, la gemmazione impercettibile e naturale di un *processo spontaneo*, di una sorta di sviluppo organico che procede dall'interno della società e dalla coscienza culturale del popolo (in questo caso, eminentemente tedesco). Il diritto non ha bisogno di alcuna lotta, di alcun combattimento per affermarsi: esso è animato prima di tutto da una «forza della verità che agisce silenziosamente, che si apre la strada senza sforzi violenti lentamente, ma con sicurezza».¹⁰⁴ Ciò che Jhering compie, pur ritenendosi orgogliosamente allievo di tali insigni maestri, è invece un drastico ribaltamento della *genealogia* del diritto nei suoi aspetti tanto gius-pubblicistici quanto gius-privatistici; una rivoluzione che si produce propriamente attraverso una considerazione 'polemica' del tema dell'origine e della sua diretta influenza sul regno del contemporaneo.¹⁰⁵ Rifiutando l'evoluzionismo spontaneo tipico della Scuola storica, Jhering accoglie invece la violenza dell'arcaico e del momento genetico della legge nel cuore stesso del diritto. Quest'ultimo, specularmente, diviene semplice autocontrollo della *Gewalt*, violenza originaria dei privati quale elemento sistemico e fondativo di ogni dominio del 'politico'.¹⁰⁶ Una

¹⁰⁴ R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi* (a cura di R. Racinaro), Giuffrè, Milano, 1989, p. 88.

¹⁰⁵ Cfr., in tal senso, le parole di F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, cit., p. 28, secondo cui il vero punto fermo di tutte le analisi del giurista tedesco attiene precisamente alla «risoluzione del problema della genesi del diritto». Sulla Scuola storica e sulla pandettistica, si vedano almeno A. MAZZACANE, voce *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, XXXI, Giuffrè, Milano, 1981, p. 592 e ss.; G. ORRÙ, voce *Pandettistica*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIII, UTET, Torino, 1995, p. 250 e ss.; ID., voce *Scuola storica del diritto*, *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XVIII, UTET, Torino, 1998, p. 197 e ss. Per l'incrocio tra la corrente culturale del romanticismo e quella della nascente Scuola storica tedesca, cfr. P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007; E. TROELTSCH, *Lo storicismo e i suoi problemi. Sul concetto di sviluppo storico e sulla storia universale*, II, Guida, Napoli, 1991, p. 69 e ss.; G. MORETTI, *Heidelberg romantica. Romanticismo tedesco e nichilismo europeo*, Guida, Napoli, 2002, p. 98 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. M. RICCIARDI, *Tra violenza e norma. Rudolf von Jhering e il diritto della società*, cit., p. 120 e ss.

dimostrazione eclatante che Jhering adduce in questo preciso senso è fornita, ad esempio, proprio dal caso della 'proprietà'. Anch'essa, con una suggestione che richiama le successive riflessioni di Carl Schmitt ed anticipa quelle di Benjamin, condivide il medesimo, duplice volto di Giano della legge. Lungi dall'essere soltanto una semplice manifestazione di diritto soggettivo, la proprietà va colta soprattutto come «processo sociale di appropriazione», come «esito costante di una lotta», in altri termini: come immagine doppiamente riflettente di 'violenza' e 'acquisizione', di 'lotta' e 'conquista'.¹⁰⁷

Solo in questo modo si può allora comprendere perché diritto e forza rimangano a tal punto co-implicati nel pensiero di questo autore. Nella sua fase genetica, così come in quella susseguente, per Jhering emerge già la *verità* del diritto, il suo essere mezzo per una violenza superiore, e come ancora si leggerà a proposito della condizione naturale della *sanzione*, «una norma giuridica senza coercizione giuridica è autocontraddittoria, è un fuoco che non brucia, una luce che non risplende». ¹⁰⁸ Ogni diritto, dalle società primitive fino a quelle attuali, è conquista della forza. ¹⁰⁹ Davanti alla placida noncuranza delle 'anime belle' che rimuovono *tout court* il problema della violenza credendo, al contrario, che il diritto sia semplicemente traffico ordinato delle incombenze e mero adempimento di contratti, Jhering ricorda invece che pensieri simili non appartengono che alla *naïveté* di una concezione romantica ed inconsapevole, ad una idealizzazione 'miticheggiante' che idolatra il passato facendone il regno della poesia dei popoli e dell'*epos*, ma che in realtà fraintende il presente

¹⁰⁷ In questo senso, R. VON JHERING, *La lotta per il diritto e altri saggi*, cit., p. 86; nonché, M. RICCIARDI, *Tra violenza e norma*, cit., p. 118.

¹⁰⁸ R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 233. Per questo, come può scrivere M.-P. COULOMBEL, *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Jhering*, cit., p. 615: «[L]a force, tout d'abord, maintient le Droit. [...] Mais la force fait davantage pour le Droit: elle est en réalité son principe même, l'élément premier de sa définition». In modo del tutto simile, anche F. VIOLA, *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, cit., p. 42, quasi richiamando le posizioni di Benjamin, fa notare come in Jhering «la forza gioc[hi] un ruolo di protagonista assoluta nella definizione del diritto in un duplice senso: sia in quanto forza che crea diritto sia in quanto forza oggetto del diritto».

¹⁰⁹ Così D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, cit., p. 41, che prosegue «[e]d ogni modificazione del diritto, che sia veramente una modificazione, che penetri, cioè, nel vivo dei rapporti sociali e che non sia puramente formale e tecnica, è sempre guerra contro interessi costituiti».

osservandolo proprio nella sua insignificante *routine* bagatellare.¹¹⁰ Ben al contrario, il culto della forza è qualcosa che appartiene tanto al passato, quanto al contemporaneo: è la cesura ed allo stesso la soglia che permette di cogliere la vera *lotta* per il diritto, la sua evoluzione e in modo sincronico ma inevitabile, la sua lenta dissoluzione. È qui, allora, che giace il vero «volto tragico della storia», lo sguardo declinante di chi ha compreso che il perenne dissidio interno al diritto si snoda non nel regno pacifico del *Volksgeist*, ma nella tensione inestinguibile di una lotta tra interessi contrapposti.¹¹¹

Certamente, resta forse da dire, quello adempiuto da Jhering è stato (ed è) un compito profondamente ‘ingrato’. Al dominio della ragione e della sua chiarezza riconciliante, alle immagini sognanti di un ideale arcadico innocuo perché fuori dal tempo e dalla storia, il giurista tedesco ha dovuto sovrapporre con tenacia, e forse con dolore, la preminenza del fattuale, l’esistenza cruda della *forza* nel suo opporsi incessante alla pace ed all’ordine. Nello sguardo degli antichi, egli può aver forse trovato un primo ed essenziale conforto, come quando al culmine dei suoi studi romanistici poteva scrivere che «[i]l mondo appartiene alla forza individuale, ciascuno reca seco il fondamento del suo diritto, egli deve difendersi da sé; ciò è la quintessenza del modo romano antico di comprendere la vita».¹¹² Se precisamente in tal senso gli antichi vedeva-

¹¹⁰ Cfr. I. PETRONE, *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania: analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza*, E. Spoerri Editore, Pisa, 1895, p. 47, che già poteva parlare di un «arcadico mitologismo» della Scuola storica.

¹¹¹ Parla di «volto tragico della storia» D. PASINI, *Saggio sul Jhering*, cit., p. 42, che riconduce pure la visione di Jhering ai condizionamenti derivanti dalla filosofia schopenhaueriana.

¹¹² R. VON JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, I, Pirotta, Milano, 1855, p. 86. Sul punto, cfr. inoltre l’*Introduzione* di F. Fusillo a R. VON JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1990, p. XXIII e ss.; nonché R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 33-4, il quale ha particolare cura nel sottolineare l’importanza centrale dell’orizzonte culturale di Roma antica per Jhering, e della «nuda evidenza», del contrasto violento, della forza e del sangue dei padri fondatori. Tutti questi elementi consentiranno in effetti al giurista tedesco di concepire l’identificazione immediata tra i concetti di “*praeda*” (preda, conquista, bottino) e di “*praedium*” (fondo territoriale): se entrambe le entità sono il frutto di una dinamica violenta che le ha precedute, ossia *signature* viventi della *praedatio*, esse divengono, come dice lo stesso Jhering, espressione dell’idea «molto caratteristic[a] che la lingua [latina] per indicare il terreno, anziché at-

no e *capivano* la violenza, la riottosità ‘borghese’ ad apprezzare questo dato tanto evidente quanto eluso fa apparire i contemporanei di Jhering come null’altro che timorosi osservatori sciocamente in preda alla senilità più acuta.¹¹³ Così, è proprio in questo gesto, titillante e ‘terapeutico’ nello stesso tempo, in questa rievocazione cruda della *genesis* della legge nella sua egoistica finalità sovrana, che il pensiero gius-filosofico ha potuto trovare, forse, un primo ma significativo tornaconto intellettuale. Ed è sempre per questo, con un tratto di penna che abbraccia sia l’arcaico sia il contemporaneo, sia il passato sia il futuro anteriore, che la narrazione dischiusa dalle opere di Jhering diverrà, si può dire, la storia coeva delle tre figure dell’*arché*, della *Gewalt* e del *nómos* nella loro corrispondente incarnazione di ‘*tesi*’, ‘*antitesi*’ e ‘*sintesi*’ del pensiero giuridico moderno.

5. Sacrificio

Se Von Jhering costituisce uno dei punti di inizio del pensiero giuridico moderno per una riflessione concettualmente ‘matura’ sui rapporti tra *diritto e violenza*; se Schmitt e Benjamin ne rappresentano, unitamente, le corrispondenti tappe *intermedie*, chi ha da ultimo approfondito questo medesimo tema alla luce delle ramificazioni più spiccatamente antropologico-culturali è, senza ombra di dubbio, René Girard.¹¹⁴

tenersi alla qualità prossima della immobilità scelga l’idea remota della preda» (R. VON JHERING, *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, cit., p. 88). Da ciò, nuovamente, l’idea che il diritto stesso, per il giurista tedesco, non sia altro che forma originaria di questa *appartenenza*, ossia calco e scaturigine belluina dell’ordine arcaico nella società politica. Si noti, se davvero è così, il profondissimo legame che congiunge tale formulazione ‘spaziale’ della legge in Jhering alla concezione analoga del *nómos* in Schmitt, come poco sopra è stata illustrata.

¹¹³ Come può icasticamente leggersi dalle stesse parole di Jhering: «[I]e nostre idee attuali, il nostro rifuggire dalla forza sarebbe sembrato loro [agli antichi] addirittura incomprendibile, quasi un sintomo di debolezza senile. Noi tuttavia possiamo e dobbiamo comprenderli, anche se essi non avrebbero potuto comprendere noi» (in R. VON JHERING, *Lo scopo nel diritto*, cit., p. 188).

¹¹⁴ Su René Girard – per i temi che qui specificamente interessano – si vedano almeno: C. FLEMING, *René Girard. Violence and Mimesis*, Polity, Cambridge, 2004; W. PALAVER, *René Girard’s Mimetic Theory*, Michigan State University Press, East Lansing,

È nota l'ipotesi che in uno dei suoi primi lavori – *La violenza e il sacro* (1972) – Girard iscrive al cuore della cultura umana nella sua totalità. Secondo l'antropologo francese, l'intero orizzonte politico, giuridico, mitologico, religioso e anti-religioso dell'uomo riposerebbero sulla rammemorazione inconscia di un gesto brutale e feroce, di una violenza (denominata per l'appunto "fondatrice") di cui le figure scabrose della *vittima sacrificale* e del *capro espiatorio* costituirebbero i più eclatanti versanti etnologici. Seguendo la scrittura di Girard:

[p]erché l'ordine possa rinascere bisogna anzitutto che il disordine arrivi al culmine, perché i miti possano ricomporsi bisogna anzitutto che siano interamente decomposti. Là dove qualche momento prima c'erano mille conflitti particolari, mille coppie di fratelli nemici isolati gli uni dagli altri, c'è nuovamente una comunità, interamente una nell'odio che le ispira uno soltanto dei suoi membri. Tutti i rancori sparsi su mille individui differenti, tutti gli odii divergenti, ormai convergeranno su un unico individuo, la *vittima espiatoria*. La direzione generale della presente ipotesi sembra chiara. Qualsiasi comunità in preda alla violenza e oppressa da qualche disastro al quale è incapace di porre rimedio si getta volentieri in una caccia cieca al 'capro espiatorio'.¹¹⁵

2013, p. 135 e ss., p. 275 e ss.; E. RESTA, *L'ambiguo diritto*, Franco Angeli Editore, Milano, 1984, pp. 9-14; ID., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 2006; R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., p. 42 e ss.; L. ALFIERI, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria. Il problema politico e giuridico in René Girard*, in L. ALFIERI, C.-M. BELLEI, D.-S. SCALZO, *Figure e simboli dell'ordine violento. Percorsi tra antropologia e filosofia politica*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 17-51; L. ÖSTMAN, *The Sacrificial Crises: Law and Violence*, in *Contagion: Journal of Violence, Mimesis, and Culture*, 14, 2007, pp. 97-119.

¹¹⁵ R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980, p. 118. Sul meccanismo del 'capro espiatorio', si veda ovviamente lo studio, di pochi anni successivo, specificamente dedicato: ID., *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987, p. 22 e ss., in cui il mito fondatore di Roma e l'uccisione successiva di Romolo così come narrata da Tito Livio appaiono, agli occhi dell'Autore, come la riprova decisiva circa la persistenza antropologicamente arcaica dall'assassinio collettivo: «Tito Livio fa emergere in modo rigoroso quello che potremo chiamare il dramma mitologico elementare: il (non)significato dei gemelli, la loro rivalità, l'assassinio – collettivo – che la risolve. [...] la collettività ha potuto *differire* la violenza, e grazie a un qualche rinvio divinamente concesso questa violenza è divenuta provvisoriamente edificatrice e riconciliatrice» (*ibid.*, pp. 151-2).

Come si vede, al contrario di quanto potrebbe apparentemente pensarsi, la violenza primigenia non è la diretta responsabile della *dissoluzione* delle istituzioni. All'opposto, secondo Girard essa funge da riserva di energia per il sorgere di un futuro ordine nascente, in breve da ricarica ed occasione per una *'unanimità violenta'* che prelude alla nascita di un nuovo equilibrio politico (sempreché, ovviamente, essa venga neutralizzata e convogliata nei confronti di un preciso destinatario).¹¹⁶ La violenza, come fa notare Roberto Esposito, «non è qualcosa che colpisc[e] la comunità dall'esterno, ma che nasce al suo interno»: essa è «l'interno della comunità cresciuto fino a traboccare rovinosamente fuori di sé».¹¹⁷ Così, individuata la figura di una vittima espiatoria, di un soggetto periferico catturato nella soglia che divide "interno" ed "esterno" della comunità, quelle aggressività fluttuanti ed incontrollabili che prima si scatenavano in seno al complesso sociale, si scaricano ora esaurendosi del tutto nel rito sacrificale, risorgendo, subito dopo l'atto violento, come *restauratione* dell'ordine e della pace. La violenza è il *sempre-presente* della civiltà non solo occidentale, ma umana; essa è un fluido, un morbo infettivo che negativamente attraversa il vivere dell'uomo divenendo il principio base che ne realizza la compattezza e che ne cura, insieme, le deformità.

Il meccanismo che qui Girard rappresenta, tuttavia, non è banalmente quello della 'colpa' da scontare: «[n]on c'è nulla da 'espiare'. La società cerca di sviare in direzione di una vittima relativamente indifferente [...] una violenza che rischia di colpire i suoi stessi membri, coloro che intende proteggere a tutti i costi».¹¹⁸ Non vi è quindi nessun 'Dio', anche se così viene scenicamente predisposto, a reclamare il fumo delle ecatombi: il gesto sacrificale ha puramente e semplicemente un'infallibile *funzione sociale*. Esso, per Girard, sarebbe un atto di salvezza che la comunità in conflitto si autoimpone per dissolvere la vertigine scandalosa della violenza e della reciproca animosità, con lo scopo di reintegrare ciclicamente l'ordine politico perduto. Attraverso una vera e propria operazione di «*transfert* collettivo», i rancori, le ostilità, le ineliminabili velleità di ag-

¹¹⁶ Insiste su questo punto anche F. D'AGOSTINO, *Per un'archeologia del diritto*, cit., p. 8.

¹¹⁷ R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., pp. 43-4.

¹¹⁸ R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., p. 17.

gressione intestine si polarizzano fulmineamente sul capo impotente della vittima per poi dissiparsi, annichilendosi, lungo un procedimento che è solo fintamente trascendentale, ma che rimane, viceversa, profondamente radicato nell'esigenza concreta di riappacificazione interindividuale.¹¹⁹

Figure di questo 'stratagemma' sussistono copiose nella storia dell'antropologia culturale: il φαρμακός (*pharmakós*) greco, l'*homo sacer* latino, a tratti lo stesso *re* 'impuro' delle monarchie africane (per non citare i casi più diffusi di prigionieri di guerra, di schiavi e di fanciulli), i quali funzionano tutti come perfetti 'vettori sostitutivi' della discordia intra-sociale, quindi come catalizzatori 'a funzione rilasciata' della "negatività" riconvertita tosto in "serenità". L'ambivalenza e la duplicità lessicale di questi termini, la natura ancipite che vale ad inscrivere complessivamente nel doppio registro del positivo e del negativo, del salvifico e del maledetto, esprimono per l'appunto la dualità della funzione da essi stessi esercitata: attrazione su di sé della violenza malefica e trasformazione quindi in forza benefica; purificazione dalla macchia del gesto omicida e sublimazione irenica nel nuovo tessuto riappacificato. In tal senso soprattutto la figura di Edipo diviene l'emblema per eccellenza di questo travagliato percorso: il suo essere dapprima salvatore della città di Tebe e poi figlio maledetto scacciato dai suoi confini, rappresenta l'essenza stessa della figura ambivalente del redentore, del «salvatore temibile e misterioso che rende gli uomini malati per poi guarirli».¹²⁰ Non a caso, è la tragedia greca stessa, per Girard, ad incarnare il genere letterario che meglio mette in luce la dinamica della violenza originaria.¹²¹

Ora, questa medesima esperienza, presente e arcaica, primitiva ma contemporanea, si trasforma nella matrice invisibile di una delle struttu-

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 22. Come scrive opportunamente L. ALFIERI, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria*, cit., p. 22: «[L]'essenziale, infatti, non è tanto la punizione, quanto il ritrovarsi uniti nel punire. In quest'atto la comunità si riconosce nuovamente, recupera il suo orientamento di senso e le sue regole, rifonda, nell'esclusione violenta del diverso indifferenziatore, appunto le differenze che garantiscono l'ordine, partendo dalla differenza primaria, quella tra chi uccide e chi viene ucciso, cioè tra i tutti innocenti e l'unico colpevole, tra coloro che esistono legittimamente e colui che non dovrebbe esistere».

¹²⁰ R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., p. 126.

¹²¹ *Ibid.*, pp. 403-4.

re più enigmatiche del sapere antropologico, il *mito*. In esso confluirebbero e prenderebbero forma quegli stessi meccanismi violenti che, come appena si è detto, innervano di senso le esperienze del rito sacrificale. Tutto questo è infatti perfettamente visibile nei c.d. *miti d'origine*, i quali si rifanno costantemente all'uccisione di una creatura mitica da parte di altre creature mitiche: «[t]ale evento», nota Girard, «è inteso come fondatore dell'ordine culturale. Dalla divinità morta provengono non soltanto i riti ma anche le regole matrimoniali, i divieti, tutte le forme culturali che conferiscono agli uomini la loro umanità».¹²² Come si è visto nel capitolo precedente commentando la ricostruzione dell'orda primitiva raccontata in *Totem e tabù* di Freud, l'evento originario consiste sempre e chiaramente in un'uccisione: nella sua 'banalità storica' esso rappresenta la traccia di un linciaggio fondatore, di una catalizzazione dell'unanimità violenta, verso l'edificazione di un nuovo disegno culturale. L'atto che ha istituito la società umana affonda sempre in una scena di violenza: essa non è positivamente ricostruibile, ma è compresente di fatto nelle sue ripetizioni narrative. Il suo 'mistero' fa dunque tutt'uno con la sua *rievocazione*.

Ma non solo. È proprio qui, quando il mito diviene «memoria storica», «ricordo di un evento» indefinitamente presente ma lontano, «meccanismo sociale che continuamente si ripete»¹²³, che esso fa tutt'uno con un'altra dimensione, parimenti determinante e parimenti enigmatica, rappresentata dalla sfera del religioso e del *sacro*.¹²⁴ Sacro e violenza asurgono a chiavistelli intellettuali che consentono la decodifica di un intero orizzonte di senso, del tutto impercettibile se confinato nella moderna e riduttiva prospettiva positivistico-razionalista:

¹²² *Ibid.*, p. 134.

¹²³ Per queste formulazioni, cfr. L. ALFIERI, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria*, cit., p. 18.

¹²⁴ Con le parole di Girard, «[l]a presenza del religioso all'origine di tutte le società umane è un fatto indubitabile e fondamentale. Di tutte le istituzioni sociali, il religioso è la sola cui la scienza non sia mai riuscita ad attribuire un oggetto reale, un'autentica funzione. Noi quindi affermiamo che il religioso ha come oggetto il meccanismo della vittima espiatoria; la sua funzione consiste nel perpetuare o nel rinnovare gli effetti di quel meccanismo, ossia nel mantenere la violenza fuori dalla comunità» (R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., pp. 134-5).

[i]l sacro è tutto ciò che domina l'uomo con tanto maggior sicurezza quanto più l'uomo si crede capace di dominarlo. Quindi, tra l'altro, ma secondariamente, il sacro sono le tempeste, gli incendi di foreste, le epidemie che decimano una popolazione. Ma è anche e soprattutto, pur se in maniera più velata, la violenza degli uomini stessi, la violenza posta come esterna all'uomo e confusa oramai con tutte le altre forze che gravano sull'uomo dal di fuori. È la violenza che costituisce il vero cuore e l'anima segreta del sacro.¹²⁵

Per esprimerci teologicamente (ma anche romanticamente), il sacro è davvero *sublime*: esso governa senza essere governato; plasma a suo piacimento l'ordine della comunità; aleggia come misteriosa sostanza incaturabile. Ma – insieme al sublime – esso incarna soprattutto l'*origine* e l'*arché* nell'atto di dominare l'uomo, rinchiudendolo e tormentandolo nella coazione a ripetere, condannandolo alla non-evasione dalle maglie della violenza primigenia nelle cui spire, fin dal sorgere della civiltà, questi riposa.

Davanti alla facile obiezione secondo cui il meccanismo mimetico descritto da Girard peccherebbe in fondo di vetustà, giacché nella società di oggi riti violenti di questo tipo sembrano affatto assenti, l'antropologo francese ha cura di far notare come la violenza e il sacro si occultino invece proprio là dove il pensiero razionalistico moderno tende ad espungerli corsivamente. Il mito, il rito, l'esperienza scabrosa del sacro non abitano nella bizzarria delle culture primitive o nei *report* degli archeologi occidentali; essi *persistono* nell'ordine contemporaneo pur se in forma trascolorata, 'secolarizzata' si potrebbe quasi dire, puntando tutti univocamente verso il proprio principio generatore:

[d]ietro le forme sacrificali, tutte derivate le une dalle altre, non c'è un 'proprio' nel senso in cui lo ricercano la filosofia e, poi, le altre forme del pensiero occidentale, per esempio la sociologia o la psicoanalisi, ma *c'è un evento reale e originario* la cui *essenza* viene sempre, e in modo ineguale, *tradita* da tutte le traduzioni e derivazioni metaforiche costitutive del pensiero occidentale.¹²⁶

¹²⁵ *Ibid.*, pp. 52-3.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 412 (enfasi aggiunta).

In questo luogo preciso abita l'arcaico, così come si è tentato di definirlo finora; in questa zona di rimozione e di ripetizione Girard squaderna lo *scandalo* della fondazione reiterata della civiltà – non solo occidentale ma mondiale («l'*unità* di tutti i riti») – che congiunge quindi il mondo del mito con quello del sacro, fino a quello, apparentemente profano, dell'ordine giuridico-politico.¹²⁷ E in tal senso, l'esempio che il pensatore francese adduce quale testimonianza eclatante di questo passaggio di consegne attiene, per nulla sorprendentemente, proprio al lessico del *diritto*.

Il sistema giudiziario, la pena carceraria, l'istituzione stessa della magistratura penale rappresentano, agli occhi di Girard, null'altro che l'*ultima* manifestazione della violenza fondatrice: il diritto *sostituisce*, senza sopprimerlo affatto, il congegno della macchina sacrificale. In modo del tutto simile rispetto a quanto visto a proposito del 'capro espiatorio', in questo accesso di forza statale messo in forma dal giudizio penale sul colpevole, il diritto agisce quale matrice di esacerbazione ed allo stesso tempo di ricomposizione della comunità. Se è vero che ogni *torto* impone una *vendetta*¹²⁸, in qualunque forma essa concretamente si dia, la pena giudiziaria interrompe ogni circolo vizioso: essa blocca sul nascere l'aspettativa privata al risorgere della violenza arcaica, e quindi ogni focolaio di destabilizzazione intestina. Squadernando quale risposta definitiva un'antitetica e risolutiva forma di punizione, il diritto penale adempie la propria funzione attraverso quell'intensità schiacciante generata dal monopolio pressoché assoluto di ogni strumento coercitivo:

¹²⁷ Come ha cura di sottolineare L. ALFIERI, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria*, cit., p. 34, nella teoria girardiana il meccanismo costitutivo dell'assassinio primordiale non è, tanto, la conseguenza di una ripetizione inconscia, quanto, ben più crudamente, il risultato di una pratica *permanente*. In ciò, Girard si allontana dunque dall'interpretazione freudiana delle 'rievocazioni simboliche' dell'uccisione del capo dell'orda, per adagiarsi completamente alla teoria 'mimetica' postulante il sorgere del conflitto per il fatto stesso del darsi di una qualsiasi comunità sociale.

¹²⁸ Impossibile non rimandare, in questa sede, all'ampio lavoro ricostruttivo di carattere antropologico-giuridico compiuto da A. PIGLIARU, *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, in particolare p. 111 e ss. Per un recente commento dell'opera, cfr. T. MARCI, *La pratica della vendetta come esperienza giuridica. L'antropologia del diritto di Antonio Pigliaru*, in *Sociologia*, 1, 2012, pp. 11-33.

[i]nvece di sforzarsi d'impedire la vendetta, di moderarla, di eluderla, o di deviarla su di uno scopo secondario, come tutti i procedimenti propriamente religiosi, il sistema giudiziario *razionalizza* la vendetta, riesce a suddividerla e a limitarla come meglio crede; la manipola senza pericolo; ne fa una *tecnica* estremamente efficace di guarigione e, secondariamente, di prevenzione della violenza.¹²⁹

Nel sistema penale alberga il medesimo principio della reciprocità violenta in uso presso le esistenze più antiche dell'umano: esso è soltanto proiettato più in alto, in una dimensione *soi disant* 'incivilita', dissimulata, ma rivelata infine proprio dalla *tecnicità* della sua manifestazione. Il sacramento del processo non difetta in nulla rispetto al più antico ascendente 'sacro', se non appunto per il 'tipo' di *trascendenza* che esso evoca: non più la protezione religiosa degli dèi, non più il richiamo misticheggiante al culto degli antenati ricostruttori dell'ordine, ma la prassi 'politica' (e immanente) di un sistema chiamato a garantire in ultima istanza la semplice serenità del vivere quotidiano.¹³⁰

Ma se così è – si intuisce facilmente – il diritto penale «trae anch'esso origine dalla violenza fondatrice»¹³¹: anzi, esso ne costituisce il distillato più puro e più micidiale. La giustizia penale è tanto efficace sul piano della ripetizione viziosa del crimine proprio perché agisce nella *dimenticanza* della sua funzione. La singolare verità è che il ruolo della legge, per funzionare, deve rimanere occulto, implicito, invisibile – proprio come il *sacro*. Anzi, il *diritto* è qui l'erede per eccellenza della sua aura circconfusa. Come scrive Massimo Cacciari nel chiosare le intuizioni di Girard, la formazione del sistema giudiziario moderno appare come la «secolarizzazione-razionalizzazione della dinamica del sacrificio, a sua volta “via regia della violenza”». ¹³² Ma affinché il dispositivo violento della legge possa funzionare, esso deve per l'appunto *dissimularsi* ed *eclissarsi*, camuffandosi in un giudizio razionale fittiziamente basato sulla concordanza dei codici, sul rispetto delle regole della coerenza ermeneutica, e tri-

¹²⁹ R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., p. 41.

¹³⁰ *Ibid.*, p. 84.

¹³¹ *Ibid.*, p. 413.

¹³² M. CACCIARI, *Diritto e giustizia. Saggio sulle dimensioni teologica e mistica del moderno Politico*, in *Il Centauro*, 2, 1981, pp. 66-7.

butario perciò del più specchiato progresso culturale. Solo attraverso questa *sostituzione* il diritto può persistere nella propria *arcaica* tecnicità di governo della vita e della morte. La vera *crisi* della legge dipende solo dal disvelamento di questa maschera mistificante, dall'apertura di questo varco verso il territorio *misconosciuto* dell'illegalità e della trasgressione simbolica, in cui l'ambivalenza della vittima sacrificale – malvagia e benefica, mostruosa e salvifica nel medesimo frangente – è destinata ad inserirsi, secondo Girard, permanentemente.

Forse, è proprio per questa ragione, argomenta Eligio Resta, che il diritto è «ambiguo». ¹³³ La 'verità' della sua giustizia non è altro che la 'teologia' della sua violenza; un residuo arcaico di quello stato demonico della cultura umana che si raffina nello scorrere cronologico ma senza mai realmente *snaturarsi*. Evocando ancora la figura del *phármakon*, Resta illumina precisamente la soglia ancipite che unisce e separa le due sfere del 'salutare' e del 'dannoso', della 'medicina' e del 'veleno': «[a]ll'origine del pensiero, alle prese con l'inquietudine che la teoria politica hobbesiana interpreta fino in fondo, il gioco dell'ambivalenza, dell'inganno della violenza, si concentra e prende corpo nel "rimedio" del diritto». ¹³⁴ Il diritto gioca in questa ambivalenza sfuggente perché è "rimedio" ed "elemento patogeno", "cura" e "malattia" allo stesso tempo: esso 'incorpora' il fluido amorfo della violenza, contaminandosene e moltiplicandosi a partire dalle sue stesse spirali. Per questo, *identità e differenza* del diritto si giocano tutte nel suo essere punto di freno, o di innesto, della violenza. Il filosofo tedesco Franz Rosenzweig, nel suo celebre lavoro *La stella della redenzione* (1921) intuì precisamente questa medesima cesura: «ben presto sulle tavole ben salde stabilite dalla legge, la vita tumultuosa riprende nuovamente a scorrere». Ma «il diritto», egli scrive, «era solo la sua prima parola, che non può affermarsi contro il mutare della vita». Dopo questa, lo Stato pronuncia la sua 'seconda' parola: «la parola della violenza [*Gewalt*]». ¹³⁵

¹³³ E. RESTA, *L'ambiguo diritto*, cit., p. 13.

¹³⁴ E. RESTA, *La certezza e la speranza*, cit., p. 45. È ovvio che qui uno dei punti di riferimento essenziali tanto per l'argomentazione di Girard, quanto per quella successiva di Resta concerne il fondamentale saggio di J. DERRIDA, *La farmacia di Platone*, Jaca Book, Milano, 2015.

¹³⁵ F. ROSENZWEIG, *La stella della redenzione* (a cura di G. Bonola), Marietti, Casale Monferrato, 1985, p. 355. L'intero brano merita completa menzione: «[I]a violenza fa sì che la vita affermi i suoi diritti contro il diritto. Poiché lui stesso è violento, e non è sol-

È allora questa stessa ‘vita fremente’ ciò che Girard ci impone di fissare; questo ‘stare alle calcagna’ della violenza mimetica quale tema e sottotraccia del *sacro*. Certo, si può dire, sussiste un enorme ‘paradosso’ al cuore di tutta la teoria dell’antropologo francese: essa postula l’esistenza *reale ed effettiva* di un momento dell’esperienza antropologica che non è, però, mai direttamente comprovabile. Questa matrice – ed è Girard stesso ad ammetterlo con sincerità – emerge solo *obliquamente*, cioè solo attraverso la comparazione dei testi, l’interpretazione dei simboli e la ricostruzione dei miti: in altri termini, essa è il frutto reale (ed invisibile) di una lettura dei significati nascosti sotto le rovine polverose di eccedenze rituali e narrative.¹³⁶ Eppure, la forza di questo pensiero, il suo essere presenza larvata nel lessico della sovranità e del diritto, dispiega la spinta vorticoso al ripetersi dell’origine, al gesto protratto della sua incorporazione nel moderno; in altri termini, alla consapevolezza di quella tendenza irrefrenabile, come scrive Girard, che conduce la comunità ad essere «contemporaneamente attratta e respinta dalla sua stessa origine; [a] prova[re] il bisogno costante di riviverla in forma velata e trasfigurata».¹³⁷ Anche per il pensatore francese, si può allora concludere, l’*arcaico* si trasfigura come idea della legge, del politico e del sacro. L’ambivalenza dell’origine – allo stesso tempo distruttrice e pacificatrice – è un’immagine *a specchio*: essa fa tutt’uno con la sua natura ancipite, con la figura di una fondazione che è rifrazione speculare della forza, dell’appropriazione, della delimitazione territoriale. Esse non si disgiun-

tanto stato di diritto, lo stato rimane alle calcagna della vita. Il senso di ogni violenza è che essa fonda nuovo diritto. Essa non è la negazione del diritto, come si pensa, affascinati dal suo fare sovversivo, ma al contrario ne è la fondazione. Ma nell’idea di nuovo diritto si cela una contraddizione. Il diritto, per sua essenza, è l’antico diritto. E così si vede che cos’è la violenza: colei che rinnova il diritto antico» (*ibid.*, p. 356). Per un commento a questi passaggi, cfr. M. CACCIARI, *Icone della legge*, Adelphi, Milano, 1985, pp. 50-51; E. D’ANTUONO, *Ebraismo e filosofia. Saggio su Franz Rosenzweig*, Guida Editore, Napoli, 1999, p. 157. Emblematica ancora, in questi passaggi, l’insistenza mostrata da Rosenzweig sul rinnovamento dell’*antico* diritto attraverso il mezzo (ed il fine) della violenza, nonché l’idea – sorprendentemente coeva a quella benjaminiana – che la forza affascini di certo per la sua naturale illegalità, ma al contempo non si disgiunga mai dalla pratica *legale* del diritto. Sui rapporti tra l’opera di Rosenzweig e *Per la critica della violenza* di Benjamin, si veda ancora M. CACCIARI, *Diritto e giustizia*, cit., p. 58 e ss.

¹³⁶ R. GIRARD, *La violenza e il sacro*, cit., p. 430.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 143.

gono mai da quel doppio ribaltato che è la morte violenta inscritta nel gesto dell'istituzione. Come intuiva Benjamin, proprio così il diritto, nella sua esistenza di puro mezzo, può rinunciare a qualunque regno del fine; proprio così il circolo della ripetizione, nei suoi lacci ineludibili, collassa infine in *spirale*.

Capitolo IV
VOLONTÀ, POTENZA, CREAZIONE:
SEGNATURE 'TEOLOGICHE' NEL LESSICO DEL
'GIURIDICO'

Ciò che è potente, può essere e non essere.
ARIST., *Metaph.*, 1050b, 10-12.

SOMMARIO: 1. La 'sovranità' dell'artista. – 2. I demiurghi della legge. – 3. La 'potenza' del Politico. – 4. Neutralizzazioni. – 5. All'origine dell'ordine: la teorica della '*creatio ex nihilo*'. – 6. Il Numinoso. – 7. Tra immanenza e trascendenza: il paradigma della '*potentia Dei absoluta*'. – 8. *Lex loquens*. – 9. L'ulteriorità ontologica del potere costituente.

*

Che la teologia sia la lingua segreta del diritto è considerazione che si trova incisivamente espressa nelle pagine di uno dei più importanti lavori giuridici di Leibniz. In un paragrafo del suo *Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae* (1667), il giovane filosofo scrive infatti che «[n]on c'è da stupirsi che in giurisprudenza accada lo stesso che in teologia, perché la teologia è una certa specie di giurisprudenza».¹ Quasi tre secoli dopo, in un'opera tanto dimenticata quanto necessaria ai fini di una comprensione genuina del percorso intellettuale di Hans Kelsen,

¹ G.W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo modo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza. In base ai principi dell'arte didattica premessi nella parte generale, e alla luce dell'esperienza*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 49. Come accuratamente rilevano C.M. DE IULIIS, *Leibniz e la scienza giuridica tra topica e dogmatica*, in G.W. VON LEIBNIZ, *Il nuovo modo di apprendere*, cit., p. XIX, e I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 211, nota 303, questa stringente inseparabilità tra Teologia e Giurisprudenza rimarrà una costante dell'intera produzione intellettuale di Leibniz.

l'anziano giurista si scaglierà, all'opposto, contro ogni illecita assimilazione fra il 'teologico' ed il 'giuridico'.² Il ponderoso volume – dal titolo *Secular Religion* (1967) – fu pensato fin dall'inizio come replica particolareggiata all'opera *The New Science of Politics. An Introduction* (1952) dell'allievo ed amico Erico Voegelin, ma venne enigmaticamente ritirato dallo stesso Kelsen poco prima di finire in stampa. L'obiettivo polemico perseguito nel testo – vero e proprio atto d'accusa contro qualunque tentativo di 'teologizzazione' dogmatica del 'politico' e del 'giuridico' – va individuato, da un lato, in una libera difesa dello 'spirito' della modernità, e, dall'altro, nel tentativo di scardinare la celebre tesi contenuta nell'*incipit* del saggio *Teologia politica* (1922) di Carl Schmitt, secondo il quale, come noto, «[t]utti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati». ³ Ad essa, l'algida penna del pensatore austriaco dedicherà appena una singola (seppur considerevole) nota a piè di pagina, rilevando con distacco e disappunto come Schmitt confonda gravemente la questione dell'*analogia* con quella, più marcata, dell'*identità*.⁴

Per Kelsen, sostenere la presenza di categorie 'teologiche' nel lessico del 'politico' non significa ancora postulare la loro effettiva cogenza. Anzi, molto spesso la ricerca dei parallelismi tra discipline, pur animata da intenti scientifici e senza dubbio fruttiferi, può tuttavia rivelarsi rischiosa se induce un autore «a sopravvalutare le somiglianze, e a sottovalutare, a volte trascurare del tutto, differenze essenziali tra due fenomeni». ⁵ È questo rischio, scrive Kelsen, a degenerare in un fraintendimento gra-

² H. KELSEN, *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Cortina, Milano, 2014.

³ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'* (a cura di G. Miglio), il Mulino, Bologna, 1972, p. 61.

⁴ Come può ulteriormente leggersi, secondo Kelsen, Schmitt dimostra la contaminazione tra 'teologico' e 'politico' «soltanto in relazione al concetto di sovranità [...] Ma dal fatto che il cosiddetto sovrano sia competente a dichiarare lo stato d'emergenza non consegue che la "sovranità" non sia altro che questa competenza». Oltretutto, «[l]o stato di emergenza, in ogni caso, è un'eccezione; ed è paradossale individuare in un'eccezione il criterio distintivo di una proprietà ordinaria» (in H. KELSEN, *Religione secolare*, cit., p. 22, nota 1). Per un ulteriore approfondimento sulla polemica Kelsen-Schmitt, cfr. *infra*, cap. v.

⁵ *Ibid.*, p. 21.

ve, in un «vuoto verbalismo» di cui le attuali mode teologizzanti sarebbero, per l'appunto, cristallina espressione.⁶

Eppure, al di là di qualunque scuola di pensiero, non sembra erraneo dar fede alle parole del giovane Leibniz. E più che di elementi teologico-politici, sarebbe forse il caso di parlare di 'segnature' teologico-giuridiche, come a voler sottolineare la profonda affinità che, dal di dentro, anima le due discipline. È il diritto, infatti, nel suo funzionamento tecnico argomentativo, nelle sue implicazioni logiche e nel suo lessico essenziale a recare la *matrice paradigmatica* di una specifica concettualità: una concettualità che si sostanzia nell'apertura all'eccedenza, che fa dei confini tra norma ed eccezione la cifra (*ante litteram*) di un nuovo funzionamento della legge, e che proprio nell'incontro tra queste due istanze genera, infine, una nuova esperienza del fondamento. Insomma, ciò che si tratta di cogliere è l'incontro tra il pensiero teologico e la concettualità giuridica, in quella che può essere definita come una vera propria 'macchina di produzione del significato'. Dunque, posizionando la polemica Schmitt/Kelsen quale punto estremo di frizione all'interno di questa particolare prospettiva, è precisamente lo *scarto* che separa il tema dell'*analogia* del teologico-giuridico con la più forte e strutturale questione dell'*identità* a costituire l'oggetto di verifica del presente capitolo. Uno scarto che non vuole essere lo specchio di un'applicazione dogmatica dei concetti, né il veicolo per qualunque indebita assimilazione tra esperienze culturali. Al contrario, ciò che si tenterà fin d'ora di verificare è la peculiare *eccedenza* che la semantica del diritto restituisce qualora colta in una prospettiva diacronica ed interdisciplinare. Una prospettiva che vede il Giuridico nel fuoco incrociato di modelli e paradigmi differenti (e, spesso, divergenti), che lo attraversano tanto surrettiziamente quanto ontologicamente. Sta forse qui, nell'arte della scoperta di queste relazioni 'invisibili', di questi veri e proprio *luoghi* del pensiero, la posta in gioco per un nuovo tracciamento dell'origine; di quelle istanze politico-giuridiche che si rendono cioè evidenti nella loro narrativa e, soprattutto, nel loro peculiare '*modus ratiocinandi*'.

*

⁶ *Ibid.*, p. 21.

1. La 'sovranità' dell'artista

Nel considerare intellettualmente la storia degli ordinamenti occidentali, si può ben dire che esista una particolare 'poesia' del pensiero politico, se con il termine 'poesia' si giunge ad intuire – in senso etimologico – l'atto stesso della 'creazione' (*poiéin*). Come ha potuto singolarmente rilevare Ernst Kantorowicz in un breve saggio sulle forme di sviluppo dell'arte nell'Umanesimo, la teologia artistica dell'epoca rinascimentale ed il pensiero politico dei maggiori giuristi medievali si congiungono a partire da una curiosa, inaspettata affinità.⁷ Tutto sembra dipanarsi attorno al significato del termine '*fictio*', che da classico espediente intellettuale per lo sviluppo di inediti concetti nella giurisprudenza diviene, al contrario, l'occasione per celebrare la potenza 'demiurgica' del giurista. Secondo lo storico tedesco, a partire dalle riflessioni di Baldo degli Ubaldi la 'finzione' dismette la propria semplice attitudine *imitativa* nei confronti della natura, trasformandosi invece in un «qualcosa di "creato" artisticamente dall'arte del giurista, un merito che tornava a sua lode in quanto rendeva manifeste certe conseguenze legali in precedenza ignote o inesistenti in natura».⁸ Il tratto assumeva immediatamente perspicuo interesse se avvicinato al soggetto politico creatore per eccellenza di nuo-

⁷ E.H. KANTOROWICZ, *La sovranità dell'artista*, in ID., *La sovranità dell'artista. Mito e immagine tra Medioevo e Rinascimento*, Marsilio, Padova, 1995, pp. 17-38. Richiamano il saggio in questione anche T. BERNIS, *Violence de la loi à la Renaissance. L'originare du politique chez Machiavel et Montaigne*, Éditions Kimé, Paris, 2000, pp. 263-4 e P. BOURDIEU, *Sullo Stato. Corso al Collège de France. Volume I (1989-1990)*, Feltrinelli, Milano, 2013, p. 82 e ss., il quale sottolinea proprio il peculiare conformarsi della tecnica creatrice esercitata dall'uomo esperto (*peritus*) nel diritto. Il legislatore, scrive Bourdieu, «trae la sua forza dall'ispirazione divina creando sentenze e tecniche giuridiche dal nulla», ma per farlo egli «deve agire *ex officio* e non solo *ex ingenio*». In questo senso si comprende come «[i]l giurista [sia] un professionista che ha ricevuto un mandato ufficiale per creare, *ex officio*, delle finzioni ufficiali» (*ibid.*, p. 94). In modo alquanto esemplificativo, il sociologo francese ne concluderà sostenendo come non sia in alcun modo possibile «ricostruire la genealogia dello Stato occidentale senza sottolineare il ruolo svolto dai giuristi nutriti di diritto romano in grado di produrre la *fictio iuris*, la finzione del diritto. Lo Stato è una finzione giuridica prodotta da giuristi che si sono prodotti in quanto tali producendo lo Stato» (*ibid.*, p. 95). Sul punto, si veda anche ID., *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, pp. 3-19.

⁸ E.H. KANTOROWICZ, *La sovranità dell'artista*, cit., p. 22.

vo diritto, vale a dire il *legislatore*. Questi – nota Kantorowicz – nel mostrare il proprio ‘talento’ attraverso misteriche doti gius-generative, finì ben presto per essere considerato “*sicut deus in terris*”, ossia come il Dio creatore e ri-creatore dell’intero ordine politico. “*Creator*”, tuttavia, non era soltanto l’attributo di spettanza al monarca legittimo quanto, in modo del tutto evidente, l’eponimo più comune in riferimento alle ‘creazioni’ prodotte dall’abilità mimetica dell’artista (letterarie o figurative che esse fossero). Attraverso la reciproca influenza di questi due paradigmi, nonché per mezzo di una sapiente “secolarizzazione” di prerogative inizialmente appartenenti alla dimensione sacrale, ecco però che «i giuristi diedero vita ad un’immagine del legislatore tale da trasformarlo non soltanto in un imitatore della natura [...], ma anche nell’unica persona in grado di promulgare nuove norme sulla base delle necessità imposte dai mutamenti storici», ossia – per dirla con una fraseologia teologica che, di lì a breve, avrà indiscussa influenza nel successivo pensiero politico – «di “creare qualcosa dal nulla”». ⁹

Si potrebbe dire, seguendo questo primo e frammentario tracciato, che il giurista «artista della ragione»¹⁰ *estragga* dal regno del possibile ‘concetti’ e costruzioni intellettuali non ancora presenti nello stato ‘attuale’ del diritto, ma che giacendo nello spettro del ‘possibile’ si mostrano comunque quale *destino* futuribile del suo operare. In modo del tutto analogo, ed attraverso l’esercizio del proprio ingegnoso slancio, l’artista porta in atto nell’affresco, nella partitura o nella semplice pergamena la propria ‘potenza’ artistico-letteraria. Così – diviene forse possibile dire – è precisamente questa forma di “arte” che permette, ed allo stesso determina, il reciproco stingersi del ‘teologico’ in ‘giuridico’. Ed è questa stessa contaminazione, si può aggiungere, a restituire l’impressione di come ‘estetico’, ‘politico’ e ‘giuridico’ procedano agglutinandosi verso un’unica direttrice di senso.

⁹ *Ibid.*, p. 31.

¹⁰ P. LEGENDRE, *Il giurista artista della ragione*, Giappichelli, Torino, 2000, p. 129 e ss. Per Legendre la funzione ‘razionalmente creativa’ del giurista, e, più intimamente, della stessa logica del diritto consisterebbe nel «*potere di separare le parole e le cose*» (*ibid.*, p. 133), a sua volta fondamento assoluto del potere più estremo dell’uomo sull’uomo.

Un'eclatante testimonianza in questa direzione giunge proprio dalle prime parole del celebre *Leviatano* (1651) di Thomas Hobbes. In particolare, nell'*Introduzione* all'opera, prendendo marcatamente le distanze dal pensiero classico aristotelico, il filosofo inglese enuncia l'eccezionalità e la magnificenza più pure del genio artistico ed artificialistico dell'uomo:

NATURE, the art whereby God hath made and governs the world, is by the *art* of man, as in many other things, so in this also imitated, that it can make an artificial animal. For seeing life is but a motion of limbs, the beginning whereof is in some principal part within; why may we not say, that all *automata* (engines that move themselves by springs and wheels as doth a watch) have an artificial life? For what is the *heart*, but a *spring*; and the *nerves*, but so many *strings*; and the *joints*, but so many *wheels*, giving motion to the whole body, such as was intended by the artificer? *Art* goes yet further, imitating that rational and most excellent work of nature, *man*. For by art is created that great LEVIATHAN called a COMMONWEALTH, or STATE (in Latin CIVITAS) which is but an artificial man; though of greater stature and strength than the natural, for whose protection and defence it was intended; and in which the *sovereignty* is an artificial *soul*, as giving life and motion to the whole body; the *magistrates*, and other *officers* of judicature and execution, artificial *joints*; *reward* and *punishment*, by which fastened to the seat of the sovereignty every joint and member is moved to perform his duty, are the *nerves*, that do the same in the body natural; the *wealth* and *riches* of all the particular members, are *the strength*; *salus populi*, the *people's safety*, its *business*; *counsellors*, by whom all things needful for it to know are suggested unto it, are *the memory*; *equity*, and *laws*, an artificial *reason* and *will*; *concord*, *health*; *sedition*, *sickness*; and *civil war*, *death*. Lastly, the *pacts* and *covenants*, by which the parts of this body politic were at first made, set together, and united, resemble that *fiat*, or the *let us make man*, pronounced by God in the creation.¹¹

Come si vede, secondo Hobbes l'arte umana si pone come diretta prosecuzione di quella divina: se quest'ultima ha dato vita alla 'Natura' qua-

¹¹ TH. HOBBS, *Leviatano*, Bompiani, Milano, 2012, p. 1.

le eccellentissimo complesso creato e governato per l'appunto dal volere di Dio, l'arte dell'uomo – pur sempre la più eminente delle creazioni divine – in un modo analogo seppur marginalmente inferiore *fabbrica* 'a sua immagine' un animale artificiale.¹² Quest'ultimo agisce come una gigantesca protesi di potere e di morte, che amplifica, al di fuori delle semplici possibilità dell'uomo singolo, la forza dell'organismo collettivo. Ma proprio questa fabbricazione, proprio quest'*arte*, nota efficacemente Jacques Derrida, produce un'ibridazione del genere stesso del sovrano, che va di pari passo con l'effigie mostruosa del *Leviatano*: «[l]'arte è qui, come l'istituzione stessa, come l'artificialità, come il supplemento tecnico, una sorta di naturalità animale e mostruosa».¹³ Un'ibridazione, si può aggiungere, che arriva dunque a mescolare l'umano con il bestiale, il vitalistico con il finalistico, l'organicistico con il meccanicistico. Così, se le norme del diritto penale sono i 'nervi' del Leviatano, se l'opulenza e la ricchezza sono la '*salus populi*', se i consiglieri sono 'la memoria', e se la sedizione e la guerra civile divengono rispettivamente la 'malattia' e la 'morte' del *Commonwealth*, allora è la stessa 'sovranità' a trasformarsi, anfibiologicamente, in un'«artificial soul».¹⁴

Per questo, sostiene Hobbes, di pari passo con la 'meccanizzazione' della sovranità è la stessa legge a divenire un *quid* di artificiale: entrambe restano pur sempre il prodotto di una *tecnica* che non è semplice 'capacità', o 'predisposizione', ma bagaglio di conoscenze specifiche, di possibilità generative, in breve di '*arte*', qualora colta appunto nel doppio (ed ambiguo) registro che intreccia sia il significato intrinseco di "slancio poetico", sia quello estrinseco di "gesto tecnico". In questo senso, il *Leviatano* restituisce (non solo iconograficamente) tanto l'immagine dell'auto-ma artificiale, dell'ordinamento come '*machina machinarum*', quanto quella (di ispirazione teologica) della '*creazione*' originaria, in un qualche senso già 'artistica' per l'appunto, e relativa alle categorie principali del

¹² Cfr. E. RESTA, *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 39: «[l]a natura, l'arte di Dio, è oggetto di un'imitazione da parte dell'uomo, la cui arte è capace di creare un animale artificiale, quel grande Leviatano chiamato repubblica o stato».

¹³ J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano*, I, Jaca Book, Milano, 2009, p. 50.

¹⁴ Per un ulteriore approfondimento su questi passaggi, si veda anche R. PROKHOVNIK, *Hobbes's Artifice as Social Construction*, in *Hobbes Studies*, 18, 2005, pp. 74-94.

diritto e della politica. Il culmine della sovranità moderna occidentale si dà allora attraverso una «teologia della *mimesis*»¹⁵, in breve attraverso la *fabbricazione* artistica di un ente completamente ‘nuovo’ e ‘altro’ rispetto a quanto, fino ad allora, era possibile rinvenire in natura.¹⁶

È per questo motivo, come si vedrà nei successivi paragrafi, che proprio il marcato riferimento finale da Hobbes inserito al ‘*fiat*’ biblico apre evidentemente un immediato varco teologico-politico. Un varco che il giovane Carl Schmitt investigò fin dalle prime pagine del suo *Romanticismo politico* (1924) quando icasticamente si domandava «chi avrebbe assunto, nella prassi storica, le funzioni che erano state appunto di Dio, e cioè essenzialmente di costituire la più alta forma di realtà e la suprema fonte della legittimità».¹⁷ La risposta, secondo Schmitt, andava ricercata in due ‘demiurghi’ principali, ossia in due nuove entità supremamente reali e tali da costituire una differente ‘ontologia’ del ‘politico’ e della ‘legge’, quali appunto l’*Umanità* e la *Storia*. Se la prima assumeva le forme estreme della rivoluzione, della frattura politica e del ‘fanatismo’ giacobino, la seconda incarnava invece quelle memorabili del tempo, del progresso, dello sviluppo lento ma inarrestabile dei popoli. Così, in entrambi i casi, era ancora la *secolarizzazione* del moderno ad entrare pesantemente in gioco, ed attraverso di essa una trasformazione epocale, di carattere estetico, politico ed ovviamente filosofico, che conduceva a rappresentazioni di Dio e dell’Assoluto radicalmente innovative.

Insomma, l’arte si trasforma ancora una volta in una macchina potente, in un dispositivo demiurgico che, quasi nelle stesse forme del potere divino, determina poeticamente il mondo della legge. E non è certo un caso che proprio il pensiero romantico testé evocato da Schmitt considerasse Dio non tanto come un architetto o, prosaicamente, come un mero costruttore, ma, appunto, come un imperscrutabile e sublime «poeta».¹⁸

¹⁵ J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano*, cit., p. 75.

¹⁶ Così C. CHWASZCZA, *The Seat of Sovereignty: Hobbes on the Artificial Person of the Commonwealth or State*, in *Hobbes Studies*, 25, 2012, pp. 123-42.

¹⁷ C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 94.

¹⁸ Cfr. l’esposizione classica di I. BERLIN, *Le radici del romanticismo*, Adelphi, Milano, 2001, p. 86, ove si riporta il pensiero del filosofo romantico Johann Georg Hamann, secondo il quale «Dio non è un geometra, non è un matematico, ma un poeta; [...] c’è qualcosa di blasfemo nel tentativo di imporre a Dio i nostri meschini, umani schemi logici». Analoga considerazione sarà mostrata, pure, da William Blake, per il quale «l’a-

Sarà dunque questa stessa eccedenza dell'arte dalle forme del calcolo e della ragione – vero luogo di contatto tra l'immanenza e la trascendenza metafisica – che occorrerà investigare: un'eccedenza che vedrà non più Dio, ma l'uomo come l'artefice di quelle leggi che imitano la natura e lo vincolano nello Stato. Un'eccedenza, sia ancora lecito aggiungere, che fa parte di quell'autentico «incantesimo» nel quale è avvolta, da sempre, l'origine stessa della legge.¹⁹

2. I demiurghi della legge

Che il legislatore fosse un *artifex*, un 'demiurgo' capace di governare *ex officio* la potenza 'segnatoriale' del linguaggio per imprimervi una precisa forza cogente è qualcosa che il pensiero giuridico arcaico ha da sempre potuto riconoscere.²⁰ E in effetti, è stato Émile Benveniste, nel suo celebre *Vocabolario delle istituzioni indoeuropee* (1969), a mostrare esemplarmente il nesso profondo che congiunge tra di loro i fenomeni del giuridico, del politico e del religioso. Nell'analizzare le variegate terminologie impiegate nella cultura indoeuropea per definire le idee di 'legge', di 'diritto' e di 'ordine', Benveniste si sofferma in particolare sui termini greci *thesmós* e *thémis*. Se il primo vale ordinariamente per «disposizione legale, regola, norma», il secondo sembra racchiudere una stratificazione concettuale meno immediata e più complessa.²¹ Secondo Benveniste, *thémis* si riferisce da un lato alla costruzione e all'edificazione, designando quindi la 'base' e il 'fondamento' giuridico-politici di una collettività, ma dall'altro, e non del tutto inaspettatamente, questo lemma tradisce pure una derivazione di carattere marcatamente religioso:

more coincide con l'arte. Di Gesù [Blake] dice che è un artista, e anche i suoi discepoli li chiama artisti» (*ibid.*, p. 91).

¹⁹ Così E. RESTA, *La certezza e la speranza*, cit., p. 42.

²⁰ Si vedano, in tal senso, le penetranti riflessioni contenute in G. AGAMBEN, *Signatura rerum*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008, pp. 76-7.

²¹ É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino, 2001, p. 359 e ss.

[n]ell'epopea [omerica], s'intende per *thémis* la prescrizione che fissa i diritti e i doveri di ognuno sotto l'autorità del capo del *génos*, sia nella vita di tutti i giorni all'interno della casa, sia nelle circostanze eccezionali: alleanza, matrimonio, combattimento. La *thémis* è appannaggio del *basileús*, che è di origine celeste, e il plurale *thémistes* indica l'insieme di quelle prescrizioni, codice ispirato dagli dei, leggi non scritte, raccolta di detti, di giudizi resi dagli oracoli, che fissano nella coscienza del giudice (in questo caso, il capo della famiglia) la condotta da tenere tutte le volte che l'ordine del *génos* è in gioco.²²

Insomma, vi è un 'ordine divino', quasi un'antica rammemorazione del sanscrito *dharma*, che persiste e resiste nel lessico del pensiero giuridico greco, e che giunge a rendersi palese proprio con le *themistés*, le 'sentenze' e le 'decisioni', le quali non sono qualcosa di inventato o di fissato arbitrariamente dai soggetti che poi saranno tenuti ad applicarle. Al contrario, esse sono spiccatamente «di origine divina».²³ Se alla base del termine *thémis* vi è dunque l'idea del 'porre', del 'mettere' e dello 'stabilire', anche in un senso immediatamente istituzionale, esso non si dà mai al di fuori di un preciso orizzonte di tipo religioso-sovrannaturale. Un'idea, questa, che vale direttamente a congiungere la cultura greca con la corrispondente esperienza romana, in cui 'creare' e 'creatio' valgono nel loro riferimento (di carattere mitico, ma certamente anche molto pragmatico) al fondare città e all'istituzione di ordinamenti religiosi e politici.²⁴ In breve, a quel 'dare la vita', attraverso l'esercizio di una *potenza* sovrannaturale ed ultra-immanente, nei confronti di un qualcosa che sarà poi destinato a perdurare nel tempo.²⁵

²² *Ibid.*, p. 360.

²³ *Ibid.*, p. 361. Si sofferma parimenti su tale aspetto, H.S. MAINE, *Diritto antico*, Giuffrè, Milano, 1998, p. 7: «[q]uando un re decideva una controversia con una sentenza, si riteneva che il giudizio fosse il prodotto di un'ispirazione diretta. L'agente divino, il quale suggeriva le sentenze ai re o agli dèi, il più grande dei re, era *Themis*».

²⁴ Cfr. A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, Paris, 2001, p. 149, s.v. *creo*.

²⁵ Parla infatti di 'potenza' e di 'creazione', P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, Apollinaris, Roma, 1959, pp. 384-5.

Così, e proprio alla luce di questo importante nesso lessicale oltreché genealogico, è possibile rilevare come *creazione* e *diritto* non figurino mai quali pensieri tra di loro radicalmente escludentisi.²⁶ Si consideri, ad esempio, la figura del ‘grande legislatore’ (o *nomoteta*), tipica del pensiero greco.²⁷ Qui si mostra in modo ben visibile sulla scena istituzionale della *pólis* ateniese l’effigie di un tiranno ‘illuminato’, dispotico e lungimirante al tempo stesso, che esercita la propria autorità compiendo una decisione ‘costituente’.²⁸ Questa si prefigura quale esplicito atto *sovvertitore* della tradizione politica (e religiosa) precedente, finalizzata alla

²⁶ Un significativo congiungimento dei due concetti, che vale ad anticipare in parte le intuizioni di Kantorowicz a proposito dell’*artista* e del *legislatore*, si ha già in Platone, *Simposio* (205c; 208e-209a), in particolare nel celebre discorso di Diotima, in cui si afferma: «[t]u sai che la creazione (*poiesis*) è qualcosa di molteplice. La causa infatti per cui ogni cosa passa dal non essere all’essere è sempre una creazione; così che tutte le opere realizzate da tutte le arti sono creazioni, e gli artefici di queste sono creatori (*poietai*). [...] [Tra costoro] sono da annoverare tutti i poeti, che sono creatori e quelli fra gli artefici che sono detti inventori. Ma la saggezza di gran lunga più grande e più bella è quella che riguarda l’ordinamento (*diakosmesis*) delle città e delle case, cui si dà il nome di temperanza e di giustizia», in PLATONE, *Simposio* (a cura di G. Reale), Mondadori, Milano, 2001, pp. 102-3, 113. A commento di questo eclatante passo, si consideri la pregevole analisi svolta da E. CASTRUCCI, *Un accenno di ricostruzione: il Platone di Paul Valéry e il problema del ‘fare creativo’, rimodellatore delle forme*, in ID., *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 405 e ss., a parere del quale nel dialogo platonico si manifesterebbe un nesso essenziale che collega al concetto di *poiesis* l’attività di costruzione-costituzione della città-Stato, in un’ottica che non è soltanto giuridico-dispositiva, ma soprattutto «ontologico-politica».

²⁷ Di particolare interesse, a tal proposito, il contributo di P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 12 e ss., il quale sostiene che «[p]er quanto non esplicitamente teorizzata, l’idea di potere costituente si delinea già nel mondo antico all’interno di questa nozione del grande legislatore».

²⁸ Cfr. ad esempio Lisia, nell’orazione *Contro Eratostene* (XII, 13), che, descrivendo il ruolo di Teramene nell’instaurazione della tirannia dei Trenta, adopera il termine *politeia* per indicare una vera e propria “decisione costituente”. Poco dopo Lisia, si veda anche Aristotele, il quale nella *Costituzione degli Ateniesi* (IX, 1; XXIX, 3) allude alle costituzioni di Solone e di Clistene quali creazioni ‘artificiali’ sorrette da una legislazione fondante ed istituente. Per tutti questi rilievi, cfr. l’attenta analisi fornita da M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994, pp. 68-9, nonché il classico J. BORDES, *Politeia dans la pensée grecque jusqu’à Aristote*, Les belles lettres, Paris, 1982, p. 297.

creazione di un *nuovo* ordine della legge.²⁹ Del tutto analogamente, e riprendendo il mito arcaico di Eracle così come riproposto nel celebre frammento 169 di Pindaro, Carl Schmitt ha potuto rilevare l'emergere, nella semantica del termine *nómos*, proprio della figura di un «mitico fondatore dell'ordine», di un soggetto, cioè, che «malgrado la violenza usata, fu creatore di diritto».³⁰ Il *nómos* stesso, si potrebbe forse dire proseguendo lungo questa argomentazione schmittiana, esprimerebbe «la piena "immediatezza" di una forza giuridica non mediata da leggi», la c.d. *forza normativa* del fattuale; in breve, l'insorgenza di un «evento costitutivo, [di] un atto della *legittimità* che solo conferisce senso alla legalità della mera legge».³¹

Come si è accennato, nel mondo latino arcaico il quadro concettuale non andava configurandosi diversamente: degna di nota è infatti la fondazione della 'costituzione' di Roma attraverso l'opera legiferante di Romolo.³² Seguendo la terminologia impiegata dallo storico greco Dionisio di Alicarnasso (I a.C.-I d.C.), l'intera struttura politico-giuridica della futura Urbe sarebbe da imputarsi all'iniziativa *costituente* del suo fondatore, che ponendo *ex novo* un ampio numero di minuziose regole ordina-

²⁹ In questi termini P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, cit., p. 12, il quale si giova dell'intuizione di Max Weber circa il ruolo giocato dagli *esminèti* (magistrati speciali cui era ricondotta la cura della città durante i periodi di rivolgimento) nel processo di gestione e pacificazione dei conflitti sociali, espressa tipicamente dall'opera di *creazione* e di *instaurazione* di nuove tradizioni. Su tale ultimo aspetto, cfr. anche P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 77.

³⁰ C. SCHMITT, *Il Nómos della terra*, Adelphi, Milano, 1991, p. 62 e ss.

³¹ *Ibid.*, p. 63. Cfr. anche l'ampio commento svolto a tal proposito da C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 877 e ss.

³² Il termine 'costituzione', soprattutto quando riferito al contesto storico-antico, va ovviamente impiegato con particolare attenzione, posta la differenza radicale rispetto al costituzionalismo europeo-continentale di stampo moderno. Un'impostazione di carattere contrario emerge dalla celeberrima opera di C.H. MCILWAIN, *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990. Drasticamente critico rispetto a quest'ultimo approccio, G. SARTORI, *Costituzione*, in ID., *Elementi di teoria politica*, il Mulino, Bologna, 1987. Per una sintesi sull'argomento, si veda M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., pp. 35-6. Per una recente riproposizione della questione, cfr. P. RIDOLA, *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, II, Laterza, Roma-Bari, 2014, pp. 737-74.

mentali, apparirebbe nella figura di un vero e proprio ‘ingegnere sociale’ *ante litteram*.³³ Ma d'altronde uno studio dello stesso *Thesaurus Linguae Latinae* risulta a tal fine illuminante: i termini “*cōnstitūtio*” e “*cōnstituo*” recano entrambi al proprio interno la traccia arcaica di un atto creativo-dispositivo, il quale a sua volta si riallaccia in specifiche occorrenze ai verbi greci “*διατάσσω*” (*diatáссо*, “disporre”) e “*νομοθετέω*” (*nomothetéo*, “stabilire con leggi”).³⁴

È alla luce di tale contesto che acquisiscono una significativa rilevanza gli esempi offerti dalla *Lex Valeria* dell’81 a.C. e dalla *Lex Titia* del 43

³³ Tale impostazione, occorre dire, va parzialmente circoscritta. Quanto raccolto da Dionisio di Alicarnasso nelle *Antichità Romane* (in particolare, II 9, 1) sembrerebbe infatti più un tentativo di avvicinare la figura leggendaria di Romolo ai suoi immediati ‘corrispettivi’ greci (i nomoteti, appunto), piuttosto che la restituzione di un fedele quadro storico. Ne seguirebbe che il valore ‘legiferante’ di Romolo debba essere, al contrario, piuttosto ridimensionato, poggiando in larga misura su antichissimi *mores* e regole consuetudinarie già operanti nel tessuto sociale romano arcaico. Sul punto, cfr. l’ampia analisi, nonché tutti i riferimenti, in A. CARANDINI (a cura di), *La leggenda di Roma*, III, *La Costituzione*, Mondadori, Milano, 2011, pp. 309 e ss. A fronte di tali rilievi, è però di estrema importanza notare, sulla scorta di quanto scrive G. LETTIERI, *Roma, il Principe e il Messia. Fondazione e decostruzione del teologico-politico: Agostino, Machiavelli, Schmitt, Derrida*, in P. BISI, B. SCARCIA AMORETTI (a cura di), *Religione e politica. Mito, autorità e diritto*, Università Sapienza, Roma, 2008, p. 61, che «[l]a fondazione e la conservazione della *civitas* sono atti eminentemente teologici, sacrali, religiosi: aprire e difendere l’orizzonte sociale del senso, l’identità della patria, il possesso, la realtà, il potenziamento del proprio essere, celebrare ideologicamente la gloria, la cultura e la civiltà fondate dal proprio potere, significa assolvere quella funzione ontologica, o meglio ontoteologica, senza la quale non si dà comunità umana, né singolo uomo».

³⁴ Per ulteriori dettagli, si rimanda ai lemmi “*cōnstitūtio*” e “*cōnstituo*” in *Th.L.L.*, ora disponibile integralmente online all’indirizzo internet <<http://www.degruyter.com/db/tll>>. Svolge un’articolata analisi etimologica dei termini anche M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., pp. 21-4. Richiamando quanto detto alla nota precedente, si vedano però le intuizioni di Friedrich von Hayek, a parere del quale se nel termine *thèsis* (di cui il lemma *nomothetèò* sarebbe un composto) si indicherebbe, come accennato, l’atto di creazione della legge, tale attività, però, non potrebbe dirsi coesistente all’idea originaria del ‘legislatore’ diffusa nell’orizzonte culturale antico, viceversa essendo il frutto dell’evoluzione storica e della concezione tipicamente *moderna* del sistema delle leggi. Cfr. sul punto F.A. VON HAYEK, *Legge, legislazione, libertà. Critica dell’economia pianificata*, il Saggiatore, Milano, 2010, pp. 105 e 154. Sull’intrinseca capacità creatrice del termine “*constituere*”, si veda invece M. DOGLIANI, *Introduzione al diritto costituzionale*, cit., pp. 108-9, che propende financo per ricollegarvi la moderna idea di ‘potere costituente’ quale istanza massimamente artificiale, dispositiva e politicamente orientatrice.

a.C.: con la prima, Silla divenne dittatore ‘*legibus scribundis et rei publicae constituendae*’ e, come spiega lo storico Appiano, venendo esercitata a tempo indeterminato per la prima volta nella storia di Roma, essa si trasformò in una perfetta tirannide (*Bellum civile* I, 99, 462). Con la seconda *lex* – vero e proprio plebiscito che dava forma ‘legale’ alle magistrature straordinarie di Lepido, Antonio e Ottaviano – questi ultimi si conferivano il titolo di ‘*triumviri rei publicae constituendae*’, ottenendo così poteri straordinari finalizzati al governo degli affari pubblici senza il concorso decisionale del Senato e del popolo, nonchè il diritto indiscriminato di mettere a morte i nemici personali.³⁵ La persistenza della forma latina gerundiva (“...*constituendae*...”) rappresenta un’essenziale segnatura per comprendere lo specifico progetto politico che ivi si concretizzava: in entrambi i casi – come ha messo in luce Theodor Mommsen – era fondamentale cogliere l’eccezionalità della carica, ossia il suo svolgersi in una condizione di «stato di necessità» (*Notstandrecht*).³⁶ Una situazione emergenziale che richiedeva di prendere immediatamente dei provvedimenti, di compiere delle scelte, in breve di *constituere*, in chiave attuale ma anche futura, la *forma* della cosa pubblica.³⁷ In ciò al-

³⁵ Sull’argomento si vedano T. MOMMSEN, *Le droit publique romain*, IV, Thorin, Paris, 1894, p. 425 e ss. (“*Les pouvoirs constituant extraordinaires*”); F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, III, Jovene, Napoli, 1973, p. 72 e ss.; U. LAFFI, *Poteri triumvirali e organi repubblicani*, in A. GARA, D. FORABOSCHI (a cura di), *Il triumvirato costituente alla fine della repubblica romana*, New Press, Como, 1993, pp. 37-66; F. DE MARTINO, *Sugli aspetti giuridici del triumvirato*, in A. GARA, D. FORABOSCHI (a cura di), *Il triumvirato costituente*, cit., pp. 67-84; F.J. VERVAET, *The lex Valeria and Sulla’s empowerment as dictator (82-79 BCE)*, in *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, 15, 2004, pp. 37-84.

³⁶ Per un’efficace sintesi sul punto, cfr. F. SAINT-BONNET, *L’état d’exception*, PUF, Paris, 2001, p. 64 e ss. Come brillantemente messo in luce dall’Autore, se per Mommsen, effettivamente, Silla e Cesare potevano dirsi detentori di un potere ‘costituente’ *ante litteram*, per Claude Nicolet l’atto eccezionale di “*legibus scribundis et rei publicae constituendae*” è del tutto assimilabile non all’astrazione filosofica del progetto platonico, ma, al contrario, a quello concreto e materico di un Licurgo, teso a conferire un fondamento allo Stato mediante una «ouvre créatrice après une sorte de table rase fictive» (*ibid.*, p. 68). Così, «[m]algré l’anachronisme du rapprochement, on pourrait faire correspondre à la première acception un pouvoir constituant total, à la seconde un pouvoir de révision» (*ibid.*, p. 68).

³⁷ Come scrive C.H. LANGE, *Res Publica Constituta. Actium, Apollo and the Accomplishment of the Triumviral Assignment*, Brill, Leiden, 2009, pp. 18-19, «[t]he title of the extraordinary magistracy of the triumvirate is at the same time a justification; the title *r.p.c.* implied that there was a job to be done – *rem publicam constituere*. The trium-

bergherebbe, dunque, la ‘legittimità’ *ultra legem*³⁸ della magistratura straordinaria, il suo essere ‘potere eccezionale’, massimamente ‘creatore’ e, in fin dei conti, intrinsecamente «rivoluzionario».³⁹ In ciò si mostra, ancora, quel carico di *anomia* – così apparentemente estraneo al pensiero della legge, ma allo stesso tempo così essenziale per la sua stessa fondazione – che conduce ogni ordine giuridico a proiettare l’intera dinamica del suo essere più verso l’orizzonte *anti-*, o *extra*-giuridico, invece che soltanto verso quello ‘normativo’.⁴⁰

virs’ task was to ‘constitute’ the *res publica*, to set the state to rights». Sulla non-eccezionalità del termine ‘constituere’ nell’esperienza politica romana, cfr. C. ANDO, *The Origins and Import of Republican Constitutionalism*, in *Cardozo Law Review*, 34, 2013, pp. 932-33, secondo cui: «[n]either boards of three, nor the acts embraced by the Latin term *constituere* (from which English “constitution” derives, of course), were innovations even in this usage in Roman public law in 43 B.C.E. On the contrary, *constituere* was the term of art in Roman public law for the foundation and articulation in law of a political community *ex nihilo*. For example, in one of the earliest Roman statutes whose actual words survive, namely, the agrarian law of 111 B.C.E., the founding of new cities is described as embracing three acts: founding, peopling, and siting. The same language is visible in a law of Julius Caesar of 59 B.C.E., and is likewise used in historical narrative, with varying degrees of catachresis. It is from this technical usage that Cicero’s vernacular derives, when he describes the need to set the affairs of his hometown in order: once again, it is Cicero who set stage for monarchy».

³⁸ Particolarmente efficace su questo punto F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit., p. 82: «[L]a ricerca del fondamento legale del potere di Silla in questo periodo appare come una ostinata escogitazione di astratti legisti, i quali vorrebbero trovare anche nei più tragici momenti della storia la formula giuridica applicabile». Parimenti incisivo T. MOMMSEN, *Disegno del diritto pubblico romano*, Celuc, Milano, 1973, pp. 230-1: «[L]a terza categoria dei magistrati straordinari è costituita dai funzionari con potestà costituente. [...] Una definizione della potestà costituente non si può dare; sua propria essenza è l’illimitatezza, e il difetto di ogni limite di potestà e di tempo può essere dimostrato solo per via di esempii». Tutto ciò come a dire, quindi, che non può esistere alcun astratta cornice normativa idonea a definire o a contenere la spinta *extra-legem* di un’istanza costituente.

³⁹ G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 168: «[...] il ricorso alla necessità implica una valutazione morale o politica (o, comunque, extragiuridica) per la quale si giudica l’ordine giuridico e lo si ritiene degno di conservazione o di potenziamento anche a prezzo della sua eventuale violazione. Il principio della necessità è, pertanto, sempre, in ogni caso, un principio rivoluzionario».

⁴⁰ Come rileva, M. SORDI, *Dittatura sillana e triumvirato rei publicae constituendae*, in A. GARA, D. FORABOSCHI (a cura di), *Il triumvirato costituente*, cit., p. 89: «[c]iò che in effetti accomunava la *lex Valeria* e la *lex Titia* era la loro destinazione a una situazione di emergenza per la quale erano necessari poteri di emergenza: proprio questa emer-

Insomma, porsi come *demiurghi* della legge, ambire alla sua *scrittura*, significa agire nell'indistinzione rischiosa di fatto (*factum*) e diritto (*ius*), nella soglia liminare tra 'dentro-' e 'fuori-' legge⁴¹, in quella sorta 'stato di eccezione' artificiale che, come scrive Agamben, prefigura «nulla di meno che la definizione di ciò che Schmitt chiama il "politico"». ⁴² In questo senso 'fondare' la legge squaderna ancora una volta lo *scandalo* immenso che ne sta alle spalle, ossia l'esperienza e l'emergenza di quel «*mana*» 'politico' (per usare la celebre e discussa espressione di Hendrik Wagenwoort⁴³), di quella presenza mistica, incatturabile eppure sempre presente, che si manifesta e si incarna come *potenza* latente e come forma 'formante'. In breve, come esperienza assoluta del punto di tangenza (e di ambiguo trapasso) che separa piano giuridico e sostrato politico.⁴⁴

Con l'ulteriore diffusione del lemma 'costituzione', il paradigma 'creazionistico' in oggetto non sarà più abbandonato allo studio delle forme giuridiche antiche, ma finirà per rivivere costantemente nel corso della

genza, sottolineata dai triumviri nell'editto di proscrizione con il richiamo a Silla [...] differenziava la carica triumvirale dalla dittatura perpetua di Cesare, che, essendo perpetua, prescindeva dall'eccezionalità del momento e intendeva riferirsi ad una situazione ormai stabilizzata». Sempre in argomento, cfr. B. STRAUMANN, *Crisis and Constitutionalism. Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 83-4, secondo cui la dittatura sillana «oscillates between extra-constitutional and constitutional».

⁴¹ Ed è forse questa, come dimostra emblematicamente Jacques Derrida, la cifra autentica del concetto di *sovranità*: «[...] la sovranità, così come l'eccezione, la decisione, fa la legge *eccettuandosi dalla legge*, sospendendo la norma e il diritto che essa impone, attraverso la propria forza, nel momento stesso in cui segna il sospenso *a divinis* nell'atto di stabilire la legge o il diritto. L'istituzione e la fondazione della legge o del diritto sono eccezionali e non sono né legali né propriamente giuridiche» (in J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano*, cit., p. 77). Per questo, si può analogamente commentare, chi si pone al *principio* della legge, nel suo "arché", si pone anche al suo culmine, o meglio, alla sua fine, in una posizione di *dentro/fuori* l'ordinamento costituito che può definirsi, semplicemente, come il luogo aporetico in cui giuridico e politico si toccano liminalmente.

⁴² G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, p. 67.

⁴³ H. WAGENWOORT, *Roman Dynamism*, Blackwell, Oxford, 1947, p. 106 e ss., il quale eredita la nozione dal celebre studio di F.R. LEHMANN, *Mana. Der Begriff des "außerordentlich Wirkungsvollen" bei Sud Seevölkern*, O. Spamer, Leipzig, 1922, p. 9 e ss. Accoglie il termine in una specifica prospettiva romanistica anche P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, cit., p. 373. Per un commento critico sulla teoria di Wagenwoort, cfr. H.S. VERSNEL, *Triumphus. An Inquiry into the Origin, Development and Meaning of the Roman Triumph*, Brill, Leiden, 1970, p. 140 e ss.

⁴⁴ Su questo punto, cfr. ancora G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 67.

storia politica occidentale, re-incarnandosi in particolare nel registro teologico-medioevale dell'*actualitas* e dell'effettualità.⁴⁵ Se è vero, tuttavia, che in alcuni momenti di congiunzione storica il richiamo al sovrano quale figura *innovatrice* del diritto verrà parzialmente meno⁴⁶, pure la capacità politica di generare nuove forme organizzative non potrà dirsi mai del tutto assente. Anzi, la duplicità di tale registro, la compresenza spesso conflittuale e aporetica tra il paradigma del potere *sovrano* (massimamente decisore) e quello dell'ordine *inmemorabile* (insuscettibile di alterazione) testimoniano del sovraccarico teorico, semantico e paradigmatico che informa il lessico della legge.⁴⁷ A partire soprattutto dalla

⁴⁵ Il filosofo tedesco Martin Heidegger è l'autore che ha messo meglio in luce questo impercettibile, ma essenziale 'spostamento'. Argomentando sulla trasformazione dell'essere dal concetto di *energeia* in quello di *actualitas*, il filosofo tedesco fa notare come esso sia riconducibile in sostanza ad un vero e proprio «passaggio dalla concettualità greca a quella romana», sul quale a sua volta marcherà un influsso determinante la «Chiesa romana»: «[q]uando l'essere si è mutato nell'*actualitas* (realtà), l'ente è il reale effettivo, ed è determinato dall'effettuare nel senso del produrre causante. Di qui si può spiegare la realtà del fare umano e del creare divino. L'essere, mutato nell'*actualitas*, dà all'ente nel suo insieme quel tratto fondamentale di cui si può impadronire l'immaginazione della credenza biblio-cristiana nella creazione al fine di assicurarsi la giustificazione metafisica» (in M. HEIDEGGER, *Nietzsche*, Adelphi, Milano, 1994, pp. 874-6). Seguendo Heidegger, si può dunque dire che il paradigma teologico-creazionistico stinga inevitabilmente nella dimensione della 'produzione' o, in termini giuridici, in quella della 'legificazione'. Come commenterà a tal proposito G. AGAMBEN, *Opus Dei. Archeologia dell'ufficio*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012, p. 75, «[d]i fronte a Dio sta il mondo umano inteso come l'effettività che è causata dalla creazione»; analogamente, di fronte al mondo politico si può affermare stia il legislatore (o, *rectius*, il sovrano), che ormai è *artifex*, ossia *causa causarum* del suo ordine giuridico. Il diritto diviene allora un'invenzione, una creazione, una costruzione. In breve, una tecnologia (*tèchne*) nata per amministrare (od amplificare) un preciso 'uso' politico. Sempre Agamben – in un'altra, importante opera – insisterà ancora sul rapporto problematico che si instaura tra tradizione classica e pensiero cristiano circa il concetto di 'creazione': cfr. G. AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, p. 71 e ss.

⁴⁶ Su tutti, cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2011, p. 132: «[l]'identificazione del principe in un *conditor legum* e la connessione necessaria fra attività legislativa e potere politico sono fatti emergenti soltanto nella crisi della civiltà giuridica medioevale, e sono testimonianza palese di quella crisi, segni palesi del nuovo che si fa strada nel corpo morente».

⁴⁷ Mette brillantemente in luce questa specifica aporia, P.G. MONATERI, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014, p. 35: «[i]n sostanza sono qui possibili due esiti compiutamente opposti, eppure compresenti nella

svolta linguistica e concettuale impressa, più tardi, dal pensiero di Filone di Alessandria (I a.C. – I d.C.) si delinea invero il rispecchiamento per eccellenza dell'atto creatore nel gesto istituente e quest'ultimo, di rimando, si lascia apprezzare proprio per la natura eminentemente *politico-teologica* e *performativa* in atto nel realizzarla.⁴⁸ Come in modo analogo chiarisce san Tommaso d'Aquino, comprendere la natura di un atto fondante implica considerarlo prima di tutto attraverso le lenti della *creazione divina* (quindi, innanzitutto cosmologicamente).⁴⁹ Questo schema – composto in modo duplice dall'alternanza dei concetti di “*institutio*” e di “*gubernatio*” – costituirà a sua volta uno dei modelli più diretti per la regalità profana. Gradualmente, il grande legislatore non sarà più soltanto il fondatore mitico della città ma più direttamente il *principe*, ovvero il *monarca assoluto*: colui che, come scrive Carl Schmitt, «sviluppa tutte le

riflessione occidentale, che si dà al tempo stesso, e senza possibilità di disgiunzione, come politico-giuridica e come filosofico-teologica. Esiti che dipendono appunto dalla possibilità di spersonalizzazione del divino e di personificazione della legge: la legge come *architettura impersonale* del mondo, e il sovrano come *incarnazione personale* della legge».

⁴⁸ Così, E. COCCIA, *Potestas dicitur multipliciter. Le pouvoir et la nature*, in D. BOQUET, B. DUFAL, P. LABEY (a cura di), *Une histoire au présent. Les historiens et Michel Foucault*, CNRS éditions, Paris, 2013, p. 271.

⁴⁹ Cfr. S. TOMMASO, *De regno*, lib. I, cap. 14 (cit. in G. AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria*, cit., pp. 107-8): «[v]i sono in generale due operazioni di Dio nel mondo: una che istituisce il mondo e l'altra che governa [*gubernat*] il mondo istituito. [...] La prima operazione non appartiene sempre a ogni re, dal momento che non ogni re istituisce la città in cui regna, ma riceve la cura di un regno o di una città già istituiti. Si deve considerare, tuttavia, che se l'istituzione della città o del regno non fosse venuta prima, non si potrebbe dare governo del regno [*gubernatio regni*]. Pertanto fa parte dell'ufficio del re anche l'istituzione della città o del regno; molti, infatti, istituirono le città in cui hanno regnato, come Nino Ninive e Romolo Roma. Allo stesso modo appartiene all'ufficio del governo la conservazione delle cose governate e il loro uso secondo lo scopo in cui sono state costituite. Non si può conoscere, pertanto, l'ufficio del governo se non si conosce la razionalità dell'istituzione. La razionalità dell'istituzione della città deve essere derivata dall'esempio dell'istituzione del mondo: in questa si considera in primo luogo la produzione delle cose nell'essere e quindi l'ordinata disposizione delle parti». A tal proposito, come E. COCCIA, *Potestas dicitur multipliciter*, cit., p. 270 può efficacemente rilevare: «[l]a nécessité de la création du monde est lexicalement équivalente à la fondation de la *polis*: le monde est institué au même mode et au même titre que le sont les villes et la réalité politique. *Créer signifie fonder, instituer*. Le mythe de la création du monde est donc *le mythe de la fondation politique* de toute chose».

virtualità dello Stato grazie ad una specie di creazione continua». ⁵⁰ Il principe, detto in altri termini, è davvero il Dio cartesiano trasposto nel mondo politico. Persino Hegel descriverà l'essenza delle prerogative regie nel gesto di colui che «interrompe la ponderazione degli argomenti pro e contro, tra i quali si lascia sempre oscillare di qua e di là, e li decide con un: *io voglio*, e inizia ogni azione e realtà». ⁵¹ Dopotutto – e questo fu già Jean Bodin a poterlo dichiarare – la prerogativa per eccellenza del sovrano è propriamente quella di *creare ed imporre* ‘nuovo’ diritto. ⁵² L’onnipotente legislatore ripete, con un semplice tratto di penna, l’onnipotenza del dio cristiano, cosicché il modello dell’architetto (creatore del mondo, causa originaria e nello stesso tempo «*législateur*») trascolora nelle forme di un’ autorità legittimante. ⁵³

Sarà allora precisamente questo compito – la ‘creazione’ e la ‘distruzione’ dell’ordine costituito, ovvero sia la sua continua plasmazione attraverso innumerevoli universi giuridici – a trasferirsi, con la nascita della sovranità democratica e la rottura dell’ordine politico monarchico, nel soggetto sostitutivo del principe assoluto. Quest’ultimo (il popolo riunito – ovvero, come dirà l’abate Emmanuel Sieyès – la «*Nazione*») si porrà come ‘legittimo successore’ del sovrano dinastico, ultima filiazione del mito del grande legislatore, divenendo esso stesso il destinatario di un’immensa forza primigenia e divina che ne farà l’artefice dell’atto nomico es-

⁵⁰ Così C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del ‘politico’*, il Mulino, Bologna, 1972, p. 69, citando la dissertazione dottorale di F. ATGER, *Essai sur l’histoire des doctrines du contrat social*, p. 136.

⁵¹ G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del Diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, Bompiani, Milano, 2006, p. 477 (§ 279). Riprende questa suggestione hegeliana, al fine di mostrare come l’auto-poiesi del potere sovrano valga a congiungere la persona del monarca con la sua originaria matrice teologica, R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Einaudi, Torino, 2013, p. 141. Sull’auto-determinazione del monarca, cfr. anche J.-F. KERVÉGAN, *Souveraineté et représentation chez Hegel*, in *Revue française d’histoire des idées politiques*, 14 (2), 2001, pp. 321-336.

⁵² J. BODIN, *Les six livres de la République. Un abrégé du texte de l’édition de Paris de 1583*, Livre I, Chap. X, Librairie générale française, Paris, 1993, p. 151 e ss. Menziona e sviluppa questo essenziale passaggio della sovranità moderna M. LUCIANI, *L’antisovranità e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 1996, p. 140.

⁵³ Così, come noto, si esprime C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., pp. 61 e 70 relativamente alla divina potenza del ‘legislatore’.

senziale: la *costituzione*.⁵⁴ Proprio la sovranità nazionale rappresenterà allora il punto di sintesi tra le antiche concezioni bodiniane e le emergenti istanze democratiche derivanti dal disfacimento delle monarchie di *ancien régime*, incarnandosi per l'appunto nel concetto assolutamente innovativo di “*pouvoir constituant*”.⁵⁵ In tale delicato passaggio, e nello sviluppo di questo particolare paradigma concettuale, la corrente dell'artificialismo costruttivista potrà giungere al suo apogeo storico saldandosi tanto con il principio della sovranità democratica, quanto distinguendosi da un altro, importante orizzonte culturale europeo, rappresentato esemplarmente dalle esperienze tradizionalistiche inglesi e tedesche.⁵⁶ Se in ambito francese la nozione di ‘potere costituente’ diverrà infatti l'e-

⁵⁴ Come dirà alquanto significativamente A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1992, p. 66: «[i]l popolo regna nel mondo politico americano come Iddio regna nell'universo. Esso è la causa e il fine di ogni cosa: tutto esce da lui e tutto finisce in lui» (libro I, cap. IV). Un secolo prima, già John Locke aveva intravisto nel popolo il sovrano assoluto, in quanto detentore della decisione politica ultima. Cfr. J. LOCKE, *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, Yale University Press, Yale, 2003, p. 163: «[t]he people alone can appoint the form of the commonwealth, which is by constituting the legislative, and appointing in whose hands that shall be. And when the people have said, we will submit to rules, and be governed by laws made by such men, and in such forms, nobody else can say other men shall make laws for them; nor can the people be bound by any laws but such as are enacted by those whom they have chosen, and authorized to make laws for them» (cap. II, § 141).

⁵⁵ La prima concettualizzazione della nozione moderna di “potere costituente” si rinvia, come noto, in E.-J. SIEYÈS, *Che cos'è il Terzo Stato?*, in ID., *Opere e testimonianze politiche*, I, Giuffrè, Milano, 1993, pp. 207-98.

⁵⁶ Cfr. in proposito l'ampio percorso storico tracciato in G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 1996, p. 24, nonché in P.P. PORTINARO, *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, cit., p. 13 e ss. Nella storia del pensiero tedesco, Hegel ha espresso parole di ferma condanna nei confronti del volontarismo costituente francese (cfr. ID., *Lineamenti di filosofia del Diritto*, cit., § 258, p. 421), definendolo come l'avvenimento «più orribile e allucinante» mai offerto dal genere umano. Nel pensiero anglosassone, si veda lo sdegno che traspare dagli scritti politici di Edmund Burke, in particolare in *Reflections on the Revolution in France*, su cui si sofferma L. STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, il Melangolo, Genova, 1990, p. 317 e ss. Per uno sguardo riassuntivo sulla tipicità delle due forme di costituzionalismo, cfr. G.F. FERRARI, «*Civil law*» e «*common law*»: aspetti pubblicistici, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, II, cit., p. 787 e ss. Fornisce da ultimo un essenziale resoconto sulle diversità storico-intellettuali delle tradizioni di “*civil law*” e di “*common law*”, nonché un'approfondita esposizione dei due (opposti) tipi di *nómos* in essi presupposti, P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesis, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 117 e ss.

strinsecazione per eccellenza di tale forza nomogenetica assoluta, finalizzata in definitiva alla *rottura* massimamente *creatrice* dell'ordine costituito, le concezioni organiciste e consuetudinarie tipiche del pensiero germanico ed anglosassone rivendicheranno al contrario la supremazia di un'origine affatto diversa della legge, debitrice *in primis* del lento sedimentarsi dei costumi, del rispetto delle tradizioni e, appunto, del culto della *consuetudine*.⁵⁷ L'orrore di questi ultimi suscitato dalla possibilità estrema di fare (e disfare) la propria costituzione giuridica nelle vesti dello "stato di eccezione", generando quindi *ex novo* il proprio destino politico, implicheranno lo sdegno per qualunque volontà demiurgica della *nazione*⁵⁸: un gesto, infatti, che solo il sovrano assoluto teologicamente concepito (o il tempo e l'immemorabile tradizione) potevano fino ad allora legittimamente intraprendere.⁵⁹

⁵⁷ Sul 'potere costituente' quale 'potenza creatrice' e massimamente artificiale, si veda ancora M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., p. 144: «[s]olo un potere così possente, solo questo dio in terra, indubbiamente, poteva ragionevolmente ambire a sostituirsi al Dio nei cieli che aveva fondato la legittimità dell'ordine antico. E poiché questo ordine era stato concepito come ordine divino-naturale era inevitabile che il potere chiamato a disgregarlo si caratterizzasse per una fondamentale artificialità». Sembra già riecheggiare questa idea anche C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1952, p. 93, quando afferma che «assolutamente primario, creativo in modo originario, cioè non esecutivo di un precedente precetto, è solo l'atto che costituisce un singolo ordinamento positivo, quello che forma la "costituzione"».

⁵⁸ Cfr. le acute osservazioni contenute in P.G. MONATERI, *Legge, linguaggio e costume*, Editoriale Scientifica, 2013, p. 65 e ss., ove per l'appunto si analizza il pensiero critico di Blackstone, Burke e Hayek.

⁵⁹ È precisamente in contrasto con questa visione che, come brillantemente argomenta P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 85 e ss., nell'ironia 'sublime' della tradizione di *common law* non si danno né "stato di eccezione", né "potenza costituente": «[a]bbiamo qui il rifiuto completo della dottrina continentale del potere costituente: questo potere è insito nella stessa giurisdizione ordinaria, la Costituzione è l'insieme dei principi fondamentali rispetto ad altre regole più di dettaglio – in essa stabiliti -, ossia dei principi di fondo dell'esistenza civile, ma non vi è alcuna trasfusione da un potere costituente ad un potere costituito, che si realizzi come fatto eccezionale e che fondi l'ordinamento, restando in qualche modo al di fuori di esso» (*ibid.*, p. 96). E ancora: «[lo stato di eccezione] non trova spazio all'interno dello stato giurisdizionale. Lo stato di eccezione può essere dichiarato solo mediante una legge ordinaria, ed è soggetto alla giurisdizione ordinaria; la legge ordinaria non viene mai sospesa all'interno, fino alla negazione di un potere costituente eccezionale. Non c'è mai alcuna violenza che fonda il diritto: c'è solo una forza che lo *preserva*» (*ibid.*, p. 97). Insomma, la continua scrittura e riscrittura del *common law* è, si può dire, l'incessante ripre-

Insomma, come proprio Schmitt potrà efficacemente rilevare, la ‘nuova’ svolta fondatrice proverrà rispettivamente dalle spinte di due nuove entità supremamente reali ed ontologicamente rivoluzionarie: la *Nazione* e la *Storia* dei popoli.⁶⁰ Se la prima è il Dio rivoluzionario che rovescia tutti i limiti sociali e politici, la seconda è il Dio conservatore che restaura e guarisce ciò che lo strappo rivoluzionario ha messo in crisi. Così, chiosando ancora le preziose intuizioni di Kantorowicz, nello slittamento costante del lessico dell’attività artistica verso quello del ‘politico’, sono i *popoli* – nella reciproca personalità unitaria e collettiva di corpo politico – e lo *sviluppo storico* – nel suo essere forza creatrice sovrumana – ad incarnare la capacità generativa che anticamente competeva al divino.⁶¹ Quella stessa capacità sovrasensibile che, come si è visto poco sopra, il pensiero greco attribuiva al poeta e che Albrecht Dürer affidò proprio alla figura dell’artista-incisore, il quale, nel mettere in forma il proprio ingegno inventivo, aveva il privilegio eccezionale «di “creare”

sentazione dell’originario sublime nel suo essere luogo di esistenza e di *possibilità* del diritto. È, cioè, il darsi di un varco che congiunge arco-passato e futuro anteriore attraverso l’elastico dell’immortalità della *jurisdiction*, della tradizione, dello svolgimento infinito dei casi e delle pronunce casuisticamente legate agli accidenti del vivere collettivo. Esse, in quanto tali, sono ancora appiattimento di ‘divenire’ e ‘passato’, di ‘origine’ e ‘fine’ lungo un’unica striscia di tempo. Il *common law* è (metafisicamente) presenza che eccede il tentativo dispositivo dell’uomo e, parallelamente, istanza che neutralizza il politico ‘puro’. In questo senso il *common law* non tollera momenti emergenziali, né esige atti rivoluzionari di costituzione: esso c’è già sempre del tutto, e anche laddove non compiutamente verbalizzato, anche laddove non *immaginato*, esso si dà comunque come presenza latente, in divenire, in potenza: come *spaeculum* sublime di una dimensione normativa che già potrebbe essere vigente, qui e ora, e che non lo è soltanto perché riposta in una dimensione “inarticolata” del linguaggio, ma non per questo ineffettuale. Diversamente dalla legge della tradizione codicistica di *civil law* – che contempla regole ma viene messa in crisi dalle eccezioni – il *common law* elimina il caso eccezionale, inglobandolo nella propria stessa contingenza potenziale. Al contrario, per il paradigma continentale scrivere ciò che non è scritto significa invece scrivere ciò che *non sarebbe concesso* scrivere, proprio perché marchio ed appannaggio della sovranità. In breve, significa accedere all’*anomia* e fissare l’origine: scrittura e riscrittura costante della ‘violenza fondatrice’.

⁶⁰ C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 98 e ss.

⁶¹ Come ancora scrive C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., p. 98: «[L]’idea di un dominio arbitrario sulla storia è la tipica idea rivoluzionaria, che ha come presupposto la possibilità umana non solo di “costruire” ma anche di creare; tale presupposto, del resto, lo si trova alle radici di ogni attività degli uomini».

nel proprio cuore qualcosa che nessun'altro [aveva] mai avuto in mente in precedenza».⁶²

3. La 'potenza' del Politico

Alla luce di tale ultimo, breve accenno al discorso 'artistico-giuridico' così come inaugurato dalla penna di Kantorowicz, è forse possibile dimostrare come proprio in congiunzione con tale matrice *creazionistica* si incastri un'altra, essenziale struttura del pensiero occidentale. Ogni atto di 'creazione', si può infatti dire, risulta scandito tanto da un'istanza attiva, performativa, effettuale (l'«atto» di *creazione* appunto), quanto da un *forza* di valore inverso, soltanto possibile e virtuale – se si vuole: 'impersonale'. In un breve contributo seminariale dal titolo *Che cos'è l'atto di creazione* (1987), Gilles Deleuze ha potuto rilevare come tale attività equivalga, in effetti, allo svolgimento di un 'atto di resistenza'.⁶³ L'enunciato – destinato a rimanere 'oscuro' per l'intero svolgersi del seminario – riceverà una più compiuta definizione soltanto qualche anno più tardi, quando nel corso di quell'articolata (e quasi testamentaria) conversazione racchiusa sotto il titolo *Abecedario* (1989), Deleuze stesso ne esplicherà il corretto significato.⁶⁴ *Resistere*, per il pensatore francese, implica sempre la liberazione di una 'potenza' di vita che si credeva imprigionata od offesa. Essa, si può meglio dire, è quella pratica che ha costitutivamente a che fare con l'esplicitazione di una "potenzialità" – ossia con la materializzazione di una *tensione* verso l'essere che è 'interna' e 'latente' all'atto stesso.⁶⁵ Queste suggestioni

⁶² E.H. KANTOROWICZ, *La sovranità dell'artista*, cit., p. 24. Per uno studio sulla funzione magica del poeta nell'antica Grecia, cfr. J. DUCHEMIN, *Mission sociale et pouvoirs magiques du poète comparés a ceux de roi dans le lyrisme de Pindare*, in AA. VV., *La regalità sacra. Contributi al tema dell'VIII congresso internazionale di storia delle religioni (Roma, aprile 1955)*, Brill, Leiden, 1959, pp. 379-93.

⁶³ G. DELEUZE, *Che cos'è l'atto di creazione?*, Cronopio, Napoli, 2013, p. 22: «[c]» è invece un'affinità fondamentale tra l'opera d'arte e l'atto di resistenza». Ha richiamato questo insegnamento, lungo il percorso che si adotterà anche in questa sede, G. AGAMBEN, *Il fuoco e il racconto*, Nottetempo, Roma, 2014, p. 39 e ss.

⁶⁴ G. DELEUZE, *Abecedario*, DeriveApprodi, Roma, 2014, DVD 3.

⁶⁵ Deleuze tornerà su questo punto anche in un altro luogo della sua opera: in un breve testo seminariale dedicato all'analisi della filosofia di François Chatelet, il pensatore francese potrà infatti notare che «[l']immanenza, il campo di immanenza, consiste in un

deleuziane mostrano allora perfettamente, in un breve volgere di passaggi, la fisionomia del binomio *creazione/potenza*, riecheggiante a sua volta l'antica affinità che legava, attraverso l'apporto del pensiero greco antico, proprio il 'fare' umano con la 'potenza' di questa stessa creazione; il non-ente (il *ni-ente*) all'*ente* nella sua presentificazione.

In effetti la nozione di 'potenza' ha avuto, in modo del tutto evidente, una lunghissima storia nel corso del pensiero filosofico occidentale. Una storia che rimanda, primo fra tutti, al noto insegnamento di Aristotele racchiuso nel libro *Theta* della sua *Metafisica*, secondo cui le 'potenze' propriamente dette sono innanzitutto «principi» (*arkai tinàs*), ossia punti di partenza per un «mutamento» (*metabolè*) di un ente in un altro ente.⁶⁶ Peraltro, anche già in Platone δύναμις (*dúnamis*) è termine notevole: nel suo celebre *Lexicon Platonicum* (1835), Friedrich Ast rende il lemma con un ampio spettro di significati, quali «*vis, facultas, potestas, potentia*».⁶⁷

Ciò che tuttavia, anche al di là dello specifico influsso platonico o aristotelico, merita di essere sottolineato attraverso questa relazione “atto/

rapporto Potenza-Atto. Queste due nozioni non esistono se non in correlazione, sono inseparabili. [...] Come passare all'atto e qual è l'atto di questa potenza? L'atto è la ragione. Dobbiamo capire che la ragione non è una facoltà, ma un processo che consiste proprio nell'attualizzare una potenza o nel formare una materia. [...] L'atto stesso, in quanto è un rapporto, è sempre politico. La ragione come processo è politica. [...] La potenza è il *pathos*, cioè la passività, la recettività, ma la recettività è innanzitutto la potenza di ricevere i colpi e di infliggerne: una strana resistenza» (in G. DELEUZE, *Pericle e Verdi*, Cronopio, Napoli, 1996, pp. 12, 13, 15)

⁶⁶ ARISTOTELE, *Metaph.*, 1046a 9-11, in ID., *Metafisica* (a cura di G. Reale), Bompiani, Milano, 2004, p. 395. Ma si veda anche *Metaph.*, 1069b 15-16: «ogni cosa che muta, muta passando dall'essere in potenza all'essere in atto». Svolge un particolareggiato lavoro di commento ai passi in questione, nonché all'intera problematica dell'atto e della potenza in Aristotele, A. D'ANGELO, *Heidegger e Aristotele: la potenza e l'atto*, Istituto italiano per gli studi storici, Napoli, 2000, p. 95 e ss. Sempre in argomento si segnala l'efficace articolo di G. VERBEKE, *The Meaning of Potency in Aristotle*, in LLOYD P. GERSON (a cura di), *Graceful Reason. Essays in Ancient and Medieval Philosophy*, Pontifical Institute of Mediaeval Studies, Toronto, 1983, pp. 55-74. Nella letteratura italiana, rimane un classico G. REALE, *La dottrina aristotelica della potenza, dell'atto e dell'entelechia nella Metafisica*, ora in ID., *Il concetto di "filosofia prima" e l'unità della Metafisica in Aristotele*, Bompiani, Milano, 2008, pp. 341-406.

⁶⁷ F. AST, *Lexicon Platonicum sive Vocum Platoniarum*, I, Weidmanniana, Lipsia, 1835, p. 566, s.v. δύναμις. Per un'analisi particolareggiata del lemma, si veda anche C. MUSCATO, *Dunamis, arche, kratos. Il problema del potere in Platone*, in *Itinerari*, 1-2, 2005, pp. 15-33.

potenza”, è che sembra esistere, nel cuore del pensiero filosofico-politico, un vero e proprio *lato intangibile* del potere, nel senso precipuo della sua ‘invisibilità’ e della sua presenza ‘fluttuante’, tale da situarsi ben oltre le categorie *positive* e materiali della legge. Una forza, in altre parole, che giace alle spalle della sua forma compiuta e costituita, e che in tal senso diviene emblematicamente il luogo cardine per un pensiero *crepuscolare* della stessa sovranità. Ora, è precisamente attraverso questa prospettiva che Pietro De Francisci ha svolto, nel suo ultimo, importante lavoro, un’accurata ricostruzione dei primordi della civiltà romana.⁶⁸ Secondo l’anziano romanista, porsi all’origine del concetto di potere significa, inevitabilmente, verificare la persistenza di una *dinamicità* magico-religiosa che è intrinseca al pensiero ‘primitivo’ (ma profondamente attuale) dell’uomo:

[i]l senso di labilità e di fragilità dell’esistenza che angoscia il primitivo dipende dalla circostanza che la sua esperienza di tale partecipazione (che è la via di accesso al mondo) gli rivela il mondo stesso e tutti i suoi fenomeni come la manifestazione di una potenza, di una *dynamis*, che non è per lui né naturale né soprannaturale, ma qualcosa di materiale che lo afferra o che esso afferra concretamente, che agisce su di lui e sulla quale egli cerca di agire.⁶⁹

Per designare questa *potenza*, come si è visto, De Francisci non disdegna financo di utilizzare il termine «*mana*»⁷⁰, destinandolo in particolare a mettere in luce quella maestà, quello splendore, in breve quell’*autorità numinosa* che agisce come vero e proprio “centro di potenza” irradiante. Eppure, se si danno energie eccezionali, se si danno potenze superiori, allora si daranno anche ‘eccezionali portatori’ di tale forze: in breve, demiurghi in grado di incarnarne l’autorità, sovrani capaci di gestirla, di imporla, quindi gerarchie sociali tali da modificare l’assetto della comunità in accordo con tali stupefacenti circostanze. Così, è precisamente per questo motivo, prosegue De Francisci, che dalla ‘credenza nella potenza’ si passa (inevitabilmente e quasi foucaultianamente) al ‘concetto

⁶⁸ P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, cit., p. 200 e ss.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 204.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 204.

di potere'.⁷¹ Come anche suggerito da Wagenwoort nel suo celebre studio, ai primordi della civiltà romana è il termine "*potentia*" a divenire l'erede semantico del greco δύναμις.⁷² Una "*potentia*" magico-dinamistica cui ben presto andranno ricollegati anche i lemmi "*auctoritas*" e "*imperium*", quest'ultimo in particolare nell'atto di presupporre quella situazione concreta di forza e di potenza preminente in grado «di sviluppare energia [...] o di imporre un ordine [...]».⁷³ Come si può leggere nella sua ben nota ricostruzione della cerimonia del *trionfo*, Versnel sostiene, in perfetta linea di continuità con quanto poc'anzi mostrato, come proprio per effetto di tale *dynamis* 'sovrasensibile' il comandante vittorioso si reputasse in grado di 'contagiare' positivamente la città, conferendovi benessere, fortuna e prosperità, e ciò nell'atto preciso di varcare la soglia del suo confine. Una concentrazione di potere così elevata da ricordare – aggiunge lo storico tedesco – la nomina *eccezionale* del dittatore.⁷⁴

⁷¹ *Ibid.*, p. 207: «[d]i qui uno stato di tensione tra l'individuo comune e il portatore di potenza e un rapporto di subordinazione che si manifesta nel riconoscimento dell'efficacia imperativa e maiestatica delle azioni del più potente».

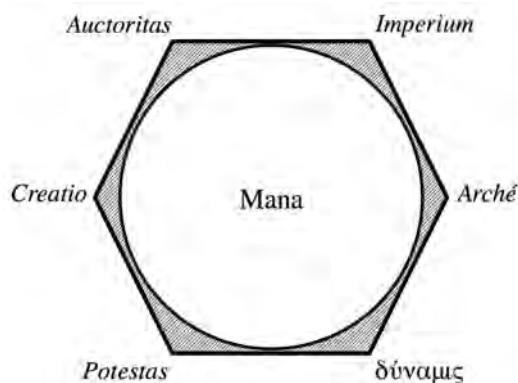
⁷² H. WAGENWOORT, *Roman Dynamism*, p. 130: «[o]ther words denoting magic power in a general sense are *potentia*, *potens*. [...] It remains to be seen, however, whether this use of the word, which I cannot find prior to the first century B.C., belonged to the older idiom. For there is every possibility that *potentia* is the translation of the Greek δύναμις and that this sense of the word was only the result of the steadily increasing influence of Hellenistic magic». Concorda sull'ipotesi di traduzione P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, cit., p. 365, nota 14.

⁷³ P. DE FRANCISCI, *Primordia Civitatis*, cit., p. 369.

⁷⁴ Il concetto di "*imperium*", ne conseguirebbe, non è affatto di tipo 'puramente' politico o giuridico, ma (originariamente) di derivazione "magico-dinamistica". L'acclamazione festosa cui il generale romano sarebbe destinatario da parte delle sue truppe dimostrerebbe, per l'appunto, la credenza in un favore *divino* (o meglio, in una 'potenza' di carattere sovranaturale), di cui la vittoria in battaglia assume emblematicamente la figura di contrassegno effettuale. Per questo Versnel argomenta che l'*imperium* qui in azione possiede, anfibologicamente, una duplice accezione: «constitutionally "supreme command in the field", magico-dynamistically-the original meaning, which, however, survived long-the "*dynamis* of the commander/chief"» (così in H.S. VERSNEL, *Triumphus*, cit., p. 389). Sul punto, cfr. anche D.H. THOMAS, *Revelation 19 in Historical and Mythological Context*, Peter Lang, New York, 2008, pp. 40-1. È per tutti questi motivi – alla luce delle riflessioni di Wagenwoort, De Francisci e Versnel, nonché seguendo gli appunti di Lévi-Strauss – che diviene possibile concepire il termine "*mana*" come quel particolare significante che disloca costantemente il proprio significato senza mai esaurirlo del tutto, e che proprio per questa ragione indica un'*ecceденza* rispetto al contingente che si mostra appunto in forma di scarto, di eccezione e di oltrepassamento. Come scri-

Insomma, non può non apparire come, ancora una volta, si assista all'emersione di quel 'vuoto' della legge sulla cui base il pensiero classico del positivismo si incista.⁷⁵ Un vuoto che, se da un canto l'approccio formalista vorrebbe rimuovere *tout court* dalle preoccupazioni pratiche del giurista positivo, dall'altro, tuttavia, permane pur sempre come *tensione*, come spinta e come stimolo problematico alla realizzazione stessa della

ve l'antropologo francese, «le concezioni del tipo *mana* sono così numerose e così diffuse che conviene chiedersi se, per caso, non ci troviamo di fronte a una forma di pensiero universale e permanente che, lungi dal caratterizzare certe civiltà, o pretesi "stadi" arcaici o semiarcaici dell'evoluzione dello spirito umano, sarebbe funzione di una certa situazione dello spirito di fronte alle cose, e apparirebbe, perciò, necessariamente, tutte le volte in cui questa situazione fosse data» (C. LÉVI-STRAUSS, *Introduzione all'opera di Marcel Mauss*, in M. MAUSS, *Teoria generale della magia*, Einaudi, Torino, 1991, p. XLVI). Questo *mana* "sostanziale", questa sorta di «valore indeterminato di significazione», in se stesso privo di significato e quindi «suscettibile di riceverne uno qualunque», possiede la fondamentale funzione di colmare il *divario* tra significante e significato, di rappresentare quella potenza segreta e misteriosa che opera nelle pieghe recondite della cultura. Agendo come «*significante fluttuante*», il *mana* incarna prima di tutto una funzione semantica, permettendo al pensiero simbolico di esercitarsi e di sprigionarsi (*ibid.*, pp. XLVII-LII).



Come è possibile notare attraverso lo schema che qui si propone, la *soglia* che separa il significante "*mana*" dall'orizzonte dei suoi possibili significati diviene, prima di tutto, una 'liminalità' di *potenza*, vale a dire uno scarto contingente che si apre all'intersezione di "interno" ed "esterno", di metaforico e materiale, di topologico prima che di topografico: in questo ibridarsi del 'dentro' e del 'fuori', in questa 'possibilità-di' e 'possibilità-di-non', il *mana* diviene processo indecidibile, *spazio* di eccezione simbolico che tocca il punto di trasmutamento e di ibridazione tra il giuridico, il politico e il religioso.

⁷⁵ Di grande ispirazione su questo punto è l'opera di W.E. CONKLIN, *The Invisible Origins of Legal Positivism. A Re-Reading of a Tradition*, Springer, New York, 2001.

legge. È precisamente in questo «spazio vuoto di diritto», allora, in questo «impensabile» della legge avente la forma ibrida del giuridico e del politico, che si gioca la partita più importante; uno spazio che sembra essere, per qualche ragione, «così essenziale all'ordine giuridico, che questo deve cercare in tutti i modi una relazione con esso»⁷⁶, facendo dunque del binomio 'fondazione-anomia' la cifra istituyente e decisiva per qualunque ulteriore definizione della legge.

Per questo – e con una analogia stupefacente pur alla luce di un cambiamento enorme nelle categorie delle forme giuridiche – se si guarda alla modernità ed al cuore del suo pensiero politico il quadro paradigmatico non sembra cambiare. Nella storia rivoluzionaria del concetto di 'potere costituente', il valore ontologico della nozione di 'potenzialità' (intesa nel suo essere *premessa e fondamento* per una costituzione 'politico-giuridica' dell'essere) ha infatti giocato un ruolo euristico tanto essenziale, quanto, si può dire, emblematico.⁷⁷

In un articolo di commento al concetto mortatiano di 'costituzione materiale', già Franco Modugno aveva potuto asserire che «[i]l potere si mostra, anzitutto, come situazione di fatto, antecedente il diritto, ossia come forza, *potentia*, possibilità di disciplina di fatti», sicché tale forza (*in tendenza* di realizzazione) è intrinsecamente «*dùnamis*, [...], fermento, lievito, insomma è una posizione in divenire o, se si vuole, una fattispecie dinamica, che tende cioè a realizzarsi, a produrre i suoi effetti».⁷⁸ Il principio 'dinamico' qui direttamente evocato è l'esatto prodotto della concezione ontologica sviluppata da Aristotele, il quale conia le nozioni di *dùnamis* e di *enèrgheia* proprio per introdurre il paradigma dell'azione all'interno della struttura dell'essere, anche se – come il Filosofo stesso ammetterà – «le nozioni di atto e potenza vanno oltre i significati che

⁷⁶ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., pp. 66-67.

⁷⁷ Si segnala fin da subito, a proposito delle implicazioni politiche dell'idea di 'potenza' nella tradizione giuridico-filosofica occidentale, l'ampio ed approfondito lavoro ricostruttivo contenuto in E. CASTRUCCI, *Studi sull'idea di potenza. Le radici giuridiche e teologiche della tradizione culturale dell'occidente*, in ID., *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, II, Giuffrè, Milano, 2003, p. 831 e ss.

⁷⁸ F. MODUGNO, *Il concetto di costituzione*, in AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Giuffrè, Milano, 1977, p. 215.

sono relativi al solo movimento». ⁷⁹ L'*oltre* di cui parla Aristotele, come si potrebbe forse dire raccogliendo ed amplificando la suggestione lanciata dal Filosofo, è, in realtà, l'*oltre* della *sovranità*, la sua struttura interna; in breve, il suo funzionamento 'archetipico'.

Giorgio Agamben ha da ultimo ripreso ed approfondito proprio tale intuizione, mostrando paradigmaticamente come la dinamica della *potenza* e quella dell'*atto* ineriscano, nel profondo, al funzionamento stesso dell'ordinamento giuridico. ⁸⁰ Se Aristotele sembra asserire (in contrasto con quanto argomentato dall'opposta scuola dei Megarici) che la potenza si mantiene sempre in una forma di esistenza 'autonoma' rispetto all'atto (*Meth.*, 1050b, 10), non essendo suscettibile quindi di 'esaurirsi' o di scomparire per il semplice fatto di non venire esercitata, così, del tutto analogamente, il "potere costituente" non potrà mai dirsi per intero dissolto a causa del suo essersi trasfuso all'interno e nelle forme dell'ordinamento 'costituito'. Ciò che è in gioco in tale visione – argomenta ancora Agamben – è il dispositivo essenziale di una costitutiva ambivalenza tra la *potenza-di* (fare o essere) e la *potenza-di-non* (fare o essere), che si risolverebbe, di fatto, in una "adunamìa", ossia in una *im-potenza*; in breve, nella possibilità-di-non passare obbligatoriamente all'atto. ⁸¹ Lun-

⁷⁹ ARISTOTELE, *Metaph.*, 1046a 1, in ID., *Metafisica*, cit., p. 395.

⁸⁰ Le riflessioni del filosofo italiano si rinvergono, progressivamente, lungo l'intero arco della sua produzione intellettuale. Si vedano, in particolare, G. AGAMBEN, *La potenza del pensiero*, in ID., *La potenza del pensiero. Saggi e conferenze*, Neri Pozza, Vicenza, 2005, p. 281 e ss.; ID., *Bartleby o della contingenza*, in G. DELEUZE, G. AGAMBEN, *Bartleby: la formula della creazione*, Quodlibet, Macerata, 1993; ID., *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995, p. 46 e ss.; ID., *Il fuoco e il racconto*, Nottetempo, Roma, 2014, p. 42 e ss.; nonché, da ultimo, ID., *L'uso dei corpi*, Neri Pozza, Vicenza, 2014, p. 333. La letteratura sul tema si è presto accresciuta, ricevendo numerosi contributi anche da parte del pensiero gius-filosofico internazionale. In questa prospettiva si vedano, ad esempio: K. ATTEL, *Potentiality, Actuality, Constituent Power*, in *Diacritics*, 39 (3), 2009, pp. 35-53; H. LINDAHL, *Possibility, Actuality, Rupture: Constituent Power and the Ontology of Change*, in *Constellations*, 22 (2), 2015, pp. 163-74; M. VATTER, *Political ontology, constituent power, and representation*, in *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 18 (6), 2015, pp. 679-86; I. WALL, *Notes on an "Open" Constituent Power*, in *Law, Culture and the Humanities*, 11 (3), 2015, pp. 378-92.

⁸¹ Come può leggersi diffusamente in G. AGAMBEN, *Il fuoco e il racconto*, cit., pp. 43-4: «[c]olui che possiede – o ha l'abito – di una potenza può tanto metterla in atto che non metterla in atto. La potenza – questa è la tesi geniale, anche se in apparenza ovvia,

gi dall'essere il prodotto di una 'debolezza', la *adunamia* rappresenterebbe al contrario «la potenza perfetta», il marchio dell'esistenza autonoma e sovrana del dispositivo ontologico, che verrà simboleggiato icasticamente – nel commento alla *Metafisica* redatto secoli dopo da Avicenna – dalla «figura di uno scriba nel momento in cui non scrive».⁸²

Per questo, in modo consimile, il potere costituente è lo specchio di tale anfibia: esso è quel gesto istituente eternamente in filigrana che nel permanere ancora *al di fuori* del diritto (in quello 'stato di natura' peraltro già attribuitogli dall'abate Sieyès)⁸³, *mantiene* pur sempre attiva la propria 'potenza', la propria effettualità virtuale, la propria spinta al mutamento. In opposizione ad un pensiero giuridico che ambisce irrevocabilmente ad esaurire ogni esperienza politica nello statuto asettico della norma positiva, la lettura 'potenziale' del potere costituente vi restituirebbe, al contrario, dignità di autonomia, di indipendenza e certamente

di Aristotele – è, cioè, definita essenzialmente dalla possibilità del suo non-esercizio. [...] *Adynamia*, "impotenza", non significa qui assenza di ogni potenza, ma potenza-di-non (passare all'atto), *dynamis me energein*. La tesi definisce, cioè, l'ambivalenza specifica di ogni potenza umana». Si veda come questo dispositivo sia, a tutti gli effetti, il marchio della sovranità politica, che è tale proprio perché incapsulata in uno *status* di libertà decisionale che consente al sovrano tanto 'di-' quanto 'di-non' passare all'atto. Ne fornisce alcuni esempi eclatanti P.G. MONATERI, *I confini della legge*, cit., pp. 89-90, notando come «il governo dell'eccezione, e quindi della legge, possa passare anche attraverso la decisione della non proclamazione dello stato di eccezione, appunto come prerogativa suprema non solo di riconoscere che qualcosa costituisca un'eccezione, ma anche che una situazione eccezionale in senso proprio non lo sia in senso legale». La logica e l'ambiguità sovrana dello *stato di eccezione* sono, quindi, perfettamente rispecchiate dal dispositivo aporetico della «potenza-di» e della «potenza-di-non» passare all'atto.

⁸² G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 52. Si vedano, in tal senso, anche le dense riflessioni contenute già in ID., *Bartleby o della contingenza*, cit., p. 52, secondo cui «[q]uesta 'potenza di non' è il cardine segreto della dottrina aristotelica sulla potenza»; nonché, in senso concorde, E. CASTRUCCI, *Studi sull'idea di potenza*, cit., p. 857.

⁸³ E.J. SIEYÉS, *Che cos'è il terzo stato?*, in ID., *Opere e testimonianze politiche*, I, Giuffrè, Milano, 1993, p. 258: «[u]na nazione non si sottrae mai allo stato di natura, e fra tanti pericoli non sono mai troppi, per essa, i modi possibili per dar voce alla propria volontà. Non temiamo di ribadirlo: una nazione è indipendente da qualunque forma; e in qualunque modo essa voglia, è sufficiente che questa sua volontà si manifesti, perché ogni diritto positivo venga meno dinanzi ad essa che è la fonte e l'arbitro supremo di ogni diritto positivo». Come evidente, si tratta di un'affermazione importantissima, che indica chiaramente la rivendicazione di un potere di fatto insuscettibile di esaurimento o di neutralizzazione da parte di qualunque ordinamento "costituito".

di imprevedibilità. Un'aura di instancabile dinamismo per un concetto che non sarebbe più interpretabile unicamente come *causa strumentale* ai fini dell'edificazione di un ordine politico qualsiasi, ma viceversa quale *istanza sovrana* e autarchicamente determinata nella propria magmatica densità onto-politica.

L'immediato precipitato logico di questa impostazione è che il potere costituente si trasforma, da momento di imbarazzo per il costituzionalista, in una vera e propria *categoria dell'ontologia*. Secondo la lettura fattane di recente da Antonio Negri in un importante lavoro valso ad inaugurare su nuovi presupposti il recente dibattito gius-filosofico, esso «adempie la sua funzione ontologica, che è di costruire un nuovo essere, di costruire una nuova natura della storia». ⁸⁴ Il potere costituente non è solo un'eccezione politica, ma prima di tutto una svolta storica, una *rottura* che imprime il segno di una discontinuità essenziale rispetto al precedente ordine politico. La 'potenza costituente' è onnipotente, espansiva, sfugge alle limitazioni temporali ed alle barriere spaziali. Essa è «una forza che irrompe, spacca, interrompe, scardina ogni equilibrio preesistente e ogni possibile continuità». ⁸⁵ Attraverso questa dimensione performativa ed assediante, la *forza* del potere costituente mette in crisi il paradigma del costituzionalismo classico, minandone dal di dentro le ambizioni verso una pretesa stabilità. La 'verità' del potere costituente non può che essere la verità della potenza che *non* si risolve nell'atto, del *costituente* che non si piega nel *costituito*, ciò in nome di una perenne rin-

⁸⁴ A. NEGRI, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Manifestolibri, Roma, 2002, p. 410. Toni Negri è forse l'autore che nel contesto filosofico italiano ha dedicato maggiore attenzione al tema del "potere costituente". Oltre al testo segnalato, si vedano anche i numerosi riferimenti contenuti in A. NEGRI, M. HARDT, *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Rizzoli, Milano, 2003 e IDD., *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milano, 2010. Il presupposto da cui l'Autore parte è una reinterpretazione complessiva del messaggio di Spinoza (rinvenibile, in particolare, in A. NEGRI, *Spinoza. L'anomalia selvaggia – Spinoza sovversivo – Democrazia ed eternità in Spinoza*, DeriveApprodi, Roma, 2006), che si svolge attraverso l'identificazione del concetto di 'potentia' con la coordinazione politica ed immanente di una 'moltitudine', continuativamente operante ed emergente dal tessuto politico della storia. Si esprime in modo parzialmente critico rispetto a questo ultimo senso, soprattutto per via delle 'forzature' o delle 'indebite estensioni' cui l'interpretazione negriana sarebbe incorsa, E. CASTRUCCI, *Studi sull'idea di potenza*, cit., p. 905.

⁸⁵ A. NEGRI, *Il potere costituente*, cit., p. 23.

corsa del nuovo che soltanto per mezzo della propria *emergenza* devastante si afferma quale gesto radicale. È in questo orizzonte (o in questa 'scelta' del 'politico' che non esiste ancora), inspiegabile a partire dalle istanze sovrane precostituite, che si innesca, secondo Negri, la forza della 'potenza' e del suo organizzarsi politicamente nelle forme di «una volontà che non si placa». ⁸⁶ Da qui ancora il nuovo statuto ontologico del potere costituente, la sua 'latenza' espressa nelle forme di una forza in grado di riemergere, di trascinare e di riproporsi con attitudine costante. Esso, energicamente,

è la definizione di ogni possibile paradigma del politico. Non c'è definizione del politico se non a partire dal concetto di potere costituente. Lungi dunque da essere una straordinaria apparizione o un'essenza clandestina racchiusa nelle maglie del potere costituito, il potere costituente è la matrice totalizzante del politico. ⁸⁷

Da forza eccezionale, a legge dell'immanenza politica; da miracolo politico, a necessario destino di ogni ordinamento *soi disant* concluso. Il potere costituente è l'istanza sovrana che sovraneamente si *eccepisce* dalla sovranità, il dispositivo che trasferisce il 'politico' all'interno dell'ontologico – un'ontologia, però, non fissata o deforme, bensì specchio vivente della propria stessa tramatura dinamica, creativa, continua e processuale. Così nell'interpretazione di Negri la 'potenza' aristotelica si fa 'potenza' spinoziana. Per usare il celebre adagio che il pensatore olandese impiegherà nel suo incompleto *Trattato politico* (1676), «*tamquam juris quantum potentiae*»: il diritto (*jus*), ma anche il potere (*potestas*) sono derivazioni particolari, orizzonti misurati rispetto alla superiore potenza dell'essere, ed in quanto tali sottoposti costantemente «alla continua dislocazione, alla continua attualizzazione che l'essere potenziale determina». ⁸⁸ In questo preciso senso *potestas* e *potentia* si oppongono ma allo stesso tempo si co-determinano, poiché la prima è specificata di volta in volta dalla capacità espansiva della seconda. In Spinoza, questo meccanismo si ingigantirà al punto tale da determinare una vera e pro-

⁸⁶ *Ibid.*, p. 75.

⁸⁷ *Ibid.*, p. 410.

⁸⁸ A. NEGRI, *Spinoza*, cit., p. 243.

pria 'fisica politica', che vedrà nella *multitudo*, ossia nell'aggregazione corpuscolare degli individui, la premessa positiva per il costituirsi del diritto pubblico:

[s]e due uomini si accordano reciprocamente e uniscono le loro forze, insieme avranno più potere – quindi più diritto sulla natura – che ciascuno da solo. E quanto più numerosi saranno gli uomini che stringeranno così i loro rapporti, tanto più diritto avranno, presi tutti insieme [...] Questo diritto, che è definito dalla potenza di una moltitudine (*multitudo*), si chiama in genere *Stato*.⁸⁹

Il diritto civile è dunque la 'potenza' della *multitudo*; la sovranità e il potere si trasformano a loro volta in funzioni derivate dalla medesima *collettività* organizzata, finendo così per costituirne tanto il successo, quanto il destino ontologico-politico.⁹⁰ Se la *dùnamis* in Aristotele agisce

⁸⁹ B. SPINOZA, *Trattato Politico*, cap. II, § 13-17, in ID., *Opere*, Mondadori, Milano, 2007, pp. 1116-7. In un certo senso, Spinoza sembra qui riecheggiare Dante e il suo *De Monarchia* (1313), in particolare nel passaggio (I. 3-4) in cui il poeta fiorentino dichiara: «[è] chiaro quindi che la più alta facoltà dell'umanità è la facoltà o potenza intellettuale. E poiché tale potenza non può essere tutta quanta simultaneamente tradotta in atto da parte di un solo uomo o di qualcuna di quelle società particolari suaccennate, occorre necessariamente che nel genere umano vi sia una moltitudine di uomini, ad opera dei quali quella potenza venga totalmente attuata» (in DANTE, *Opere minori*, II, UTET, Torino, 1986, pp. 537-9). Moltitudine, potenza e attuazione politica della medesima sembrano dunque costituire gli orizzonti di senso del pensiero politico dantesco.

⁹⁰ All'interno di quel complesso culturale e filosofico che oggi viene sempre più denominato "*Italian Theory*" (su cui, da ultimo, R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Einaudi, Torino, 2016, p. 157 e ss.), anche Paolo Virno ha dimostrato profondo attaccamento alla concezione spinoziana di *moltitudine*. Secondo il pensatore italiano, nel costituirsi come elemento 'impolitico', al di là e oltre la concezione unificante di 'popolo' o di 'corpo politico' classicamente hobbesiana, la *moltitudine* costituirebbe, al contrario, il vero 'rimosso' della teoria della sovranità, quell'impensato (o impensabile) tale da inverare il massimo pericolo possibile per il supremo potere ordinatore dello Stato. Per questi accenni, cfr. P. VIRNO, *Grammatica della moltitudine. Per una analisi delle forme di vita contemporanee*, DeriveApprodi, Roma, 2002, p. 10 e ss. Offre una brillante analisi sul punto, D. TARIZZO, *Soggetto, moltitudine, popolo. A proposito dell'«Italian Theory»*, in *Filosofia politica*, 35 (3), 2011, pp. 431-446. Anche in questo caso, peraltro, *moltitudine* e *potenzialità* giungono strettamente ad intersecarsi. Come scrive Tarizzo commentando la posizione di Agamben, «[l]a *multitudo*, l'elemento pre- e post-politico della politica, assurge infine a grandezza politica *sublime*, in cui la politica stessa tocca la sua verità originaria, fondamentale: la sua mera potenzialità» (*ibid.*, p. 446).

pur sempre quale meccanismo impersonale, in Spinoza essa è invece fin da subito gettata nella moltitudine, nell'aggregazione fisica dei corpi, in breve in quelle 'passioni' cooperanti verso la realizzazione di uno specifico fine politico.⁹¹

Ecco, dunque, l'idea centrale di Spinoza, così come correttamente rilevata da Gilles Deleuze: sviluppo corpuscolare delle forze, tensione e *conatus* alla realizzazione, spontaneità e produzione organizzata.⁹² Ma anche quando non ricondotto (più democraticamente) al fenomeno collettivistico così come concettualizzato dal pensatore olandese, anche quando impiegato per definire asetticamente (e neutralmente) il costituirsi in sé di un ordinamento giuridico, il potere costituente rimane comunque *forza* che si agita nella propria eccedenza ontologico-politica, creazione pura di forme giuridiche futuribili, quindi *positività* della potenza a partire da una situazione di scarto o di non-derivazione che ne impediscono ancora la cattura definitiva.⁹³

⁹¹ Illuminante, in tal senso, l'analisi compiuta da D. BOSTRENGHI, "*Tantum juris quantum potentiae*". *Puissance de la raison et puissance des affects chez Spinoza*, in C. JACQUET, P. SÉVÉRAC (a cura di), *Les interprétations actuelles de Spinoza en Italie*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2012, pp. 117-33, secondo cui «il faut rechercher le fondement même de l'*imperium* au cœur de l'anthropologie passionnelle qui permet l'analyse des gouvernés et des gouvernants en tant que 'traversés' par les affects et – donc – par l'imagination. La puissance de la multitude, avec la valeur fondatrice que le *Traité politique* lui attribue, est elle-même l'expression de la puissance complexe et multiforme de l'imagination, qui s'incarne dans la variété de son *ingenium* et du flottement des dispositions passionnelles qui en dérivent». Come rileverà anche Roberto Esposito mettendo a confronto la posizione di Spinoza con l'opposta visione politica di Thomas Hobbes, per il pensatore olandese «[g]li uomini prosperano solo se uniscono i loro corpi in un organismo collettivo cui si può dare nome di "moltitudine"» (R. ESPOSITO, *Le parole e le cose*, Einaudi, Torino, 2014, p. 83). Il corpo 'fisico', con le sue passioni ed i suoi affetti, è dunque sempre presupposto necessario per l'unificazione di un corpo 'politico', senza il quale – contrariamente alle diverse dottrine dal carattere più individualista – non vi sarebbe alcuna garanzia di sopravvivenza del singolo. Ma non solo: la *multitudo* è anche e soprattutto un soggetto 'giuridico', ossia elemento di imputazione dell'unità politica alla luce del quale il *diritto civile* si giustifica e, a sua volta, si legittima.

⁹² G. DELEUZE, *Prefazione*, in A. NEGRI, *Spinoza*, cit., p. 6.

⁹³ In questa stessa prospettiva, cfr. anche le parole di S. FORTI, *I nuovi demoni. Ripensare oggi male e potere*, Feltrinelli, Milano, 2012, p. 139 e ss. Riferendosi al pensiero della sovranità così come emergente dai lavori di Hannah Arendt e Michel Foucault, l'Autrice sottolinea come esso vada pensato «piuttosto come *dynamis* e come *energheia*, come gioco di azioni e resistenze, come insieme di relazioni plurali, che soltanto nel momento in cui si attuano definiscono il ruolo e l'identità temporanea degli attori. Viene

Si può allora dire che il ‘potere costituente’ non sia altro che questa dinamica politica *sfuggente* ma coesistente all’ordine costituito, forma giuridica di un *arché*, di un momento storico originario e legittimante, che non viene ipostatizzato in un evento della cronologia, ma che discendendo e risalendo le geometrie del diritto si fa esso stesso, nella sua latenza ontologica, ‘contemporaneo’ ed ‘immanente’ proprio perché – letteralmente – *non smette* di accadere. La ‘potenza’ del diritto costituente, come si è potuto finora mostrare, non sta nel semplice tentativo di rappresentare una ‘fonte del diritto’ gerarchicamente sovraordinata, ma nel costituirsi come dispositivo normativo che opera nella *soglia di indistinzione* tra il giuridico ed il fattuale, tra il diritto e il non-diritto, tra l’*interno* e l’*esterno* dello spazio normativo. Costituente e costituito, lungi dal viaggiare disgiunti o peggio in opposizione, andrebbero piuttosto pronunciati e pensati *assieme*, in quanto elementi ontologico-politici che si co-appartengono, e co-appartenendosi attuano una destabilizzazione di qualsiasi frettolosa pratica dualistica. Come fa notare in questo stesso senso Agamben,

[u]n potere che è stato soltanto abbattuto con una violenza costituente risorgerà in altra forma, nell’incessante, inesorabile, desolata dialettica tra potere costituente e potere costituito, violenza che pone il diritto e violenza che la conferma. Il paradosso del potere costituente è, infatti, che esso, per quanto i giuristi ne sottolineino più o meno decisamente l’eterogeneità, resta inseparabile dal potere costituito, con cui forma un sistema.⁹⁴

Attimo e durata, originario e originato, immanenza e trascendenza: ecco, allora, il ‘paradosso’ ed insieme il *destino* di questo istituto. La storia del principio di sovranità, nonché delle aporie concettuali che in esso appaiono risolte, è innanzitutto la riconferma del fatto che non è pensabile una riflessione sull’uno senza anche un pensiero dell’altro: il potere

pertanto rifiutata una geometria statica del potere, che ne spegne il movimento in una temporalità prevedibile e in una soggettività bloccata. Questo significa, al contempo, rompere con una visione del potere quale semplice strumento di una realtà già data a favore di una concezione “performativa” del potere, esso stesso produttore di nuove realtà» (*ibid.*, p. 139).

⁹⁴ G. AGAMBEN, *L’uso dei corpi*, cit., p. 337.

costituente è per eccellenza il luogo del dinamismo, di un'arché-origine, di un *futuro anteriore*: in breve, di un principio atemporale compatibile con la sua ripetizione perenne, ma pur sempre gettato in quell'ininterrotta dialettica storica che lo vede opporsi alle istanze gemelle del potere costituito. Sarà precisamente in questo modo che, attraverso la potenzialità latente della *dùnamis* aristotelica, dell'*imperium* magico-dinamistico nel diritto romano e del potere costituente rivoluzionario si potranno presagire i caratteri di quello 'shapeless' ontologico di cui proprio il concetto di sovranità, nella sua declinazione teologico-politica, darà sfoggio nel corso della storia politica occidentale.

4. Neutralizzazioni

Nella letteratura giuridico-filosofica più attenta, è oramai insegnamento noto quello per cui al cuore del concetto di *sovranità* si stanzierebbe quale nucleo fondante una precisa "ideologia della potenza". Tale locuzione andrebbe intesa come un dispositivo storico-politico in grado di «ricondurre ad unità i due elementi di ogni potere [...]: il principio della potenza e la forma del suo esercizio». ⁹⁵ In questo senso, «la potenza esiste già prima di essere esercitata, e [...] l'obbedienza precede le istituzioni che la rendono possibile». ⁹⁶ Questo «mito» (o «segreto», come viene anche esplicitato) avrebbe giocato un ruolo tanto importante nella storia del pensiero moderno da fungere da principio di spiegazione per qualunque ordinamento costituito. In particolare, il doppio registro alternante *potestas/potentia* impone di pensare che ai fini della costituzione dello Stato, l'individuo «renonce à sa puissance (son droit naturel) afin d'être ordonné aux fins de la communauté telles que l'État (ou souveraineté) les définit». ⁹⁷ Solo così, attraverso l'abbandono della *potentia* originaria (che nella visione moderna è ancora il diritto naturale) in favore della *potestas* (il diritto positivo dello stato) può determinarsi la genesi della sovranità politico-statale come abitualmente concepita. Evidente-

⁹⁵ G. MAIRET, *Histoire des idéologies*, cit. in G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 55.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 55.

⁹⁷ G. MAIRET, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, Paris, 1997, p. 251.

mente, però, quello che tale *factio* ancora non pregiudica è la pur sempre possibile (ed improvvisa) reinsorgenza della ‘sepolta’ istanza ancestrale.

Il recente pensiero gius-filosofico italiano – pur in ossequio ad una recisa opposizione a quella forma di espansionismo ‘costituente’ poco sopra tratteggiato – non ha certo mancato di rilevare le conseguenze concettuali di tale anfibia. Esse sarebbero identificabili, ad esempio, nella non-positività della «situazione costituente», nel trattarsi non soltanto di un potere, ma innanzitutto di una «facoltà» originaria non disciplinata (o disciplinabile) da norme, quindi ideologicamente neutrale (come neutrale è, in sé, il dispositivo tecnico-giuridico), di modo che «se considerato *a priori* [il potere costituente] è una *potenza di fatto*, nel duplice senso che il suo esercizio, e quindi il suo riconoscimento come potere giuridico costituente, è *solo potenziale* e richiede inoltre un’*effettiva potenza*».⁹⁸ Si comprende, allora, come di fronte al rischio di una libera ed indiscriminata attivazione del dispositivo istituente – che per il costituzionalista, in ossequio ai principi della sua disciplina, è *sempre* sinonimo di ‘rivoluzione’⁹⁹ – una parte del pensiero giuridico-politico moderno si sia da sempre adoperata per disinnescarne tanto la portata pratica, quanto, prim’ancora, quella filosofico-concettuale.¹⁰⁰ E dopotutto, come

⁹⁸ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia – 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 854.

⁹⁹ Già Adhémar Esmein poteva sottolineare come tollerare la presenza permanente di un potere costituente in seno alla collettività organizzata equivallesse, né più né meno, che ad ammettere la legittimità di una qualunque azione rivoluzionaria. Come energicamente scrive il giurista francese, se il popolo può dirsi il depositario effettivo di una capacità di revisione costante della costituzione «ce n’est pas autre chose qu’une action révolutionnaire reconnue légitime et presque en permanence; mieux vaudrait cent fois le système qui permet au législateur de statuer librement en toutes matières», in A. ESMEIN, H. NÉZARD, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, 1, Sirey, Paris, 1921, p. 570.

¹⁰⁰ Di sicuro, il pensiero corre ad Immanuel Kant, il quale, di fronte agli sconvolgimenti ed ai timori suscitati in tutta Europa dalla Francia rivoluzionaria, si gettò in una messa al bando totale e senza appello della minaccia insurrezionale sottesa all’esercizio del potere costituente. Si veda, esemplarmente, I. KANT, *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005, pp. 221-2: «[l]’origine del potere supremo, per il popolo che gli è sottoposto è *imperscrutabile* dal punto di vista pratico; vale a dire il suddito non deve *sofisticare* attivamente su questa origine [...] Se, in origine, abbia avuto luogo per primo un effettivo contratto di sottomissione sotto un tale potere (*pactum subiectionis*), come un fatto, o se sia venuta prima la violenza e la legge sia in-

proprio in tal senso viene ammesso, «la rimozione di questo concetto e dei problemi ad esso connessi è [...] il frutto di un'operazione politica, non sempre consapevole».¹⁰¹

In effetti, un'importante scuola del pensiero costituzionalistico italiano ha rigettato la visione c.d. *dinamica* del potere costituente, accompagnandola con un'opera di 'cancellazione dell'origine' (in ossequio, peraltro, alle tipiche istanze di un pensiero a matrice *liberale*) comprensibile solo a partire dall'insofferenza nei confronti di un centro di potere assoluto, condensato attorno alle spinte imprevedibili di un irrazionalismo volontaristico, ed in sostanza pericolosamente anticipatore di qualunque pulsione destabilizzatrice della politica interna. Trattasi invero di quel filone di pensiero attivo in particolare tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo noto con il nome di 'istituzionalismo', il quale ha visto tra i suoi più illustri rappresentanti i nomi di Vittorio Emanuele Orlando e di Santi Romano.¹⁰² Orlando, in particolare, attraverso una combinazione degli insegnamenti provenienti dalla Scuola storica di Savigny e dalla tradizione costituzionale inglese, ha privilegiato un approccio ai poteri pubblici fondato più sulla sedimentazione storico-culturale che sul gesto 'creatore' di rivoluzionaria memoria. Il diritto pubblico non può essere il frutto

tervenuta solo dopo, o se anche avessero dovuto susseguirsi in quest'ordine, tutto ciò è per il popolo che stia già sotto la legge civile un sofisticare senza scopo, e anzi che mette in pericolo lo Stato; se, infatti, il suddito il quale infine scoprisse che fosse venuta prima la violenza volesse resistere a quella autorità ora sovrana, egli sarebbe secondo le leggi di quest'ultima, ossia a pieno diritto, punito, ucciso oppure (come bandito, *exlex*) espulso».

¹⁰¹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 850. Come lo stesso Ferrajoli fa notare citando i risultati dell'opera storico-ricostruttiva di Maurizio Fioravanti, «[n]el diritto pubblico, la rimozione del momento costituente [...] era finalizzata all'elaborazione di una "dottrina delle origini e della formazione dello Stato unitario" in grado di confortare l'idea della sua continuità, di escludere ogni fondamento volontaristico e contrattuale e quindi di affermare il carattere "originario" di entità metapolitica, non coinvolta dal mutare dei regimi politici e degli assetti istituzionali» (*ibid.*, p. 944).

¹⁰² Per una ricostruzione storico-giuridica dei momenti fondamentali sul terreno di sfida della nozione di 'potere costituente', si vedano i contributi di M. FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particolare*, in P. POMBENI (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1992, p. 55 e ss.; V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, CEDAM, Padova, 1995, p. 75; A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padova, 1997, p. 97 e ss.

di una rottura autoritaria, ma il deposito millenario di ciascuna tradizione culturale. In questo senso – e riprendendo un pensiero che accomunava la maggiore giuspubblicistica europea del secolo, da Carré de Malberg in Francia, a Jellinek in Germania – qualunque *potestas* non costituita in forma di legge che minacciasse, per la propria supremazia, la certezza del diritto andava risolutamente negata.¹⁰³ A riprova di ciò, insiste Orlando,

[l]’opera legislativa diventerebbe impossibile, a meno che questo potere costituente che pur dovrebbe, nel concetto dei suoi sostenitori, essere solenne ed eccezionale, diventi anch’esso ordinario come è oggidì il potere legislativo: in altri termini, per usare l’arguta espressione del Guizot, non sarebbe più il potere dei giorni di festa, ma bensì dei giorni di lavoro.¹⁰⁴

¹⁰³ In accordo con questa prospettiva, si veda proprio quanto sostenuto da R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l’Etat*, II, Sirey, Paris, 1921, p. 500, secondo cui: «[t]out organe, même celui qui est appelé à exercer la puissance constituante, procède essentiellement de la Constitution et tient d’elle sa capacité. A ce point de vue, on peut même dire qu’il ne existe pas, à proprement parler, d’organe constituante: il n’y a dans l’Etat que des organes constitués».

¹⁰⁴ V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in AA. VV., *Biblioteca di Scienze politiche* (diretta da A. Brunialti), V, UTET, Torino, 1890, p. 954. Ma si veda come, qualche anno prima, l’Autore cada in parziale contraddizione. Proprio dopo aver elogiato la forma di governo parlamentare ed affrontando le peculiarità tipiche del modello costituzionale inglese, Orlando definisce in termini di *potere costituente* il potere ‘legislativo’ del parlamento britannico: «essa [la scuola “liberale”] ha con questa [ossia con l’opposta scuola “radicale”] di comune una teoria fondamentale, l’idea di un potere *costituente* creatore del diritto, determinante i poteri pubblici, e conferente, per così dire, la nota di legittimità a questi. So bene che la teoria di una speciale funzione costituente è negata da quella scuola che segue le tradizioni inglesi: ma, date quelle premesse, la questione è di parole. Se al concetto nostro di *dichiarare la legge*, si sostituisce, anche implicitamente, quello di crearla, secondo una volontà assoluta, se si prescinde da una ragion d’essere autonoma dell’idea di governo in rapporto al diritto generale di un popolo, e invece la si subordina all’esecuzione del precetto che il potere legislativo determina, allora quel potere a cui tale facoltà meccanicamente si attribuisce, apparirà il *supremo*, il determinante di tutti i poteri pubblici. Or non è questo il concetto della funzione costituente?», in V.E. ORLANDO, *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in ID., *Diritto Pubblico Generale. Scritti vari coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 399. Di qui, argomenta ancora Orlando, l’errore di chi cerca di combattere la teoria c.d. “radicale” con gli insegnamenti della scuola costituzione inglese. Infatti: «in che si distingue essenzialmente la teoria della onnipotenza parlamentare da quella del-

Solo così, solo attraverso la neutralizzazione di qualunque *potentia* ‘eccezionale’ – in astratto suscettibile di scompaginare le istanze interne dello Stato – ed attraverso dunque la sua riconduzione entro il quadro dei più rassicuranti poteri costituiti, il c.d. stato di diritto liberale può garantire il rispetto di quell’«ordinamento ‘naturale’ e ‘necessario’ delle relazioni politiche»¹⁰⁵ che tanti rischi aveva corso durante le turbe rivoluzionarie della fine del secolo precedente. In questo senso, la dottrina ‘disturbante’ del potere costituente non potrebbe essere null’altro se non quella concernente «la fase instaurativa dell’ordinamento giuridico statale e della costituzione»¹⁰⁶, quindi quella di un momento ‘puramente’ *politico* assai lontano dalle preoccupazioni e dalle garanzie dello stato liberale.

Santi Romano, muovendosi qualche anno dopo proprio a partire da questo quadro teorico, ha enfatizzato il totale regime di opposizione che separerebbe, per l’appunto, il ‘diritto’ dalla ‘politica’.¹⁰⁷ L’instaurazione di un ordinamento costituzionale esprime al massimo grado l’aporia del fondamento, vale a dire «il momento supremo in cui un diritto positivo assimila ed assorbe con la sua potenza di attrazione ciò che gli è estraneo o anche ostile».¹⁰⁸ È ben vero, in effetti, che il potere costituente è un vero e proprio ‘istituto giuridico’, come tale esercitante la propria azione «durante la vita, se non politicamente, almeno giuridicamente normale dello Stato»¹⁰⁹, ma ciò, per Santi Romano, è valido solo nei momenti di interruzione o di alterazione del normale funzionamento della compagine statale, o nelle fasi di opposizione distruttiva, quando l’azione coordinata di una molteplicità – più o meno vasta – di soggetti politici porta alla

la costituente se non quanto all’organo cui affidare una tal funzione specifica [...] ?» (*ibid.*, p. 339). Si veda, tuttavia, come il ragionamento di Orlando punti pur sempre verso una forma di ‘neutralizzazione’ dell’eccezione: riconducendo l’istanza costituente entro l’esercizio dell’attività parlamentare ordinaria (seppur dotata di capacità supreme), di fatto si tenta di inscrivere ciò che è *extra-legem* all’interno del meccanismo dei poteri costituiti.

¹⁰⁵ M. FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particolare*, cit., p. 65.

¹⁰⁶ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell’Italia repubblicana*, cit., p. 76.

¹⁰⁷ S. ROMANO, *L’instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901), in ID., *Scritti minori*, 1, Giuffrè, Milano, 1990, p. 131 e ss.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 133.

¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 135.

creazione di una nuova entità collettiva. In una situazione di normalità, al contrario, esso viaggia ‘al di fuori’ della legge: quasi come si trattasse di una ‘sentinella’ dell’innegabile potere connaturato alle moderne democrazie, il potere costituente sorveglia l’andamento della situazione politica contingente, intervenendo solo nei momenti di estremo autoritarismo o conculcamento delle libertà. Nella pratica ordinaria di ogni nazione, prosegue tuttavia Romano, «non si può dire che il popolo abbia il diritto costituente sol perché è necessario che l’ordinamento politico trovi corrispondenza nella sua coscienza collettiva».¹¹⁰ La locuzione ‘potere costituente’, ancora una volta, implica sconquasso, sovvertimento, instabilità politica:

[u]n potere costituente che risieda, diciamo così, per virtù propria nel popolo, e che non sia esso stesso un potere costituito, regolato e, almeno nel suo procedimento formale, delimitato dal diritto positivo, non può nemmeno immaginarsi, senza andare incontro a quelle profonde contraddizioni logiche cui si è accennato o, peggio, senza respingere principii che furono di faticosa, ma, a quanto pare, sicura e definitiva conquista.¹¹¹

È lo stato attuale della democrazia odierna, delle sue libertà sociali ed economiche oramai raggiunte, insiste Romano, a necessitare l’espulsione o la riconduzione di questo ‘problematico’ concetto giuspubblicistico

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 140.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 146. Ma si veda, in questa prospettiva, l’acuto rilievo critico mosso da A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., p. 98, il quale sottolinea proprio l’evidente contraddizione in cui cade il giurista siciliano nel momento in cui ammette, repentinamente, che il potere costituente – qualunque siano i rapporti che esso intrattiene con il potere legislativo – sia un istituto che si muove comunque ‘nell’orbita’ del diritto positivo, vale a dire che sia esso stesso un *potere costituito*. Come si è visto analogamente *supra*, è questo uno dei molti elementi di contatto che sussistono tra Vittorio Emanuele Orlando (il maestro) e Santi Romano (l’allievo prediletto). Dà conto di questa posizione anche M. FIORAVANTI, *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particolare*, cit., p. 67, rilevando come «sulla base del postulato rigidamente statualistico per cui tutti i poteri pubblici sono necessariamente e pienamente statali», il potere costituente, «se vuole assumere rilevanza giuridica, finisce per coincidere con il potere legislativo dello Stato; se invece intende porsi prima dello Stato medesimo, finisce per assumere una veste puramente politica, come nel caso dei plebisciti».

entro le maglie più rassicuranti del diritto positivo. Non esiste, e non può esistere, alcun diritto che ‘trascenda’ quello *positum* dello Stato; non può legittimarsi alcun potere di ‘disgregazione’ o di ‘frattura’ rispetto al patto sociale, perché è il diritto stesso, nella sua intelaiatura ordinata di concetti, a soffrire quella dimensione ‘sfuggente’ ed ‘indefinibile’ che è propria dell’istanza costituente.¹¹²

Si può dunque affermare dal breve esame di queste posizioni, come la dottrina giuridica svolga qui, a tutti gli effetti, il ruolo energico di ‘freno’ concettuale rispetto alla ‘*potentia*’ dell’istanza costituente: «l’ossessione della scientificità e della apoliticità della scienza giuridica», scriverà Luigi Ferrajoli, si trasformano nella premessa per l’attuazione di un’esclusione dell’atto politico ‘puro’ dalle maglie della sovranità statale, quindi nel gesto di una *neutralizzazione* o di una dimenticanza che nella storia del pensiero costituzionalistico contemporaneo prepareranno il campo alle proclamazioni sulla stabilità e sulla continuità dell’ordinamento statale.¹¹³ In questo senso, come efficacemente sostenuto, «per non esporre la costituzione, dichiaratamente e per virtù propria, al pericolo incombente della discontinuità, la dottrina del diritto costituzionale deve farsi dottrina di un diritto costituzionale costituito, che non si renda disponibile

¹¹² E si veda, in pieno accordo con ciò, anche S. ROMANO, voce *Costituente*, in *Digesto Italiano*, VIII-4-ter, UTET, Torino, pp. 1899-1903, in cui lo stesso concetto di costituzione viene descritto come «abbastanza indeterminato in tutti i sensi in cui il linguaggio comune e scientifico lo usa», di modo che «in siffatto senso appare addirittura inafferrabile e privo di effettiva consistenza. [...] Il vero è che non si tratta di un concetto determinabile per mezzo della logica giuridica, e, ad ogni modo, relativo e variabile quant’altro mai». Di qui, la conclusione già vista: «si può trarre la sicura conseguenza che un potere, o, meglio, una funzione costituente, per la sua intima struttura distinta da quella legislativa, non trova luogo nella categoria dei concetti fondamentali del diritto pubblico». Forse, occorre brevemente aggiungere, l’intera questione del potere costituente in Santi Romano è marcata da un pesante influsso terminologico. In una delle opere della sua maturità, il giurista siciliano arriverà invece a riconoscere la presenza di una qualche ‘forza istituyente’ nelle mani del popolo, la quale verrà, però, denominata “*io sociale*”: il «diritto non è o non è soltanto la norma che si pone, ma l’entità stessa che pone tale norma. Il processo di obbiettivizzazione che dà luogo al fenomeno giuridico non si inizia con l’emanazione di una regola, ma in un momento anteriore: le norme non ne sono che una manifestazione, una delle sue varie manifestazioni, un mezzo con cui si fa valere il potere [dell’]*io sociale*», in ID., *L’ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962, p. 19.

¹¹³ L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 945.

alla 'forza' di un potere "sovrano" [...]. Il diritto costituzionale costituito non deve avere fondamento esterno, o meglio deve fondarsi esclusivamente in se stesso, per mantenere costantemente sotto controllo i propri stessi sviluppi».¹¹⁴

Oggi la contesa sembra solo apparentemente spenta. Una parte della dottrina maggioritaria continua infatti ad avversare il riconoscimento di una presenza *attiva* del potere costituente all'interno dell'ordinamento costituito, argomentando a favore di un suo inevitabile deperimento con il nascere stesso dell'ordinamento positivo.¹¹⁵ Il potere costituente, così si

¹¹⁴ V. ANGIOLINI, *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, cit., p. 80, il quale ricorda precisamente che «l'inserzione del potere "costituente" nella sistematica giuridico-costituzionale può provocare riflessi ambivalenti e laceranti, mettendo in imbarazzo il giurista-costituzionalista» (*ibid.*, p. 77). La rimozione del problema del fondamento, come si è tentato di mostrare anche *supra* nel cap. II, è palese nel progetto giuspositivistico perseguito dalla dottrina costituzionalistica maggioritaria. Come rileva A. BALDASSARRE, *Il «referendum» costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 14, 2, 1994, p. 237: «il positivismo giuridico, nel privilegiare nella quantificazione dei poteri l'efficacia degli atti conseguenti (c.d. forza giuridica, o *Rechtskraft*) e nel presupporre quindi un ordinamento formato da norme positive collocate in una scala gerarchica dipendente dal modo di produzione (e di abrogazione) delle stesse (c.d. forza formale), finisce per porre il problema del "fondamento" fuori dal mondo del diritto, nel senso che lo considera come un elemento politico che per il diritto rileva soltanto come "fatto"; un "fatto" che può essere presupposto dal giurista come ipotesi (Kelsen) o come ipostasi (ad esempio, i giusnaturalisti o i giuspositivisti come Laband o Carré de Malberg), ma che non può in alcun caso essere trasfigurato in fenomeno giuridico».

¹¹⁵ In questo senso, si vedano M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, p. 257 e ss.: «[i]l potere costituente ha cessato di essere un concetto limite, un concetto *solo* analitico che serve *solo* a designare un presupposto teoricamente necessario della costituzione: una situazione chiusa, un potere estinto, che deve essere concettualizzato per motivi teorici, ma che è radicalmente e senza residui risolto nei poteri costituiti che riempiono tutto lo spazio giuridico». Ma si vedano altresì le posizioni di M. LUCIANI, *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, cit., pp. 124-87; ID., *Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4, 1995, pp. 97-107. In senso concorde anche, A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., p. 120, il quale afferma che «con riferimento a un potere di fatto non ha senso sostenerne la permanenza giuridica». La posizione di questo Autore è, però, assai più sfaccettata e ricca della scuola giuspositivistica dominante, avendo cura di precisare infatti che, pur con i dovuti aggiustamenti, non si intende tuttavia «affermare che il potere costituente non possa di lì a poco riemergere, per sconvolgere l'ordine da poco stabilito» (*ibid.*). Ricostruisce di recente l'intero dibattito, S. SICARDI, *Costituzione, potere costituente e revi-*

sostiene, sarebbe «estinto» e la sua rievocazione cederebbe il fianco più al fascino tendenzioso di un certo linguaggio giornalistico-polemico (emotivamente evocativo, forse, ma del tutto *a-tecnico*), che ad una reale diagnosi giuridica.¹¹⁶ Evidentemente, però, non sono mancate le voci discordi.¹¹⁷ In particolare, è stato sostenuto che un potere costituente (qui, pur sempre *democraticamente* inteso) non agirebbe affatto come minaccia alle libertà ed ai diritti dell'individuo fino ad oggi faticosamente conquistati, bensì quale punto di partenza necessario per ogni ordinamento giuridico.¹¹⁸ Come scrive Paolo Barile, il potere costituente rientra tra le fonti di produzione del diritto «in quanto fonte di produzione delle norme costituzionali».¹¹⁹ Considerare esaurita tale fonte, implica ammettere *tout court* il predominio indiscusso della fissità, dell'immutabilità del quadro giuridico e dunque il fallimento anticipato di una qualunque svolta politica; tutte ipotesi che, evidentemente, non solo stanno fuori dall'esperienza storica, ma anche da quella più rigidamente costituzionalistica. Se la permanente validità delle carte costituzionali si risolve nella loro effettività e nel loro riconoscimento, ciò implica «pretendere che esse siano vitali proprio per il titolare del potere costituente, anche se ammettere la vitalità di quel potere significa ammettere che ogni costituzione è esposta al rischio di essere riscritta».¹²⁰ È la stessa concezione di

sione costituzionale alla prova dell'ultimo ventennio, in S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO, *Ven'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 9-61.

¹¹⁶ M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, cit., p. 267: «[q]uel che accade oggi in Italia è che i concetti di potere costituente e di revisione costituzionale restano chiari e consolidati solo più nei libri di diritto, mentre invece nella discussione politica, e anche in quella specialistico-giornalistica, tendono a confondersi».

¹¹⁷ Si segnala, in particolare, la posizione di G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997.

¹¹⁸ In accordo con questa particolare prospettiva si vedano anche, da ultimi, U. MATTEI, S. BAILEY, *Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20 (2), 2013, pp. 965-1013.

¹¹⁹ P. BARILE, voce *Potere costituente*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Torino, 1966, p. 444.

¹²⁰ G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità*, cit., p. 35. Si veda anche la significativa apertura che in questo senso svolge S. SICARDI, *Costituzione, potere costituente e revisione costituzionale alla prova dell'ultimo ventennio*, cit., p. 45, secondo cui «ipotizzare in linea di principio e generale, nel quadro del costituzionalismo occidentale, l'inimmagi-

democrazia partecipata e rappresentativa, secondo questa ultima visione, a richiedere la *permanenza* stabile del potere costituente nelle maglie della società civile. Esso, come ha scritto Pietro Barcellona,

è inafferrabile, ma è sempre all'opera dentro la società istituita, giacché è la possibilità che la "legge" sia messa in discussione. La sovranità è la negazione di una fondazione extrasociale della "legge", la negazione di ogni autorità esterna e trascendente; la democrazia è la forma di società che rende visibile la possibilità che la società si dia "nuove leggi" e che le possa sempre rimettere in discussione.¹²¹

Non può darsi negazione dei diritti se il potere costituente è inteso come auto-legislazione popolare, quindi come processo partecipato di scelta politica, che si oppone nettamente all'arbitrio di maggioranze autoritarie.¹²²

In concreto, tale polemica stinge poi rispetto all'apprezzamento di una delle procedure più rilevanti per un ordinamento basato su una costituzione scritta, vale a dire la fase di revisione costituzionale, la cui natura, a metà tra l'estrinsecazione di una *procedura* formalmente prestabilita e l'*apertura* ad una dimensione nomico-sostanziale potenzialmente differente, si presta, di per sé, ad un difficoltoso esercizio di collocazione.¹²³ Eppure, proprio la lettura di una delle sentenze più importanti rilasciate

nabilità di un potere costituente non di marca autoritaria appare troppo limitativo: non è a priori detto che, anche in un contesto liberal-democratico consolidato, non si possano mai manifestare esigenze di costruzione di nuovi equilibri costituzionali che si esprimano con un contesto costituente».

¹²¹ P. BARCELLONA, *La costituzione politica della società*, in *Democrazia e diritto*, 4/94-4/95, p. 135, cit. in G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità*, cit., p. 131.

¹²² Così, ancora, G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità*, cit., p. 51.

¹²³ In un'ottica classicamente giuspositivistica, si veda L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., p. 857, secondo cui: «'atto costituente' [...] è solo quello che ha dato vita a una costituzione. Il potere di revisione della costituzione, dovendosi svolgere nelle forme e nei limiti da questa stabiliti, è un potere costituito il cui esercizio, diversamente dall'atto costituente, può ben essere, ove violi quelle forme e quei limiti, invalido. Se invece esso viene invocato e utilizzato per dar vita a una nuova costituzione, allora esso è sì costituente, ma anticostituzionale rispetto alla costituzione esistente, nel senso che il suo esercizio equivale a un atto rivoluzionario o eversivo, ma proprio per questo illecito rispetto all'ordinamento preesistente».

dalla Corte Costituzionale italiana sul punto, può forse consentire di intravedere l'intelaiatura politica che si agita ancora dietro le rassicuranti teoriche di chi stigmatizza la possibile emergenza di una 'situazione' costituente. Come noto, con la sentenza n. 1146/1988 la massima Corte ha proceduto infatti nell'individuare «alcuni principi supremi che non possono essere sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale neppure da leggi di revisione costituzionale o da altre leggi costituzionali». ¹²⁴ Tali sarebbero «i principi che, pur non essendo espressamente menzionati fra quelli non assoggettabili al procedimento di revisione costituzionale, appartengono all'essenza dei valori supremi sui quali si fonda la Costituzione italiana». Da ciò consegue – pena l'assurdo logico e giuridico «di considerare il sistema di garanzie giurisdizionali della Costituzione come difettoso o non effettivo proprio in relazione alle sue norme di più elevato valore» – che la medesima Corte si è dichiarata competente «a giudicare sulla conformità delle leggi di revisione costituzionale e delle altre leggi costituzionali anche nei confronti dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale». Ora, è chiaro che qualora questi stessi principi venissero «sovvertiti o modificati nel loro contenuto essenziale», ciò determinerebbe non una semplice 'revisione' costituzionale, ma l'instaurazione *di fatto* di un nuovo assetto normativo, in tutto e per tutto assimilabile ad una fase costituente. Tant'è che – come ampiamente ricordato in dottrina – se l'instaurazione di un nuovo ordine implica *di fatto* esercizio di potere costituente, quest'ultimo «non possiede forme predeterminate per manifestarsi – e quindi ben potrebbe [apparire] sotto le mentite spoglie di un procedimento di revisione formalmente rispettoso delle vigenti regole procedurali». ¹²⁵ Credere all'ipotesi inversa significherebbe, da

¹²⁴ C. Cost., sent. n. 1146/1988, in *Giur. cost.*, 1988, I, III, pp. 5565, con nota di S. BARTOLE, *La Corte pensa alle riforme istituzionali?*, il quale rileva l'aumento dei poteri che il Collegio si auto-attribuirebbe (*ibid.*, p. 5573). Nella medesima direzione, cfr. anche M. DOGLIANI, *La sindacabilità delle leggi costituzionali, ovvero la 'sdrammatizzazione' del diritto costituzionale*, in *Le Regioni*, I, 1190, p. 778.

¹²⁵ A. PACE, *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, cit., p. 106, il quale aggiunge che «anche l'esercizio di una competenza costituzionalmente prevista potrebbe costituire esercizio *di fatto* di potere costituente qualora, nello svolgimento di essa, fossero intenzionalmente violate le norme procedurali e sostanziali che tale competenza disciplinano, al preciso scopo di instaurare stabilmente e definitivamente un nuovo ordine costituzionale» (*ibid.*, p. 116).

un lato, perdere di vista il destino (e l'origine) politica che ogni comunità contiene in sé; dall'altro, chiudere tale istituito «in una gabbia di limitazioni spazio-temporali, [...] bloccarlo entro una prefigurazione finalistica»¹²⁶ – caratteristiche che si oppongono tutte, e drasticamente, alla sua natura ed alla sua origine storico-politica. La sentenza n. 1146/1988 andrebbe, così, letta 'in obliquo': non tanto, cioè, per quello che dice, quanto piuttosto per quello che *presuppone*. Imporre un vaglio di costituzionalità alle leggi di revisione implica di per sé ammettere che una diversa e pur sempre emergente forma di potere costituente è *ancora* perfettamente possibile nelle dinamiche apparentemente stabili del diritto pubblico. Come anche la più attenta dottrina giuspubblicistica ha potuto rilevare, se si procedesse ad una soppressione della permanenza di una forma di potere costituente nell'alveo dell'azione di quello costituito «non si spiegherebbe come il potere di revisione possa modificare regole poste dal costituente».¹²⁷ Del tutto specularmente, «se si ipotizzano limiti giuridici al potere di revisione si deve in qualche modo attribuire rilevanza giuridica al potere costituente».¹²⁸ Insomma, potere costituente e potere costituito, revisione costituzionale ed instaurazione di fatto sono coppie concettuali ancora troppo legate per poter essere chirurgicamente divise o *neutralizzate*. Che esista una forma implicita di esercizio del potere 'costituente' attraverso il canale formale di quelli 'costituiti' è allora la testimonianza maggiore dei rapporti 'vitali' e mai sopiti che legano questa endiadi paradossale nell'estrinsecazione progressiva della sovranità democratico-costituzionale.¹²⁹ Come efficacemente sostenuto, il paradosso della sovranità vuole che «la costituzione si presuppon[ga] come potere costituente».¹³⁰ La *non-giuridicità* abissale e

¹²⁶ A. NEGRI, *Il potere costituente*, cit., p. 26.

¹²⁷ P. BARILE, *Potere costituente*, cit., p. 445.

¹²⁸ G. SILVESTRI, *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 2004, p. 529.

¹²⁹ Con grande efficacia, G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, cit., p. 17, ha potuto descrivere la sovranità proprio in termini di «potenzialità illimitata, che si contrae e si espande, a seconda delle situazioni storiche, ma che rimane, nella sua essenza, sempre uguale a se stessa, in quanto *priva di contenuto*, vuota di principi e di valori, pura *auctoritas*, che non ha bisogno di fondamento giuridico».

¹³⁰ G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 48.

sconvolgente della fondazione del potere si trascina ancora, spettralmente, nel cuore stesso delle sue più moderne istituzioni.¹³¹

5. *All'origine dell'ordine: la teorica della 'creatio ex nihilo'*

È stato giustamente notato come intraprendere una ricerca di tipo *archeologico* comporti, assai spesso, l'abbandono del sicuro campo di elezione di un concetto (quale ad esempio la scienza politica o la pratica del diritto), per approdare – non senza rischio – ad ambiti disciplinari 'altri'. Ambiti, occorre dire, così differenti da sembrare a primo avviso luoghi del tutto improvvidi e sconsiderati verso cui avventurarsi.¹³²

Eppure, nonostante tali pericoli, occorre compiere un breve passo indietro e ritornare (interdisciplinariamente) alle preziose intuizioni contenute nel succitato testo di Kantorowicz. Qui, l'Autore metteva efficacemente in luce il denso intersecarsi di molteplici ambiti culturali nel processo di configurazione delle idee moderne di *legge* e di *sovranità*. Tra queste, come si ricorderà, stavano i riferimenti alla figura del giurista come «*creator ex nihilo*» e del «*daimon*» quale forza mistica interna alla

¹³¹ Rappresenta un esempio – eclatante e dirompente – di quella apertura verso l'*abisso* che continuativamente si nasconderebbe dietro il confortante agire *de jure* delle istituzioni repubblicane, l'esortazione contenuta nel c.d. Messaggio alle Camere da parte dell'ex Presidente della Repubblica, Francesco Cossiga del 26 giugno 1991, a norma dell'art. 87, comma 2°, Cost., ora in *Giur. cost.*, 1991, pp. 3343 e ss. In essa Cossiga, dopo aver espresso «riconoscenza [...] alla nostra Costituzione», aggiunge che «questo sentimento non ci deve impedire la riflessione critica e l'impegno politico per valutarla nel confronto dei mutati tempi, e quindi per migliorarla ed ammodernarla», giungendo così ad ipotizzare l'elezione di una vera e propria Assemblea Costituente, espressione di un «processo popolare sovrano di rifondazione dei propri ordinamenti; e ciò perché l'ordinamento costituito si fonda anch'esso su una norma fondamentale ad esso preventiva e ad esso sovraordinata: il "principio della sovranità popolare", principio "attuale" storicamente ad ogni popolo, principio coesistente al concetto stesso di Repubblica e di Stato democratico» (corsivi e grassetto in originale nel testo). Sul punto, cfr. l'articolata discussione – contenuta sempre in *Giur. cost.*, 1991, cit. – da parte della maggiore dottrina costituzionalistica, nonché le sintesi di G. SILVESTRI, *La parabola della sovranità*, cit., p. 70 e S. SICARDI, *Costituzione, potere costituente e revisione costituzionale alla prova dell'ultimo ventennio*, cit., p. 31.

¹³² G. AGAMBEN, *Il regno e la gloria*, cit., p. 128.

mente dell'artista.¹³³ Riprendendo e rielaborando queste medesime suggestioni, nonché concorrendo all'edificazione di una vera e propria 'estetica' della creazione politica e della sovranità, di recente Paul Kahn ha potuto argomentare a favore della *persistenza*, nel cuore della moderna esperienza occidentale, di un'immortale matrice teologico-politica.¹³⁴ Secondo Kahn,

[p]olitical theology starts the analysis neither from the universal principle (the perspective of reason) nor from that of the subject's desire for an external object (the perspective of interest) but from the creative act. The idea of creation links the political decision simultaneously to God and to the artist. In each case, the problem is to understand how the subject's will can bring something new into existence. This sounds more mysterious than it is. Artistic creation has a relationship to norms, but it is not simply the deductive application of the norm. We don't create art by following a set of rules. Similarly, we cannot explain art by analyzing its causes-although once again there is some relationship to causal factors.¹³⁵

Il punto dirimente, dice Kahn, sta sempre nel portare alla luce qualcosa di 'nuovo', qualcosa di 'voluto'. Ciò è ben visibile, insiste l'Autore, proprio nello slancio dell'*atto creativo*: esso costituisce un momento di

¹³³ Cfr. tutti i riferimenti in E.H. KANTOROWICZ, *La sovranità dell'artista*, cit., pp. 17-38.

¹³⁴ P.W. KAHN, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, Columbia University Press, New York, 2011. Sul tema delle reciproche influenze tra politica, diritto e teologia la bibliografia disponibile è talmente sterminata da apparire oramai impossibile fornirne un'elencazione anche solo lontanamente esaustiva. Il tema sarà comunque approfondito *infra* nel cap. v. Fin d'ora, si veda però la rilevante affermazione di M. TRONTI, *Il nano e il manichino. La teologia come lingua della politica*, Castelvecchi, Roma, 2015, p. 9, secondo cui «[l]a teologia politica è uno strumento ermeneutico indispensabile per la comprensione del Novecento». Poco dopo, commentando la posizione di W. Benjamin, l'Autore parimenti sosterrà che «[i]l teologico e il politico si incontrano sul terreno dell'accadimento storico, quando il momento della contingenza prende la forma dello stato di eccezione, e allora la necessità della decisione, la necessità oggettiva di una sovranità oggettiva sale in primo piano. [...] Il nano gobbo della teologia serve alla politica per smascherare il trucco dell'automa nascosto nel manichino della Storia» (*ibid.*, pp. 33, 60).

¹³⁵ P.W. KAHN, *Political Theology*, cit., pp. 127-8.

rottura, di spaccatura, di salto irrazionale che vale a distanziare il soggetto agente da quel bagaglio di procedure prefissate che rimangono, oramai già alle sue spalle, passivamente in vigore. In questo senso si ingenera quella differenziazione basilare che separa il concetto di *produzione* da quello di *creazione*. Se il primo risponde alla pedissequa osservanza di regole già deliberate, il secondo «is always unique exactly because it does not follow from a norm, even though it has a relationship to norms».¹³⁶ La *volontà*, in altre parole, si emancipa dalla *forma* e si incardina nella *decisione*: questa, nell'atto di restituire un prodotto del tutto nuovo, *a-morfo* ed attinente in se stesso ad una nuova dimensione dell'essere, sta tuttavia ancora in una posizione ambigua, che è 'fuori' e 'dentro' l'ordine dato.

Le immagini evocate da Kantorowicz prima, e da Kahn poi, non sono soltanto il tentativo moderno di fondare la legittimità di un ordine politico, ma costituiscono – in una logica di diretta derivazione dal teologico al politico – l'eco precisa dell'azione del Dio Onnipotente di cui già Teofilo di Antiochia (II secolo d.C.) parlava nella sua *Apologia ad Autolyicum*.¹³⁷ In un singolare paragrafo intitolato “*Absurde philosophorum de Deo et mundo sententiae*” (II, 4), Teofilo contribuisce all'edificazione quella dottrina che sarà fino ad oggi conosciuta con il nome di ‘*creatio ex nihilo*’.¹³⁸ Essa, occorre notare, contrasterà direttamente la versione de-

¹³⁶ *Ibid.*, p. 130.

¹³⁷ L'opera è disponibile in P. MIGNE (a cura di), *Patrologiae Cursus Completus – Series Graeca*, VI, Paris, 1857, col. 1023 e ss. Per un commento all'opera di Teofilo, cfr. E. RAPISARDA, *Teofilo di Antiochia*, Società Editrice Internazionale, Torino, 1937. Si può dire che Teofilo riveli ampi tratti di congiunzione con il giudaismo ellenistico inaugurato da Filone di Alessandria (I secolo d.C.), in particolar modo relativamente alla dottrina della ‘*creatio*’ divina. Proprio a partire da Filone, infatti, il mondo cristiano, eclissando progressivamente il concetto di *mimesis*, «oltrepasserà il vero *non possumus* del pensiero greco e comincerà a parlare di *creatio ex nihilo* ad opera di Dio» (così P. MONTANI, *Arte e verità dall'antichità alla filosofia contemporanea. Un'introduzione all'estetica*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 48).

¹³⁸ Amplissima la bibliografia in merito. Per quanto qui interessa, ai fini di una rassegna storico-filosofica delle diverse posizioni in merito, si veda, in forma introduttiva, E.O. JAMES, *Creation and Cosmology. A Historical and Comparative Inquiry*, Brill, Leiden, 1969, pp. 92-109; G. MAY, *Creatio Ex Nihilo: The Doctrine of 'Creation out of Nothing' in Early Christian Thought*, T&T Clark, New York, 2004. Ha potuto parlare della «creazione dal nulla» come del «momento creativo per eccellenza [che] costituisce uno dei più importanti nuclei tematici della teologia delle religioni monoteistiche»,

miurgico-platonica fino ad allora dominante all'interno della cultura greco-romana, la quale predicava l'esistenza di un'entità divina non 'creatrice' dell'ordine contingente, ma semplice 'combinatrice' di una materia grezza (in greco, "hyle") già sussistente, una sorta quindi di materia ingenerata, perenne e per questo già da sempre effettiva.

In modo del tutto singolare, la similitudine impiegata in questo caso è, ancora una volta, quella dell'artista. In quale modo, si domanda infatti Teofilo, Dio potrebbe mostrare la magnificenza ed onnipotenza che davvero contraddistinguono la sua sovranità («*monarchia*» nel testo), se Egli rimanesse vincolato alla materia che compone passivamente questo mondo? Se addirittura un artista («*opifex*») nell'atto di produrre la propria opera può liberamente scegliere come agire, come potrebbe ammettersi che Dio – infinitamente più potente («*potentior*») dell'uomo – non possa fare quantomeno altrettanto? In effetti, ne conclude Teofilo, Dio ha la capacità sovrana di creare «*ex nihilo [...] quaecumque voluit, et quo voluit modo*».¹³⁹ In maniera sorprendente, l'antica assimilazione tra Dio e l'artista – tanto cara al mondo classico proprio a partire dal mito platonico del *Timeo* (28a) – subisce un'energica rivoluzione e viene da Teofilo utilizzata polemicamente attraverso il suo speculare ribaltamento: l'immagine della creazione che ne deriva è quella di una manifestazione *improvvisa* del divino, *sovrana* e *costituente*, che per mezzo della sua infinita forza

G. SCHOLEM, *Concetti fondamentali dell'ebraismo*, Marietti, Genova, 1986, p. 43, il quale – contrariamente ad una scorretta linea interpretativa – precisa come «sarebbe comunque un grosso errore [...] ritenere che si tratti di una dottrina specificamente cristiana. La formula ha la sua origine all'interno dell'ebraismo» (*ibid.*, p. 45). Di particolare interesse ai fini della presente indagine anche la ricostruzione fornita in M. HEIDEGGER, *Che cos'è metafisica?*, Adelphi, Milano, 2001, pp. 74-5. Secondo Heidegger, la dogmatica cristiana (in opposizione alla visione classica che considera il 'niente' come semplice non-ente di cui non curarsi) interviene assegnando ad esso un significato che è particolarmente eclatante: esso implica infatti la necessità paradossale da parte Dio di entrare in contatto con il 'nulla' per mezzo di un rapporto ambiguo di vicinanza e distacco, e che porta l'«assoluto» che è nel divino stesso a misurarsi con la «nientità» dell'ente.

¹³⁹ P. MIGNE, *Patrologiae Cursus Completus, Series Graeca*, cit., col. 1051. Confermano l'importanza dell'elaborazione della dottrina della 'creatio ex nihilo' da parte di Teofilo, E. RAPISARDA, *Teofilo di Antiochia*, cit., p. 7 e, più di recente, G. MAY, *Creatio Ex Nihilo*, cit., p. 160 e ss.

performativa fonda il Regno attraverso un libero atto di volontà.¹⁴⁰ Insomma il divino, proprio nell'agire eccezionalmente ed *extra-legem*, si manifesta come principio generatore dell'essere, come fonte di energia e di ordine; in breve come *arché*.¹⁴¹

Émile Benveniste sembra individuare l'importanza di questa idea fin dai primordi del lessico arcaico-pubblicistico. Commentando l'etimologia del termine *auctoritas*, il linguista francese si misurò infatti con l'insoddisfazione che nasceva dal considerarlo coestensivo unicamente al lessico dell'«aumentare» o del «far crescere», desiderando viceversa intravedervi una dimensione significativa ulteriore e più effettiva. Dopo aver rilevato come nel mondo indo-iranico la radice **aug-* designasse prima di tutto la “forza” (in particolare, quella degli dèi), Benveniste si prodiga nel circoscrivere e correggere la consueta impostazione etimologica:

¹⁴⁰ In questo senso, cfr. A. EHRHARDT, *Creatio ex Nihilo*, in *Studia Theologica*, 6 (1), 1950, p. 30; F. YOUNG, 'Creatio ex nihilo': a Context for the Emergence of the Christian Doctrine of Creation, in *Scottish Journal of Theology*, 44, 1999, p. 142. Sottolinea la valenza 'provocatoria' del dogma cristiano anche G. SCHOLEM, *Concetti fondamentali dell'ebraismo*, cit., p. 43. In effetti, occorre considerare come il concetto di *creazione-dal-nulla* fosse di per sé sconosciuto al mondo classico-antico. Sul punto, cfr. E.H. KANTOROWICZ, *La sovranità dell'artista*, cit., p. 25, secondo cui «l'idea del “poeta-creatore” risultava di fatto dal recupero di una metafora giudeo-cristiana e non classica». A. NEGRI, *Il potere costituente*, cit., p. 378, sostiene che «è necessario sottolineare e studiare la relazione che lega lo sviluppo del pensiero costituente a tre dimensioni ideologiche del pensiero occidentale: la tradizione giudaico-cristiana della creatività, la concezione giusnaturalistica del fondamento sociale, il pensiero trascendentale del fondamento». Per G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 98, «[i]l mondo greco-romano, infatti, non conosce la creazione *ex nihilo*, ma ogni atto di creazione implica sempre qualcos'altro, materia informe o essere incompleto, che si tratta di perfezionare e far crescere. Ogni creazione è sempre co-creazione, così come ogni autore è sempre co-autore». In una prospettiva parzialmente differente, sul rapporto artista-creazione nell'umanesimo e sul ruolo che l'uomo ivi assumerebbe quale successore della prima istanza divina, cfr. M.A. GILLESPIE, *The Theological Origins of Modernity*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008, pp. 79-80, secondo cui «[h]uman creation, however, is not and cannot be a *creatio ex nihilo*, because divine will has already given the world form. Knowing thus is always a remaking, a *mimēsis*, to use Plato's term, of the original divine making, a re-willing of what God has already willed. In this way, art comes to play a central role in the humanist project, although it is not conceived as an exercise of creativity or expression. Rather, drawing on Plato, humanism imagines the artist to recreate the divinely beautiful essence of creation in all of its shapes and forms, up to and including the depiction of God himself».

¹⁴¹ Come scrive M. CACCIARI, *Della cosa ultima*, Adelphi, Milano, 2004, p. 40: «[I]’*arché* sarebbe, allora, un Comando, un *fiat* da nulla pronunciato... *creatio ex nihilo*...».

[si] continua a tradurre *augeo* con «aumentare»; è esatto nella lingua classica, ma non all'inizio della tradizione. Per noi, 'aumentare' equivale a 'accrescere, rendere più grande *qualcosa che esiste già*'. Qui sta la differenza, non rilevata, con *augeo*. Nei suoi usi più antichi, *augeo* indica non il fatto di accrescere ciò che esiste, ma l'atto di produrre dal proprio seno; atto creatore che fa sorgere qualche cosa da un terreno fertile e che è privilegio degli dei o delle grandi forze naturali, non degli uomini.¹⁴²

Questo problema, si può pensare, non è un semplice psicologismo o il ripiegamento contorto di una certa teologia cristiana oramai dimenticata. Esso è il dilemma autentico su cui si incardina da sempre il 'politico' nel suo mostrarsi attraverso l'*incondizionalità* dell'elemento sovrano, ossia del suo essere un 'principio di *potenza*' non sottoponibile a limiti costringenti. In questo senso, è alquanto singolare che in una delle sue ultime conferenze Jacques Derrida arrivi proprio a considerare la sovranità come un «principio-fantasma arcaico [...] di origine teologica».¹⁴³ Esso apparirebbe da sempre coesistente alla logica dell'*arché*, del comando e della forza; in altre parole, a quella logica del potere sintetizzata nella figura di un 'sovrano' (da "*superanus*" e "*superans*") che

qualifica in primo luogo l'onnipotenza, la predominanza e la superiorità di Dio, del Signore-Dio, poi del monarca assoluto per diritto divino. Questo concetto di sovranità resta segnato da un'origine religiosa e sacrale anche quando è trasferito sul popolo e sul cittadino.¹⁴⁴

¹⁴² É. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino, 2001, p. 397.

¹⁴³ J. DERRIDA, *Incondizionalità o sovranità*, Mimesis, Milano, 2008, p. 39.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 42. Derrida tornerà nuovamente su questo aspetto, riconducendo (in prosecuzione del discorso inaugurato da Carl Schmitt) le radici teologiche della sovranità direttamente alle matrici pensiero della Grecia antica, ed in particolare alla *Teogonia* di Esiodo. Qui, nella rappresentazione della lotta parricida che oppone Crono ai suoi figli, si intravede, secondo il pensatore francese, la fonte "inaugurale" della sovranità occidentale: «[c]he sia inaugurale o no, questa mitologia teogonica della sovranità appartiene, se proprio non lo inaugura, a un lungo ciclo di teologia politica insieme paternalista e patriarcale, quindi maschile nella filiazione padre-figlio-fratello. La definirei anche ipsocentrica. Teogonia o teologia politica rilanciata o rilevata [...] dalla teologia politica cosiddetta moderna della sovranità monarchica e perfino dalla teologia politica inconfessata (e altrettanto fallocentri-

Estendendo l'analisi in accordo con questa prospettiva, ben si potrebbe dire che il problema del 'potere costituente' non è tanto quello della 'produzione' di atti normativi, ma, propriamente, quello della 'creazione' *ex novo* di un differente universo nomico. Lo stile (o per meglio dire, la 'retorica') dell'autobiografia politica americana, così come poco sopra espressa dalle parole di Kahn, la declinano nei termini, forse eccessivamente enfatici, del '*new beginning*', ma non deve credersi solo per questo che si tratti di qualcosa troppo distante dal famigerato episodio parigino del tiro al bersaglio degli orologi, che all'indomani della Rivoluzione fallita del luglio 1830 avrebbe dovuto arrestare lo scorrere del tempo (e delle ingiustizie) per *inaugurare*, dal nulla e d'improvviso, l'avvento di un nuovo eone.¹⁴⁵ Si potrebbe forse argomentare che il destino dei popoli si

ca, fallo-paterno-filio-paterno-ipsocentrica) della sovranità del popolo – in breve, della sovranità democratica», in J. DERRIDA, *Stati canaglia*, Cortina, Milano, 2003, p. 39.

¹⁴⁵ L'immagine è ricordata da Walter Benjamin nella xv delle sue *Tesi sul concetto di storia* (1940), ora in ID., *Opere complete*, VII, Einaudi, Torino, 2006, p. 491: «[L]a consapevolezza di scardinare il *continuum* della storia è propria delle classi rivoluzionarie nell'attimo della loro azione. La grande rivoluzione introdusse un nuovo calendario. Il giorno inaugurale di un calendario funge da compendio storico accelerato. E, in fondo, è sempre lo stesso giorno che ritorna in figura dei giorni di festa, che sono giorni della rammemorazione. Dunque i calendari non misurano il tempo come gli orologi: sono monumenti di una coscienza storica di cui in Europa da cento anni sembra non si dia più le minime tracce. Nella Rivoluzione di Luglio è accaduto un episodio in cui questa coscienza si fece ancora valere. Giunta la sera del primo giorno di scontri, avvenne che in più punti di Parigi, indipendentemente e contemporaneamente, si sparò contro gli orologi dei campanili. Un testimone oculare, che forse deve alla rima la sua divinazione, scrisse allora: "*Qui le croirait! On dit, qu'irrités contre l'heure/ De nouveaux Josués au pied de chaque tour/ Tiraient sur le cadrans pur arrêter le jour*". Questa nuova esperienza del tempo così come reificata nei calendari, nei giorni di festa, nelle rammemorazioni solenni del passato è pur sempre, come scrive Benjamin, "lo stesso giorno che ritorna": un monumento dell'arcaico, saturo del tempo dell'attuale, tramutato infine nelle forme della coscienza storica. Per un commento a questo celeberrimo passo, si vedano almeno E. RUTIGLIANO, *Lo sguardo dell'angelo. Su Walter Benjamin*, Edizioni Dedalo, Bari, 1981, pp. 43-4, che parla di «arresto del tempo, introduzione di nuove scansioni, di un nuovo calendario che misuri un *altro tempo* dal tempo del dominio»; M.T. COSTA, *Il carattere distruttivo. Walter Benjamin e il pensiero della soglia*, Quodlibet, Macerata, 2008, p. 139; M. PEZZELLA, *La memoria del possibile*, Jaca Book, Milano, 2009, p. 309. Per l'uso della fraseologia '*new beginning*', nonché sulle ascendenze teologico-politiche che ne rimangono implicate, cfr. anche P. KAHN, *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999, p. 42, secondo cui «[w]e still cannot speak of new beginnings without hearing religious

muove costantemente a favore di un bisogno di liberazione, di cesura, di assoluzione: in breve, di quel *mysterium tremendum* dolce ma terribile che si raccoglie nella *rivelazione* del politico, lungo quello sfondo sacro dell'agire auto-poietico tipico di ogni ordinamento normativo.¹⁴⁶

Per questo non stupisce affatto rilevare come, secondo uno stilema assai diffuso nella cultura europea dell'epoca, Thomas Hobbes, nelle prime pagine del suo *De Corpore* (1655), ammonisse sull'utilità di dotarsi di un metodo 'mimetico' per dare ordine alla frammentarietà caotica delle proprie esperienze intellettuali. Di fronte all'«*abyssum cogitationum experimentorumque tuorum confusam*» – si legge nell'affettuosa *Introduzione al lettore* – occorre prima di tutto «*imitare creationem*»: così come Dio procedette ordinatamente alla realizzazione dei singoli elementi della natura, così il buon filosofo, per imitazione, dovrà dipanare le nebbie delle mistificazioni e procedere pianamente alla discussione ordinata e precisa di ogni singola questione.¹⁴⁷ Ma questo *metodo mimetico* è il ricordo ancora vivo di un gesto tutto teologico e performativo. Qualche anno prima che Hobbes redigesse il suo breve trattato, Thomas Wilson – con un'affermazione che potrebbe a tutti gli effetti considerarsi come la diretta ascendente degli

resonances. We cannot think of such a beginning without borrowing from larger traditions of struggle and redemption. A secular conception of the State does not invent a new politics stripped of any taint of the religious tradition. Rather, it appropriates concepts that are already present and gives them a secular cast. Remnants of their past continue to inform the character of the political world the concepts make possible».

¹⁴⁶ In modo particolarmente incisivo – e proprio lungo l'asse che congiunge il fondamento del 'sacro' con il fondamento del 'politico' – ancora esemplare è la posizione di Jacques Derrida. Dopo aver considerato come il *Contratto sociale* di Rousseau si ponga effettivamente quale opera filosofica di 'svolta' tra principio della sovranità monarchica e principio della sovranità popolare, il filosofo francese persiste nel considerare essenziali le eredità teologiche intrinseche al lessico stesso dell'ordine sociale, fino al punto di ritenere «che la *filiazione teologica della sovranità* permanga anche là dove si parla di libertà ed *autodeterminazione popolare*» (così in J. DERRIDA, *Incondizionalità o sovranità*, cit., p. 43, enfasi aggiunta).

¹⁴⁷ T. HOBBS, *De Corpore*, in ID., *Opera philosophica quæ latine scripsit omnia, in unum corpus nunc primum collecta studio et labore Gulielmi Molesworth*, 1, apud Joannem Bohn, Londini, 1835, fol. 1. Come parte della dottrina ha potuto far notare, questa concezione volontaristica dell'opera di Dio apre, in Hobbes, già al paradigma della '*creatio ex nihilo*': «Hobbes's conception of God is voluntarist, that is, God is omnipotent. In the question of the creation, this translates to a view that God created the world from nothing (*ex nihilo*) and that this act was purely free», in J. LEMETTI, *Historical Dictionary of Hobbes's Philosophy*, The Scarecrow Press, Toronto, 2012, p. 91.

insegnamenti di John Austin – evidenziava infatti nel suo popolare *A Christian Dictionarie* (1635) la performatività assoluta del linguaggio divino: la parola di Dio, scrive il religioso inglese, non è un semplice composto di «parole vuote» (*naked wordes*), ma fin da subito realtà vera ed effettuale.¹⁴⁸ La ‘parola’ della nazione, si potrebbe dire analogamente, non è un composto di azioni inefficaci, ma *atto* politico concreto, marchio della decisione sovrana: in breve, “*Fiat lux*” che sprigiona dal cuore dell’anomia.¹⁴⁹ Quello stesso “*Fiat lux*” che ancora Hobbes (richiamandosi evidentemente a Giob. 41) inserì come firma eclatante al termine dell’*Introduzione* del suo *Leviatano* (1651), quasi come a suggellare quel *modello* divino del sovrano a immagine di Dio che, *a divinis*, compie il gesto di ‘dare la legge’ eccettuandosi dalla legge.¹⁵⁰ Una teologia della *mimesis* in cui arte, sovranità e legge divengono davvero i fattori eccellenti per una matrice teologica, artefatta e sublime dello stesso pensiero politico moderno.¹⁵¹

6. *Il numinoso*

Come si è visto, il problema del potere costituente è inestricabilmente intrecciato con il paradigma creazionistico racchiuso nel modello teologico-politico della ‘*creatio ex nihilo*’.¹⁵² Seguendo l’esempio fornito

¹⁴⁸ Ha il merito di aver posto in efficace collegamento i due Autori, S.L. MINTZ, *Leviathan as Metaphor*, in *Hobbes Studies*, 2, 1989, pp. 8-9, cui si rinvia integralmente. Il riferimento alle parole di Wilson è tratto da T. WILSON, *A complete Christian Dictionary*, E. Cotes, London, 1661, fol. 606.

¹⁴⁹ Come ha cura di far notare M. SERRES, *Il contratto naturale*, Feltrinelli, Milano, 1991, p. 99, il diritto parla «al performativo. Ciò significa che la verità, la conformità del detto e del prescritto ai fatti deriva immediatamente dal suo prescritto e dal suo detto. Il performativo fa del dire un atto efficace, una sorta di *fiat*: all’inizio del mondo, il Dio creatore parla così, performativamente: dice e le cose si fanno in conformità alla parola, quasi che la creazione del mondo fosse stata pensata come una legge».

¹⁵⁰ TH. HOBBS, *Leviatano*, cit., p. 1: «[i]nfine, i patti e gli accordi, tramite cui le parti di questo corpo politico sono state per la prima volta prodotte, messe insieme ed unite, possono essere paragonati a quel *fiat* o *sia fatto l'uomo* pronunciato da Dio nella creazione».

¹⁵¹ Per un commento in questa prospettiva, cfr. ancora ampiamente le illuminanti pagine di J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano*, cit., p. 49 e ss.

¹⁵² Si noti come tale paradigma sopravviva ancora fortemente nella letteratura contemporanea. È assai curioso rilevare tanto la giuspubblicistica di stampo analitico,

dall'*Apologia* di Teofilo, è proprio lungo questa direzione che occorrerà muoversi per gettare luce ulteriore sull'enigma dell'origine del moderno. Come è stato notato, il processo di scrittura del giuridico marchia dal di dentro la sovranità continentale attraverso il gesto di una «pura creazione politica di una forma», la quale proprio in tal senso acquisisce i contorni della perfezione 'iperbolica'.¹⁵³ Così, in quella dimensione performativa e creazionistica che considera l'ordine politico alla stregua della

quanto quella di matrice continentale servirsi tuttora di tale 'immagine metaforica' ai fini di una 'euristica' illustrazione delle implicazioni e delle dinamiche scaturenti dal processo giuridico-politico di 'constitution making'. Cfr. a tal proposito U.K. PREUSS, *Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution*, in *Cardozo Law Review*, 14, 1993, p. 639, secondo cui «[t]he power to make a constitution is the power to create a political order *ex nihilo*»; C. KLEIN, A. SAJÓ, *Constitution-making: process and substance*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 419 e ss., in cui si delineano dei veri e propri «Models of *Ex Nihilo* Creation»; L. CORRIAS, *The Passivity of Law. Competence and Constitution in the European Court of Justice*, Springer, New York, 2011, p. 57 e ss.; I. RUA WALL, *Human Rights and Constituent Power. Without Model Or Warranty*, Routledge, New York 2012, p. 131; J. FRANK, *Constituent Moments. Enacting the People in Postrevolutionary America*, Duke University Press, Durham, 2010, pp. 47-51. Ma si considerino soprattutto le parole di Ernst-Wolfgang Böckenförde, il quale ha ripreso e vivificato tale approccio teologico-politico attraverso il diretto richiamo alle categorie del diritto costituzionale. Per il giurista tedesco, il potere costituente è – del tutto in accordo con Sieyès – «fondamento», «forza creatrice», «*potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo*»; in breve, una «entità e forza politica (anche) reale», necessaria «per legittimare la costituzione e la sua pretesa di validità», al punto tale che «se proprio questa è la sua funzione, esso non può essere congedato in un nulla giuridico; esiste e continua ad esistere per il futuro proprio come questa entità e questa forza», così in E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Il potere costituente del popolo*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996, pp. 235, 239. Sul tema del potere costituente in questo Autore, cfr. anche E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Concetto e problemi dello stato costituzionale*, in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 596; ID., *Il concetto di «politico» come chiave per intendere l'opera giuspubblicistica di Carl Schmitt*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 115. Per un'accurata interpretazione di tale concetto negli scritti dell'intellettuale tedesco, si veda F.G. MENGA, *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, pp. 237-77.

¹⁵³ P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 105. L'Autore assai efficacemente aggiunge che il gesto sovrano del 'dettare' la legge va accolto nel suo carattere eminentemente linguistico, politico ed effettuale: «[i]l suo potere è 'divino' in quanto realizza e compie lo stesso gesto divino della nominazione, e della rivelazione della legge che

più sublime opera artistica, il prodotto *straordinario* della volontà ‘abisale’ ed ‘eccezionale’ di un artefice sovrano diviene il luogo ancora tanto centrale, quanto irrisolto della moderna teoria del diritto.

Nell'affrontare il medesimo interrogativo, il giurista e sociologo francese Émile Boutmy ha forse restituito l'immagine più eclatante dell'aporia che insiste nel preciso passaggio dal *non-essere* all'*essere* della Legge. In quell'ampio lavoro di ricostruzione teorica delle prime esperienze costituzionali ottocentesche – gli *Études de droit constitutionnel* del 1888 – il pensatore francese ha raffigurato plasticamente il momento topico concernente la ‘nascita’ del diritto pubblico moderno. Dopo aver esposto le peculiarità delle costituzioni inglesi e statunitensi, e sulla scorta delle intuizioni elaborate qualche anno prima proprio dall'abate Sieyès, Boutmy asserisce che ben diversamente dai primi due modelli la costituzione francese è per eccellenza l'espressione di un «acte impératif de la nation, tirant du néant et organisant la hiérarchie des pouvoirs».¹⁵⁴ Il *nulla*, il vuoto immenso, l'origine abissale che terribilmente si celerebbe dietro le oscurità della legge e da cui quest'ultima sembra sprigionarsi in un gesto di improvvisa volizione, diviene l'attimo che genera il tutto, l'istante che *fonda* la legge.¹⁵⁵ Il «*Fiat lux*», per Boutmy, è precisamente questa luce: la luce libera della nazione fuoriuscente dai suoi meandri inaccessibili, che nella coerenza della propria eccezionalità si trasforma immediatamente in «*Fiat lex*».

Qualche anno prima, seppur da una prospettiva significativamente altra, già il diplomatico spagnolo e controrivoluzionario cattolico Donoso Cortés aveva potuto dipingere il ‘potere costituente’ con caratteristiche morfologiche assai simili. Per Donoso, esso è una «excepción terrible», una «condición monstruosa», allo stesso tempo la più grande delle fortune e la maggiore delle disgrazie dell'umanità. Inteso quale forza incontenibile del ‘politico’, il potere costituente è un'istanza a tal punto esplosi-

sorregge la sua creazione. Il potere politico puro si manifesta e si legittima nel suo operare *tamquam Deus*, e quindi nel dare la legge» (*ibid.*, p. 104).

¹⁵⁴ E. BOUTMY, *Études de droit constitutionnel. France, Angleterre, États Unis*, Plon, Paris, 1888, p. 241.

¹⁵⁵ Commenta questo celebre passaggio, evidenziandone la portata estrema e paradossale, A. NEGRI, *Il potere costituente*, cit., p. 23. Sul punto, cfr. anche M. GOLDONI, *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze University Press, Firenze, 2009, p. 103.

va da non potersi in alcun modo né «localizarse por el legislador», né «ser formulado por el filósofo». Da forza semplicemente incontenibile nella dogmatica sottile dei libri, l'istanza costituente «rompe el cuadro de las Constituciones» materializzandosi come un «rayo» che squarcia una coltre di nubi e, dopo aver fiammeggiato ferocemente nell'atmosfera, «hiere a la víctima y se extingue».¹⁵⁶ Anche se non direttamente esplicitato, si è qui già all'apogeo del paradigma teologico-politico: l'istanza costituente è vista infatti tanto nella sua conformazione 'eccezionale' e sovranaturale tipica di un fenomeno puramente di fatto, tanto in quella 'apofatica' e semi-divina di una forza sublime e magnificente. Ciò è talmente vero che, come è stato mostrato in dottrina, nell'elencare gli attributi dell'ente politico supremo che si vorrebbe «infinito» ed «inafferrabile», effettivamente «si procede con l'escludere da esso la presenza di qualsiasi limite od imperfezione propri degli enti "finiti"».¹⁵⁷

In una prospettiva affine, Carl Schmitt ha potuto fare sapiente uso tanto della metafora utilizzata da Boutmy, quanto dell'estetica 'terribile' implicita nella descrizione del potere costituente offerta da Donoso Cortés.¹⁵⁸ Ne *La dittatura* (1921), Schmitt dichiara fin da subito lo sfondo

¹⁵⁶ J. DONOSO CORTÉS, *Lecciones de Derecho político* (1836-1837), in ID., *Obras Completas*, vol. I, Editoriale Católica (B.A.C.), Madrid, 1970, p. 390. Su questo denso passaggio, cfr. anche C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 604 e ss. Per una descrizione dell'affinità intellettuale che collega Schmitt a Donoso Cortés, cfr. G. ULMEN, *Carl Schmitt and Donoso Cortés*, in *Telos*, n. 125, 2002, pp. 69-79.

¹⁵⁷ P.G. GRASSO, *Il potere costituente*, in ID., *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 18. Amplissima la letteratura che incrocia la *sovranità* del potere costituente con la sua matrice *teologico-politica*. Per quanto qui rileva, si vedano in particolare F. FEHER, *Voice and Text in Constitutionalism*, in *Cardozo Law Review*, 14, 1993, p. 705 e ss.; L. BARSHACK, *Constituent Power as Body: Outline for a Constitutional Theology*, in *The University of Toronto Law Journal*, 56 (3), 2006, pp. 185 e ss.; R. CRISTI, *The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Revolution*, in *Cardozo Law Review*, 21, 2000, p. 1749 e ss.; R.S. KAY, *Constituent Authority*, in *The American Journal of Comparative Law*, 59, 2011, pp. 715 e ss.

¹⁵⁸ Si veda infatti il richiamo compiuto proprio in C. SCHMITT, *Donoso Cortés interpretato in una prospettiva paneuropea*, Adelphi, Milano, 1996, p. 14, laddove con il sintagma "teologia politica" Schmitt intende precisamente «la trasposizione di immagini e concetti teologici nell'ambito del pensiero laico-politico, trasposizione che ricalca all'incirca lo stile della formula *un Dio, un Signore del mondo*».

‘oscuro’ che anima il perimetro concettuale di questa nozione. Poco dopo aver menzionato la filosofia di Thomas Hobbes, e poco prima di affermare che la sovranità così come modernamente intesa nasce dall’«atto costitutivo» ed assoluto del popolo, il giurista tedesco dichiara che il fondamento ultimo della legge risiede pur sempre in un «comando», vale a dire in una «decisione sull’interesse dello Stato». Essa, tuttavia, qualora considerata proprio dal punto di vista della norma di legge, «nasce dal nulla».¹⁵⁹ L’assurdo tipologico è destinato a riprodursi esemplarmente nel meccanismo di funzionamento della c.d. *dittatura sovrana*, vale a dire in quella forma di sovranità politica assoluta – si potrebbe anche dire: di *‘plenitudo potestatis’* – che mira alla rimozione totale dello stato giuridico pre-esistente, ai fini si intende dell’edificazione di un *nuovo* ordine politico-costituzionale.¹⁶⁰ Come si vede, per Schmitt è in gioco niente di meno che l’origine concreta della politica, vale a dire la sua *creazione* nelle *forme* pure del *gesto* ‘politico’. Se il razionalismo moderno prima, così come il normativismo novecentesco poi, tendono banalmente ad eliminare la decisione sovrana dall’orizzonte noetico del diritto pubblico (bollandola variamente come questione “di puro fatto”, o come accidente imprevedibile estraneo alle preoccupazioni intellettuali del giurista), Schmitt, con un colpo di mano, focalizza al contrario la propria attenzione proprio su questo snodo liminare, fissando il suo sguardo tanto sul «“centro oscuro” [...] costitutivo della forma politica», quanto sulla sua «ori-

¹⁵⁹ C. SCHMITT, *La dittatura* (a cura di A. Caracciolo), Settimo Sigillo, Roma, 2006, p. 44. In un importante saggio successivo, Schmitt ripeterà questo concetto collegandolo direttamente al pensiero c.d. ‘decisionistico’: «[L]a decisione sovrana è il principio assoluto, e il principio (nel senso anche di *arché*) non è altro che decisione sovrana. Quest’ultima scaturisce da un nulla normativo e da un disordine concreto. [...] Il pensiero decisionistico consente il collegamento positivo ad un determinato momento storico concreto, nel quale, da un precedente nulla quanto alle norme o da un nulla quanto all’ordinamento, scaturisce la legge positiva», in C. SCHMITT, *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del ‘politico’*, Il Mulino, Bologna, 1972, pp. 264, 272.

¹⁶⁰ Amplessima la letteratura di commento sul pensiero di Carl Schmitt relativamente ai temi della “dittatura sovrana” e del “potere costituente”. Si vedano almeno, C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 575 e ss.; ID., *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 15 e ss.; H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, ESI, Napoli, 1999, p. 90; F.G. MENGA, *Potere costituente e rappresentanza democratica*, cit., pp. 203-24; E. CASSINI, *Introduzione a Carl Schmitt*, Il Melangolo, Genova, 2016, p. 82 e ss.

gine non razionale» e demonica che *in primis* risulta racchiusa nel nesso tra potere costituente del popolo e dittatura sovrana.¹⁶¹ In gioco, nuovamente, vi è la questione della ‘creazione’: ma se così è dovrà figurare pure la sagoma dell’artefice, ossia il profilo identitario del suo legittimo ‘creatore’. Esso – per lo Schmitt del 1921 – non può che essere quell’entità volontaristica ed irrefrenabile che proprio nel “popolo sovrano” verrà icasticamente identificata. Sulla scia di quanto già concettualizzato da Sieyès e da Rousseau,

[t]utti i poteri costituiti vengono [...] a trovarsi di fronte a un potere costituente che è anche a fondamento della costituzione. Esso è per principio illimitato e può assolutamente tutto, non essendo soggetto alla costituzione perché ne è la fonte. È impensabile qui ogni coercizione, forma giuridica o autolimitazione, comunque la si intenda: gli stessi diritti inalienabili sono privi di oggetto là dove regna la *volonté générale*, intesa secondo la teoria di Rousseau. Il popolo, in quanto titolare del potere costituente, non può imporsi dei vincoli ed è sempre autorizzato a darsi la costituzione che più gli pare conveniente.¹⁶²

In questo preciso modo ed attraverso le forme della *creatio* gius-pubblicistica irrompe allora l’*arché* della legge, l’origine sovrana ed il comando imperativo del soggetto (singolare o collettivo) sovranamente decidente. Essa è una *segnatura*, l’indizio di una visione, prima ancora che politica, ‘estetica’ e ‘teologica’ del giuridico. Esattamente come il «miracolo» sfugge al calcolo razionalistico del reale, così l’attuazione di un ordine normativo che è ancora ‘in potenza’ – ossia, sotto le pieghe della spinta energetica del *pouvoir constituant* – implica che «[s]arebbe fatica vana cercare di costringere questo fatto entro categorie giuridiche» rigidamente normativistiche.¹⁶³ In quella «frattura» esiziale dell’ordinamento provocata dall’eruzione del ‘nuovo’, Schmitt lambisce infatti i contorni porosi «dell’abisso infinito ed insondabile», l’ombra lunga ed

¹⁶¹ C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 578.

¹⁶² C. SCHMITT, *La dittatura*, cit., p. 177.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 175.

inquietante dei pieni poteri della Nazione.¹⁶⁴ Il Nulla (estetico, giuridico, politico) si *apre* sull'eccezione costituente, verso quella zona di *a-nomia* che precede e contorna l'ordine della legalità, e che mantenendosi in uno spazio di indifferenza tra “fuori” e “dentro”, tra inclusione ed esclusione, pur vi si incista quale fondamento decisivo.

È in questo senso che l'*a-morfo*, ancora una volta, può dar vita alla *morfé*: il Dio «oscuro» ed incostituibile della volontà generale (sintomo premonitore della filosofia irrazionalistica del XIX secolo) conserva in se stesso la luce dell'ordine e dello Stato.¹⁶⁵ Lo stesso *pouvoir constituant*, aggiunge Schmitt, se vuole dirsi effettivamente «incostituibile» non «può» semplicemente proclamarsi oscuro: esso «*deve* esserlo».¹⁶⁶ Davvero non si è qui troppo distanti da quello che Emmanuel Levinas avrebbe individuato come uno dei caratteri essenziali della *creatio ex nihilo*, vale a dire l'esercizio sovrano di una volontà che «spezza» il confine della norma costituita, che «rompe» il suo contorno giuridico, per porsi «al di fuori di qualsiasi sistema, cioè là dove la sua libertà è possibile».¹⁶⁷ E davvero (per esprimersi con il lessico coniato da Rudolf Otto) vi è un “*numinoso*” del ‘politico’, una commistione di ‘sublime’ ed ‘energetico’, di ‘tremendo’ ed ‘affascinante’; un “*mysterium tremendum et fascinans*” appunto che si dà per mezzo della sua apparizione pulsante ed ineffabile. Il teologo tedesco, in uno studio oramai classico, ha potuto operare proprio in questi termini una descrizione delle forme di irrazionalità e di fascinazione che giacciono al cuore di ogni esperienza religiosa.¹⁶⁸ Per Otto, il ‘sacro’ è essenzialmente il ‘numinoso’, ossia la commistione di “*tremendum*” (terrificante), “*majestas*” (potenza sovrana) ed “*orghè*” (ira, o sconfinata energia). Esso è qualcosa di «totalmente altro» rispetto al dominio del ‘comprensibile’ e del ‘familiare’; è un *quid* di «nascosto»,

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 179. Come opportunamente sottolineato da E. CASSINI, *Introduzione a Carl Schmitt*, cit., p. 17, qui Schmitt spalanca davvero «le porte segrete che conducono all'operato delle divinità primitive: la *voluntas* contrapposta alla *ratio*, lo stato di eccezione, la decisione sovrana».

¹⁶⁵ *Ibid.*, p. 180.

¹⁶⁶ *Ibid.*, p. 180, enfasi aggiunta.

¹⁶⁷ E. LEVINAS, *Totalità e infinito*, Jaca Book, Milano, 1990, p. 106.

¹⁶⁸ Cfr. R. OTTO, *Il sacro*, SE, Milano, 2009. Per un'importante opera di commento a questo saggio, si veda E. SEVERINO, *Intorno al senso del nulla*, Adelphi, Milano, 2013, p. 48 e ss.

di «misterioso», di «assolutamente fuori dell'ordinario» che si 'ritrae' dal dominio del senso per lasciar spazio alla sua scioccante apparizione.¹⁶⁹ Il numinoso è un sentimento primordiale che lambisce i contorni dell'arcaico, un ideogramma del «nulla» e del «vuoto»: esso è quell'inafferrabile che trascende ogni categoria, e che dopo averle singolarmente invalidate «sembra anche costituirsi in contrasto con esse, sospendendole e confondendole». In questo senso il numinoso non è soltanto «al di sopra di ogni ragione», ma anche «contro la ragione».¹⁷⁰

Guidato proprio da queste intuizioni, Otto sentirà financo la necessità di ampliare ulteriormente la sua analisi del sacro, congiungendola direttamente con una suggestione di spiccata matrice estetica: il *fascino* del *numinoso* – commistione portentosa di raccapricciante e di catturante, di inorridente e di ammaliante – si sovrappone di fatto al concetto di *sublime*, divenendone così la precisa estensione analogica. Entrambi i concetti, si può allora dire, si sottraggono nella loro *eccedenza* a qualunque tentativo di analisi o di contenimento razionale. Se il sublime è il «genuino schema» del sacro, quest'ultimo ne diviene la *viva vox*, ossia l'amplificazione nelle forme dello sgomento irrazionale. Nella loro armonia di contrasti, sia il numinoso, sia il sublime condividono la matrice del misterioso e del recondito, dell'intimorente e dell'esaltante, al punto tale che, in quella zona di confluenza che entrambe le nozioni si trovano ad occupare, «ciascuna delle due tende naturalmente a trapassare nell'altra».¹⁷¹ Non solo: il sacro, per Otto, si incaricherà di divenire anche una vera e propria categoria *a priori* della conoscenza, ossia una condizione logica per il *varco* nell'illogico. Il numinoso ed il sublime non possono essere, quindi, semplicemente ciò che definiamo l'irrazionale: essi, piuttosto, si danno come la *relazione* tra il razionale e l'irrazionale, esattamente come il potere costituente è, in Schmitt, la *relazione* tra la sua rappresentazione visibile e la volontà sovrana ed oscura che si rifugia al suo interno.¹⁷²

¹⁶⁹ R. OTTO, *Il sacro*, cit., p. 41.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 45.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 63.

¹⁷² Che l'irrazionale, così come tratteggiato da Otto, abbia delle immediate ricadute nel dibattito giuridico è dimostrato d'altronde dalla singolare ricezione che mostra di farne Paul Kahn nel suo *Political Theology*. Ispirandosi al lessico impiegato dal teologo tedesco – il quale, nell'enumerare le caratteristiche 'sensibili' del sacro, cita proprio le espressioni inglesi «awe» e «canny» (R. OTTO, *Il sacro*, cit., p. 29) – Kahn ha potuto so-

Per questo – si può tentare di dire analogamente – il potere costituente secondo Schmitt è *sacro*: esso è tale non solo per le sue connotazioni *estetiche* (e qui ‘estetica’ vale sicuramente in senso etimologico, ossia quale riferimento alla ‘percezione’ sensibile dell’elemento fisico, per quanto inafferrabile esso concretamente sia¹⁷³), quanto, soprattutto, per quelle *politiche*. Il potere costituente è quella zona di intersezione ambivalente in cui ne va della inclusione e della esclusione, della amicizia e dell’inimicizia; in breve di ciò che può essere incluso nel nuovo ordinamento *a-venire* (poiché coesenziale all’omogeneità politica di cui appare compartecipe) o, viceversa, radicalmente escluso (in quanto, ad esempio, ‘nemico uccidibile’).¹⁷⁴ Certo: non deve credersi che tale assunto di ‘sa-

stenero che la presenza e, soprattutto, l’irruzione *sublime* della Corte Suprema nel contesto politico americano avverrebbero attraverso i caratteri del «charisma», «mystery» e «awe». La Corte Suprema costituirebbe dunque non un banale organo di amministrazione della legge, specchio della perfetta simbiosi con i singoli giudici costituzionali, ma, ben al contrario, l’incarnazione numinosa ed abissale della “voce costituente” del popolo americano, ossia di un’entità sovrana catturata *al di fuori* dell’ordinario contesto politico e riunitasi *trans-istoricamente* nelle parole dei suoi verdetti. Il controllo di costituzionalità, così, «works as a reappearance of the political rupture: we hear once again the voice of the popular sovereign» (P.W. KAHN, *Political Theology*, cit., p. 13). Approfondisce ed estende con particolare cura queste tematiche P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 150 e ss., il quale opportunamente sottolinea come il meccanismo di azione giuridica della Corte «rivitalizza il politico originario» in quanto «liturgia di amministrazione della legge suprema come rinvio alla voce di un politico transistorico costituente, che disloca completamente la Corte oltre la contingenza del governo e della politica ordinaria». Ma, ancora, si veda la peculiare caratterizzazione che lo stesso Autore tratteggia del ‘sublime’, quale «istanza che rimanda a quell’oltre ontologico dello *shapeless*, dell’abisso informe che pur sussiste al di là di ogni oggettivazione, di ogni costituzione ontologica del mondo» (*ibid.*, p. 123). Un ulteriore approfondimento su tali elementi è svolto, da ultimo, in P.G. MONATERI, *Il sublime della legge*, in *Comparative Studies in Modernism*, 8, 2016, pp. 41-50. È evidente, allora, come si sia qui di fronte ai bagliori più eclatanti del ‘numinoso’, cosicché davvero, come ancora scrive Kahn commentando Schmitt, non si può che concluderne che «[s]overeignty is not the product of reason» (P.W. KAHN, *Political Theology*, cit., p. 19).

¹⁷³ Cfr. ampiamente M. FERRARIS, *Estetica razionale*, Cortina, Milano, 1997.

¹⁷⁴ In questo senso, cfr. soprattutto C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., p. 28, il quale opportunamente sottolinea come l’ordine politico «tragga efficacia proprio dal “ricordare” la propria origine parziale e polemica e dal riservarsi, in modo necessariamente indeterminato, la facoltà di decidere sull’esclusione dell’estraneo». Sul rapporto di inclusione / esclusione, nonchè sulla correlazione con la libera uccidibilità di chi è posto ‘fuori’ dall’ordinamento legale, si veda G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., pp. 19 e ss.

cralità' imponga automaticamente di scorgere i caratteri dogmatici della teologia cristiana. Piuttosto, qui il *sacro* vale davvero come meccanismo di enunciazione, ossia come mezzo finalizzato ad indicare la percezione *sublime* del 'politico' nella sua essenziale inafferrabilità. In ciò, come opportunamente è stato sottolineato, la trascendenza invocata da Schmitt «non d[eve] essere confusa con un fondamento religioso; si tratta piuttosto della rivendicazione dell'elemento non prevedibile, non razionalistico, sempre contenuto nella fondazione dell'unità politica»; un elemento che agli occhi di Schmitt diviene la preconditione (ed insieme la preparazione) per l'avvento della «decisione» sovrana.¹⁷⁵ In questa prospettiva si va dunque contro ogni (nostalgica) recriminazione circa la presunta de-sacralizzazione della sovranità: essa, al contrario, mantiene sempre il proprio carico di trascendenza in quanto per eccellenza *volontaristica* – in altri termini, proprio perché includente quel carico di latenza energetica che apre continuamente l'ordine politico verso il decisionismo e la rottura costituente. E se ogni 'teologia politica' implica d'altronde questo preciso riferimento al *sacro*, ciò – verrebbe da aggiungere seguendo Schmitt – avviene proprio perché esso stesso, immancabilmente, si sdoppia tanto nell'enunciazione del fondamento *giuridico* della legittimità, quanto nella percezione *estetico-politica* della medesima.

Ora, come ampiamente noto è in *Teologia politica* (1922) che il dispositivo fin qui delineato apparirà in tutta la sua coazione. Se è vero, per Schmitt, che «[t]utti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati», parimenti vero è che la *genealogia* del medesimo non può che iscriversi nel gesto del «miracolo», ossia di un'istanza (Dio e le sue derivazioni ipostatizzate) che attraverso la persistenza del proprio «impulso ordinativo» detta l'ordine strutturante provenendo dal Nulla.¹⁷⁶ Questa creazione, per Schmitt, è l'epigrafe dell'elemento decisionistico-personalistico che alberga nel cuore della *sovranità*, lo specchio del «concetto di Dio creatore, dotato di volontà personale» che a sua volta si trasforma in «elemento di imprevedibilità e

¹⁷⁵ Così si esprime A. AMENDOLA, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, ESI, Napoli, 1999, p. 72.

¹⁷⁶ In questi termini, C. SCHMITT, *Teologia politica: quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 61.

di radicale indeducibilità nell'ordine dell'universo». ¹⁷⁷ La sovranità riposa pur sempre sul vero fondamento (contingente e assoluto) dell'ordine costituito, un fondamento che è allo stesso tempo origine-*arché-Anfang*, istanza primordiale che si ripete. Affinché ciò avvenga (e per dirlo occorre buffamente ricorrere ad un paradosso) è però proprio il *Nulla-di-Ordine* a non poter 'mancare': il collasso della forma e la rovina delle sue strutture sono la *conditio*, per Schmitt, per il manifestarsi dell'eccezione sovrana nel suo bagliore ordinante e nomogenetico. ¹⁷⁸ Insomma, per l'effettiva messa in forma del 'politico' è il "numinoso" stesso a rendersi preliminarmente necessario.

In questo preciso senso ogni *creatio-ex-nihilo* implica, prima di tutto, una *creatio-nihilum*. L'atto di creare dal vuoto significa *fare* il vuoto, dare vita al disordine, trarsi fuori (*ex*) dall'istituito per poi, da lì, rigenerarlo e ri-fondarlo. Significa, ancora, iniziare il "nuovo" attraverso il collasso del "vecchio", capovolgere la clessidra imprimendo il gesto sovrano dell'*artifex* nell'apoteosi della coazione ordinativa. Così, dal punto di vista del *contenuto* della norma che sta a fondamento dell'ordine istituito,

ogni momento decisionale costitutivo specifico è qualcosa di nuovo e di esterno. In senso normativo, la decisione è nata da un nulla. La forza giuridica della decisione è qualcosa di diverso dal risultato del suo fondamento. ¹⁷⁹

Nuovo, Esterno, Nulla. Forse, nessun altro tritico concettuale può ri-assumere nel modo più immediato la concezione filosofico-politica di Schmitt, il suo dato energetico intrinseco ed eccezionale, in cui sembra davvero condensarsi quel rapporto ambivalente che unisce 'sacro' e 'po-

¹⁷⁷ Per questi rilievi, cfr. ancora A. AMENDOLA, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, cit., p. 66.

¹⁷⁸ Come nota efficacemente P.P. PORTINARO, *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Edizioni di Comunità, Milano, 1982, p. 85: «il vuoto normativo che si determina tra l'ordinamento sospeso e quello posto dalla decisione sovrana non è un vuoto assoluto, bensì pienezza di potere». Sul «Nulla-di-Ordine» come luogo da cui scaturisce la decisione, cfr. anche C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., pp. 54, 60.

¹⁷⁹ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 56.

tere', 'caos' e 'ordine', 'crisi' e 'norma'.¹⁸⁰ Il *tempo*, così come la *trascendenza*, divengono allora gli ingredienti metafisici che Schmitt sapientemente apparecchia intorno a chi ancora pretende di poter occultare l'enigma della sovranità; ingredienti che, viceversa, *irrompendo* nel preteso ordine giuspositivistico dello Stato ne scompaginano d'un colpo le fragili categorie.¹⁸¹ Ciò sarà ben visibile, per citare ancora altri luoghi eminenti della densa riflessione schmittiana, nel «cristallo» hobbesiano aperto verso l'alto, che come in un sinistro gioco di specchi restituisce l'immagine di un fondamento che non è stabile sostegno, bensì piedistallo ribaltato esposto alla trascendenza, pencolante sul bordo dell'abisso e sempre in balia dell'eccezione, della decisione, della potenza costituente.¹⁸² Per questo, occorre ancora dire, la genesi dell'ordinamento giuridico in Schmitt sta davvero *sopra* il nulla: essa non potrebbe in alcun modo dirsi vincolata alle forme che già sussistono, esattamente come Dio (*Pantokrator*) non potrebbe rimanere succube della materia già data.

Molti anni dopo *Teologia politica*, in quell'antologia di pensieri sparsi e meditazioni tormentate che verranno pubblicati postumi sotto il titolo di *Glossarium* (1991), Schmitt tornerà ancora su questo punto: «[L]a creazione dal nulla», annota il giurista tedesco, «è creazione pura, non intorbidata da alcuna intrusione di materia. Tutte le altre creazioni sono determinate anche dalla materia di fabbricazione, dal materiale della creazione». ¹⁸³ Vi è una *purezza*, dunque, nel Nulla; una 'limpidezza' dell'oscuro che si svela nella presenza-assenza dell'origine subito nell'atto di trasformarsi in limpidezza del 'gesto' della creazione. «Ma che cos'è il nulla?», si domanda ancora Schmitt. «Di esso» – egli risponde – «nulla si può dire. In realtà per i più il nulla non è che l'illimitato». ¹⁸⁴

¹⁸⁰ Come scrive Galli, è attraverso «questa creazione di forma e di ordine» che «il sovrano attinge energia proprio dal disordine, dall'eccezione; né questo agire abissale si dà una volta per tutte, anzi il disordine e l'eccezione restano, all'interno dell'ordine, come potenzialità sempre presenti» (in C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 339).

¹⁸¹ C. SCHMITT, *Amleto o Ecuba. L'irrompere del tempo nel gioco del dramma*, il Mulino, Bologna, 1983, p. 71 e ss.

¹⁸² C. SCHMITT, *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., pp. 150-1.

¹⁸³ C. SCHMITT, *Glossario. Annotazioni, 1947-1951*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 87 (14/XII/1947).

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 87.

Sembra davvero, nel leggere queste parole, che il pensiero della sovranità sia il luogo dell'abisso e della vertigine; dell'altezza che si capovolge in baratro, in precipizio. Jean-Luc Nancy, in un testo emblematicamente intitolato *La creazione del mondo* (2002), ha potuto sostenere che il pensiero della sovranità è, precisamente, il pensiero della cima, ossia di quella sommità che domina dall'alto e che, dal *nulla*, si erge sulla vertigine della propria vetta. Per esprimersi con una brevissima, ma efficace formulazione: «[e]x nihilo summum». ¹⁸⁵ Vi è allora una 'separazione' che si produce intimamente nel gesto sovrano: esso implica 'distacco', cioè una distinzione, che in quanto tale assurge a cifra del carattere 'sacrale' e della gerarchia assoluta che in essa è presupposto. La purezza del nulla si fa purezza della vetta, del suo rarefarsi sottile. In ciò, aggiunge Nancy, il sovrano è tanto potere che *fonda* la legge, quanto potere che è *separato* da ogni suo vincolo: l'esercizio stesso della sovranità «presuppone che nulla lo preceda né lo domini dall'alto, che alcuna autorità o forza istituyente venga esercitata prima». ¹⁸⁶ È il paradosso della sovranità, se si vuole, almeno così come mostrato dallo stesso Schmitt. ¹⁸⁷ Eppure, secondo Nancy, il sovrano non trova la sovranità come un *quid* già esistente: egli «deve costituirla, e dunque costituirsi egli stesso come sovrano». ¹⁸⁸ La *creatio*, in tal modo, si fa non solo estrinsecazione della 'potenza' costituente, ma auto-poiesi, auto-fondazione del 'politico': gesto che condensa in sé i caratteri emblematici dell'onnipotenza teologica, ossia di quella 'presenza' che sfugge alla cattura, ma che allo steso tempo ne diviene la matrice perfor-

¹⁸⁵ J.-L. NANCY, *La creazione del mondo o la mondializzazione*, Einaudi, Torino, 2003, p. 94 e ss.

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 98.

¹⁸⁷ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 35: «[e]gli [il sovrano] sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa». Per una recente reinterpretazione, si rimanda a G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 19 e ss., secondo cui il senso dell'operazione schmittiana è da ricercare nel dispositivo dello 'stato di eccezione' inteso quale vero e proprio chiavistello di decodifica della sovranità: «[i]l sovrano, attraverso lo stato di eccezione, "crea e garantisce la situazione", di cui il diritto ha bisogno per la propria vigenza» (*ibid.*, p. 21). Ma si veda anche il commento fornito da J. DERRIDA, *La Bestia e il Sovrano*, cit., p. 37 e ss.

¹⁸⁸ J.-L. NANCY, *La creazione del mondo o la mondializzazione*, cit., p. 99.

mante.¹⁸⁹ In ciò starebbe dunque la sua perfezione e, forse, anche quell'«illimitato» di cui parla Schmitt. Un illimitato che si fa anfibologico, elusivo e sublime, e su cui si innesta esemplarmente il tema dell'eccezione sovrana: essa, scrive il pensatore francese, «non è soltanto ciò che si dà fuori diritto, o fuori istituzione. Essa è anche ciò che non si dà affatto»; in breve «ciò che si ritrae da ogni dato», che non è mero 'fatto brutto', ma istanza sfuggente, che si eccettua dunque ritraendosi da se stessa.¹⁹⁰ Dal 'nulla' della sommità, da quell'empireo separato rispetto al mondo del 'politico' sul quale – con un ribaltamento di prospettiva – il 'politico' stesso sembra adagiarsi, ecco allora fuoriuscire (*ex nihilo*) un 'mondo' nuovo e sublime, una totalità illimitata che nel 'numinoso' della propria assenza si presenta come istanza assoluta e suprema.¹⁹¹

Forse, come efficacemente è stato detto, il *paradigma volontaristico-creazionistico* è «il vero problema su cui l'immagine del mondo della tradizione classica esplose nella collisione con la concezione cristiana».¹⁹² Eziologicamente rappresentato dalla tensione verso la produzione di una 'legge fondamentale', esso si articola, in Schmitt, attraverso un doppio taglio che vale tanto come 'frattura' dell'ordine precedente, quanto come 'imposizione' di un nuovo *nómos*. Ma attraverso il dispositivo della *creatio ex nihilo* – punto di intermediazione tra l'essere e il volere – l'esistenza e l'azione dell'organismo politico divengono davvero strumento per

¹⁸⁹ Come scriveva Scholem, in ogni opera di *poiesi* divina sussiste anche un'*auto-poiesi* 'riflessiva' del medesimo: «[t]ale atto della creazione primordiale, la discesa di Dio nella sua propria profondità, offre dell'intimo dinamismo e vitalità di questo Dio un'immagine grandiosa e paradossale. Per dirla con esattezza, la creazione dal nulla è, dunque, un processo in cui Dio crea se stesso nelle cause prime», in G. SCHOLEM, *Concetti fondamentali dell'ebraismo*, cit., p. 60. In questo senso, si può dire, il processo di (auto-) costituzione della sovranità è qualcosa di pienamente riflessivo: la trasformazione del nulla nell'essere è qualcosa che si compie *all'interno* del dominio del 'politico'.

¹⁹⁰ J.-L. NANCY, *La creazione del mondo o la mondializzazione*, cit., p. 99 e ss.

¹⁹¹ Per un'efficace analisi di questo tema in Nancy, cfr. D. GENTILI, *Critica della Gewalt e critica del potere in Benjamin*, in M. PONZI, B. WITTE (a cura di), *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, Nino Aragno, Torino, 2006, pp. 204-7, secondo cui ciò che il gesto del filosofo francese permetterebbe di osservare è «il nulla dell'assenza di fondamento, il nulla della *creatio ex nihilo*, che eccede e scarta al di fuori di ogni creazione come immediata presenza che colma pienamente e prende totale 'possesso' di questo nulla» (*ibid.*, p. 205).

¹⁹² G. AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria*, cit., p. 71.

l'esercizio della *volontà* del soggetto sovrano, incarnandosi energicamente nelle propaggini della *potestas constituens* e dell'irrazionale da cui sembrano attingere.

Il lato inquietante e critico del paradigma teologico si specchia così nell'essere istanza centrale ed allo stesso tempo problematica della moderna scienza giuridica. Da gesto artificialista e sovrano di un soggetto *extra-legem* (ed *extra-ordinem*), il teologico-politico stinge in *volontarismo* della potenza, in 'macchina mitica' pronta ad assurgere a giustificazione intellettuale per ogni concreta (e distruttiva) forma di operatività politica. Ogni teologia politica, come ancora Schmitt opportunamente contribuisce a sottolineare, implica infatti pur sempre l'interrogativo inquietante su chi in concreto prenderà il *posto* di Dio.¹⁹³ Il trono vacante della divinità diviene l'etimasia pronta ad essere rioccupata dai suoi più 'imperfetti' successori moderni. Vi è sempre una lotta per il *centro* del 'politico', esattamente come può darsi una lotta per il centro del canone letterario. Come si vede, non si è qui che al *primo snodo* del 'politico', al suo passaggio più estrinseco e forse più prevedibile, che purtuttavia ancora abbisogna di un ulteriore e fondamentale elemento d'indagine. Un elemento che più che contribuire alla *narrazione* della 'storia' dell'idea di sovranità ne esemplifichi, viceversa, l'*aporia* giuridico-concettuale che ne sta alla base.

7. Tra immanenza e trascendenza: il paradigma della 'potentia Dei assoluta'

Da quanto si è potuto finora osservare, il concetto di 'potenza' (*dynamis*), sia quando estrinsecato direttamente nelle forme dell'atto, sia quando interiormente racchiuso nelle regioni implicite della virtualità potenziale, resta pur sempre catturato in una attività comportante un "*facere*", ossia lo svolgimento di un'opera di significazione o di produzione da compiersi materialmente. Intensificando questa logica, l'opera *performativa* (e teologico-politica) della creazione divina implica ancora l'esplicitazione di una 'potenza' (*potentia*) sovrannaturale e suprema, in ultima

¹⁹³ C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., p. 94.

istanza sovranamente decidente, la quale impegna la divinità nell'opera stessa di realizzazione del *creatum*.¹⁹⁴ *Potentia* e *creatio*, così, proprio nel momento in cui raggiungono il massimo grado di intensità dialettica, si co-implicano e si assistono vicendevolmente.

Per delineare ancor meglio il paradigma implicito archeologicamente nella dicotomia *potere costituente* / *potere costituito*, nonché per illustrare la stessa logica della *sovranità* agli albori dell'epoca moderna, ben si potrebbe allora utilizzare una fondamentale raffigurazione teologica appartenente al contesto scolastico-medioevale del XII e XIII sec., gravitante intorno ai concetti di "*potentia Dei ordinata*" e "*potentia Dei absoluta*".¹⁹⁵

¹⁹⁴ Riprende entrambi i concetti E. CASTRUCCI, *Studi sull'idea di potenza*, cit., pp. 850-1, che può giustamente parlare di una "analogia di potenza" che si produrrebbe tra esperienza divina e dimensione umana, tale da inverare quella *macchina* teologico-politica intesa per l'appunto come criterio ermeneutico, come «schema di interpretazione del fenomeno 'secolare' della potenza umana» (*ibid.*, p. 850).

¹⁹⁵ Su questi temi esiste, ormai, una bibliografia pressoché sterminata ed in continuo accrescimento. Tralasciando le dispute più rigorosamente teologiche, si segnaleranno di conseguenza quei contributi che, tanto per qualità, quanto per pertinenza, costituiscono un'esposizione ricca ed efficacemente precisa rispetto al tema giuridico-politico in questa sede esaminato. Si vedano almeno J. HOLUB, *Ordinaria potentia – absoluta potentia*, in *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 28, 1950, pp. 92-9; F. OAKLEY, *Jacobean Political Theology: The Absolute and Ordinary Powers of the King*, in *Journal of the History of Ideas*, 29, 3, 1968, pp. 323-346; ID., *The «Hidden» and «Revealed» Wills of James I: More Political Theology*, in *Studia Gratiana*, 15, 1972, pp. 365-75; ID., *Omnipotence, Covenant, & Order. An Excursion in the History of Ideas from Abelard to Leibniz*, Cornell University Press, Ithaca/London, 1984; ID., *The Absolute and Ordained Power of God and King in the Sixteenth and Seventeenth Century. Philosophy, Science, Politics, and Law*, in *Journal of the History of Ideas*, 59, 4, 1998, pp. 669-90; J. MARRONE, *The Absolute and the Ordained Powers of the Pope: An Unedited Text of Henry of Ghent*, in *Mediaeval Studies*, 36, 1974, pp. 7-27; W.-J. COURTENAY, *The Dialectic of Omnipotence in the High and Late Middle Ages*, in T. RUDAVSKY (a cura di), *Divine Omniscience and Omnipotence in Medieval Philosophy. Islamic, Jewish and Christian Perspectives*, Springer, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, pp. 243-69; ID., *Capacity and Volition. A History of the Distinction of Absolute and Ordained Power*, Lubrina, Bergamo, 1990; K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, University of California Press, Berkeley, 1993; M.T. BEONIO-BROCCHIERI FUMAGALLI (a cura di), *Sopra la volta del mondo. Omnipotenza e potenza assoluta di Dio tra medioevo e età moderna*, Lubrina, Bergamo, 1986; E. RANDI, *Il sovrano e l'orologio. Due immagini di Dio nel dibattito sulla "potentia absoluta" fra XIII e XIV secolo*, La Nuova Italia, Firenze, 1986; M. SECHI, *Potenza di Dio e contingenza*, in *Doctor Virtualis*, 8, 2008, pp. 163-87; M. TRAVERSINO, *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della 'potentia Dei absoluta' in Giordano Bruno*, Edi-

Come anticipato, il contesto di origine è racchiuso in una vibrante disputa teologica¹⁹⁶ e, più in particolare, nell'interrogativo se Dio avesse esaurito all'atto della creazione il proprio infinito potere oppure, al contrario, se questo permanesse in modo latente nello spettro delle sue possibilità reali. In questo senso, e più nettamente, l'universo della scolastica medioevale si domandava come poter conciliare (logicamente e teologicamente) la 'potenza' divina (teoreticamente *in abstracto* e quindi assoluta) con le forme terrene (e materialmente "limitate") dell'ordine naturale.¹⁹⁷ Chiaramente, pensare ad una riduzione o diminuzione della capacità onnipotente di Dio tale da impedire qualunque azione sul reale appariva, per il pensiero cristiano, oltreché paradossale di impossibile accettazione. Dio non poteva essere concepito come ente limitato ma al più – con abile escogitazione – come sovrano onnipotente e 'iustus', ossia perfetto e rispettoso delle leggi del creato, alieno dunque da ogni azione ritenuta 'capricciosa' o 'imprevedibile'.

Così, nel corso del XIII e XIV secolo, l'idea che si potesse distinguere tra una capacità "potenziale" di Dio ed una "attuale" – in breve, tra ciò che restava virtualmente in Suo potere e quanto invece si dava nella fissità ontologica – nacque quasi come una sorta di «passaggio obbligato nella spiegazione del mondo, delle sue leggi e del loro rapporto» piuttosto che come teoria rigidamente definita.¹⁹⁸ In altri termini, occorre comprendere come queste due differenti *dimensioni* del potere celestiale riuscissero a convivere senza annullarsi reciprocamente, e soprattutto senza determinare quell'irrazionalità, quello 'scandalo' della ragione che avrebbero condotto a vedere in Dio un essere completamente incom-

toriale Scientifica, Napoli, 2015; D. LEE, *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 279 e ss. Per il pensiero di Spinoza, cfr. R. CICCARELLI, *Potenza e beatitudine. Il diritto nel pensiero di Baruch Spinoza*, Carocci, Roma, 2003.

¹⁹⁶ Per un eccellente lavoro ricostruttivo delle logiche argomentative che soggiacciono alle *quaestiones* e *disputationes* medioevali, cfr. P. FELTRIN, M. ROSSINI (a cura di), *Verità in questione. Il problema del metodo in diritto e teologia nel XII secolo*, Lubrina, Bergamo, 1992; R. QUINTO, *Scholastica*, Il Poligrafo, Padova, 2001, p. 126 e ss.

¹⁹⁷ Per una sintesi sul punto, cfr. ampiamente F. OAKLEY, *Omnipotence and Promise. The Legacy of the Scholastic Distinction of Powers*, Pontifical Institute of Mediaeval Studies, Toronto, 2002, p. 5 e ss.

¹⁹⁸ Così E. RANDI, *Il sovrano e l'orologio*, cit., p. 16.

prensibile o, peggio, un colosso rinchiuso nella gabbia di una necessità contingente, da Egli stesso creata e che Egli stesso, però, non era più in grado di scardinare.¹⁹⁹

Forse, però, l'*absoluta potentia* di Dio è già di per sé la chiara raffigurazione della Sua onnipotenza, ossia di un'azione *ad extra* in cui Dio può essere «assoluto» proprio in quanto colto nel momento di *'infrangere'* la legge.

La storia del pensiero cristiano è ricca, d'altronde, di rivelazioni eclatanti e miracolistiche, dalle quali far discendere proprio la duplice ed opposta potenza di Dio. Come si vede, già qui emerge quel paradosso della sovranità più volte evidenziato, e che lo stesso Federico II, vero anticipatore *ante litteram* della questione teologico-politica, condensa magistralmente nel rivolgere a se stesso gli epiteti di 'padrone' ed allo stesso tempo di 'servo' della legge.²⁰⁰ Come sarà argomentato con un'intuizione certamente efficace, l'immagine del potere divino (e poi umano) che qui viene in discussione è data allora da quell'oscillazione tra la figura del *sovrano* assoluto (trascendente e incontenibile) e quella opposta dell'*orologio*, viceversa predeterminato nei meccanismi, negli ingranaggi e nelle rotelle del proprio perfetto marchingegno.²⁰¹ Ma non solo. La '*potentia absoluta*' (proprio in quanto *ab-soluta*) opera per definizione *ex nihilo*: essa è l'espressione di una forza *eccedente* ed incontenibile che sormonta le regole dell'ordine costituito.²⁰² In questo senso, essa rappresenta una

¹⁹⁹ In questi termini, citando J.L. Borges, M.T. BEONIO-BROCCHIERI FUMAGALLI, *Più cose in cielo e in terra*, in M.T. BEONIO-BROCCHIERI FUMAGALLI (a cura di), *Sopra la volta del mondo*, cit., p. 18. Riassume l'intero quadro di riferimento storico-teologico M. WILKS, *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages. The Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists*, Cambridge University Press, Cambridge, 1963, p. 294 e ss.

²⁰⁰ Cfr. E.H. KANTOROWICZ, *Federico II imperatore*, cit., p. 220 e ss. Ma su questa anfibologia, già Giovanni di Salisbury nel suo *Policraticus* (1159) aveva insistito particolarmente, affermando che fosse sì legittimo per il principe essere sciolto dai vincoli della legge «non perché gli sia lecito commettere delle ingiustizie, ma perché deve promuovere l'equità» e ciò «non per timore della pena ma per amore della giustizia» (G. DI SALISBURY, *Policraticus. L'uomo di governo nel pensiero medioevale*, Jaca Book, Milano, 1984, pp. 55-6).

²⁰¹ E. RANDI, *Il sovrano e l'orologio*, cit., p. 3.

²⁰² Cfr. L.-J. WINTGENS, *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate, Farnham, 2012, pp. 25-6: «[i]n order to safeguard God's freedom, it is necessary to articulate two dimensions within his omnipotence, that is, the *potentia absoluta* and the *potentia ordinata*. These are two aspects of power, not two different powers. *Potentia*

riserva di potere ulteriore rispetto a quello dato dalla regola ordinaria, che a sua volta rimane pienamente nella discrezione del soggetto agente.²⁰³ Con un lessico che è tanto scolastico quanto moderno, la *potentia (Dei) absoluta* diviene embrionalmente il suggello di un volontarismo ‘puro’.

Nel ripercorrere la storia di questa dicotomia occorre, però, procedere con cautela. Si è detto che essa figura come rappresentazione dell’azione divina ed effettivamente Ugo di saint-Chér (1200-1263) – uno dei primi teologi a riportare la distinzione tra le due *potentiae* – include già entrambi i concetti nella disputa sull’onnipotenza sovrana di Dio, prefigurando così quell’azione “*legibus soluta*” che tanto e particolare interesse desterà nel contesto politico successivo. Per Ugo (che, non si dimentichi, era “*doctor utroque iure*”) il ‘potere assoluto’ di Dio è l’emblema della sua azione sconfinata: «*absoluta potentia est ipsa in se considerata, hac potest in se omnia*».²⁰⁴ L’altro polo della distinzione – la *potentia ordinata* o, come ancora scrive Ugo, ‘*conditionata*’ – è invece una sorta di ‘sottoinsieme’ della prima, l’oggetto cioè di una scelta specifica e ristretta dell’ente divino, il quale auto-limitandosi decide di muoversi all’interno della più circoscritta realtà immanente. Ciò non toglie, come è chiaro, che Dio stesso possa comunque e legittimamente ricorrere alla propria azione *absoluta*. I miracoli, fino alle penetranti obiezioni di Guglielmo di Ockham, restano la prefigurazione più eclatante di questa assoluta libertà.²⁰⁵ Da ciò consegue pure che «non solo *potentia absoluta* copre un ambito più ampio di *potentia ordinata*; non solo la ingloba [...]; ma corri-

absoluta operates *ex nihilo*, which again is a philosophical absurdity, although a theological necessity. *Potentia ordinata* in turn refers to what there is as the normal course of events. This again is a matter of perspective. The latter is connected to the human perspective, that is, the experience human beings have of the world. The former refers to the divine perspective, in that it relates ‘what there is’ to God’s will».

²⁰³ M.T. BEONIO-BROCCHIERI FUMAGALLI, *Più cose in cielo e in terra*, cit., p. 22.

²⁰⁴ UGO DI SAINT-CHÈR, *Sent.* 1, d. 42, q. 1, in E. RANDI, *Potentia Dei conditionata. Una questione di Ugo di saint-Chér sulla onnipotenza divina*, in *Rivista di Storia della Filosofia*, 33, 1984, p. 534.

²⁰⁵ E. RANDI, *Il sovrano e l’orologiaio*, cit., p. 30.

sponde in pieno all'onnipotenza, alla *immensitas incomprehensibilis potentiae Dei*».²⁰⁶

Così impostato, il discorso rimarrà pressoché stabile nel corso di tutto il XIII secolo, anche se si verificheranno, a tratti, alcune discordanti interpretazioni. Per Enrico di Gand (1217-1293), ad esempio, l'esercizio di una *potentia absoluta* implicherebbe il compimento di un'azione eccedente dai limiti del lecito, quindi la trasgressione della norma e l'esercizio *illegittimo* di un potere: detto in altre parole, la commissione di un 'peccato'.²⁰⁷ Ora, questo delicato passaggio è in realtà di importanza cruciale per il successivo evolversi della dicotomia. Quella che fino ad allora veniva considerata come un'evidente peculiarità divina e solamente divina, appariva qui, per la prima volta, declinata in chiave 'umana e troppo umana'. Nello specifico, Enrico ne fece applicazione estensiva rispetto alle prerogative spettanti alla carica *papale*, e proprio su questa base – ossia proprio attraverso la sua 'umanizzazione' – la dottrina della *potentia absoluta* veniva radicalmente rifiutata o, quantomeno, in buona parte stigmatizzata.²⁰⁸ Enrico aveva infatti di fronte a sé un problema tanto specifico quanto giuridicamente delicato, ovvero se concedere o meno al papa (all'epoca, Niccolò IV) il diritto di abrogare la Bolla *Ad fructus uberes*, emanata nel 1317 dal precedente pontefice Martino IV.²⁰⁹ Grazie ad essa, infatti, i frati francescani e domenicani, proprio in virtù dei privilegi racchiusi tra le righe di quell'atto solenne, potevano rendersi sempre

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 20. Ma cfr. anche W.-J. COURTENAY, *Capacity and Volition*, cit., pp. 72-3, secondo cui quando Ugo scrive queste parole non sta, in realtà, separando due distinti poteri, ma semplicemente due modi diversi di osservare il potere divino: il potere di agire per se stesso – cioè liberamente –, ed il potere di agire in accordo con la stessa preordinazione divina.

²⁰⁷ Si veda il testo inedito, ritrovato su un'unica copia manoscritta, ora riportato in J. MARRONE, *The Absolute and the Ordained Powers of the Pope*, cit., p. 23 e ss.

²⁰⁸ Per questa impostazione, cfr. E. RANDI, *Il sovrano e l'orologiaio*, cit., pp. 30, 60, 94; F. OAKLEY, *Omnipotence, Covenant, & Order*, cit., p. 114; J. COURTENAY, *The Dialectic of Omnipotence in the High and Late Middle Ages*, cit., p. 253; ID., *Capacity and Volition*, cit., p. 95, 98; nonché, J. MARRONE, *The Absolute and the Ordained Powers of the Pope*, cit., p. 12: «Henry of Ghent seems to have been the first theologian to apply the distinction between absolute and ordained powers to the pope».

²⁰⁹ Si veda MARTINUS IV, *Bulla "Ad fructus uberes"*, in H. DENIFLE – A. CHATELAIN, *Chartularium Universitatis Parisiensis*, I, Culture et Civilisation, Bruxelles, 1964, pp. 592-3.

più autonomi in materia di confessione rispetto alla struttura diocesana e parrocchiale della Chiesa di Roma, e in particolar modo nei confronti dei vescovi e dei prelati espressione della fazione c.d. “secolare”. Da ciò, il progressivo (ed evidentemente “scandaloso”) regime di libertà che spingeva alcuni frati a non osservare nessun vincolo nell’atto della confessione e a non rimandare, nemmeno una volta l’anno, i fedeli all’autorità sovrana della Chiesa.²¹⁰

Come si è accennato, Enrico non biasimò soltanto nei confronti del papa la sussistenza di questa *eccezionale* potenzialità, ma anche (e ben più radicalmente) verso Dio stesso.²¹¹ Certo, tutto questo costituisce pur sempre lo specchio ribaltato delle urgenze giuridico-politiche del momento, e la questione non andrebbe quindi rivolta soltanto verso Dio, quanto, al contrario, verso l’utilizzo ‘umano’ e ‘contingente’ di questa potenzialità. Ciò, si badi, anche se Enrico – espressione ‘intellettuale’ del braccio secolare della Chiesa – aveva comunque tutto l’interesse ‘politico’ all’abrogazione *extra ordinem* della Bolla del precedente pontefice.²¹² Se così è, non può però negarsi la sempre più diretta coincidenza che la riflessione teologica maturava nei confronti delle categorie del diritto, ed allo stesso lo stretto laccio che teneva avvinte le prerogative del sovrano assoluto (in questo caso, il papa) con le peculiarità del divino. Ciò è talmente vero che disquisire “*de legibus divinis*” divenne di fatto l’ombrello protettivo (o forse, la premessa concettuale) per ragionare anche “*de legibus humanis*”.

Ora, come accennato, Enrico non si appellò ‘in positivo’ alla *potentia assoluta* del pontefice per domandargli di circoscrivere od eliminare il

²¹⁰ Per questa ricostruzione, cfr. J. COURTENAY, *Capacity and Volition*, cit., p. 100, nonché P. PORRO, *Riccardo di Mediavilla e Enrico di Gand sulla plenitudo potestatis del papa*, in A. MUSCO (a cura di), *I francescani e la politica. Atti del convegno internazionale di studio. Palermo 3-7 dicembre 2002*, II, Officina di Studi Medievali, Palermo, 2007, pp. 836-7.

²¹¹ J. COURTENAY, *Capacity and Volition*, cit., p. 100.

²¹² Si veda anche, sempre in proposito, quanto scritto in J. COURTENAY, *The Dialectic of Omnipotence in the High and Late Middle Ages*, cit., p. 253: «Henry of Ghent, viewed as a promoter of the condemnation, refused to apply the distinction to God because for him it implied the freedom to sin. On the other hand, Henry was quite willing to apply the distinction to papal power and to equate *plenitudo potestatis* with *potentia absoluta*, even as he hoped a sense of propriety might restrain the pope’s use of these extraordinary powers».

privilegio ecclesiastico concesso dal precedente vicario, ma vi attribuì, al contrario, una connotazione fin da subito drasticamente *negativa*.²¹³ È proprio per questa ragione, occorre aggiungere, che le notazioni di Enrico risultano tanto importanti in sede giuridica: posta l'impossibilità (per definizione) che Dio agisca peccaminosamente, tale caratteristica sarebbe allora di esclusiva competenza dell'uomo; essa sancirebbe la sua libertà di fuoriuscire dallo scacchiere delle regole legali per atteggiarsi, specularmene, quale prerogativa per eccellenza della sede 'politica'.

Il dilemma doveva dunque intendersi in questi termini: non tanto come opposizione tra un'istanza *absoluta* e un'istanza *ordinata* del pontefice (elemento, come si è visto, dato per pacifico), quanto piuttosto come conflitto tra ciò che è "*rectum*" e ciò che è "*inordinatum*" nell'orizzonte complessivo del disegno divino. Che Dio agisca *fuori* dall'ordine costituito implicherebbe una prassi illogica, 'ingiusta' e 'improvvida', perché attività inconciliabile con le peculiarità di un ente perfettissimo. Agire *inordinate* – ossia in modo inaspettato, eccezionale e quindi ingiusto – è uno sconvolgimento che nega la chiara verità di questo semplice assunto. L'ordine, secondo Enrico, «è invece la miglior regola dell'agire»²¹⁴, rispetto alla quale, forse, potranno porsi in conflitto le azioni scellerate degli *essere umani* (ivi compresa, dunque, quella del papa), ma non certo la perfettissima condotta del divino. *Potentia* e *iustitia*, così, si escludono sempre vicendevolmente, anche se questo non impedirà – in un modo alquanto singolare rispetto alla stessa posizione teologica e politica di En-

²¹³ "Negativa" nel senso di una prassi sconveniente e peccaminosa, in breve una trasgressione perniciosa ed in contrasto con le regole santissime dell'ordinamento costituito. Su questo punto, cfr. l'analisi condotta da P. PORRO, *Riccardo di Mediavilla e Enrico di Gand sulla plenitudo potestatis del papa*, cit., p. 837, nonché ID., *Henry of Ghent on Ordained and Absolute Power*, in G. GULDENTOPS, C.G. STEEL, J. DECORTE (a cura di), *Henry of Ghent and the Transformation of Scholastic Thought*, Leuven University Press, Leuven, 2003, pp. 387-408.

²¹⁴ E. RANDI, *Il sovrano e l'orologio*, cit., p. 94. Come scrive anche F. OAKLEY, *Omnipotence, Covenant, & Order*, cit., p. 114: «Henry of Ghent, while conceding that the pope did indeed possess a valid absolute power capable of transcending the legal dispositions in terms of which he governed *de potentia ordinata*, judged the actual exercise of such absolute power nonetheless to be sinful "because it harmed the community's well-being by violating its fundamental laws"». Non è un caso che anche J. MARRONE, *The Absolute and the Ordained Powers of the Pope*, cit., p. 20 parli di un vero e proprio «constitutional conservatism» di Enrico di Gand.

rico – che lo stesso papa possa, in casi di estrema necessità, agire per l'apunto *extra legem* e salvaguardare il bene supremo della Chiesa invalidando la *regula* sorta dalla precedente legislazione pontificia.

Ora, al di là della posizione specifica tenuta sul punto da Enrico (interessante, forse, più teologicamente e storicamente che giuridicamente) si assiste tuttavia per testimonianza diretta alla presenza, all'interno del dibattito canonistico del XIII secolo, di una parallela differenziazione relativa ai poteri 'sovrani' detenuti dal sommo pontefice.²¹⁵ E in effetti, già secondo i canonisti, il papa appariva quale depositario indiscusso di una *plenitudo potestatis* che valeva, in concreto, alla pressoché totale possibilità di trascendere le leggi prefissate dello Stato pontificio, ciò attraverso la ben nota capacità di concedere dispense (*dispensatio*).²¹⁶

²¹⁵ Sull'importanza fondamentale delle categorie del diritto canonico per la costruzione del lessico del diritto e della sovranità moderna, cfr. soprattutto le analisi di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 131 e ss.

²¹⁶ Amplissima la bibliografia in merito. Oltre ai testi finora citati – i quali in diversi luoghi, come si vedrà *infra*, effettivamente connettono la problematica teologica con la sovranità pontificia – si vedano, per un'esplicita trattazione della *plenitudo potestatis* del papa, J.A. WATT, *The Use of the Term 'plenitudo potestatis' by Hostiensis*, in *Proceedings of the 2nd Int. Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, 1965, pp. 162-87; ID., *The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century. The Contribution of the Canonists*, in *Traditio*, 20, 1964, pp. 179-317; R. L. BENSON, *The Bishop-Elect. A Study in Medieval Ecclesiastical Office*, Princeton University Press, New York, 1968; ID., *Plenitudo Potestatis: Evolution of a Formula from Gregory IV to Gratian*, in *Studia Gratiana*, 14, 1968, pp. 193-217; G. LADNER, *The Concepts of "Ecclesia" and "Christianitas" and Their Relation to the Idea of Papal "Plenitudo Potestatis" from Gregory VII to Boniface VIII*, in *Miscellanea Historiae Pontificiae*, 18, 1953, pp. 49-77; W. D. MCCREADY, *Papal Plenitudo Potestatis and the Source of Temporal Authority in Late Medieval Papal Hierocratic Theory*, in *Speculum*, 48, 1973, pp. 654-74; W.D. MCCREADY, *Papalists and Anti-papalists. Aspects of the Church-State Controversy in the Late Middle Ages*, in *Viator*, 6, 1975, pp. 241-73. Nella storiografia giuridica italiana, ha indicato l'importanza giuridica delle categorie della *potestas plena* e di quella *ordinaria* (o *ordinata*) U. NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Giuffrè, Milano, 1940, p. 135 e ss. Ennio Cortese (in ID., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Bulzoni, Roma, 1966, p. 123) ricorda come l'equiparazione della *plenitudo potestatis* con i due uffici maggiori affidati da Dio al pontefice (ossia quello di legare e sciogliere in materia spirituale e quello di concedere dispense) si debba già alle precisazioni di Rufino intorno alla seconda metà del XII secolo.

L'intuizione più significativa in tal senso si deve ad Enrico di Susa (1210-1271), detto anche l'Ostiense. Egli, in un passaggio della sua *Lectura in Decretales Gregorii IX*, afferma che il papa, attraverso l'esercizio di un potere assoluto («*non de potestate ordinata, sed de absoluta*») fosse in grado di sospendere i voti monastici di un singolo frate del tutto autonomamente e senza previa consultazione dei cardinali, purché ciò avvenisse per il bene supremo della Chiesa («*ratio statu ecclesiae*»).²¹⁷ Quella che a primo avviso poteva sembrare una 'semplice' disputa teologica sulla libertà o la necessità dell'azione divina, presto si trasforma (o 'confluisce') in una vera e propria bipartizione di tipo giuridico, ossia tra ciò che è *ordinarium* e legale e ciò che invece è *extraordinarium*, o *supra-legem*. Come ricorda Ennio Cortese:

la *dispensatio* presuppone il diritto di creare situazioni giuridiche opposte a quelle che l'ordinamento esige, e configura in tal modo il momento più critico del manifestarsi dell'autorità: non è forse proprio l'attitudine a passare oltre i dettami della legge a ispirare quell'immagine del *princeps legibus solutus* cui usa appunto ricondurre [...] la *plenitudo potestatis*?²¹⁸

Seguendo il percorso logico dell'Ostiense, decretare la possibilità per il pontefice di privare un chierico dei suoi voti religiosi equivaleva di fatto a connettere la *plenitudo potestatis* pontificia proprio con la *potentia absoluta* divina, ossia con la capacità suprema (e quasi miracolistica) di

²¹⁷ Cfr. ENRICO DI SUSÀ, *Lectura*, Ad 5, 31, 8 (V, fol. 72v): «[...] quia Papa hoc potest facere sine concilio ecclesiarum [...], sed episcopus hoc non potest absque laudatione clericorum suorum, et consensu ambarum ecclesiarum [...]. Sed nec Papa haec, vel alios casus sibi specialiter reservatos, ut in praemissis versibus, consuevit expedire sine consilio fratrum suorum, id est cardinalium, nec istud potest facere de potestate ordinaria, licet secus sit de absoluta» (cit. in J. COURTENAY, *Capacity and Volition*, cit., p. 108). Per ulteriori approfondimenti, cfr. anche K. PENNINGTON, *Pope and Bishops. The Papal Monarchy in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1984, p. 17.

²¹⁸ E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, cit., p. 124. Ma cfr. ancora quanto specificamente rilevato: «[...] *plenitudo potestatis*: è questo il punto in cui dispensa e pienezza dei poteri mostrano la più evidente confluenza» (*ibid.*, p. 128).

cambiare *ex abrupto* lo stato di natura degli enti.²¹⁹ Se il collegamento definitivo con il regime della sovranità più squisitamente ‘politica’ sarà solo questione di tempo, si vede come di fatto esso sia già qui completamente *in nuce*.²²⁰ A testimonianza di questa linea mobile, si pensi ancora all’in-

²¹⁹ Si vedano, in tal senso, i preziosi rilievi di J.A. WATT, *The Use of the Term ‘plenitudo potestatis’ by Hostiensis*, cit., p. 166, secondo cui «Hostiensis’ view of the *plenitudo potestatis* however is of more significance than as being merely an ample and rhetorical restatement of an already existing position. It was he, it seems, who was the first to introduce a new clarification of the concept by introducing a distinction between two sorts of power exercised by the pope. There was his ordinary power, ‘potestas ordinaria’ or ‘ordinata’, when by virtue of his *plenitudo officii*, he acted according to the laws already established. There was also his absolute power, ‘potestas absoluta’, when by virtue of his *plenitudo potestatis*, he passed over or transcended existing laws»; in questo senso «‘Absolute’ here derived from ‘legibus solutus’ = ‘solutus a legibus’ = ‘absolutus’: a Roman law origin». Si esprime invece con qualche riserva K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., p. 50 e ss.: secondo l’Autore, l’Ostiense non procederebbe affatto ad una assimilazione dei tre termini ‘potentia absoluta’, ‘plenitudo potestatis’ e ‘legibus solutus’ (che in questo senso viaggerebbero separati da sottili differenze concettuali), ma si muoverebbe, al contrario, all’interno di una dimensione (tanto temporale, quanto sacrale) retta comunque dalla necessità di una ‘causa’, ossia di una ragione che spinga il pontefice ad agire *extra legem*. Tuttavia, al di là del significato concreto che questi lessemi effettivamente arrivavano a possedere nel complesso quadro concettuale del teologo italiano, di sicuro anche Pennington non manca di rilevare che «Hostiensis’ most significant contribution to political thought was his incorporation of “potestas absoluta” (absolute power) into the language of power» (*ibid.*, p. 65). Ciò implica, in un modo o nell’altro, che la figurazione *concreta* del potere che qui si prospetta è effettivamente quella di una autorità capace di *trascendere* l’ordine prefissato della legge, ponendosi lungo quella soglia che circoscrive (ma sconfinava) le stesse categorie gius-pubblicistiche.

²²⁰ È forse in virtù di questi indizi che deve ulteriormente apprezzarsi la brillante ricostruzione offerta da F. SAINT-BONNET, *L’état d’exception*, PUF, Paris, 2001, p. 93 e ss., il quale collega la nascita della moderna teoria dello ‘stato di eccezione’ proprio alle riflessioni di Rufino e di Ugucione da Pisa circa le prerogative straordinarie del papa (*plenitudo potestatis*). Citando le *Distinctiones* XXII e XCVI della *Summa Decretorum*, si può infatti rilevare come l’attribuzione nei confronti del pontefice di una “*potestas nuda*” (tale da consentirgli, in definitiva, l’ingerenza eccezionale nelle questioni secolari) verrà direttamente fatta propria da papa Innocenzo III, il quale nella celebre decretale *Per venerabilem* (1202) riconoscerà per se stesso il diritto di intervenire “*causa urgente*” nel giudizio sulla indegnità o meno di chi era stato eletto re di Germania. In questo senso, «[l]es formules – *causa urgente, ratione peccati et casualiter* – agissent comme déclencheurs de l’état d’exception. [...] Ce fondement de la souveraineté pontificale exceptionnelle se retrouvera dans la conception moderne de l’état d’exception» (*ibid.*, p. 96).

teressante aforisma che Baldo degli Ubaldi coniò in quegli stessi anni. Una sentenza che può dirsi davvero lo specchio rovesciato e riflettente di una linea di comunicazione scambievolmente tra Chiesa e Impero. Come scrive il giurista italiano, «*et in summa quicquid potest rex in suo regno potest papa in ecclesiastica monarchia*».²²¹ Potere imperiale e potere papale, per Baldo, appaiono declinati attraverso i medesimi principi di 'governance', al punto tale che il potere secolare diviene quel serbatoio di significato politico e giuridico pronto per essere trasfuso, con le sue prerogative e le sue peculiarità, nel dominio del regno ecclesiastico. Oppure, se si preferisce, a permettere alla teoria politica papale di erigersi in simmetria con le categorie giuridico-politiche imperiali.²²²

In effetti, pochi anni dopo gli scritti dell'Ostiense, adagiandosi su questo preciso contesto polemico ed adoperando, di fatto, le medesime categorie canonistiche, Duns Scoto (1265-1308) procedette alla riunione definitiva del lessico giuridico con l'impostazione teologica.²²³ Per Scoto,

²²¹ BALDO DEGLI UBALDI, X 2.1.12 v. Cum venissent, Clm 3629, fol. 15r-15v, Ed. 1478, unfol., cit. in K. PENNINGTON, *The Prince and the Law*, cit., p. 90. Su Baldo, cfr. J. CANNING, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987, p. 75: «[t]he distinction between *potestas absoluta* and *potestas ordinaria* or *ordinata* had been used by Hostiensis in relation to papal plenitude of power and was also well-established in thirteenth- and fourteenth-century theological and political writings. In adopting this distinction Baldus seeks to differentiate that aspect of the emperor's power which appears in the ordinary day-to-day exercise of his jurisdiction [...], from the aspect of ultimate and absolute sovereignty which underlies his jurisdiction in positive law. The emperor has the necessary freedom of action as the fount and source of law, but normally (ordinarily) for the sake of the stability of the legal system he works through the *leges* which he has made».

²²² Riguardo tale profonda interrelazione, ricorda come «la teoria politica papale era in generale costruita in analogia con le teorie imperiali» E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medioevale*, Einaudi, Torino, 2012, p. 127 (nota 128). A testimonianza ancora del reciproco influsso, nonché della caratteristica 'bestialità' che dal *Leviatano* di Hobbes in poi varrà a contraddistinguere emblematicamente il potere secolare, si veda – quasi *ante litteram* – la particolare forza retorica presente nella descrizione che Egidio Romano darà del papa, inteso quale vero e proprio «animal sine freno et sine capistro» (*De ecclesiastica potestate*, III, 7, p. 181, cit. in M. WILKS, *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages. The Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists*, Cambridge University Press, Cambridge, 1963, pp. 307-8).

²²³ Cfr. M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, Jaca Book, Milano, 1985, p. 160 e ss. sull'importanza del contributo scotista.

qualunque soggetto agisca attraverso un atto di volizione propria incorpora, in sé, una duplice possibilità di azione. Essa, come oramai noto, si scinde in “*potentia absoluta*” e “*potentia ordinata*”.²²⁴ Ma il vero punto focale di questa dicotomia, ciò che essa realmente mostra è che ciascuna condotta implica, per chi la compie, una precisa libertà di scelta: essa si estrinsecherà in un agire in accordo con la legge (*secundum legem*), in un agire oltre la legge (*praeter legem*), o financo in una condotta commessa contro la legge stessa (*contra legem*).²²⁵ Ora, tale ‘libertà’ di scelta rispecchia, in realtà, quella dicotomia che già presso i giuristi veniva considerata, alternativamente, come ciò che è possibile in ossequio al diritto (*agere de iure*), o come ciò che è possibile al di fuori del diritto (*agere de facto*).²²⁶ A riprova di tale vicinanza, si può osservare come Scoto stesso non lesini per nulla di far menzione della metodologia e delle categorie concettuali impiegate dai civilisti, i quali proprio su tale anfibologica suddivisione basavano la distinzione delle prerogative del principe o del monarca.²²⁷ Anzi, è appunto in quell’«*ideo dicunt iuristae*» (considerabile apparentemente come un semplice corredo all’illustrazione teologica di Scoto ma, in verità, segnatura effettiva della contaminazione tra il teo-

²²⁴ Per una ricostruzione del pensiero di Scoto, si veda, per tutti, la precisa sintesi contenuta in E. RANDI, *Il sovrano e l’orologio*, cit., p. 56 e ss.

²²⁵ Cfr. G. DUNS SCOTO, *Ordinatio*, I, d. 44, q. un., ed. Balič, pp. 363-4: «[i]n omni agente per intellectum et voluntatem, potente conformiter agere legi rectae et tamen non necessario conformiter agere legi rectae, est distinguere potentiam ordinatam a potentia absoluta; et ratio huius est, quia potest agere conformiter illi legi rectae, et tunc secundum potentiam ordinatam (ordinata enim est in quantum est principium exsequendi aliqua conformiter legi rectae), et potest agere praeter illam legem vel contra eam, et in hoc est potentia absoluta, excedens potentiam ordinatam» (enfasi aggiunta).

²²⁶ *Ibid.*, p. 364: «[e]t ideo non tantum in Deo, sed in omni agente libere – qui potest agere secundum dictamen legis rectae et praeter talem legem vel contra eam – est distinguere inter potentiam ordinatam et absolutam; ideo dicunt iuristae quod aliquis hoc potest facere de facto, hoc est de potentia sua absoluta, vel de iure – hoc est de potentia ordinata secundum iura» (enfasi aggiunta).

²²⁷ Si veda infatti l’enfasi attribuita dalla Scuola dei Commentatori – in particolare da Baldo – sulla natura ‘divisa’ della sovranità: «suprema et absoluta potestas Principis non est sub lege: unde lex ista habet respectum ad potestatem ordinariam, non ad potestatem absolutam», in BALDO DEGLI UBALDI, *ad l. digna vox, C. de legibus et constitutionibus principum* (C. 1, 14, 4), cit. in D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Seminario Giuridico*, 52, 2008, p. 62.

logico e il giuridico) che si nasconde, paradigmaticamente, la chiave di volta, ovvero il punto di tangenza tra la riflessione colta sul diritto e la diegesi classica della logica scolastica. Nell'esercizio alternativo delle due possibilità, in questo *vel-vel* dell'azione umana, Scoto riconosce una vera e propria legge generale del 'divino', *ma anche* del 'politico'. Una legge che lungi dal rendere inconciliabili le due istanze della *potentia absoluta* e della *potentia ordinata* ne fa, all'opposto, due scambievoli modalità di agire.

Ora, se così è – e questa può dirsi, forse, la derivazione ultima e più originale della teoria scotista – Dio, come d'altronde qualunque altro soggetto agente, può conformarsi continuamente (e simultaneamente) lungo lo spettro di una delle due *potentiae*, oscillando quindi tra una prassi legittima (*de jure*), ed un'altra specularmente 'illegittima' (*de facto*). In questo senso,

[L]a sovranità assoluta (papale o regia) torna così ad essere il modello che dota di senso la distinzione: essa è comprensibile, e può essere applicata a Dio, perché si muove all'interno della dialettica fra *princeps* e *leges*, fra *papa* ed *ecclesia* (o *imperator*). Di converso, naturalmente, tale dialettica si fonda sul rispecchiamento del divino, e la descrizione del potere di Dio legittima l'articolazione del potere terreno, che rende intelligibile il precedente.²²⁸

In questo 'gioco' dialettico tra regno umano e regno divino, tra sfera politica e sfera trascendente, a risulturne beneficiarie appaiono, di fatto, entrambe le dimensioni: la prima, perché in tal modo acquista l'aura di libertà e di incondizionalità che sono tipiche del disegno divino; la seconda, perché trae dalla venerabilità celeste la sacralità stessa, nonché il prestigio, di un progetto orientato per definizione all'infallibilità eterna. La cifra dell'assolutezza, per Scoto, giace precisamente nella possibilità di agire '*inordinate*', ossia nel rompere l'*ordo iuris* rappresentato dalla *potentia ordinata* per dare forza alla duttilità del *de facto* ed alla 'eccezionalità' della *potentia absoluta*. Come forse può essere più efficacemente rappresentato mediante una rapida prospettazione grafica (*Fig. 1*), la 'necessità' di un ordine (politico o spirituale) resta sospesa sulla 'volontà'

²²⁸ E. RANDI, *Il sovrano e l'orologiaio*, cit., p. 58.

del soggetto che lo ha istituito: solo egli ha il potere di trascenderlo o di modificarlo.

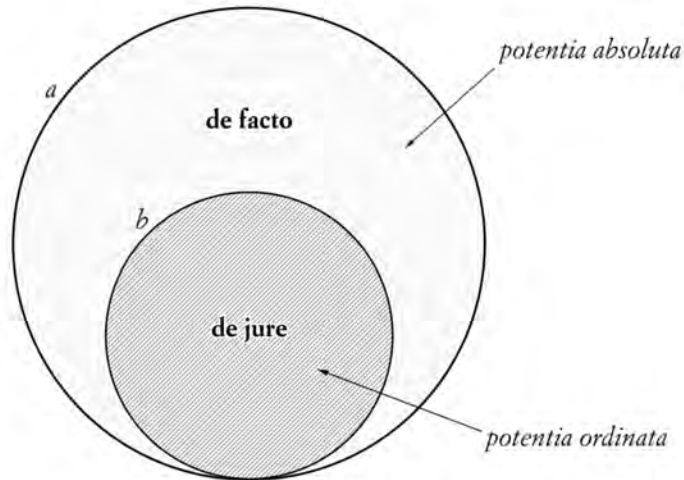


Fig. 1. Il paradigma trascendente

Diversamente da quanto invece si verifica in un'impostazione rigidamente immanentista (Fig. 2) – nella quale, appunto, non c'è e non ci potrà mai essere spazio per l'azione miracolistica – il regno del *de facto* diviene ciò che suggella l'essere della sovranità.²²⁹ In Spinoza le due sfere del “*de jure*” e del “*de facto*” si inglobano a vicenda quasi “annichilendosi”, finendo per costituire come risultato terminale un'unica sostanza, quella *immanente* dell'essere. Non vi è dunque spazio per nessuna dualità, né per una qualche fondazione trascendente della sovranità: essa non può che essere rispecchiamento dell'ordine naturale, *far-si* di una sostanza che *già* sussiste. Nel paradigma trascendente, al contrario, il ‘fuori’

²²⁹ Per uno studio sulla ‘*potentia absoluta*’ nel pensiero di Spinoza, cfr. R. CICCARELLI, *Potenza e beatitudine. Il diritto nel pensiero di Baruch Spinoza*, Carocci, Roma, 2003, p. 165: «Spinoza riformula la dialettica tra *potentia dei ordinata* e *potentia dei absoluta*. [...] La potenza straordinaria [...] è negata [...] perché implica la fede nei miracoli, la fede in quegli eventi soprannaturali che esorbitano dalle leggi che Dio stesso ha stabilito nella natura, con la potenza ordinaria. [...] Questo passaggio è da intendere in opposizione a quello di Tommaso (*Sum. Th.*, I, q.25, a.3 e a.5), in cui si dichiara che la potenza straordinaria è esterna alla potenza ordinaria e condiziona la stessa potenza assoluta di Dio». Come si è visto, questa non è soltanto la posizione di Tommaso ma, forse ancor più nettamente, quella che emerge dagli scritti di Duns Scoto.

dell'*extra-legem* si carica rispetto al 'dentro' rappresentato dallo spazio del *de jure*, al punto tale da trasformarsi in cifra e sigillo della stessa azione *absoluta*. Insomma, contrariamente rispetto a quanto di lì a poco sosterrà Guglielmo da Ockham (1285-1347), il miracolo, l'atto sovranaturale e il gesto stesso della trascendenza divengono, nel pensiero scotista, tipiche espressioni di una forza 'eccezionale', ossia *slegata* da quei lacci di un agire *rectum*, o '*ordinatum*', che inchiodano il governo profano (e, buffamente, anche ultra-terreno) alla fissità dell'immanenza. Così, la sovranità decidente non è più la determinazione passiva (*in aeternum*) delle forme di un ordine costituito, ma l'ancia oscillante che si colloca nell'esatta soglia che *unisce* e *separa* i due sottoinsiemi. Essa è un'intersezione fluida, se così si può dire; un campo di tensioni contrastive che si determina nella *differenza* delle due tracce.

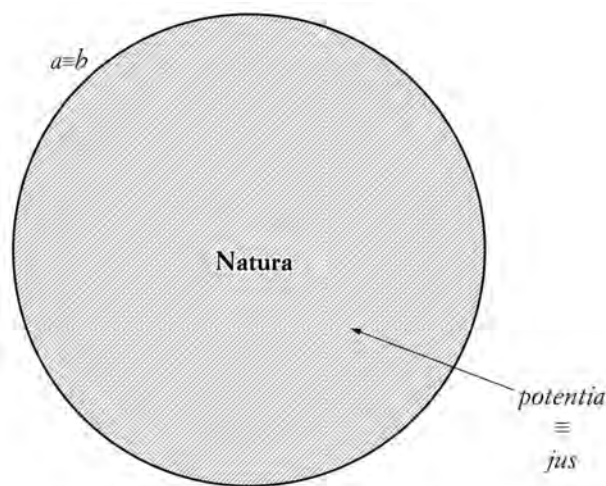


Fig. 2. Il paradigma immanente

Ben diversamente dall'immanentismo di Spinoza – in cui come accennato non esiste un'eccedenza pura della 'legge', poiché essa è già completamente incanalata nell'essere della Natura o nella spinta corpuscolare della moltitudine pulsante – la forza eccezionale del *de facto* scompagina e mette in crisi la linearità classica del pensiero esclusivamente giuridico, squadrando d'un colpo lo *scandalo* del giudizio puro, volontaristico, abissale perché teologicamente ispirato. La cifra della sovranità non consiste allora nell'occupare l'insieme del *de jure* o quello del *de facto*, nel

rinchiudersi nell'uno o nel disporre liberamente dell'altro dei due insieme. Essa, piuttosto, sta nel *trascenderne* di volta in volta i confini, sfumandoli e sovrascrivendo la soglia mobile che li contrassegna. Il marchio del sovrano è l'atto stesso del penetrare le porosità del *de facto* per poi, da lì, ritornare nel *de jure*, e quindi ancora, a ritroso, nel *de facto*, in un gioco di scambio (o di interscambio) duale che costituisce la riserva vitale e l'energia logicamente inesprimibile del politico. Per questa ragione diviene allora nuovamente evidente come, in questo accidentato discorso sull'ordine della legge e del 'politico', del teologico e del giuridico, ciò che si dissvela quale preoccupazione metodologica costante è nulla di meno che la ricerca di un'*origine*, tanto del diritto quanto della politica: in altri termini, di quell'istante originario che si riproduce nella meccanica continua dell'agire politico, in quel moto caratteristico che include e distingue le sfumature del potere.²³⁰ Insomma, come efficacemente scrive Agamben:

[L]'interesse di questo dispositivo teologico è che esso permetteva (contro coloro che negavano ogni distinzione tra potenza assoluta e potenza ordinata) di conciliare l'onnipotenza di Dio con l'idea di un governo ordinato e non arbitrario e caotico del mondo. [...] Limitando la potenza assoluta, la potenza ordinata la costituisce in fondamento del governo divino del mondo.²³¹

Ora, è soltanto a partire da una visione squisitamente giuridica, ossia da un particolare contesto e da un particolare lessico concernenti i criteri di limitazione sovranità, che la distinzione in esame acquista un senso compiuto. Dio (e il *princeps*) divengono gli agenti per eccellenza di un volontarismo accentuato e parossistico, parallelamente a tratti 'oscuro' e quasi 'volubile'. Essi abitano ormai lontano dalla cognizione e dalla condannabilità umane; agiscono 'extra-vagando' e spesso *contra ius*, perché

²³⁰ Per questi rilievi, cfr. M. SECHI, *Potenza di Dio e contingenza*, cit., p. 181, che prosegue: «[n]arrare dell'*absolutus* originario è il tentativo filosofico di rendere conto dell'*Assenza*, assenza dell'Origine che, in quanto fonte del nostro costitutivo essere a distanza, imprime il desiderio di ritorno ad essa. [...] Come in psicanalisi, dove la guarigione passa per un percorso regressivo nella vita del paziente al fine di venire a capo del problema dell'identità per mezzo della parola, così anche il pensiero medioevale ha saputo procedere dal sintono-segno alla latenza come luogo del significato».

²³¹ G. AGAMBEN, *Il regno e la gloria*, cit., p. 120.

sono loro stessi a crearlo e a disporne.²³² Nell'altezza della sovranità, essi percorrono altre strade, al di sopra di ogni umana possibilità di comprensione. E purtuttavia – questo il dilemma centrale – il paradigma della 'gubernatio' necessita ancora e pur sempre della *limitazione* della potenza: l'impotenza di Dio (o del sovrano) «è funzionale alla possibilità di un retto governo del mondo».²³³ In un orizzonte che rimane dettato dalla *regula* e dall'*exceptio*, la '*plenitudo potestatis*' squaderna allora la sua intima realtà, che è appunto quella dello scandalo tra il potenziale (sempre possibile) ed il reale (sempre limitato), colti però nell'equilibrio precario di due reagenti chimici pronti entrambi a tramutarsi in esplosione, vale a dire fuor di metafora nella rinuncia verso qualunque barlume legalitario, di garanzia e di prevedibilità.²³⁴ I germi dell'assolutismo moderno appaiono ormai, tanto dogmaticamente quanto pragmaticamente, del tutto disseminati.

8. Lex loquens

Nella ricostruzione della sovranità moderna così come mediata dagli influssi del pensiero teologico e canonistico, un dato – come si è da ultimo accennato – appare certamente spiccare con nettezza. La cifra riassuntiva dell'intero meccanismo giace, di nuovo, nel volontarismo secola-

²³² Come precisamente ricorda D. QUAGLIONI, *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari, 2004, p. 43, citando Machiavelli, è la stessa possibilità di "extravagare" ad assumere «il preciso significato giuristico del far uso della *plena et assoluta potestas*, del potere di modificare e creare il diritto, in contrapposizione alla potestà *ordinaria et ordinata*».

²³³ Così G. AGAMBEN, *Il regno e la gloria*, cit., p. 121.

²³⁴ Cfr. ancora l'enfasi con cui su insiste E. CORTESE, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, cit., p. 133: «la pienezza dei poteri si palesava istituzionalmente idonea a condurre alla deroga dei precetti dell'ordinamento, integrando così l'ipotesi del *princeps legibus solutus*. Riconosciutale sotto il profilo giuridico-formale tale caratteristica di fondo, le esigenze legalitarie di necessità svanivano»; nonché ID., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 220-1: «[è] vero che la *plenitudo potestatis* tende in teoria verso l'arbitrio, per il fatto stesso che consiste nel tralignamento della figura normale del potere, seguito a una sopravvalutazione del momento soggettivo nei confronti di quello oggettivo: ma è altrettanto vero che la sua natura astratta gliene concede un'idoneità soltanto "potenziale". Il punto che teoricamente mette in risalto è solo il *potest*, la normale attività concreta configura il *debet*».

rizzato (o, *rectius*, ‘antropomorfizzato’) di cui, di volta in volta, il sovrano o il pontefice rimarrebbero i soggetti protagonisti. La caratteristica per eccellenza di Dio, la sua libertà, il suo essere svincolato da un ordine rigido anche a costo di baluginare come agente ‘capriccioso’²³⁵, diventano il suggello della modernità politica occidentale, della sua azione *extra ordinem* e, quindi, uno dei caratteri più eclatanti del moderno decisionismo politico. Lungo questa direttrice il pensiero teologico si mostra, come già detto, il naturale *contrappunto* del pensiero giusprivatistico, tanto che secondo Cortese proprio i civilisti avrebbero beneficiato di

quella duplicità di aspetti tra un potere astratto, *de iure*, d’uso eccezionale, spettante a un monarca idealmente sciolto dall’osservanza delle leggi [...] e la *potestas* detta usualmente *ordinaria* od *ordinata*, ch’era invece d’esercizio attuale, concreto e quotidiano, e aveva natura legalitaria.²³⁶

Non è allora un mistero per quella dottrina politica che a lungo ha dimostrato di occuparsi del tema, riscontare con quanta *intensità* lo stesso Jean Bodin beneficiasse proprio dalla ricezione della teoria scotista che opponeva tra loro “*potentia absoluta*” e “*potentia ordinata*”, per realizzarne, in fin dei conti, l’applicazione giuridico-politica più nota di tutto il pensiero occidentale.²³⁷ In un passaggio del suo *Le six livres de la République* (1576), Bodin recepisce e riporta la diversificazione dei due para-

²³⁵ Questo uno dei temi che ha affaticato non poco la scolastica, ossia, più precisamente, la questione circa la necessità o la libertà dell’azione divina. Sul ‘Dio capriccioso’, che potrebbe far sì che Roma, dopo essere stata fondata, non sia più fondata, cfr. classicamente PIER DAMIANI, *De divina omnipotentia e altri opuscoli* (a cura di P. Brezzi), Vallecchi, Firenze, 1983, p. 146.

²³⁶ E. CORTESE, voce *Sovranità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, p. 206.

²³⁷ Si veda, ad esempio, E. TIerno GALVÁN, *Los supuestos escotistas en la teoría política de Jean Bodin*, in *Anales Universidad de Murcia*, I, 1950-1951, pp. 87-112, per il quale «[e]l autor cita poquísimas veces a escritores medievales; prefiere clásicos o renacentistas, pero de los que menciona se lleva la palma por la frecuencia y la importancia del asunto, Duns Scot». Ma cfr. anche i precisi rilievi di M. ISNARDI PARENTE, *Le Volontarisme de Jean Bodin: Maïmonide ou Duns Scot?*, in H. DENZER (a cura di), *Jean Bodin. Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München*, Beck, München, 1973, pp. 39-51; E. RANDI, *Lex est in potestate agentis. Note per una storia dell’idea scotista di potentia absoluta*, in M.T. BEONIO-BROCCHIERI FUMAGALLI (a cura di), *Sopra la volta del*

digmi, anche se veicolandola attraverso l'introduzione di un importante elemento di condizionamento (o di limitazione) della sovranità, peraltro già presente *in nuce* nella tradizione teologico-canonistica sopra esposta.²³⁸ Secondo Bodin,

le Prince est tellement obligé aux conventions qu'il a avec ses sujets, [bien] qu'elles ne soient que de droit Civil, qu'il n'y peut déroger de sa puissance absolue, comme les docteurs en droit presque tous demeurent d'accord, vu que Dieu même, comme dit le maître des sentences, est tenu de sa promesse.²³⁹

Qui, come si vede, Bodin evoca tanto la locuzione «*puissance absolue*», quanto il riferimento al vecchio «*maître des sentences*», dando prova così di una conoscenza diretta proprio delle *Sentenze* di Scoto che, come in dottrina è stato sostenuto, il pensatore francese avrebbe posseduto nell'edizione del 1520.²⁴⁰ Ora, nel commentare questo breve passaggio occorre forse evidenziare che se di certo l'immagine teologica e politica del sovrano-Dio sembrano congiungersi perfettamente proprio attraverso l'evocazione del '*pactum*'²⁴¹ (nei confronti del quale il sovrano stesso, a fronte di una propria auto-limitazione, è tenuto sottometersi), è però il

mondo, cit., pp. 129-38; da ultimo, M. TRAVERSINO, *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna*, cit., p. 111 e ss.

²³⁸ Il punto viene opportunamente sottolineato da E. TIerno GALVÁN, *Los supuestos escotistas en la teoría política de Jean Bodin*, cit., p. 101: «[e]l Dios de Scot no es arbitrario, tiene su voluntad determinada por el principio de contradicción. Además, el principio de contradicción tiene su sede ontológica, por así decirlo, en Dios en cuanto "ratio". Es decir, el horizonte que en la teodicea Scotista define a Dios en cuanto voluntad es la razón. En la teoría Bodiniana ocurre aproximadamente lo mismo. El Soberano, es decir, quien detenta la soberanía, tiene limitado el poder absoluto, no arbitrario, que ésta concede por la ley de Dios y de la naturaleza».

²³⁹ J. BODIN, *Le six livres de la République*, Chez Iacque du Puys, Paris, 1576, p. 148.

²⁴⁰ Così E. RANDI, *Lex est in potestate agentis*, cit., p. 130.

²⁴¹ Sul 'patto' quale elemento teologico-politico di fortissima rilevanza, cfr. F. OAKLEY, *Omnipotence, Covenant, & Order*, cit., pp. 111-2; J.-H. FRANKLIN, *Jean Bodin and the End of Medieval Constitutionalism*, in H. DENZER (a cura di), *Jean Bodin*, cit., pp. 160-1; W.J. COURTENAY, *The King and the Leaden Coin. The Economic Background of 'Sine qua non' Causality*, in *Traditio*, xxviii, 1972, pp. 185-209. Sull'identificazione teologico-politica del sovrano con Dio insiste E. TIerno GALVÁN, *Los supuestos escotistas en la teoría política de Jean Bodin*, cit., p. 99, citando il noto passaggio bodiniano in cui il Principe è considerato «comme l'image de Dieu».

secondo riferimento presente nel testo, quello concernente la «*puissance*», che rende manifesto ‘*l’altro lato*’ della costruzione bodiniana della sovranità, vale a dire il suo carattere ‘straordinario’ ed ‘eccezionale’. E se certamente la sovranità concepita da Bodin non è ancora quella (successiva ed ‘eccessiva’) di Hobbes²⁴², nondimeno, come Schmitt ha evidenziato, «appare chiaro che questo concetto è orientato al caso critico, cioè al caso d’eccezione»²⁴³. In questo senso, ossia nel suo opporsi all’*or-*

²⁴² Cfr. in questo senso le precise osservazioni di M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione*, in J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, UTET, Torino, 1964, pp. 31-33: «[c]ome il potere fonda il potere, ossia il potere assoluto di Dio fonda quello del re, assoluto solo in un ristretto ambito, così il potere limita anche il potere. [...] La legge è il comando del sovrano; e, in quanto comando, costituisce la suprema espressione della sovranità, cioè del potere. Ozioso sarebbe rilevare l’importanza che tale principio dovrà assumere nel pensiero dell’età immediatamente successiva [...]. Ma Hobbes intende questa definizione in senso di gran lunga oltrepassante i limiti che il Bodin pone al campo in cui il sovrano può esplicare questo suo potere “assolutamente”, senza preoccuparsi di nessun potere superiore. I limiti a questo potere non vengono solo dalla legge di Dio e dalla natura: vengono anche da leggi fondamentali del Regno, quali la devoluzione statutaria del Regno stesso, la legge salica, l’inalienabilità del territorio dello Stato, l’impossibilità di abolire gli stati del Regno. Su questo punto la posizione del Bodin sembra rientrare in pieno nell’ambito della tradizione; né sarebbe peccare di anacronismo prospettarsi la possibilità di trovare nelle sue pagine una soluzione più audace, dato che nel periodo, così denso di riflessione politica alimentata dalle tempestose vicende storiche, in cui Bodin viveva e operava, vediamo già profilarsi teorie costituzionalistiche nuove, secondo le quali la stessa sovranità comincia a porsi come fondatrice e costitutrice delle stesse leggi fondamentali del Regno».

²⁴³ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 35. Schmitt prosegue ricordando come per Bodin il principe rimanga vincolato «nei confronti dei ceti o del popolo solo finché l’adempimento della sua promessa coincide con l’interesse del popolo stesso, ma che egli non è più vincolato “se la necessità è urgente”. Queste non sono, in sé, tesi nuove. Ciò che è decisivo nelle affermazioni di Bodin è che egli riduce la discussione delle relazioni fra principe e ceti ad una semplice alternativa, che rimanda precisamente al caso d’emergenza» (*ibid.*, pp. 35-6). E si badi, come sempre ricorda Schmitt, che la caratteristica per eccellenza del sovrano si raccoglie, secondo il pensatore francese, proprio intorno alla possibilità di ‘annullare’ la legge vigente, ossia di trascenderne i confini per istituirla diversamente *ex novo*. Si veda, ancora a tal proposito, M. ISNARDI PARENTE, *Introduzione*, cit., pp. 52-3, secondo la quale «[s]e così è, ne consegue che la principale nota distintiva della sovranità non è il rendere giustizia [...]; e neanche il nominare o destituire gli ufficiali; [...] la prima prerogativa sovrana è il potere di dare la legge a tutti in generale e a ciascuno come singolo; ma ancora questo non è sufficiente, se non si aggiunge: “senza bisogno del consenso di nessuno”. Se il principe dovesse attendere e osservare il consenso di un superiore, non sarebbe che un suddito; se di un uguale, avrebbe un compagno di potere; se dei sudditi, del senato o del popolo, non sarebbe sovrano».

dinario', il caso eccezionale diveniva, nell'orizzonte del pensatore francese, il confine mobile attorno al quale incistare la volontà onnipotente del monarca assoluto.²⁴⁴

'*Dicere ius*' rimanendo '*extra iure*'; '*condere legem*' traendo spunto dall'*exceptio legis*': è questa la cifra della sovranità per Bodin, la sua immensa sconfinatezza 'nomogenetica'. Una sconfinatezza che racchiude, in un solitario bagliore folgorante, *potentia, creatio* ed *absolutum*. Ed è in perfetto accordo con tale idea che è da intendersi anche un'ulteriore constatazione, singolare e sorprendente, che conduce il teorico francese ad affermare financo l'«incomunicabilità» ultima del potere di 'dare' la legge.²⁴⁵ L'impossibilità di 'parlare' la lingua della sovranità, di articolare il suo alfabeto sconosciuto ed indecifrabile, in altre parole di renderla esoterica e comprensibile al di fuori della sfera di chi la detiene e la amministra, implica la totale separatezza tra chi è '*legibus solutus*' e chi, in una raffigurazione speculare e contraria, è invece '*legibus alligatus*'.²⁴⁶ Attra-

²⁴⁴ Per ogni ulteriore analisi, cfr. il fondamentale articolo di F. OAKLEY, *Jacobean Political Theology*, cit., p. 330. E si veda come, all'inizio del capitolo IX del libro I, Bodin definisca, con un'espressione divenuta ormai celebre, la sovranità proprio in termini di 'assolutezza' e 'perpetuità': «[l]a souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République, [...] c'est-à-dire la plus grande puissance de commander. Il est ici besoin de former la définition de souveraineté, parce qu'il n'y a ni jurisconsulte, ni philosophe politique, qui l'ait définie, [bien] que c'est le point principal, et le plus nécessaire d'être entendu au traité de la République» (in J. BODIN, *Le six livres de la République*, cit., p. 152).

²⁴⁵ Come può leggersi in J. BODIN, *Le six livres de la République*, cit., p. 198: «[v]oilà donc quant à la première marque de souveraineté, qui est le pouvoir de donner loi ou commander à tous en général, et à chacun en particulier, [pouvoir] qui est *incommunicable* aux sujets»; e, ancora oltre (*ibid.*, p. 283): «car toujours la souveraineté indivisible et *incommunicable* est à un seul, ou à la moindre partie de tous, ou à la plupart» (enfasi aggiunte). Sul punto, cfr. E. TIerno GALVÁN, *Los supuestos escotistas en la teoría política de Jean Bodin*, cit., p. 99 e ss.

²⁴⁶ Importante notare, come fa esemplarmente D. QUAGLIONI, *La sovranità*, cit., p. 27, nonché ID., *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, cit., pp. 55-67, che i due termini in questione ("*alligatus*" e "*solutus*") già a partire dalla semantica del diritto giustiniano rimangono, in realtà, profondamente interconnessi. E così è anche nella sovranità medievale, con la celebre *Lex Digna Vox*, almeno secondo la testimonianza di Cino da Pistoia, secondo il quale: «[d]ico ergo, quod Imperator est solutus legibus de necessitate: tamen de honestate ipse vult ligari legibus, quia honor reputatur vinculum sacri iuris» (cit. in D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale*, cit., pp. 60-1). Ora, pur riconoscendo appieno la rilevanza di questi insegnamenti, ciò che in queste pagine si vuole sottolineare è, tuttavia, il pensiero della 'soglia', della 'differenza'

verso la differenza di 'idioma', oltreché di *status*, il sovrano vive così in un'intersezione costante, in una dislocazione ambivalente che si cristallizza nei luoghi dell'*ineffabile* e dell'*irraggiungibile*.

Ma se la destinazione ultima dei concetti di *potentia absoluta* e *potentia ordinata* si avrà, finalmente, proprio nel pensiero assolutistico inglese del XVI e XVII secolo, in quel culmine di rimandi trans-istorici ed eclettici che, anche in questo caso, giungeranno ad interessare l'evolversi stesso della tradizione giuridica occidentale²⁴⁷, altri, in particolare, rimarranno i campi di elezione di tale esperienza. In primo luogo, come anticipato, l'edificazione di una teoria assolutistica moderna di stampo bodiniano e dalle sfaccettature spiccatamente teologico-politiche.²⁴⁸ Questo primo approccio si verifica, con particolare nettezza, durante la monarchia di Giacomo I (1603-1625), il quale, come illustra Berman:

che contraddistinguono l'*ordinario* dallo *straordinario* della legge, ma che valgono, nel medesimo frangente, a collocarli lungo una medesima e sottile linea di discrimine (morale, etica, politica) che è anche, allo stesso tempo, una linea di *continuazione*.

²⁴⁷ J. HOLUB, *Ordinaria potentia – absoluta potentia*, cit., p. 96: «[a]ux XVI^e et XVII^e siècles nous rencontrons souvent ces deux expressions dans la littérature juridique anglaise, parce qu'on s'en est servi pour définir la position constitutionnelle du roi; elles étaient très aptes à révéler la différence entre les actes du roi, d'une part ceux ou il pouvait agir en toute liberté et, d'autre part, ceux ou la loi lui prescrivait des conditions définies».

²⁴⁸ Cfr. H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 424. Ma si veda anche quanto scrive J. FRANKLIN, *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973, p. 93 (sempre cit. in H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, cit., p. 427), secondo cui proprio «[n]ei conflitti costituzionali del diciassettesimo secolo, Bodin doveva provvedere i realisti inglesi di un arsenale di argomenti pronti per l'uso, o, più precisamente, con un modello per lo sviluppo dei loro argomenti»; sicché «[m]utatis mutandis, la ricetta di Bodin, escogitata in primo luogo per la Francia, poteva essere applicata anche all'Inghilterra». Berman, in nota alla presente considerazione, con particolare riguardo verso coloro che restano inclini a sostenere che Bodin non volesse in realtà propugnare una teoria della monarchia dai contorni 'assolutistici' ma al contrario una di prospettiva più moderata, aggiunge che nessun mezzo era stato però effettivamente concepito dal pensatore francese per *limitare* le ipotesi di un potere ad es. 'tirannico': «nessuna istituzione politica era legittimata, nella sua teoria, ad opporsi alla volontà del monarca e nessun diritto di resistenza era attribuito ai soggetti del monarca» (in H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, cit., p. 427).

si contrapponeva frontalmente alla teoria, antecedente alla Riforma, secondo cui è la legge che fa il principe, e non il principe la legge, e in conseguenza della quale il principe è sottoposto alla legge. La sua risposta era che Dio, come creatore dell'universo, cioè dell'ordinamento naturale, stabilisce i monarchi per realizzare la sua volontà sulla terra. Così i re derivano il loro potere direttamente da Dio e non attraverso il contratto sociale con il loro popolo. Come la legge divina è la volontà di Dio rivelata nella Scrittura e nella tradizione, così la legge umana è la volontà del supremo reggitore.²⁴⁹

La *volontà* del sovrano inglese, per Giacomo, era di per se stessa la presentificazione della legge divina. Essa non si identificava in fantasmatiche pattuizioni o in fittizi contratti a favore di terzo, ma unicamente nel gesto e nella decisione del monarca, l'unico che potesse ereditare davvero la forza onnipotente del divino, al punto tale che «nei casi eccezionali il sovrano, come Dio, può agire arbitrariamente, contro ragione, e nessuno può chiedergliene conto».²⁵⁰ E in effetti, come può leggersi in uno dei suoi più noti discorsi politici, il giovane sovrano inglese, attraverso un'auto-celebrazione teologico-politica talmente insistita da spingersi fino al parossismo più barocco, dimostrò tale spiccata indole polemica non solo verso il Parlamento inglese, ma soprattutto nei confronti di quella consistente parte della tradizione politica 'liberale' che pretendeva il *rex* non 'supra', ma rigorosamente 'sub legem'. Nel discorso alle Camere riunite del 21 marzo 1609 è possibile infatti leggere:

[t]he State of MONARCHIE is the supremest thing upon earth: For Kings are not onely GOD'S Lieutenants upon earth, and sit upon GOD'S throne, but even by GOD himselfe they are called Gods. [...] In the Scriptures Kings are called Gods, and so their power after a certaine relation compared to the Divine power. [...] Kings are justly called Gods, for that they exercise a manner or resemblance of Di-

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 423.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 423. Qui Berman si rifà in particolare ai contenuti dell'opera, scritta nel 1598 da Giacomo quando ancora era re di Scozia, intitolata *The Trew Law of Free Monarchies* (1598), ora in C.-H. MCILWAIN, *The Political Works of James I*, Harvard University Press, Cambridge, 1918, p. 53 e ss.

vine power upon earth: For if you will consider the Attributes to God, you shall see how they agree in the person of a King. God hath power to create, or destroy, make, or unmake at his pleasure, to give life, or send death, to judge all, and to bee judged nor accomptable to none: To raise low things, and to make high things low at his pleasure, and to God are both soul and body due. And the like power have Kings: they make and unmake their subjects: they have power of raising, and casting downe: of life, and of death: Judges over all their subjects, and in all causes, and yet accomptable to none but God onely. They have power to exalt low things, and abase high things, and make of their subjects like men at the Chesse. [...] For after I had told as a Divine, what was due by the Subjects to their Kings in generall, I would then have concluded as an Englishman, shewing this people, That as in generall all Subjects were bound to relieve their King; So to exhort them, that as wee lived in a setled state of a Kingdome which was governed by his owne fundamentall Lawes and Orders, that according thereunto, they were now (being assembled for this purpose in Parliament) to consider how to helpe such a King as now they had; And that according to the ancient forme, and order established in this Kingdome: putting so, a difference betweene the generall power of a King in Divinity, and the setled and established State of this Crowne, and Kingdome.²⁵¹

Ma non solo. In un successivo passaggio, Giacomo esprime, ancora con la figuralità estetica più clamorosa, l'incondizionata sconfinatezza che circonfonde la legge sovrana così come 'incarnatasi' nella persona sacra del monarca:

[s]o in the first originall of Kings, whereof some had their beginning by Conquest, and some by election of the people, their wills at that time served for Law; Yet how soone Kingdomes began to be

²⁵¹ Il testo è tratto dal discorso *A Speech to the Lords and Commons of the Parliament at White-Hall* (1609), in C.-H. MCLWAIN, *The Political Works of James I*, cit., pp. 307-10. Come nota lo stesso McIlwain, «[t]he whole passage deserves careful attention as probably the most complete exposition of the King's views of the divine nature of kingship» (*ibid.*, p. xxxv, n. 5). Citano e commentano lo stesso brano anche F. OAKLEY, *The «Hidden» and «Revealed» Wills of James I*, cit., p. 366 e ss., e E. RANDI, *Il sovrano e l'orologiaio*, cit., pp. 117-8.

setled in civilitie and policie, then did Kings set downe their minds by Lawes, which are properly made by the King onely; but at the rogation of the people, the Kings grant being obtained thereunto. And so the King became to be *Lex loquens*, after a sort, binding himselfe by a double oath to the observation of the fundamentall Lawes of his kingdome: [...] So as every just King in a setled Kingdome is bound to observe that paction made to his people by his Lawes, in framing his government agreeable thereunto, according to that paction which God made with Noe after the deluge [...]. And therefore a King governing in a setled Kingdome, leaves to be a King, and degenerates into a Tyrant, as soone as he leaves off to rule according to his Lawes. [...] I conclude then this point touching the power of Kings, with this Axiome of Divinitie, That as to dispute what God may doe, is Blasphemie; but *quid vult Deus*, that Divines may lawfully, and doe ordinarily dispute and discusse; for to dispute *A Posse ad Esse* is both against Logicke and Divinitie: So is it sedition in Subjects, to dispute what a King may do in the height of his power: But just Kings will ever be willing to declare what they will do, if they will not incurre the curse of God. I will not be content that my power be disputed upon: but I shall ever be willing to make the reason appeare of all my doings, and rule my actions according to my Lawes.²⁵²

Come si vede, se nella parte terminale del primo brano Giacomo traccia un'eclatante distinzione tra «*the generall power of a King in Divinity*» e «*the setled and established State of this Crowne, and Kingdome*»²⁵³, nella seconda sezione egli giunge financo ad incaricarsi di esprimere la favella 'sacra' della legge divina, di cui, per l'appunto, i sovrani stessi sarebbero i rappresentanti (*Lieutenants*) viventi in terra.²⁵⁴ Ora, è certamente vero

²⁵² C.-H. MCILWAIN, *The Political Works of James I*, cit., p. 310.

²⁵³ È nel commento a questo passaggio che possiamo leggere in F. OAKLEY, *Omnipotence, Covenant, & Order*, cit., p. 114, l'importante constatazione per cui «what James is busy doing here is distinguishing between the absolute and ordinary powers of the king. I advance that claim with great confidence, even though here he himself does not quite use those terms, because he comes even closer to doing so elsewhere».

²⁵⁴ Per una precisa analisi del pensiero politico di Giacomo I alla luce dei suoi scritti, cfr. L. D'AVACK, *La figura del monarca negli scritti politici di Giacomo I*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, II-III, 1969, pp. 201-33.

– come in effetti Giacomo chiarifica nel dettaglio – che il monarca deve prestare fede al giuramento (*oath*) che lo vede vincolato al proprio regno, e quindi è tenuto a rispettare le leggi del suo Stato, ma, ancora una volta, la necessità autentica dell'ordine politico resta comunque un *quid* sospeso sulla *volontà* di chi lo ha istituito: questi ha il potere di trascenderlo e di violarlo, e quindi di modificarlo *de facto*, conferendo così reale concretezza all'*omnipotentia* (semi-divina) del sovrano assoluto. In questo senso la regalità, nella teoria di Giacomo I, diviene «l'anima del corpo politico»²⁵⁵ e la disputa abietta e casuistica su ciò che rientrerebbe o meno nei poteri del monarca può integrare, semplicemente, le premesse per il reato blasfemo di 'sedizione' (*sedition*).²⁵⁶

²⁵⁵ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione*, cit., p. 424.

²⁵⁶ Nella letteratura politica filomonarchica che si sviluppò durante il regno di Giacomo I, questi argomenti tornarono peraltro assai insistentemente. Cfr. ad esempio l'opera principale di Edward Forset (*A Comparative Discourse of the Bodies Natural and Politique. A Defence of the Right of Kings*, 1606), ove il sovrano veniva circonfuso da un'aura sacrale di «*resplendence*» (*ibid.*, p. 34), contraddistinta da «*awe*» (*ibid.*, p. 84) e «*anointed majesty*» (*ibid.*, p. 21), tali da rendere la persona del monarca semplicemente un «*magnum naturæ miraculum*» (*ibid.*, p. 33), infallibile e perciò superiore alla legge umana (*ibid.*, pp. 20-1, ove viene ribadita anche la pretestuosità degli interrogativi circa le prerogative reali del sovrano). Per un interessante, nonché critico commento sugli apporti intellettuali di Forset, si veda J.W. ALLEN, *English Political Thought, 1603-1660*, I, Methuen & Co., London, 1938, pp. 76-84. La distinzione in oggetto rifulgerà però esemplarmente nell'opera maggiore di John Davies (*The question concerning impositions, tonnage, poundage, prizage, customs, &c. fully stated and argued, from reason, law, and policy dedicated to King James in the latter end of his reign*, 1656). Nel cap. VII – dedicato immediatamente alle 'Prerogatives' del sovrano, l'Autore asserisce che «[b]y the positive Law the King himself was pleased to limit and stint his absolute power, and to tye himself to the ordinary rules of the Law, in common and ordinary cases, [...] retaining and reserving notwithstanding in many points that absolute & unlimited power which was given unto him by the Law of Nations, and in these cases or points, the Kings Prerogatives do consist; so as the Kings Prerogatives were not granted unto him by the people, but reserved by himself to himself, when the positive Law was first established; and the King doth exercise a double power, viz. an absolute power, or Merum Imperium, when he doth use Prerogatives onely, which is not bound by the positive Law; and an ordinary power of Jurisdiction, which doth cooperate with the Law» (*ibid.*, pp. 30-31; enfasi aggiunta). Ma specificamente sulla legittima esistenza 'extra legem' del sovrano, si veda il dizionario giuridico redatto da James Cowell (*A Law Dictionary or Interpreter of Words and Terms used either in the Common or Statute Laws*, 1727), ove alla voce "Prerogatives of the king" può leggersi chiaramente che essa «is that special Power, Pre-eminence, or Privilege, which the King hath over and above other Persons, and above the ordinary Course of the Common Law, in the Right of his Crown», nonché, alla voce

Se così è, difficile non intravedere in questi varchi retorici il ricorrere moderno dell'idea (arcaica ed ellenistica) di νόμος ἔμψυχος (*nómos émpsuchos*), ossia di legge 'vivente'.²⁵⁷ In base ad essa, il sovrano *incorpora* lo spirito della norma e lo esplicita materializzandolo per mezzo della sua volontà cristallina. Egli non è più soltanto un mero 'oraculum' della legge: al contrario, ne avviene l'incarnazione vivente, il depositario sublime "in scrinio pectoris".²⁵⁸ In questo senso, non è dunque la 'lettera' della legge a determinarne il significato, ma il suo *spirito*, così come reso comprensibile dai gesti e dalle azioni del sovrano.²⁵⁹ Come ancora nota a tal proposito Kantorowicz, ciò che in questa sede si riproduce è l'idea 'secolarizzata' di *perfezione* del monarca, il quale è coesistente alla compiutezza infallibile del divino.²⁶⁰ Così, è solo alla luce di

"King", che egli è «*supra Legem by his absolute Power*». Per un efficace riassunto di questi temi e di questi autori, nonché delle implicazioni teologico-politiche racchiuse nelle opere di Giacomo Stuart, cfr. F. OAKLEY, *Jacobean Political Theology*, cit., p. 325.

²⁵⁷ Impossibile fornire una bibliografia completa su questa essenziale categoria del pensiero politico occidentale. Si rimanda quindi, per ogni puntuale approfondimento, alla letteratura critica raccolta in C. COSTANTINI, *La legge e il tempio. Storia comparata della giustizia inglese*, Carocci, Roma, 2007, pp. 14-5, nota 12. Da ultimo, cfr. anche: P. NUFFELEN, *Rethinking the Gods. Philosophical Readings of Religion in the Post-Hellenistic Period*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 114 e ss.

²⁵⁸ Per un'esposizione autorevole di questa evoluzione giuridico-politica, si rimanda ovviamente a E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 125 e ss.; nonché a P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, III, 2, Giuffrè, Milano, 1948, p. 114 e ss.

²⁵⁹ Come scrive P. GOODRICH, *Translating Legendre, or the Poetical Sermon of a Contemporary Jurist*, in P. GOODRICH, D.G. CARLSON (a cura di), *Law and the Postmodern Mind*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998, pp. 229-30, echeggiando in particolare le parole di Francis Bacon (*The Elements of the Common Lawes of England*, 1630), «[t]he text is composed of dead letters (*litera mortua*); the rule is no more than a "mute judge," a sleeping form, requiring the interposition, *anima legis*, of jurist or judge. [...] [T]he meaning of the law is internal to its living body, *viva vox iuris* or *lex loquens*, its image, interpreter, or legislator. In classical terms it is spelled out by reference to something beyond words: "to know the law is not to know the words of the law, but its force and power". In a renaissance formulation we are similarly told that "no words, forms, niceties, or propriety of language is of any regard in the civil law, in comparison to truth, faithfulness and integrity. For *verba menti, non verbis servire debet*; words, are made as instruments to serve and express the mind, and not to command it».

²⁶⁰ Cfr. E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 141, nota 168: «[c]iò che qui importa è il mutamento della metafora della "perfezione" che, nel XIII secolo, entrò in una nuova fase: l'immagine della perfezione fu o spiritualizzata (*rex angelicus, papa angelicus*, imperatore messianico) o secolarizzata (*lex animata, iustitia animata*, Corona, Dignità, ecc.) il che non esclude un'azione di oscuramento reciproco. Non credo che una qualsiasi teoria politica avrebbe potuto funzionare nel Medioevo senza una qualche

questa stringente contaminazione (che congiunge saldamente prerogative regali, da un lato, e categorie teologiche, dall'altro) che è dunque possibile la comprensione del lessico dei poteri *extra-legem* attribuiti dall'intera tradizione assolutistica moderna al sovrano inglese, e ciò se si considera – tanto più sorprendentemente – che addirittura Frederic William Maitland giunse a valutare le implicazioni politiche di questi concetti «difficult to understand [...] as an exposition of law».²⁶¹ Nella logica dell'assolutismo politico degli Stuart, l'espressione '*lex loquens*' – per riprendere proprio l'eloquente inciso tratto dal succitato discorso di Giacomo I – agisce allora come il contrassegno effettivo di una "*vox viva*", di una ipostasi immortale di matrice trascendente e divina; in altri termini, di una parola che è sorgente 'vivente' e che proprio per il fatto di essere sostanza 'animata' trae quella vigoria politica necessaria per *trascendere* l'ordine fissato dalle leggi. Ma se così è – ne consegue – allora vi è anche, e ben al contrario, una *lex locuta*, ossia una *vox* 'morta' che è tale perché proferita, sedimentata passivamente nelle leggi, ed irrigidita da tempo immemore nelle compilazioni dei registri. Una legge, dunque, che proprio per questo è suscettibile di essere infranta o ecceduta, e ciò a causa del suo non esser più espressione ('animata') della volontà sovrana che l'ha determinata.²⁶²

concezione o "metafora della perfezione", e vi è ragione di chiedersi se lo potrebbe anche oggi». Per un parallelo tra i concetti di '*lex animata*' e di '*princeps legibus solutus*', cfr. O. VON GIERKE, *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 1913, p. 77.

²⁶¹ F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England. A Course of Lectures Delivered*, Cambridge University Press, Cambridge, 1919, p. 258. Ma si vedano anche G.R. ELTON, *England under the Tudors*, Routledge, New York, 1991, pp. 402-3, secondo cui "absolute" e "ordinary" sarebbero «unresolved terms, reappearing in the next century in those murky discussions about emergency powers and the king's 'different persons' which tried to justify Stuart despotism».

²⁶² Si noti come sarà proprio attraverso il *ribaltamento* di questa idea (espressa nel parere al celebre caso *Calvin's Case* del 1608) che Edward Coke sosterrà, al contrario, che è il giudice di *common law* (e non il sovrano) l'autentica *lex loquens*: «[...] [i]n this case, such a one as the eye of the law (our books and book-cases) never saw, as the ears of the law (our reporters) never heard of, nor the mouth of the law (for *Judex est lex loquens*) the judges our forefathers of the law never tasted» (in E. COKE, *The Reports of Sir Edward Coke, Kny.*, IV, J. Butterworth & Son, London, 1826, p. 7). Cfr. in questo senso E.S. CORWIN, *Liberty Against Government. The Rise, Flowering and Decline of a Famous Judicial Concept*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1948, p. 18 «[a]nother is Cicero's description of the magistrate as "the law speaking (*magistratum legem esse loquentem*,

Insomma, nonostante vi fosse una legge positiva la cui prerogativa ultima giaceva per l'appunto nell'impedire al re di esteriorizzare il suo *absolute power*, questi, nondimeno, non avrebbe cessato di esercitare un 'doppio potere' (*double power*), un privilegio latente finalizzato ad oltrepassare quell'*corpus* giuridico consolidato nelle leggi o nei precedenti giurisprudenziali del regno – fenomeno che prepara, in tal senso, alla compresenza di due connessi ed antitetici modelli di ordine: l'uno teso alla sua conservazione, l'altro, più estremo, preliminare alla sua dissoluzione.²⁶³

Ora, è lungo questo preciso crinale 'giuridico-politico-teologico' che può intravedersi un'altra, rilevante conseguenza, la quale tuttavia, lungi dall'essere l'ultima terminazione costituisce, in realtà, la *premessa* per l'estensione della categoria di '*potentia absoluta*' alla figura del monarca inglese. Essa afferisce, infatti, alla nascita, allo sviluppo ed alle peculiarità di un diverso sistema giuridico (eccezionale e fuoriuscente dalle 'strette' del *common law* inglese) rappresentato notoriamente dal cd. diritto di *Equity*, e sviluppatosi a partire dal XIV secolo grazie all'opera del Lord Cancelliere (*Lord Chancellor*) e della sua *Court of Chancery*.²⁶⁴ L'affinità può risultare, alla luce di quanto sinora visto, apparentemente spiazzan-

legem autem mutum magistratum)". The sense of this passage from the *De Legibus* is reproduced 1600 years later in Coke's Reports in the words "Judex est lex loquens"». Da ultimo, svolge una sintesi complessiva di tale locuzione K.M. SCHÖNFELD, *Rex, Lex et Judex*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2, 2008, pp. 274-301, il quale giunge a sostenere che è esattamente attraverso la recezione di questo passaggio di Coke che Montesquieu arriverà a concettualizzare la sua idea del giudice quale "bocca della legge".

²⁶³ Precisamente all'interno di questo campo si muove G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., pp. 89-91, quando fa notare il doppio registro attraverso cui la figura del sovrano risulta, nel contesto neopitagorico, elemento tanto centrale dell'ordinamento quanto, allo stesso tempo, riserva anomica svincolata da esso, con il curioso risultato per cui «elementi anomici vengono introdotti nella *polis* attraverso la persona del sovrano, senza apparentemente scalfire il primato del *nomos* (il sovrano è, infatti, "legge vivente")» (*ibid.*, p. 91).

²⁶⁴ Ancora su questo passaggio, cfr. J. HOLUB, *Ordinaria potentia – absoluta potentia*, cit., p. 96. Sull'*equity*, si vedano almeno: J.D. DAVIES, voce *Equity*, in *Nov. Dig. It.*, VI, UTET, 1960, pp. 638-42; L. MOCCIA, voce *Equity*, in *Dig. Disc. Priv.*, VII, UTET, 1991, pp. 498-501; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, 3 ed., UTET, 2008, p. 71 e ss.; A. GUARNIERI, *Lineamenti di diritto comparato*, CEDAM, Padova, 2014, p. 230 e ss.; per uno studio interdisciplinare, cfr. D. CARPI (a cura di), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007. Da ultimo, si veda anche P. PARDOLESI, *I giuristi della Cancelleria: il laboratorio giuridico alle origini della common law*, in A. TORRE (a cura di), *Common Law. Protagonisti e Idee nella sto-*

te. In effetti, il lungo percorso qui intrapreso ha portato a congiungere la riflessione scolastica sulle qualità di Dio fino alla disputa rinascimentale sulle prerogative del sovrano, per arrivare, da ultimo, a trattare di una particolare tipologia di rimedio giurisdizionale presente nell'Inghilterra del xv secolo. Eppure, già William Holdsworth aveva potuto rilevare come la distinzione tra potere "assoluto" ed "ordinario" del monarca si atteggiasse come trasposizione, in ambito politico, di una più risalente differenziazione di tipo giuridica. Essa avrebbe rispecchiato, per l'appunto, la disgiunzione tra le prerogative eccezionali della Corte del Cancelliere e quelle consuete della giurisdizione ordinaria di *common law*, laddove solo la prima, esercitando la propria "*potentia absoluta*", sarebbe stata in grado di mitigare le asprezze derivanti dai giudizi della seconda.²⁶⁵ In questo preciso senso l'ambiente assolutistico inglese avrebbe tratto in prestito tale terminologia, impiegandola poi come armamentario tecnico-giuridico di legittimazione politica, come d'altronde è facile constatare se si osservano gli eloquenti scritti di William Lambarde e di Thomas Fleming, nonchè la strabiliante coincidenza che sempre più por-

ria di un sistema giuridico (studi in memoria di Francesco de Franchis), Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2015, pp. 97-121.

²⁶⁵ Cfr. W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, II, Methuen & co., London, 1932, pp. 596-7, che riporta un eloquente passaggio tratto da uno "Year Book" del 1469 durante il regno di Edoardo IV, secondo cui «[i]t was said by the chancellor that in the Chancery a man shall not be prejudiced by misleading or by defects of form, but he shall be judged according to the truth of his case; and we must judge according to conscience, and not according to the things alleged by the parties; for if a man supposes by his bill that one has wronged him, and the defendant says nothing, and we know that he has done no wrong to the plaintiff, he will recover nothing. *And there are two manners of powers and processes in the Chancery—the Ordinary and the Absolute power. The Ordinary power is the power in which a certain order is observed, just as it is observed in positive law; but the law of nature has no certain order, but it acts by any means that the truth may be known, etc., and therefore its procedure is called Absolute*» (enfasi aggiunta), a cui segue la conclusione dello stesso Holdsworth, secondo il quale «[i]n the seventeenth century this distinction between Ordinary and Absolute power will play a great part in politics» (*ibid.*, p. 597); ma in tal senso, cfr. anche ID., *A History of English Law*, IV, cit., p. 206. Da ultimo, si sofferma approfonditamente su questa distinzione (commentando gli scritti di Robert Snagg, William Sheppard, Walter Williams e Robert Atkyns) D.-R. KLINCK, *Conscience, Equity and the Court of Chancery in Early Modern England*, Ashgate, Farnham, 2010, pp. 91, 223-5.

terà a far collidere le categorie del diritto processuale con la politica monarchica dei Tudor.

Nel suo celebre trattato sulla magistratura inglese – *Archeion, or, A Discourse upon the High Courts of Justice in England* (1591) – Lambarde distinguerà tra i poteri “ordinari” detenuti dalle corti di *common law* e quelli, “straordinari”, di spettanza della *Court of Chancery*, concludendone a favore di una armonica e razionale suddivisione del contenzioso legale tra le due istanze, pena lo scatenarsi di una intollerabile ed esiziale «*anomia*» proprio a partire dal conflitto delle giurisdizioni:

[f]or seeing that the *Positive* and *Common Law* is made meet for the most part, and that *Equitie* is added for helpe in some few or singular cases, it follows by reason, that commonly and regularly the *positive Law* should bee put in ure, and that *Equitie* should not bee appealed unto but only in rare and extraordinary matters.²⁶⁶

²⁶⁶ W. LAMBARDE, *Archeion, or, A Discourse upon the High Courts of Justice in England* (a cura di C.H. McIlwain e P.L. Ward), Harvard University Press, Cambridge, 1957, p. 44. Per il riferimento all’«*anomia*», cfr. *ibid.*, p. 67: «[w]hat is then to be said? Shall the King and his *Councell* open a Court for all sorts of Pleas that be determinable by the course of Common Law? That were to set an *Anomy*, and to bring disorder, doubt, and incertaintie over all». Su quest’ultimo punto, cfr. M. ORRÙ, *Anomy and Reason in the English Renaissance*, in *Journal of the History of Ideas*, 47, 2, 1986, pp. 177-196. Su William Lambarde, la sua vita e le sue opere, si veda R.-J. TERRILL, *William Lambarde: Elizabethan Humanist and Legal Historian*, in *The Journal of Legal History*, 6, 2, 1985, pp. 157-178, nonché D.-R. KLINCK, *Conscience, Equity and the Court of Chancery*, cit., p. 88 e ss. Svolge, da ultima, un’importante analisi sui risvolti teologico-politici dell’equity inglese, facendo giustappunto preciso riferimento al pensiero di Lambarde, C. COSTANTINI, *Millenaristic Equity. Theological Order and Legal Faith*, in *Pólemos*, 10(2), 2016, pp. 329-35, la quale fa opportunamente notare come «[t]he higher Justice of God, earthly embodied and declared by the king had to prevail on the honourable law of land in case of patent contrast or divergence. Equity’s exceptionalism was the mark of the monarch’s extra-legal jurisdiction: the Sovereign’s power outside the law came to be used as a power over the law and the history of English legal system found the way to institutionalize the exception in the blissful act of rendering effective justice. Equity was theo-politically transubstantiated into the King’s absolute prerogative, or, in other terms, into his absolute power, into his extraordinary pre-eminence of jurisdiction» (*ibid.*, pp. 351-2). Nella stessa prospettiva, cfr. anche C. COSTANTINI, *The Judicature Acts and the confusion of Law and Equity*, in D. CARPI (a cura di), *Practising Equity, Addressing Law: Equity in Law and Literature*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2008, p. 91 e ss., e C. COSTANTINI, *The Keepers of Traditions: The English Common Lawyers and the Presence of Law*, in *Comparative Law Review*, 1 (2), 2010, p. 6, nota 13: «[d]uring my investigation on Equity, I became persuad-

Le «*rare and extraordinary matters*» da ultimo menzionate sono, nella mente di Lambarde, ciò che fonda propriamente la possibilità di una «*iurisdiction absolute*»²⁶⁷, ossia di una particolare serie di prerogative regie legittimate eccezionalmente dalla ricorrenza, sempre astrattamente verificabile, di «*conflicts between the Law absolute and ordinary*».²⁶⁸ Lungo questa stessa linea (anche se, già più marcatamente, nella direzione dell'assolutismo Stuart) si muoveranno anche le riflessioni politiche del giudice Fleming, *Chief Baron* presso la Corte dello Scacchiere (*Court of Exchequer*), il quale, soprattutto nel celebre *Bate's Case* (1606), assumerà come postulato di partenza la duplice natura dei poteri del sovrano e sancirà che quest'ultimo possa a sua discrezione stabilire il prezzo e l'esazione delle imposte su determinate merci, precisamente per salvaguardare la salute suprema dello Stato (*salus populi*).²⁶⁹ Come si vede, tale potere, se così si può dire, è il frutto di una '*suprema potestas*' che pone il monarca "fuori dal Parlamento", rendendolo capace di dirigerlo e controllarlo semplicemente attraverso la propria volontà. Un caso di 'eccezione', dunque, reso necessario dall'esercizio di quelle prerogative supreme situate in un territorio che supera ed oltrepassa il normale disbrigo degli affari correnti del regno.

Insomma, il meccanismo qui in gioco è il medesimo di quanto fin da principio si è potuto riscontrare, ossia quello della *trascendenza* (e dell'*ecceденza*) di un'ulteriorità normativa rispetto ad un ordine legislativo prefissato o immutabile. Una questione che coinvolge, da vicino, lo stesso meccanismo dello *stato di eccezione*.²⁷⁰ Ciò può verificarsi nel modo for-

ed that Equity represented a kind of reserve (not only residuary) power granted to the King on a political and theological level, a kind of not only institutionalized, but also naturalized power to decide the state of exception at the aim to reassert the sovereignty of the Crown against conflicting powers».

²⁶⁷ W. LAMBARDE, *Archeion*, cit., p. 63.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 61.

²⁶⁹ Cfr. J.W. ALLEN, *English Political Thought*, cit., p. 8, secondo cui il giudizio di Fleming nel *Bate's Case* sarebbe «a first halting step towards the formulation of a theory of 'absolute' prerogative such as would cover and justify all the positive claims made and disputed down to 1640». Ma anche più avanti: «perhaps Fleming came nearer than any other lawyer to a definition of the nature of 'absolute prerogative'» (*ibid.*, p. 17). Approfondisce questo celebre caso, L. D'AVACK, *Il conflitto costituzionale sotto il regno di Giacomo I Stuart*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, XLVIII, 1971, pp. 280-326.

²⁷⁰ Come nota, ad esempio, C. COSTANTINI, *The iconicity of space*, in P.G. MONATERI, *Methods*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, p. 240: «[i]n this perspective I am convinced

se più eclatante in ambito squisitamente ‘politico’, ma, a monte, è questione soprattutto giuridica, o giurisdizionale, come testimoniano d’altronde il reciproco atteggiarsi dell’*equity* e del *common law*.²⁷¹ Ed è proprio nell’eccedere le categorie stabili ed immemorabili del *common law* (Fig. 3), con la finalità di rispondere alle esigenze di giustizia dettate dal caso concreto, che si annidano la logica ed il meccanismo pratico del giudizio di equità inglese, secondo una direttrice assai simile a quella che concerneva il potere della “*dispensatio*” papalina nell’universo medioevale del diritto canonico.²⁷²

In questo ‘intermezzo’ della legge – caratteristica comune, a sua volta, a tutti quegli stratagemmi attraverso cui la ‘giustizia’ del caso particolare veniva ricercata non più nell’*ordo iuris*, ma nell’evasione dal ‘rigor’ della medesima – si apre allora quell’orizzonte discrezionale che solo la volontà ‘sapiente’ di un soggetto ‘esterno’ ed ‘interno’ al diritto potrebbe effettivamente garantire.²⁷³ Allo stesso modo non bisogna dimenticare come il Lord Cancelliere fosse (almeno inizialmente – ossia, prima del processo di secolarizzazione dell’*equity*) una figura eminentemente ecclesiastica, un vero e proprio “custode” della coscienza del Re.²⁷⁴ I membri della

that the reassessment of English Equity could cast new light on our philosophical comprehension of the state of exception as a shifting device used to mark the boundaries between law and politics, or, in other words, to define law’s threshold or limit concept. Synthetically, English Equity jurisdiction functioned as the fundamental principle of distribution that linked the exception to sovereignty. The exception to the normative force of common law, as it was ontologically incarnated and spatially located in Chancery and in Star Chamber, was a matter of presence: it asserted the miraculous presence of the sacral monarch, who uses his royal prerogatives to temper and cure the normalizing rigor of common law. As I have stated, Equity was a sort of permanent state of exception, or if we prefer to use Carl Schmitt’s conceptualization, the juridified miracle of political sovereignty».

²⁷¹ Esemplarmente su questo punto P.G. MONATERI, *The Prophetic Nature of Equity*, in D. CARPI (a cura di), *The Concept of Equity*, cit., p. 72: «[i]n my opinion, within the framework of equity is embedded the possibility of a radical critique of law. The one-sided appreciation of a case in mere legal terms is unjust: one has to appreciate it also from an equitable perspective, and “equity follows the law” in the sense that it must be applied after the law, to have the last word».

²⁷² E. CORTESE, *Il problema della sovranità*, cit., p. 126 e ss.

²⁷³ Questa medesima logica anima, infatti, l’antitesi ‘*aequitas*’-‘*rigor*’ come criterio ispiratore della dialettica tra “*potestas ordinaria*” e “*potestas absoluta*”: cfr. ancora, in questo senso, E. CORTESE, *Il problema della sovranità*, cit., p. 147.

²⁷⁴ Così è dato leggere, invero, nel celebre discorso pronunciato dallo stesso Giacomo I il 20 giugno 1616 presso la *Star Chamber*, a parere del quale la Corte di Cancellie-

Court of Chancery, a loro volta, erano assai spesso *'doctores utriusque iuris'*²⁷⁵, ossia formati nei principi tanto del diritto laico quanto di quello religioso, e proprio per questo – come è stato acutamente argomentato – è dalle innovazioni tecniche del 'diritto canonico' che l'*equity* inglese avrebbe tratto un'enorme ispirazione pratica.²⁷⁶

Insomma, le categorie teologiche di *potentia absoluta* e *potentia ordinata*, la loro recezione (o ideazione) in ambito canonistico, la successiva riproposizione nell'esperienza giurisdizionale anglosassone, fino alla terminale rielaborazione nel contesto politico dell'assolutismo europeo cooperano tutte, con un sovraccarico a tratti singolarmente barocco, a delineare nuovamente la figura di un soggetto 'speciale' ed *extra ordinem*. Parlare la "lingua" magica della legge, esprimere la sua favella attraverso il veicolo della propria forma vivente (*vivens et loquens*) significa possedere, in definitiva, la capacità di crearla e di trascenderla, di disporne e di dissolverla, e ciò proprio in quanto reputati coessenziali all'*imago*

ria «is called the dispenser of the king's conscience», in C.-H. MCILWAIN (a cura di), *The Political Works of James I*, cit., p. 334. Si sofferma da ultimo su questo passaggio, P. PARDOLESI, *I giuristi della Cancelleria*, cit., pp. 118-9.

²⁷⁵ Cfr. F. POLLOCK, F.W. MAITLAND, *The History of English Law before the Time of Edward I*, Liberty Fund, Indianapolis, 2010, p. 205: «they were ecclesiastics holding deaneries or canonries; they were sworn of the king's council; some of them were *doctores utriusque iuris*; they were graduates, they were "masters"; some of them as notaries of the apostolic see were men whose "authenticity" would be admitted all the world over». Si veda inoltre S. WORTHINGTON, *Equity*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 10: «[b]ecause the early Chancellors were often Catholic clerics or nobles, trained in Latin and French languages as well as Roman civil and canon law, they borrowed from what was familiar to them. They investigated complaints in a civilian, Roman, manner (using written pleadings and no jury) and made decisions on the basis of general, substantive principles of law infused with notions of morality, in the civilian».

²⁷⁶ L. DE LUCA, *Aequitas canonica e equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germain*, in *Ephemerides iuris canonici*, III, 1947, 1, p. 46 e ss., secondo cui appare «chiaramente l'influenza del diritto canonico sulla equità inglese, non solo relativamente al concetto stesso di equità, ma anche circa la procedura seguita avanti alla *Court of Chancery*, la quale presenta continui e spiccati punti di contatto con la procedura canonistica dell'*imploratio officii iudicis per modum denunciationis*». Sul punto, cfr. anche A. ALBISETTI, *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 325 e ss. Per una breve esposizione storica sullo sviluppo del diritto canonico in Inghilterra, cfr. C.-P. SHERMAN, *A Brief History of Medieval Roman Canon Law in England*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 68 (3), 1920, pp. 233-58.

*Dei.*²⁷⁷ Per questo, la figura dell'artista-sovrano evocata da Kantorowicz merita, ancora una volta, la più grande considerazione: essa esemplifica la funzionalità polivalente del "procreator" in grado di «*immutare rerum naturam*». Di quel soggetto, cioè, capace di compiere il gesto eccezionale dell'*uscire* dalla norma per istituirla, dal di fuori, attraverso la liberazione improvvisa della propria straordinaria energia sovrana.²⁷⁸

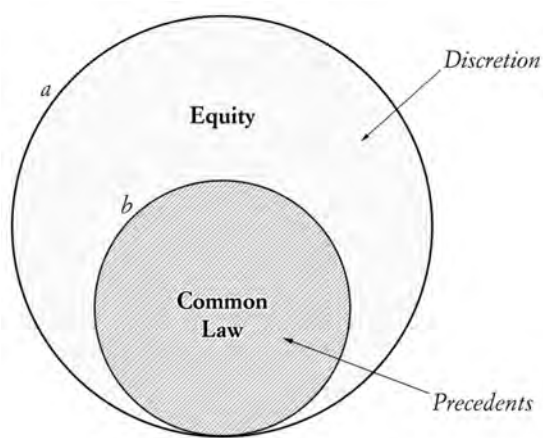


Fig. 3. Il paradigma giurisdizionale

²⁷⁷ Come si può leggere, sempre a proposito del ruolo rivestito da Giacomo I, in W. LIM, *James I, the Royal Prerogative, and the Politics of Authority in Shakespeare's The Winter's Tale*, in *The Upstart Crow: A Shakespeare Journal*, XXI, 2001, p. 29: «[i]mplicit in the conception that the king is the source of law and basis of all judgment is the ideological understanding that the monarch sits in the throne of God: the foundational core of absolutist thought. Anointed by God and enjoying the divine sanction, the monarch is God's representative in time. As the source and voice of law, the monarch transcends the social institutions set in place for the legislation and interpretation of law, functions that belong respectively to Parliament and the courts. He is finally also the centre holding together the entire social order: distributing lands, erecting states, and establishing the forms of government. The power of the absolutist monarch as defined by James appears to be total: there is no space (theoretically) left open for the oppressed subject to rise up and challenge the authority of the prince, even if God's anointed one should turn out to be a bloody tyrant».

²⁷⁸ Si sofferma acutamente su questo punto, M.T. BEONIO-BROCCHIERI FUMAGALLI, *Più cose in cielo e in terra*, cit., pp. 27-8: «il punto di partenza della riflessione sull'artista (secolo XIV) era dato dalla constatazione di un'attività umana (l'artistica) che "usciva dalla norma" e andava quindi spiegata con una diversa prospettiva, in qualche modo precedente alla norma stessa. La prospettiva teologica dell'assolutezza di potere si prestava meravigliosamente allo scopo».

9. *L'ulteriorità ontologica del potere costituente*

L'attenzione costante al volontarismo di Dio e del sovrano, il concetto di decisione eccedente in modo *eccezionale* (o *miracolistico*) l'ordine costituito, così come la stessa elaborazione teologico-giuridica della dicotomia *potentia absoluta / potentia ordinata* conducono, a partire dal pensiero scolastico medievale, a considerare ancora una volta le dense riflessioni giuspubblicistiche offerte dagli scritti di Carl Schmitt. Se in un primo momento gli echi di questa tradizione sembrano infatti materializzarsi nella concettualizzazione del c.d. *Führerprinzip* (su cui v. *infra*, cap. v), è tuttavia con la svolta più 'democratica' del giurista tedesco che è forse possibile rilevare i precisi contorni di un 'eccezionalismo' giuridico di cui le categorie teologiche continuano ad essere, da vicino, il richiamo più costante ed immediato.

In quell'ampio lavoro di stampo nettamente anti-kelseniano quale è *La dottrina della Costituzione* (1928), la *potestas constituens* medioevale – fino agli scritti di Sieyès, di esclusiva spettanza di Dio – trova nuovamente (e violentemente) la propria eclatante riemersione in chiave giuridico-politica.²⁷⁹ Il punto di appoggio sopra il quale s'innalza l'intero edificio schmittiano è, come noto, il rinnovato senso che acquisisce il termine 'costituzione'. Essa, per il giurista tedesco, non è formalisticamente la semplice 'legge costituzionale' (*Konstitution*), vale a dire la fonte gerarchicamente sovraordinata all'interno dell'ordinamento. Al contrario, 'costituzione' è prima di tutto *esistenza* politica concreta, forma vivente di una determinata compagine sociale (*Verfassung*). Detto in un'accezione ancora più esplicita, 'costituzione' è innanzitutto «il principio del divenire dinamico dell'unità politica», il suo «processo di nascita e di formazione», un'istanza quindi perennemente rinnovantesi, la quale si anima per mezzo di «una forza ed un'energia che sta alla base o che agi-

²⁷⁹ Anche in questo caso, decisamente cospicua la bibliografia critica di riferimento. Si vedano infatti C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 575 e ss.; ID., *Lo sguardo di Giano*, cit., p. 56 e ss.; L. ALBANESE, *Il pensiero politico di Carl Schmitt*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 36 e ss.; G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Roma-Bari, 2005, p. 33 e ss.; H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità*, cit., p. 174 e ss.; C. KLEIN, *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, Paris, 1996, p. 101 e ss.

sce alle sue fondamenta».²⁸⁰ In quanto «principio attivo di un processo dinamico di energie effettuali», essa si staglia quindi come elemento tipicamente ‘in divenire’, ossia come potenza non ancora attualizzata, ma continuamente in procinto di *esser-ci*. All’origine del suo farsi, Schmitt identifica con precisione la scaturigine vitale da cui l’ingranaggio costituzionale dipende; in breve, quel fattore esistenziale incapsulato nelle pieghe dell’ordinamento concreto e che vale, da ultimo, a dare legittimità ad ogni futuro ed ulteriore impianto giuspubblicistico:

[i]n verità, una costituzione vige, perché emana da un potere costituente (cioè, potestà o autorità) ed è posta dalla sua volontà. In contrapposizione alle mere norme la “volontà” indica un’entità esistente in quanto origine di un dovere. La volontà è esistenzialmente presente, la sua *potestas* o autorità consiste nel suo essere.²⁸¹

In questo atto di «darsi» la costituzione, ogni popolo, agli occhi di Schmitt, compie il gesto di sperimentare concretamente quel processo di *formazione* consapevole da cui gemma la propria sofferta unità politica. Ciò è d’altronde quello che ha determinato la nascita della nazione francese nel 1789, nonché di quella tedesca all’indomani di Weimar e «di fronte a questa decisione esistenziale tutte le regolamentazioni normative sono secondarie».²⁸² In altri termini, ogni norma “posta”, per il fatto stesso di essere qualcosa di legalmente pre-fissato e di positivisticamente delimitato, finisce, prima o poi, per restare travalicata e trascesa da questa stessa istanza voloniaristica.

Se ciò è vero, ne segue anche (e soprattutto) che la visione costituzionale così raffigurata è profondamente aderente ad uno dei maggiori contributi intellettuali che Schmitt stesso ha potuto elargire al pensiero giuridico novecentesco, vale a dire proprio al concetto di “decisione”. Infatti, «l’essenza della costituzione non è contenuta in una legge o in una norma. Prima di ogni normazione c’è una *decisione politica fondamentale del potere costituente*», vale a dire una decisione politica che, in

²⁸⁰ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 18.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 23.

²⁸² *Ibid.*, p. 41.

democrazia, instaurerà l'agentività collettiva del popolo, e, in monarchia, quella singolare ed autarchica del monarca.²⁸³

Ora, come forse può intravedersi, ciò che si manifesta a pieno campo in questa possente rappresentazione è, ancora una volta, il tema classico del volontarismo, contraddistinto però dalle sfumature dell'atto nomico fondamentale, consistente nella *fondazione* di un ordine giuridico ben definito. Il potere costituente è, esplicitamente, «volontà politica» inesauribile: esso non si può assorbire o consumare solo perché vi è stata promulgazione di una costituzione. In questo senso, per Schmitt, il politico è oggetto di una *specificazione costante ed infinita*: in opposizione totale rispetto a qualsiasi tentativo di normativizzarne la struttura e di esaurirne, così facendo, la carica energetica, ogni decisione politica rinvigorisce il soggetto da cui promana e ne riafferma vieppiù la sussistenza vitale.²⁸⁴ Ecco dunque che «[a]ccanto e al di sopra della costituzione continua ad esistere questa volontà», tanto che essa entra in scena *continuamente*, vale a dire in ogni caso di conflitto costituzionale, arrivando ad insinuarsi fin nelle lacune dell'ordinamento quando casi non previsti impongono la necessità urgente di una decisione politica fondamentale.²⁸⁵ Solo in questo senso si può capire la giustificazione teoretica che Schmitt adduce a sostegno della propria tesi circa l'inesauribilità del potere costituente: esso, riproducendo in forma 'secolarizzata' la *potestas constituens* divina, ne prende il posto e diviene il dispositivo rappresentante che 'costituisce', senza tuttavia essere passibile di definitiva 'costituzione'.²⁸⁶ Detto in altri termini – ma soprattutto alla luce dell'impian-

²⁸³ *Ibid.*, p. 41.

²⁸⁴ Come scrive C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 605, «[q]uello che Schmitt pensa è una 'grande decisione', il cui soggetto, il popolo, pur collocandosi originariamente fuori e prima di ogni contratto e in generale di ogni ordine normativo, è nondimeno, altrettanto originariamente, necessitato a esser messo in forma, così che il suo potenziale polemico diviene la fonte di norme e di scopo, di principi politici fondamentali che restano sempre attivi all'interno della costituzione, che ne orientano le norme e che sono costantemente interpretati da una funzione sovrana, capace di trasgredire puntualmente, o se ne è il caso di sospendere, le norme costituzionali».

²⁸⁵ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 111.

²⁸⁶ La *potestas constituens* è allora 'potenza polemica', 'energia deformante', diretta filiazione del 'politico' schmittiano, proprio se si concepisce quest'ultimo come «lo stare insieme, non pacificato, di ordine e disordine nella loro forma estrema», ossia come quell'origine della politica catturata nella sua «coesistenza sempre squilibrata di forma

to teoretico che si vuole adottare in questa trattazione – il ‘potere costituente’ personifica propriamente ciò che è stato denominato l’«*arcaico*», ossia il non-detto dell’origine; quel principio archetipico che situandosi nel cuore della sovranità moderna occidentale, incastonato storicamente dalle narrative del suo ricordo ‘mitico’, conduce in virtù della propria energia eccedente e *dinamica* alla sua riproducibilità perenne.²⁸⁷ Esso, ancora, è il nome *giuridico* del ‘politico’ e della matrice teologica in esso presupposta, ossia di quel ricordo dell’eccezione fondante su cui si incista il gesto medesimo del sovrano.²⁸⁸ Come già era possibile leggere in *Romanticismo politico* (1924), è propriamente questa funzione di avvicendamento delle funzioni dalla divinità trascendente (situata nel metafisico) alle istanze terrene ed immanenti del «Popolo» e della «Storia» a caratterizzare quel passaggio che va dal XVII al XIX secolo: un passaggio in cui le potenze secolarizzate sembrano scalzare la ‘vecchia’ metafisica teologica senza tuttavia obliarne l’intrinseco meccanismo di funzionamento.²⁸⁹ Ma, ancor di più, quello che qui è in gioco secondo Schmitt è l’intrinseca ‘sregolatezza’ ed ‘in-organizzabilità’ del ‘politico’ stesso, che se nell’esercizio della sovranità monarchica appari-

ed eccezione, di Idea e contingenza, di pace e di conflitto, di rivoluzione e potere costituente» (cfr. per questi accenni C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., pp. 26, 66).

²⁸⁷ Si vedano, in proposito, le limpide pagine di G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1996, p. 14, secondo cui «[L]a decisione del potere costituente è immediatamente autolegittimata. Questa fonte un po’ oscura è assolutamente originaria (non si retrocede oltre essa, né è a sua volta fondabile razionalisticamente e/o eticamente). Ciò che viene rappresentato nell’immagine “potere costituente” è una sorta di deposito generico ed energetico inesauribile, produttivo di forme, di ordine, ma privo di forma e sregolato, né mai compiutamente imbrigliabile» (enfasi aggiunta).

²⁸⁸ C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., pp. 31, 56.

²⁸⁹ C. SCHMITT, *Romanticismo politico*, cit., p. 98 e ss. Sul punto, si vedano anche H. HOFMANN, *Legittimità contro legalità*, cit., pp. 178-9 e C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., p. 22, secondo cui lo Stato, nella visione schmittiana, «non è il prodotto [...] di una ragione umana che taglia i ponti col passato e con la tradizione, ma è anzi la trasposizione politica dell’idea tradizionale di Dio come fondamento dell’ordine». In breve, secondo Galli, vi è nel corso del pensiero occidentale la persistenza di un «impulso ordinativo [...] di cui l’interprete politico moderno è lo Stato». L’intero complesso teologico-politico, si può ancora dire, gioca integralmente la propria legittimità proprio sull’assumere la mancanza intrinseca di un’autosufficienza e di una matura razionalità da parte dello Stato moderno, per enfatizzare viceversa le radici (in questo caso, *cristiane*) che teologicamente valgono a sostenerne il funzionamento.

va compiutamente *escarnato* e visibile all'interno della persona del sovrano, nel dispositivo del potere costituente democratico è, viceversa, istanza incorporata, «grandezza negativa» implicita; in altri termini «residuo di potenzialità destrutturante» che è il ritratto stesso della propria immaterialità formante.²⁹⁰

Eppure, in un passaggio singolare della *Dottrina della costituzione*, Schmitt congiunge due paradigmi apparentemente opposti: dopo aver segnalato come in Sieyès il «*pouvoir constituant*» stia pur sempre in un rapporto di «*analogia metafisica*» con la dicotomia «*natura naturans*» e «*natura naturata*», il giurista tedesco si affretta ad aggiungere come tutto questo richiami in ogni caso un esempio eclatante di «teologia politica».²⁹¹ Ora, come si può notare vi è qui l'utilizzo di un lessico che se linguisticamente sembra rispecchiare l'incedere spinoziano, pur tuttavia se ne distacca (filosoficamente) con altrettanto vigore. Se quella di Spinoza è infatti una teologia politica del tutto *immanente* (e quindi una teologia politica essenzialmente *negata*), questa, negli scritti schmittiani, si carica invece di una funzione euristica per certi versi contraria ed emblematica. Ciò al punto tale che il caustico messaggio spinoziano diviene, agli occhi di Schmitt, nient'altro che un pensiero del tutto «inutilizzabile al fine critico di cogliere produttivamente l'origine del Moderno e della sua efficacia».²⁹² Come si è visto, la filosofia panteistica di Spinoza non ammette alcuna forma di trascendenza o di miracolo. Essa è catturata nella Natura assoluta, senza che dal suo dominio possa tentarsi alcuna 'fuoriuscita' prodigiosa.²⁹³ Ma se è vero che il potere costituente è, per Schmitt, quell'«inesauribile causa prima di tutte le forme, essa stessa non racchiu-

²⁹⁰ Cfr. ancora, G. PRETEROSSO, *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, cit., pp. 15-6. In questo caso, secondo Schmitt, rileva in particolar modo la dualità dei concetti di *identità* (di spettanza del regime monarchico) e di *rappresentanza* (tipico del contesto democratico). Sul punto, cfr. anche i rilievi offerti da G. AZZARITI, *Critica della democrazia identitaria*, cit., p. 26 e ss.

²⁹¹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 115.

²⁹² C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., p. 116 e ss., cui si rinvia per un'elaborata analisi del rapporto Schmitt-Spinoza.

²⁹³ Si veda, infatti, l'aspra critica rivolta da Spinoza al pensiero immaginifico dei miracoli: «[...] i miracoli, infine, sembrano qualcosa di nuovo solo per l'ignoranza degli uomini», in B. SPINOZA, *Trattato teologico-politico*, VI, in ID., *Opere*, Mondadori, Milano, 2007, p. 542.

dibile in nessuna forma», tale insomma da trarre «da sé forme eternamente nuove», esso è pur sempre l'espressione di quell'alternanza tra il *visibile* e l'*invisibile*, tra la *morfé* e l'a-morfo che disgiunge ciò che appartiene al regno dell'essere da ciò che, invece, sperimenta il proprio significato in un varco aperto verso il regno del *trascendente*.²⁹⁴ In altri termini, è evidente come vi siano un'*andata* e un *ritorno* del pensiero schmittiano, che nel tentativo di disinnescare 'dal di dentro' la configurazione spinoziana ne potenziano argutamente il dinamismo linguistico, in un senso che, tuttavia, diviene 'miracolistico' e quindi prettamente teologico-politico in senso anti-spinoziano. Scompaginandone il senso ma 'sfruttando' la sua portata concettuale, il giurista tedesco è così particolarmente abile tanto nel riplasmare il pensiero di Spinoza, quanto nel sovrascrivervi, appunto, un significato di stampo radicalmente *oppositivo*.

Eppure, non deve credersi che l'obiezione al pensiero di Spinoza costituisca soltanto un accenno disattento. In altre vivide riflessioni Schmitt denuncerà (molto spesso, così infelicemente²⁹⁵) la presunta irrazionalità del sistema sviluppato dal filosofo olandese. Quest'ultimo non sarebbe in grado di intendere «la struttura originaria del potere moderno», ovvero il suo essere «una decisione per la rappresentazione, una facciata sospesa sul nulla della morte e della vita delle creature». ²⁹⁶ In questo senso, e ben al contrario rispetto alla visione di un preteso immanentismo legalistico (per Schmitt, sempre sinonimo di 'normativismo'), la decisione, tanto in *Teologia politica* quanto nella *Dittatura*, è un *quid* fondato sul

²⁹⁴ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 119. Numerosi commentatori hanno potuto verificare questa particolarità: cfr. in particolare G. DUSO, *Tra costituzione e decisione: la soggettività in Carl Schmitt*, in ID. (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Arsenale Cooperativa Editrice, Venezia, 1981, p. 56 e ss., secondo cui il «potere costituente» in quanto espressione di una istanza politica «fuori (*vor, außer*) e sopra (*über*) la costituzione» esprimerebbe la propria «non-politicità» proprio in quanto «volontà che riesce a metterla in *forma* e dunque a far esistere il popolo come realtà politica».

²⁹⁵ Come ad esempio avviene in C. SCHMITT, *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 106, ove la figura di Spinoza viene per l'appunto esaurita, attraverso un'enfasi antisemitica a dir poco inammissibile e imperdonabile, nella sua pura appartenenza ebraica («[...] il filosofo ebreo porta questo germe al massimo sviluppo [...]»).

²⁹⁶ C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., p. 121.

«nulla», ossia un puramente ‘assoluto’ (nel senso etimologico del termine, ossia di “slegato-da”). Un atto della volontà distante quindi da ogni giustificazione razionale o immanente, e assoggettato del tutto alle logiche conflittuali del ‘politico’. Se ciò è vero, ne discende pure che è la *legittimità* stessa, quale categoria giuridica fondamentale, a risultare «logicamente infondabile», se non proprio nel momento in cui appare dotata di *effettività politica*, ossia di concretezza attiva, e ciò perché costantemente ed intrinsecamente attraversata da quel campo di tensione polemica che si aggrappata al *vacuum* della decisione sull’eccezione.²⁹⁷

Ecco dunque, proprio attraverso la dottrina estetico-giuridica del potere costituente, quel varco verso l’irrazionalità, verso l’inconoscibilità abissale che spezza l’immanenza «stupida»²⁹⁸ di Spinoza, aprendo di conseguenza al darsi dell’eccezione, ossia a quella *voluntas* che (scolasticamente) ha il primato sull’intelletto, e che (politicalmente) occupa il centro dell’essere, mostrandosi al solo scopo di trascenderne i contorni, e con la finalità assoluta di decidere sulla sua stessa realtà esistenziale.²⁹⁹

Solo attraverso questo snodo può comprendersi, ancora, il ‘valore’ della *trasgressione* in Schmitt: essa è il suggello della superiorità dell’esisten-

²⁹⁷ In questi termini, cfr. A. AMENDOLA, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, cit., pp. 88, 91. Alla luce di quanto detto, si può forse comprendere anche il perché, successivamente, ne *Il nómo della terra* la scelta terminologica inizialmente impiegata nella *Dottrina della Costituzione* cederà il passo ad una differente formulazione. L’alternanza potere costituente/potere costituito verrà espressa attraverso la coppia «*ordo ordinans*» e «*ordo ordinatus*» (C. SCHMITT, *Il nómo della terra*, cit., p. 75). Eppure, in uno dei suoi ultimi scritti, Schmitt insisterà ancora per un significativo avvicinamento con la figura del filosofo Spinoza, ricordando come l’opera di Sieyès debba leggersi nei termini di una trasposizione della «relazione teologico-politica di Spinoza fra la *natura naturans* e la *natura naturata* nella relazione giuridico-naturalistica del *pouvoir constituant* con i *pouvoirs constitués* da esso fondati» (in C. SCHMITT, *La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come premio sulla legalità e sulla superlegalità giuridica*, in ID., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Neri Pozza, Vicenza, 2005, p. 212).

²⁹⁸ C. SCHMITT, *Glossario*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 383 (10/X/1949): «[m]a Dio conduce l’uomo *ad absurdum*, / giacché il piano dell’uomo è solo stupido. / Solo tu sei così stupido! Tutt’al più manca costui, / *Deus sive Natura*, / *Deus spinozisticus sive spinozistica Natura*».

²⁹⁹ Questa, si può concordemente affermare, è la caratteristica tipica della «sovranità», la quale «non tanto è “perpetua”, quanto piuttosto non cessa mai, finché è efficace, di trascendere il potere costituito, le istituzioni e il diritto formale, normativisticamente inteso» (così C. GALLI, *Lo sguardo di Giano*, cit., p. 56).

te sulla mera norma positivista. Colui che agisce da sovrano ‘trasgredendo’ *de potentia absoluta* l’ordinamento legale, si pone nella *soglia* che separa l’ordinario dallo straordinario, il giuridico dall’extra-normativo.³⁰⁰ Agendo in quella zona del politico puro che, in altre parole, ‘sfugge’ alla comprensione del pensiero borghese otto-novecentesco, il sovrano si stacca violentemente da quest’ultimo e mette in berlina, confutandola, l’erronea credenza del pensiero liberale: quest’ultimo, nella sicumera di «poter racchiudere e delimitare completamente in leggi scritte tutto l’esercizio del potere statale», condensando l’intero mondo del ‘politico’ nella «finzione della normatività assoluta», ha prodotto quale unico e nefasto risultato quello di «lasciare nell’oscurità una questione così fondamentale come quella relativa alla sovranità».³⁰¹ Ma precisamente la *sovranità* è, al contrario, lo spazio per questo *salto* del ‘politico’ – il momento, cioè, dell’assunzione della decisione, della creazione dell’eccezione, e del *darsi* esistenziale di un nuovo fondamento di legittimità.³⁰² Il destino della politica è lo ‘scarto’ di questa sostanza, uno scarto che considera una «torbida finzione» il fatto stesso che «un affare di rilevanza pubblicistica possa essere depoliticizzato», in breve anche solo lontanamente privato di quel residuo di senso che non può in alcun modo trovare soddisfacimento nella misura (contingente) della semplice gestione amministrativa del diritto.³⁰³ Al di là dell’austero steccato kelseniano, nella ribollente e magmatica visione schmittiana, si agita ancora

³⁰⁰ Sul rapporto “*potentia ordinata*”/“*potentia absoluta*” specificamente in Schmitt, si veda, da ultimo, M. OJAKANGAS, *Potentia absoluta et potentia ordinata Dei: on the theological origins of Carl Schmitt’s theory of constitution*, in *Contemporary Philosophy Review*, 45, 2012, pp. 505-17.

³⁰¹ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., pp. 152-3. Come scrive anche A. AMENDOLA, *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, cit., p. 80 «[l]’obiettivo schmittiano è quindi quello di disvelare la ‘politicalità’ del concetto di costituzione che, nel modello dello Stato borghese di diritto, finisce con l’essere occultata».

³⁰² Importante, in tal senso, la precisazione di C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 605, secondo cui Schmitt pensa ad una costituzione enucleata dalla decisione originaria del popolo, ma pur sempre «elastica», vale a dire «indeterminata, almeno da un punto di vista strettamente normativistico», e suscettibile quindi di una costante implementazione, fino al punto di condurre alla inevitabile conclusione per cui ogni rapporto tra ‘*politica*’ e ‘*diritto*’ non può in alcun modo condurre ad una totale giuridificazione della prima da parte del secondo.

³⁰³ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 165.

l'incontenibilità del potere costituente, il suo possibile sfondamento dal recinto della norma, che irrompe quindi per il darsi di un'eccezione, di un'Idea di ulteriorità che, proprio per questo, «non [è] pienamente rappresentabile».³⁰⁴

Insomma, il potere costituente è una *segnatura*: è il momento nomogenetico dell'ordinamento colto nell'istante in cui si fa *jus publicum*, ossia in cui eccede il *de facto* per tramutarsi in *de jure*. Esso è origine e destino, anello iniziale e terminale di ogni esperienza politica, e quindi 'varco' verso quel gioco di eccedenza e di immanenza che plasma l'agire politico-istituzionale della Legge *nel suo puro darsi*, ossia nel processo costante di emersione e di ritorno alla luce.³⁰⁵ Nell'intersecarsi eclatante di *immanenza e trascendenza* si mostra così, in Schmitt, lo sfondo operativo di una visione estetico-politica che immediatamente sa caricarsi di valenza *pratica*. Se questa, come detto, indica l'alternanza del visibile e dell'invisibile, di ciò che agisce nell'agone della storia e di ciò che, quasi nascostamente, sta alle sue spalle rimanendo tuttavia pronto ad irrompervi, allora in questione vi è, né più né meno, che il tema della rappresentanza e della sua esplicitazione nel *governo* della politica. Schmitt, anche in questo caso, mostrò un debito consistente verso le categorie politiche nate in seno al pensiero cattolico. In *Cattolicesimo romano e forma politica* (1923), egli aveva già potuto affermare che la millenaria «capacità di forma giuridica» della Chiesa cattolica risiedesse infatti proprio nella disponibilità a rappresentare materialmente la «*civitas humana*» e la figura di Cristo stesso nell'atto di farsi uomo.³⁰⁶ Il 'politico', almeno in quella fase iniziale, era ricollegato alla rappresentazione di un'ulteriorità ideale, di un'eccedenza di senso che sfondava verso una determinata 'estetica' (la *Gloria* di Dio, di cui la figura pontificale diveniva eminente dispositivo di mediazione, ossia punto di contatto tra trascendente ed immanente). Per questo la Chiesa costituiva, secondo Schmitt, il 'modello' eccellente di

³⁰⁴ C. GALLI, *Genealogia della politica*, cit., p. 597.

³⁰⁵ Cfr. le belle pagine di G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 177, ove per l'appunto si parla di «eccedenza» del potere costituente, intesa come il problema «della forma nei confronti della forma», o in altri termini «del *politico* nei confronti della sua pensabilità da un punto di vista giuridico».

³⁰⁶ C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 38.

ogni rappresentazione politica, il meccanismo di mediazione che determinava la vitalità di quel varco perenne ed ineliminabile che conduce verso il sovrasensibile. L'Idea metafisica esprime agli occhi di Schmitt precisamente questa *tensione* alla 'forma', al punto tale che proprio in *Dottrina della costituzione* la rappresentanza:

non è né un fatto normativo né un processo né una procedura, ma qualcosa di esistenziale. Rappresentare significa rendere visibile e illustrare un essere invisibile per mezzo di un essere che è presente pubblicamente. La dialettica del concetto consiste nel fatto che l'invisibile è presupposto come assente ed è allo stesso tempo reso presente.³⁰⁷

Forse, l'intero discorso schmittiano è, allora, null'altro che un tentativo di *mettere in forma* (ma senza esaurirlo) quell'elemento politico 'x' che sta al cuore del pensiero occidentale: un'entità che *resiste* alla cattura ontologica, avanzando nella storia come potenzialità latente ed infinitamente evocabile; in ultimo, un sublime potere di ordine *extra legem*, che pochi anni più tardi verrà rappresentato nell'inquietante effigie del *Führerprinzip*.

In questo senso, allora, vi è un aspetto *pre-normativo* ed allo stesso tempo *ultra-normativo* in tutta la narrativa del 'politico' schmittiano, di cui il potere costituente (proprio quale fenomeno «non [...] legato alle procedure ed alle forme giuridiche»³⁰⁸ del normativismo novecentesco, ed indipendente quindi dall'impero della *regula juris*) altro non è che l'ultimo epifenomeno. Ma forse, come davvero l'anziano giurista scrisse in uno dei suoi scritti più tardi, «l'esoterismo di una riflessione teologico-politica così intensa è piuttosto rigoroso e probabilmente l'umanità di oggi non ne è più all'altezza».³⁰⁹ La metafisica dell'Idea e la sua invisibilità sfuggente sono state sostituite da versioni più comprensibili, «essoteriche»: in breve, da formule efficaci e pragmatiche «attraverso le quali

³⁰⁷ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 277. Sul punto, cfr. anche le analisi puntuali di A. SCALONE, *Diritto, decisione, rappresentanza: il potere in Carl Schmitt*, in G. DUSO (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma, 1999, p. 409 e ss.; nonché di F.G. MENGA, *Potere costituente e rappresentanza democratica*, cit., p. 216.

³⁰⁸ C. SCHMITT, *Dottrina della costituzione*, cit., p. 114.

³⁰⁹ C. SCHMITT, *La rivoluzione legale mondiale*, cit., p. 212.

quelle difficili relazioni, e in particolare il rapporto tra *pouvoir constituant* e *pouvoir législatif*» vengono oramai per sempre tacitate, a favore di una tecnicità economica che si vuole efficiente, rapida, attiva e animata da null'altro che dalle esigenze «pratico-politiche e manipolabili» dell'odierna e ansiogena società contemporanea.³¹⁰ Eppure, è proprio questo 'esoterismo' a richiedere oggi un preciso sguardo focale teso, se non a risolvere, quantomeno a verificare la sfaccettata stratificazione concettuale che, ancora nella politica odierna, sembra emblematicamente abitarlo.

Ecco, per concludere, il significato autenticamente 'politico' del discorso sulla *potenzialità*, sulla *volontà* e sulla *creazione*: esso si mostra nel lasciare sempre aperto il *divenire* della legge, il suo destino, il suo 'vortice' – gesto che a sua volta, e specularmente, corrisponde allo spalancare il suo varco verso l'origine, di volta in volta piega di uno scarto inappropriabile. Il lessico della '*potenza*' è non soltanto un dispositivo ontologico, ma anche uno *schema genetico*, uno spettro in filigrana in grado di rappresentare quel luogo vuoto che giace al centro di ogni ordinamento e che non risulta mai racchiudibile o catturabile da nessuna struttura costituita. Eppure, qual è allora la concreta posta in gioco di questa visione aperta, potenziale ed incatturabile del potere costituente? Qual è il senso polemico-politico di questa 'assurda' concettualizzazione? Può dirsi, forse, una forma di *freno*, come vorrebbe Schmitt, rispetto ad istanze puramente funzionali? O ne costituisce, piuttosto, un elemento di paradossale accelerazione, vista l'impossibilità di solidificare *aere perennius* la potenza di un'istanza costituente, oggi quasi del tutto naufragata di fronte all'espansionismo dei diritti universali? Forse, la dottrina del potere costituente esprime emblematicamente proprio tale aporia: mezzo azionabile, ma non catturabile; misura possibile, ma eccezionale; risorsa concreta, ma confinata nell'irrazionalismo cieco di una volontà esaurita. Un mezzo storicamente saturo di fini, che per contrasto non sembra oggi possederne più alcuno.

³¹⁰ *Ibid.*, p. 212. Questa era, in parte, anche la conclusione di *Cattolicesimo romano*, laddove proprio il pensiero tecnico-economico veniva considerato come uno degli ultimi territori in cui il 'politico' – dimensione esistenziale indissociabile dalla stessa natura dell'uomo – appariva dislocato. Un 'politico' però pur sempre privo di qualsiasi riconduzione ad ordine, deturpato dalla «precisione tecnica» e dalla cruda 'ragione calcolante' (cfr., per questi rilievi, C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano e forma politica*, cit., p. 42; sul punto, anche C. GALLI, *La gloria e i nemici della Chiesa cattolica*, in C. SCHMITT, *Cattolicesimo romano*, cit., pp. 85-6).

Capitolo V
OLTRE IL TEOLOGICO-GIURIDICO?
LEGGE, GOVERNO, ECONOMIA

Nel mondo della sovranità decaduta, solo l'immaginazione dispone di
momenti sovrani.

G. BATAILLE, *La sovranità*.

SOMMARIO: 1. Potere, *leadership*, carisma. – 2. Immanenze. – 3.
Legittimità e secolarizzazione. – 4. Ierofanie e profanazioni. – 5.
Teologia economica.

*

Si può certamente sostenere che il dispositivo della *'teologia politica'* fin qui commentato appaia, a seguito di uno sguardo disincantato e forse non del tutto nostalgico, null'altro che un'illustrazione pretestuosa e troppo poco fondante. Nel tentativo di risolvere un'aporia concettuale – quella, appunto, del fondamento e della *legittimità* del diritto – le categorie teologiche ne escono, in realtà, 'evitando' il confronto diretto. Impo-
nendo un'assimilazione universalizzante di concetti eterogenei con lo scopo di 'spiegare' (ossia, di 'posizionare' e 'giustificare' politicamente) ciò che per sua natura dovrebbe essere *inspiegabile* (cioè, la suprema e trascendente sovranità del divino), il ragionamento teologico è una forma di 'motivazione' *ad absurdum*, un facile ricorso alla metafora accattivante ma affabulatoria, svincolata perciò da qualunque effettiva 'sostanza' giustificatrice.¹ Gilles Deleuze e Félix Guattari, pur da un'angolatura

¹ Fa notare il cortocircuito logico E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, Macerata, 2004, p. 45, quando afferma che «[i]n sé la teologia non dà alcuna giustificazione; presenta soltanto la forma di una giustificazione, la quale può esser riempita da una credenza qualsiasi». In questo senso, «[...] in teologia il sistema trae la sua razionalità (cioè, il suo potere di razionalizzazione) dal fatto stesso di essere tautologico». In un'ottica differente, si veda la critica rivolta a Carl Sch-

marcatamente differenziata, espressero questo medesimo, fulminante pensiero notando che «quando ci vantiamo di notare il trascendente nell'immanenza, non facciamo altro che ricaricare il piano di immanenza con l'immanenza stessa».² Insomma: la ricerca della sovranità – in questo caso attraverso il suo *aggancio* con le figure emblematiche della metafisica divina – è funzionale a null'altro che al corroboramento di un più solido principio di potere 'terreno'.

È alla luce di questo semplice, ma fondamentale interrogativo che occorrerà osservare il 'futuro' della teologia-politica, vale a dire le derivazioni ultime che questa specifica categoria del pensiero moderno incontra nell'odierna società globalizzata, alle prese con una forma di credo (o di "religione") che non è più "invisibile" e sfuggente, ma tragicamente reificata nelle spire del potere dell'economico.³

*

1. *Potere, leadership, carisma*

Come si è appena visto, se l'evoluzione del nuovo ordine mondiale evidenzia il portato più immediatamente 'retorico' di questa espressione, "*teologia politica*" si può d'altronde dire in molti modi diversi. E in effetti, Ernst-Wolfgang Böckenförde ne ha tentato una distinzione tripartita, suddividendola in teologia politica "giuridica", "istituzionale" ed infine

mitt che può leggersi in E. PETERSON, *Il monoteismo come problema politico*, Queriniana, Brescia, 1983, p. 72 e ss. Secondo Peterson, nessun ordine politico mondano può effettivamente dirsi riprodotto sull'esempio della sovranità trascendente di Dio: la Trinità è nozione intraducibile nelle logiche del *saeculum*, e men che meno può adoperarsi per legittimare un determinato ordine politico terreno (ad esempio, monarchico o assolutista). Sulla critica di Peterson, cfr. F. BOLGIANI, *Dalla teologia liberale all'escatologia apocalittica: il pensiero e l'opera di Erik Peterson*, in *Rivista di storia e letteratura religiosa*, I, 1965, pp. 1-58. Per una rapida introduzione al dibattito – amplissimo ed oramai in costante evoluzione – della teologia politica, cfr. AA.VV., *Dibattito sulla 'teologia politica'*, Queriniana, Brescia, 1971.

² G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Che cos'è la filosofia*, Einaudi, Torino, 2002, p. 64.

³ A puro titolo introduttivo, cfr. il bel dialogo contenuto in P. SLOTERDIJK, T. MACHO, *Il Dio visibile. Le radici religiose del nostro rapporto con il denaro. Conversazione con Manfred Osten*, EDB, Milano, 2016.

“appellativa”.⁴ Se la prima aderisce sostanzialmente all’assunto schmittiano, indicando quindi la progressiva sostituzione di concetti originariamente teologici con altri di natura giuridico-statale, con la seconda locuzione si argomenta circa il dimensionamento religioso delle istituzioni politiche, mentre, con la terza ed ultima declinazione, il costituzionalista tedesco denomina quell’esigenza di *conversione* nel campo del politico di idee reattive, *ab origine*, al sostrato teologico cristiano. E non è un caso, d’altro canto, che anche Jan Assmann abbia potuto rilevare la *duplice* fisionomia che spesso accompagna ogni discorso sul teologico-politico, il quale apparirebbe pur sempre in una forma ancipite: da una parte istanza puramente “descrittiva”, orientata all’indicazione dell’analisi e delle stratificazioni cultural-religiose che informano il pensiero politico di una determinata civiltà; dall’altro, appello più marcatamente aggressivo, militante, surrettiziamente cogente, classificato sotto il nome di teologia politica “normativa” (evidentemente, tanto in un senso ‘affermativo’, ossia favorevole all’identificazione, quanto in uno ‘negativo’, cioè polemico verso qualunque tentativo di avvicinamento).⁵

E tuttavia, come si è già brevemente mostrato, il vettore accelerativo che nel Novecento ha permesso un’intensificazione senza pari di tale dibattito si deve certamente al complesso laboratorio concettuale gravitante attorno alla *Teologia politica* (1922) di Carl Schmitt.⁶ Che «[t]utti i

⁴ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Politische Theorie und politische Theologie. Bemerkungen zu ihrem gegenseitigen Verhältnis*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 54/55, 1981, pp. 233-43.

⁵ J. ASSMANN, *Potere e salvezza. Teologia politica nell’antico Egitto, in Israele e in Europa*, Einaudi, Torino, 2002, p. 6 e ss. L’analisi di Assmann è tuttavia perfettamente consapevole di questa aporia, e l’Autore stesso si sforza di aderire soltanto ad un approccio ‘descrittivo’ del fenomeno, evitando qualunque assimilazione polemica, e dirigendosi quindi verso «l’origine della religione» quale vero e proprio punto archimedeo dal quale tutto il contesto politico discenderebbe (*ibid.*, p. 20). Di qui, anche il noto ribaltamento che provocatoriamente subiscono le tesi schmittiane: secondo l’archeologo tedesco, non sarebbero i concetti teologici ad informare il mondo del politico e del diritto, ma questi ultimi a fungere da veicolo normante della spiritualità. Per un ulteriore *excursus* sui molteplici e possibili modi di intendere questa locuzione, cfr. anche M. NICOLETTI, *Il problema della teologia politica nel Novecento. Filosofia politica e critica teologica*, in M. SARTORI, N. NICOLETTI (a cura di), *Teologia politica*, Istituto di Scienze Religiose in Trento, Bologna, 1991, pp. 17-67.

⁶ Per una bibliografia mirata su questo specifico Autore, si vedano almeno M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Morcelliana, Brescia,

concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato [siano] concetti teologici secolarizzati»⁷ è un'affermazione che oramai lumeggia nel panorama giuridico-politico internazionale. E che «lo stato di eccezione [abbia] per la giurisprudenza un significato analogo al miracolo per la teologia»⁸ è il naturale contrappunto di una visione che punta all'*abisso* della decisione nel suo fuoriuscire dai confini positivizzati della norma. La teologia politica schmittiana, come già visto, è un meccanismo esistenziale ed ermeneutico al tempo stesso: essa rivela «un elemento di trascendenza presente nel politico stesso».⁹ Ad essere in gioco nel progetto intellettuale di Schmitt è, ancora una volta, la questione del fondamento e della legittimità del sistema politico, della 'verità' insita in esso, in breve delle sue radici di senso. Per questo – come dimostra Giorgio Agamben – l'immagine che Schmitt espone della sovranità è calata tanto nell'ottica giustiniana del sovrano come *lex animata*, quanto in quella ellenistica del νόμος ἔμψυχος, fino alle sue ultime derivazioni moderne.¹⁰ Solo queste due effigi garantiscono quel fondamento 'costi-

1990, p. 147 e ss.; M. MARAVIGLIA, *La penultima guerra. Il «katèchon» nella dottrina dell'ordine politico di Carl Schmitt*, Edizioni LED, Milano, 2006, p. 122 e ss. Si badi, tuttavia, che Schmitt stesso, nella parte finale della propria attività intellettuale, si rese perfettamente conto della polisemia che la locuzione 'teologia politica' era suscettibile di assumere, finendo per notare, appunto, che essa costituisce «un ambito estremamente polimorfo; inoltre essa ha due diversi aspetti, uno teologico e uno politico, [sicché] ciascuno si orienta verso i suoi specifici concetti. Ciò è dato già con il vincolo lessicale del termine. Ci sono molte teologie politiche, poiché da un lato ci sono diverse e numerose religioni, e dall'altro numerose specie e metodi diversi di politica. In un campo così duplice e bipolare, una discussione oggettiva è possibile solo quando le asserzioni sono univoche e le domande come le risposte sono chiaramente precisate» (così in C. SCHMITT, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 41).

⁷ Il riferimento – oramai *locus classicus* per ogni indagine sul tema – è in C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'* (a cura di G. Miglio), il Mulino, Bologna, 1972, p. 61.

⁸ *Ibid.*, p. 61.

⁹ M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere*, cit., p. 627, che così prosegue: «[l]a teologia politica rivela la "teologicità del politico": ciò non significa che la politica sia qualcosa di sacro, al contrario essa è del tutto mondana, ma proprio in quanto mondana essa non si risolve in sé, non si spiega nella sua pura immanenza, ma rimanda a un elemento trascendente che la costituisce e la rende possibile».

¹⁰ Sull'interpretazione fornita da Agamben, cfr. G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Boringhieri, Torino, 2003, p. 89 e ss. Come scrive F. CALASSO, *Medioevo del diritto*,

tuyente' in grado di determinare non tanto la legalità, quanto la stessa *legittimità* del diritto di un popolo.¹¹

Pochi anni dopo *Teologia politica*, in un importante saggio intitolato *Stato, movimento, popolo* (1933) il giurista tedesco perverrà infatti ad intensificare le peculiarità teologico-politiche del sovrano inteso come 'legge vivente', congiungendole con quelle, parimenti eccezionali, del *Führer*. Di fronte al fallimento della Costituzione di Weimar ed alla eclatante vittoria delle elezioni del 1933,

[s]'intende oggi da sé, non soltanto *de facto* ma nel suo senso pieno *de iure*, che il cancelliere del Reich Adolf Hitler ha secondo il

Giuffrè, Milano, 1954, pp. 41-2, pur a seguito della svolta c.d. cristiana nella sovranità imperale, tale da rendere l'imperatore non più il *praesens deus* cui è dovuta l'adorazione, ma l'inviato di Dio, «[n]ella pratica, come nella stessa formulazione teorica, la differenza tra la concezione pagana e quella cristiana non risultava nettissima: anche gli imperatori pagani avevano spesso rammentata la *Dei providentia* come fonte del proprio potere, e d'altra parte l'adorazione dell'*imperator* persistette ancora a lungo, nel rito, se non nello spirito, dopo Costantino». A proposito del fondamentale sostrato teologico condensato nei passaggi del *Corpus iuris*, cfr. J. CANNING, *A History of Medieval Political Thought: 300-1450*, Routledge, New York, 1996, pp. 7-8: «[t]he dominant political message of the *Corpus iuris* is a theocratic one. The emperor derives his power from God: in the constitution *Deo auctore* at the beginning of the Digest Justinian describes himself as 'at God's command governing our empire, which has been entrusted to us by heavenly majesty'. The divine source of imperial authority is constantly reiterated in the *Code* and *Novels*. 'At divine command we took up the imperial insignia.' The emperor's laws are sacred (*sacrae* or *sacratissimae*), thus reflecting the Christianising of his pagan role as *pontifex maximus*. They are, furthermore, of everlasting effect: Justinian decreed that his codification was to be valid 'forever' (*in omne aevum*). His divine office is a universal one: he is 'lord of the world' (*dominus mundi*). It is, therefore, his will alone which constitutes law: 'what has pleased the princeps has the force of law' (*quod principi placuit legis habet vigorem*). He is thus no less than the 'living law' (*lex animata*), an application of the Hellenistic concept of the ruler as *nomos empsychos*: 'Let the imperial rank be exempted from all our provisions [in this constitution], because God has subjected the laws themselves to the emperor, by sending him as a living law to men'. He is in short not bound by the law, but 'freed from the laws' (*legibus solutus*). This famous phrase indicates that the emperor is above human law: he is not subjected to the laws which derive from his own universal authority. This formulation laid the foundation for the elaboration of the concept of absolute power in the late Middle Ages».

¹¹ Di rilievo assoluto, in questa prospettiva, l'opera di F. NEUMANN, *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Bruno Mondadori, Milano, 1999, p. 95 e ss., ove per l'appunto si argomenta circa il 'carisma' sovranaturale e miracolistico del capo (*Führer*).

diritto statale una posizione che non è paragonabile con la posizione di nessun precedente cancelliere, sia di fronte al presidente del Reich, sia di fronte ai membri del governo del Reich. La «direzione» politica di Adolf Hitler è anche qualche cosa di più e di altro che una semplice «determinazione di direttive» secondo l'articolo 56 della costituzione di Weimar.¹²

Il Führer sta *sopra* la legge, perché può disporne; non è ingabbiato negli steccati normativi che i precedenti vincoli costituzionali hanno allestito, ma li sorpassa *presentificando* e *personificando* l'anima stessa del popolo tedesco. In altri termini, egli è la legge e, insieme, il giudice supremo.¹³ Il principio che costituirà il corollario di queste tesi è per l'appunto quello del *Führerprinzip*: la supremazia del capo è tale perché questi è in grado di articolare e rendere finalmente visibile la volontà politico-culturale del suo popolo.¹⁴ In questo senso, egli *eccede* ogni fonte del diritto determinando, banalmente, la cessazione di qualunque conflitto di poteri all'interno della struttura costituzionale.¹⁵ Guida supre-

¹² C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, in ID., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste* (a cura di G. Agamben), Neri Pozza, Vicenza, 2005, p. 262.

¹³ Questo sarà particolarmente evidente in un altro dei controversi articoli di Schmitt: *Der Führer schützt das Recht: Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934*, in *Deutsche Juristen Zeitung*, 15, 1934, p. 947 e ss. (trad. it. *Il Führer protegge il diritto*, in C. SCHMITT, *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 327-35), ove è possibile leggere che «l'atto del Führer fu pura giurisdizione. Esso non sottostà all'apparato giudiziario, ma fu esso stesso supremazia amministrativa della giustizia» (*ibid.*, p. 330). E ancora: «[l]a qualità di giudice del Führer deriva dalla stessa fonte del diritto, dalla quale sgorga tutto il diritto di ogni popolo. Nell'estremo caso di necessità si afferma il diritto estremo ed appare il supremo grado di realizzazione giudiziariamente vendicativa di questo diritto. Ogni diritto trae origine dal diritto alla vita proprio di un popolo» (*ibid.*).

¹⁴ Per un ulteriore approfondimento su questi temi, cfr. O. LEPSIUS, *The Problem of Perceptions of National Socialist Law or: Was there a Constitutional Theory of National Socialism?*, in CH. JOERGES, N. SINGH GHALEIGH (a cura di), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Hart Publishing, Oxford, 2003, p. 25. Ma si veda anche l'analisi di V. GROSSWALD CURRAN, *Rethinking Hermann Kantorowicz: Free law, American legal realism and the legacy of anti-formalism*, in A. RILES (a cura di), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 80 e ss.

¹⁵ Come scrive F. NEUMANN, *Behemoth*, cit., p. 95 e ss.: «il Führer, Adolf Hitler, è colui che unisce lo stato, il partito e il popolo. [...] Il principio del comando (*Führerprin-*

ma, supremo legislatore e giudice, capo del partito, dell'esercito e del popolo: come ancora scrive Neumann, «[i]l suo potere è legalmente e costituzionalmente illimitato; ed è inutile tentare di descriverlo. Un concetto senza limiti non può essere razionalmente definito».¹⁶

Sono dunque i cardini fondamentali del nuovo ordine nazionalsocialista ad esigere la sublimazione divina della *lex aeterna* nelle mani e nelle parole stesse del Führer.¹⁷ Ciò, si badi, all'interno di una riclassificazione generale dei poteri istituzionali che vede proprio nelle tre figure dello 'Stato', del 'movimento' e del 'popolo' i punti di sutura di una dialettica organicista tesa all'emersione di un differente spirito politico-giuridico.¹⁸ Come può leggersi in un altro, eclatante passaggio:

[s]i può considerare lo Stato in senso stretto come la parte *politica statica*, il movimento come l'elemento *politico dinamico* e il popolo come il lato *impolitico* crescente sotto la protezione e all'ombra delle decisioni politiche.¹⁹

Le decisioni del Führer, legittime in quanto scaturenti da quell'«assoluta uguaglianza di specie» che congiunge appunto la Guida al suo seguito,

zip) si basa essenzialmente su un modello organizzativo che funziona dall'alto verso il basso e mai all'incontrario».

¹⁶ *Ibid.*, p. 97.

¹⁷ Secondo G. AGAMBEN, *Introduzione*, in C. SCHMITT, *Un giurista davanti a se stesso*, cit., p. 20, questo testo infatti «conterrebbe il centro esoterico e per così dire l'*arcanum* della teoria schmittiana del diritto pubblico».

¹⁸ Sull'organicismo di Schmitt durante il periodo di adesione al nazionalsocialismo, cfr. C. GALLI, *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010, p. 859 e ss. Come è possibile leggere anche in A. SCHMITZ, M. LEPPER, *Logica delle divergenze e tracce di comunanze. Hans Blumenberg e Carl Schmitt*, in H. BLUMENBERG, C. SCHMITT, *L'enigma della modernità. Epistolario 1971-1978 e altri scritti*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 191, nota 26: «il nazionalsocialismo è indicato come il movimento moderno che traspone la marcia trionfale della tecnica (che ha dissolto i vecchi modelli di ordine e le loro formule metafisiche) in un nuovo spazio dinamizzato del 'politico'. Così le energie del modello teologico-politico, che si alimentavano della distinzione immanenza/trascendenza, sono investite nell'immanenza del 'politico'». Si sofferma e commenta questo specifico aspetto anche G. MAGRÌ, *Dal volto alla maschera. Rappresentazione politica e immagini dell'uomo nel dialogo tra Guardini e Schmitt*, Franco Angeli Editore, Milano, 2013, p. 271.

¹⁹ C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., p. 265.

permettono di proteggere l'entità biopolitica del popolo tedesco attraverso la decisione polemica sulla sua 'impoliticità', ossia attraverso il crinale inedito della decisione politica 'pura' scaturente da una diretta trasmissione divina.²⁰ Ma non solo: in quanto salvatore del Reich, il Führer è colui che garantisce la salvezza della comunità contenendo il male e respingendo, nel tempo e nello spazio, la fine incombente.²¹ Qui si annida forse il cuore più apologetico ed insieme opportunista dell'intero edificio nazionalsocialista: l'autorità *carismatica* del capo, il suo essere figura divina inviata per la salvezza del popolo, è funzionale a null'altro che ad una lotta contro il male (il mito di Tehom), quindi ad un desiderio di salvezza che messianicamente vale come promessa di felicità e di speranza future.²² Ul-

²⁰ Come inequivocabilmente affermerà solo un anno più tardi l'economista Werner Sombart in *Il socialismo tedesco* (1934), «[t]he Führerprinzip which we profess, culminates in the assumption of a supreme Leader's will, who no longer receives instruction as an inferior from a superior Leader, but solely from God, as it were, the 'Leader' of the world», cit. in A. KOLNAY, *The War Against the West*, Viking Press, New York, 1938, p. 154. In questo senso, cfr. anche G. LETTIERI, *Roma, il Principe e il Messia. Fondazione e decostruzione del teologico-politico: Agostino, Machiavelli, Schmitt, Derrida*, in P. BISI, B. SCARCIA AMORETTI (a cura di), *Religione e politica. Mito, autorità e diritto*, Università Sapienza, Roma, 2008, pp. 89-90, secondo cui «la sovranità – il supremo potere politico che trascende, fonda e governa la norma giuridica, come l'onnipotenza di Dio trascende fonda e governa la natura (il cui ordine può miracolosamente sospendere o alterare) – funge come garanzia ontoteologica dell'identità del corpo sociale, che d'altra parte può costituirsi soltanto polemicamente, in relazione ad una paradossale differenza assoluta e irriducibile da annientare, in quanto principio fondante il politico è quello della relazione pubblica amico-nemico». Per questo l'intera macchina teologico-politica si raggruppa intorno al dispositivo del *Führerprinzip*, in quanto giustificazione della «dittatoriale eccedenza hitleriana rispetto alla legge come incarnazione, salvifica per la nazione tedesca, dello stato di eccezione, evento decisivo finalizzato a garantire la vita dello stato e del corpo sociale dai nemici assoluti dell'anarchia, del nichilismo, del comunismo e della rivoluzione russa» (*ibid.*).

²¹ Sulla figura del *katechon*, cfr. C. SCHMITT, *Il nómos della terra*, Adelphi, Milano, 1991, pp. 42-53; ID., *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Adelphi, Milano, 2002, p. 21; J. TAUBES, *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Quodlibet, Macerata, 1996, p. 33. Da ultimo, M. CACCIARI, *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013, p. 11 e ss.

²² In questi termini F. NEUMANN, *Behemoth*, cit., p. 106. Sul 'carisma' del capo, rimane d'obbligo il riferimento a M. WEBER, *Economia e società*, I, Edizioni di Comunità, Milano, 1961, pp. 210-1: «[v]i sono tre tipi puri di potere legittimo. La validità della sua legittimità può essere infatti, in primo luogo: 1) di carattere *razionale* – quando poggia sulla credenza nella legalità di ordinamenti statuiti, e del diritto di comando di coloro che sono chiamati ad esercitare il potere (potere legale) in base ad essi; 2) di carattere *tradizionale* – quando poggia sulla credenza quotidiana nel carattere sacro delle tradi-

timo erede dei monarchi capetingi guaritori di scrofolo, la Guida è, teologicamente, il depositario di qualità sovrumane che valgono a congiungere in un solo abbraccio lo Stato, il partito e il popolo.²³

Insomma, è dunque la divinità trascendente a *rivelare* direttamente al Führer il destino e la missione del popolo tedesco, attraverso un processo di ‘immanentizzazione’ del messianico cristiano che è la cifra stessa della dimensione politico-originaria nel Profeta-Messia.²⁴ Il risvolto eminentemente istituzionale diviene la fedeltà alla parola del Capo, così come il consequenziale corollario giuridico è la subordinazione di ogni decisione normativa alla volontà sovrana del medesimo.²⁵ Per questo, andando ben oltre

zioni valide da sempre, e nella legittimità di coloro che sono chiamati a rivestire una autorità (potere tradizionale); 3) di carattere *carismatico* – quando poggia sulla dedizione straordinaria al carattere sacro o alla forza eroica o al valore esemplare di una persona, e degli ordinamenti rivelati o creati da essa (potere carismatico). [...] Nel caso del potere carismatico si obbedisce al *duce* in quanto tale, qualificato carismaticamente, in virtù della fiducia personale nella rivelazione, nell’eroismo o nell’esemplarità, che sussiste nell’ambito di validità della credenza in questo suo carisma».

²³ F. NEUMANN, *Behemoth*, cit., p. 97.

²⁴ G. LETTIERI, *Roma, il Principe e il Messia*, cit., p. 84. Fornisce un ottimo inquadramento sui rapporti tra religione e politica nei regimi totalitari, E. GENTILE, *Le religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, Laterza, Roma-Bari, 2001. Esplora con attenzione la simbiosi teologico-politica tra *leadership* totalitaria e obbedienza della massa G. BATAILLE, *La structure psychologique du fascisme* (1933), in ID., *Œuvres Complètes*, I, Gallimard, Paris, 1970, p. 348 e ss., il quale – riprendendo certamente alcune intuizioni di *Psicologia delle masse e analisi dell’Io* (1921) di Freud – fa notare la peculiare aura ‘teologica’ che circonda i c.d. ‘capi fascisti’: essi sarebbero «personnes sacrées», separati dal versante ordinario della società, ma allo stesso tempo congiunti ad esso per via di un peculiare meccanismo di *trascendenza* ed *immanenza*, di unificazione e di rappresentazione della moltitudine, in base al quale il concetto di ‘razza’ funge da dispositivo categorizzante e politicamente identitario («l’idée mystique de la race s’est affirmée immédiatement comme la fin impérative de la société fasciste; en même temps elle apparaissait incarnée en la personne du Führer et des siens»). Esamina con cura questi passaggi, inscrivendoli appieno negli studi teologico-politici della modernità occidentale, R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Einaudi, Torino, 2013, p. 51 e ss. Si sofferma sul paradigma pastoral-governamentale della *Führung* enfatizzandone più il versante ‘immanente’ che quello ‘trascendente’, G. AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell’economia e del governo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, p. 91.

²⁵ Come nota A. COBBAN, *Dictatorship. Its History and Theory*, J. Cape, London, 1939, p. 225: «[t]otalitarianism takes the spiritual discipline of a religious order and imposes it on forty or sixty or a hundred million people. Its aim is a nation of Jesuits, serving not the Vicar of Christ, but the Führer. ‘The German people’, to quote Keller, a very

le «formalistiche e sofistiche interpretazioni» della Costituzione di Weimar, Schmitt può opportunisticamente scrivere che il diritto pubblico dello Stato nazionalsocialista «deve piuttosto diventare consapevole che la priorità assoluta della direzione politica è una legge fondamentale positivamente in vigore nello Stato odierno».²⁶ La sfera del sacro, circondata da un preciso rimando al contesto e all'influenza culturale cristiana, si incunea tenacemente nel potere politico, ne modifica la 'natura', ma senza determinarne *tout court* la trascendenza, bensì cooperando al suo rinnovamento attraverso lo strettissimo legame basato sull'*immediato presente* e sulla *reale presenza* del Führer per il suo popolo, che lo rendono ambiguamente una forza tanto *extra legem*, quanto profondamente *infra ordinem*.²⁷ Insomma, come anche De Francisci avrebbe obliquamente rilevato nel suo celebre *Arcana imperii* (1947), il *potere carismatico* e quello *legale* tendono in realtà a convergere verso un unico centro nevralgico, offuscandosi a vicenda: ad emergere è la fondazione 'irrazionale' del politico, la presenza spettrale della legge che vive soltanto attraverso l'evocazione autoritaria dei suoi oracoli.²⁸ Per questa ragione, ossia proprio in ossequio alla radicata credenza in una visione 'miracolistica' del politico, il moderno – ben diversamente da ogni suo preteso 'disincanto' à la Max Weber – rimarrebbe, per Schmitt, ancora e con forza *teologicamente subliminale* nel suo nascosto modo di operare.²⁹

moderate witness, again, 'are not simply indulging in hero worship: they have clad their leader in the religious glory of a Messiah sent by God Himself to deliver His people from dishonor, slavery and misery'».

²⁶ Così ancora C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, cit., p. 263.

²⁷ Richiama l'eco tutta medievale di questa idea C. MONAGLE, *A Sovereign Act of Negation: Schmitt's Political Theology and its Ideal Medievalism*, in *Culture, Theory and Critique*, 51, 2, 2010, pp. 115-27: «[t]he modern [...] denies its medieval self. Modern theories of the state cloak their claims to Presence in rationalist discourse. The effect of this formulation is to posit the necessity of a trace of Presence in modern theories of the state, which can be deployed by the sovereign as the site of his authority to render the exception. That is, the sovereign needs recourse to a transcendental claim in order to justify the status of exception».

²⁸ Cfr. P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii*, I, Giuffrè, Milano, 1947, p. 80 e ss. Nel 'Ductor' De Francisci inquadra infatti la sorgente di un'*auctoritas* originaria che promana direttamente dalla sua persona. Su questo aspetto, si veda anche G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 108.

²⁹ Così in M. WEBER, *La scienza come professione*, in ID., *La scienza come professione. La politica come professione*, Mondadori, Milano, 2006, p. 20 e ss.: «[l]a crescente intel-

2. Immanenze

L'uso a dir poco mostruoso che della teologia politica ha compiuto l'esperienza del nazionalsocialismo può forse aiutare a intendere meglio quale sia la vera posta in gioco contenuta in ogni dibattito relativo al tema dell'eccedenza trascendente del sovrano (o del capo). Più in particolare, a porre in luce le precise conseguenze giuridiche che il richiamo alla metafisica del politico sembra, esemplarmente, mettere in atto.

Come ricorda Jacob Taubes, è pur sempre contro il normativismo kel-seniano che Carl Schmitt indirizza i suoi massimi strali polemici: «[i]l positivismo» – scrive Taubes – «elude i problemi fondamentali e crede di potersi servire in modo neutrale dei suoi concetti».³⁰ Per Schmitt, questo costituisce al contrario un «autoinganno», uno smascheramento che si tratta di demolire, proprio perché «[i]l diritto statale non sa ciò che dice»: esso «lavora con concetti il cui fondamento, la cui radice, gli sono ignoti».³¹ In quella filosofia della vita concreta che congiunge l'apporto esistenziale dell'*eccezione* sovrana con le categorie del miracolo teologico, il giurista tedesco cerca di fornire una chiave di senso di fronte all'imbarazzante verità secondo cui il diritto statale «non comprende se stesso», perché pericolosamente sottomesso al messaggio della 'secolarizzazione' e del 'relativismo'. Come scriveranno limpidamente Wolf-Daniel Hartwich e Aleida e Jan Assmann, Schmitt collega il modello carismatico dell'*eccezione* con la struttura cattolica dell'unicità e della verità dell'ordine trascendente, ciò precisamente per l'enorme sfiducia nutrita nei confronti dell'uomo e della sua possibilità di auto-migliorarsi attraverso la ragione. In un vortice anti-illuministico e antropologica-

lettualizzazione e razionalizzazione non significa dunque una crescente conoscenza generale delle condizioni di vita alle quali si sottostà. Essa significa qualcosa di diverso: la coscienza o la fede che, se soltanto si volesse, si potrebbe in ogni momento venirne a conoscenza, cioè che non sono in gioco, in linea di principio, forze misteriose e imprevedibili, bensì che si può – in linea di principio – dominare tutte le cose mediante un calcolo razionale. Ma ciò significa il *disincantamento* del mondo. Non occorre più ricorrere a mezzi magici per dominare gli spiriti o per ingraziarseli, come fa il selvaggio per il quale esistono potenze del genere. A ciò sopperiscono i mezzi tecnici e il calcolo razionale. Soprattutto questo è il significato dell'intellettualizzazione in quanto tale».

³⁰ J. TAUBES, *La teologia politica di San Paolo*, Adelphi, Milano, 2008, p. 122.

³¹ *Ibid.*, p. 123.

mente pessimistico, «solo la verità, rivelatasi come volontà di Dio, è in grado di fondare un'autorità che pretende di essere rispettata». ³² In gioco, ancora una volta, sta l'idea della 'rappresentazione' su questa terra di un ordine legittimante che risiede nei cieli, in virtù del quale esso viene reso *visibile* e dunque cogente. La 'personificazione' del potere divino – suscettibile comunque di evolversi incarnando, di volta in volta, la figura del *messia*, del *monarca assoluto* e infine del *popolo* – sta a testimoniare, per Schmitt, della «non autarchia dell'uomo, [del]l'insufficienza delle sue facoltà, sia innate sia acquisite, [del]l'impossibilità di una fondazione immanente, razionale del suo modo di vivere». ³³

Ora, è proprio come soluzione a questo interrogativo che la dottrina schmittiana rifulge per il suo incedere imponente o a «squillo di trombe», come ancora la descrive Taubes ³⁴: l'*enigma* della sovranità impone lo sguardo attento sui meccanismi politici di legittimazione della legge, sul nesso stringente che lega 'autorità', 'rivelazione' e 'obbedienza'; in altri termini, su quella divisione dei poteri che fonda alla base la possibilità di una *decisione*, e quindi la nascita di un orizzonte del diritto nella forma di una 'legge' pur sempre tesa alla posticipazione indefinita del caos apocalittico. ³⁵ In quegli stessi anni, del tutto singolarmente, anche Hans Kelsen si ritrovò a riflettere sugli stringenti rapporti che collegavano il metodo teologico allo studio del diritto. Nel suo breve saggio *Dio e Stato* (1933), il giurista austriaco riserva particolare attenzione proprio alle forme di rappresentazione della sovranità all'interno della giuspubblicistica moderna, ma con un risultato – è già lecito immaginare – drasticamente opposto e polemico. ³⁶

Per Kelsen, pensiero politico e pensiero religioso convergono a partire dallo stesso sentimento *psicologico* che unisce gli individui nel loro vivere sociale, in particolare attraverso i sentimenti coartanti di 'obbligo', 'esaltazione' e 'dipendenza', così come innestati per il tramite della rela-

³² W.D. HARTWICH, A. ASSMANN, J. ASSMANN, *Postfazione*, in J. TAUBES, *La teologia politica di San Paolo*, cit., p. 229.

³³ *Ibid.*, p. 231.

³⁴ J. TAUBES, *La teologia politica di San Paolo*, cit., p. 123.

³⁵ Di qui, la nota e celebre definizione che lo stesso Taubes diede di Schmitt come di un «apocalittico della contro-rivoluzione», in J. TAUBES, *In divergente accordo*, cit., p. 19 e ss.

³⁶ H. KELSEN, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, ESI, Napoli, 1988, p. 139 e ss.

zione intersoggettiva. La religione impone obblighi e costrizioni; lo Stato prescrive vincoli e divieti; la famiglia si cristallizza come punto di convergenza tra le due istanze: in tutti e tre i casi, l'essere umano agirebbe al di sotto di una cappa di soggezione volontaria che, affatto sorprendentemente, per Kelsen rimonderebbe al noto paradigma edipico così come concettualizzato nel *Totem e tabù* di Sigmund Freud.³⁷ Ora, al di là di apparenti psicologismi, quello che suscita il vivo interesse di Kelsen è che tanto il diritto, quanto la teologia necessitano della rappresentazione *immanente* della propria trascendenza. Ciò risulta vero, prima di tutto, per il pensiero primitivo: qui «il re è identico a Dio, o per lo meno è considerato come rappresentante, come figlio, servo o strumento di Dio, e il suo comando vale come volontà di Dio».³⁸ Ma con il sopraggiungere delle teorie moderne della sovranità, il meccanismo in oggetto, pur subendo una parziale correzione, non è affatto alterato nel proprio funzionamento essenziale. Anzi: «tutta la più antica come [...] la più recente teoria dello Stato in generale»³⁹, secondo il giurista austriaco, sta a testimoniare delle stupefacenti concordanze rispetto alle soluzioni proposte dalla dottrina teologica di Dio. Ciò a livello tale (e appare sorprendente se a dirlo è proprio Hans Kelsen) da condurre ad una sorta di apparente 'teologia negativa': se quest'ultima ha effettivamente ad oggetto il regno ultramondano dei cieli, nello stesso senso essa riguarderebbe la terrena (ma perfetta) sconfinatezza della sovranità statale. Pur rimanendo all'interno di una sfera che è 'gnoseologica' e non ancora 'genealogica', Kelsen arriva quasi a lambire le conclusioni della stessa argomentazione schmittiana sul tema dell'eccedenza trascendente del sovrano. In un passaggio fulminante, l'immagine dell'eccezione miracolistica sembra addirittura palesarsi in tutta la sua enigmaticità:

[i]l dualismo di Stato e diritto non significa solo una contraddizione logico-sistematica, esso è in particolare anche fonte di un abuso giuridico-politico. Sotto le spoglie di una argomentazione di *teoria* del diritto e dello Stato esso permette a postulati puramente *politi-*

³⁷ Il testo e il significato della nota teoria freudiana appaiono, in effetti, citati esplicitamente nell'argomentazione di Kelsen: cfr. H. KELSEN, *Dio e Stato*, cit., p. 144, nota 4.

³⁸ *Ibid.*, p. 143.

³⁹ *Ibid.*, p. 148.

ci di fare irruzione nel diritto positivo. Il dualismo di Stato e diritto diventa un dualismo di due differenti sistemi di norme, l'uno in contraddizione con l'altro, dei quali si fa poi continuamente valere l'uno sotto il nome di «Stato», ragion di Stato, interesse di Stato (anche bene pubblico, «diritto» pubblico), quando l'altro, il diritto «positivo», porta conseguenze indesiderate per i governanti, che in verità si identificano con questo «Stato».⁴⁰

Ora, quello che Kelsen sta qui cercando di pensare attraverso la fraseologia di «postulati puramente *politici*» ricorda incredibilmente il governo dell'*eccezione sovrana*, ossia quel momento che, fuoriuscendo dalle maglie della legalità statale, vi si incunea poi nelle forme della misura emergenziale o del rimedio eccezionale, invocati infatti nel nome della 'ragion di Stato' o della 'crisi immediata', per venire infine giustificati dalla salvezza stessa o dalla salvaguardia imprescindibile di interessi pretestuosamente 'pubblici'. Esattamente come il 'sovrano' di Schmitt, il dualismo di Stato e diritto lamentato da Kelsen (doppio metafisico ed ipostatizzato rispetto all'insieme delle norme) è un'entità *meta*-giuridica: essa si nutre di una continua dialettica che dal 'dentro' – ossia dall'ordine costituito del diritto – conduce al 'fuori' – ossia alla misura politica straordinaria e costituente – e che appunto ritraendosi dall'esterno e valicando i confini della sovranità vi si inserisce surrettiziamente. In modo del tutto singolare, questo processo resta il frutto di una giustificazione intellettuale (o meglio, di una fallacia argomentativa) che si produce, a monte, proprio a partire dagli stessi espedienti messi in atto da certa dottrina giuspubblicistica:

[L]a dottrina, sulla base di un ordine diverso dall'ordinamento giuridico positivo, imputa allo Stato quegli atti che dal punto di vista dell'ordinamento giuridico positivo non sono comprensibili né interpretabili come atti giuridici.⁴¹

Il diritto pubblico da ciò scaturente è quindi per Kelsen un «*Öffentliches Recht*», ossia un diritto 'opinabile', e non il vero e proprio «*Staats-*

⁴⁰ *Ibid.*, p. 156.

⁴¹ *Ibid.*, p. 157.

recht», il ‘diritto dello Stato’: esso non sarebbe altro che una sorta «gioco di prestigio», un espediente che consiste nel fare «del non-diritto un diritto, di un nudo atto di forza un atto giuridico». ⁴² Ma proprio così, in questo costante ricircolo di ‘dentro’ e ‘fuori’, di immanenza e trascendenza dalla norma, lo Stato sperimenterebbe la stessa esperienza che contraddistingue la libertà ‘eccezionale’ e ‘sovrana’ di Dio, così come reificata nell’atto *miracolistico*:

[L]a libertà di Dio rispetto alle leggi naturali si esprime nel concetto del *miracolo*. Questo è un evento che non può essere compreso secondo leggi naturali e per la cui determinazione occorre riprendere il sistema sovra-naturale della volontà divina. [...] Proprio in ciò, in questo fuoriuscire dalla natura, in questa pretesa di un ordine sovra-naturale del volere divino differente dall’ordine della natura e da esso indipendente, risiede il momento caratteristico della teologia, in ciò proprio consiste il *metodo teologico*. È il metodo della dottrina dello Stato, che, col suo sistema sovra-giuridico – diverso dal sistema del diritto – di uno Stato meta- o sovra-giuridico, vuol tuttavia rendere comprensibile – giuridicamente – ciò che è giuridicamente incomprensibile, far credere il *miracolo del diritto*, proprio come la teologia il miracolo della natura. ⁴³

Insomma, di fronte a certi postulati politici che apparentemente ‘fuoriescono’ dall’ordinamento giuridico positivo, la loro inclusione nel perimetro della norma può avvenire soltanto per mezzo di un *gesto miracolistico*, teoreticamente ineffabile ed inspiegabile, che vale in concreto a determinare una «identità nella struttura dell’argomentazione» tra diritto e teologia. Come si è visto, con giudizio netto Kelsen rileva fino a che punto tali «tesi [abbiano] a che fare con la fede e nulla con la logica, perché le contraddizioni logiche di un sistema teologico non toccano per nulla la fede». ⁴⁴ Il trascendente resta così ‘superiore’ e ‘refrattario’ rispetto ai confini della norma, tanto da infrangerli incondizionatamente sia nel tempo, sia nello spazio. L’ordine precario della sovranità ingloba nel-

⁴² *Ibid.*, p. 158.

⁴³ *Ibid.*, p. 159.

⁴⁴ Così M. TROPER, *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Napoli, 1998, p. 131, che si sofferma sulle riflessioni kelseniane in tema di miracolo ed eccezione.

la sua stessa ragion d'essere la possibilità libera di fuoriuscire (e di ritornare) nelle orbite ellittiche del diritto pubblico, ma ciò – ammonisce ancora Kelsen – solo a prezzo di una irreversibile contraddizione logica.

3. *Legittimità e secolarizzazione*

Le tesi schmittiane, così come le suggestioni critiche testimoniate dall'ultimo breve saggio di Kelsen, tradiscono forse un particolare uso metaforico del linguaggio e dell'argomentazione, nonché, specificamente, la difficoltà che la dottrina giuspubblicistica incontra nel dar ragione di una *presentificazione* dell'elemento trascendente nelle maglie dell'immanenza del diritto. Come si è visto, se per Kelsen lo Stato è *tout court* personificazione e ipostatizzazione di un ordine normativo, per Schmitt l'intera sovranità giuridica riposa invece sull'incarnazione 'miracolistica' della possibilità sovrana di sospenderlo. Tale aporia diviene, a distanza di pochi anni, il principale punto di attacco del filosofo Hans Blumenberg, così come mostrata nel suo celebre *La legittimità dell'età moderna* (1966; II ed., 1974). In questo ponderoso affresco della storia del pensiero filosofico occidentale, Blumenberg rimprovera effettivamente a Schmitt una certa semplificazione analitica, di cui il concetto di *secolarizzazione* costituirebbe, di rimando, l'emblematico epicentro intellettuale:

[c]iò che è accaduto prevalentemente, o comunque finora con poche eccezioni specifiche e riconoscibili, nel processo interpretato come secolarizzazione può essere descritto non come *trasposizione* di contenuti autenticamente teologici nella loro autoalienazione secolare, ma come *nuova occupazione* di posizioni divenute vacanti da parte di risposte le cui relative domande non poterono essere eliminate.⁴⁵

⁴⁵ H. BLUMENBERG, *La legittimità dell'età moderna*, Marietti, Genova, 1992, p. 71. Per una bibliografia essenziale su questi temi, si vedano i recenti M. FOESSEL, J.F. KERVÉGAN, M. REVAULT D'ALLONNES, *Modernité et sécularisation: Hans Blumenberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss*, CNRS, Paris, 2007; A.D. OGOUGBE, *Modernité et Christianisme. Tome 1. La question théologico-politique chez Karl Löwith, Carl Schmitt et Hans Blumenberg*, l'Harmattan, Paris, 2010.

In breve, la 'rioccupazione' che sarebbe in oggetto nel processo teologico-politico descritto da Schmitt riguarderebbe categorie e concetti non originariamente teologici e poi de-teologizzati, ma paradigmi provenienti dalla stessa speculazione filosofica, che proprio dal pensiero teologico sarebbero stati poi successivamente recepiti e rimaneggiati, per tornare di nuovo, nella propria stratificata problematicità, all'attenzione dello studioso dell'età moderna.⁴⁶ Ma non solo. In questa sorta di «doppia traslazione»⁴⁷, l'assimilazione analogica 'coartante' addotta da Schmitt produrrebbe un effetto dai bagliori incatenanti e fatalistici: nello sguardo inflessibile di chi argomenta a favore del progressivo *decadimento* del teologico verso la sua dimensione secolare, ciò che si produce è null'altro che la *delegittimazione* del moderno stesso. Una delegittimazione che si alimenta mostrando il volto 'terribico' della teologia politica, il suo essere macchina anodina e pericolosa, aprioristicamente giustificativa verso ogni forma di 'assolutismo politico'.⁴⁸ Insomma, le metafore, per Blumenberg, devono rimanere metafore: esse non possono dotare di senso una determinata 'identità' storica, ma soltanto confondere le acque e obnubilare ogni lucida comprensione delle stesse.⁴⁹

Ora, al di là della forse fin troppo limitante e riduzionistica considerazione che il filosofo tedesco mostra di possedere delle figure del linguaggio⁵⁰, sicuramente il meccanismo teologico-politico, nonché le stessa

⁴⁶ H. BLUMENBERG, *La legittimità dell'età moderna*, cit., p. 29, ove per l'appunto si parla di «metaforismo di fondo» della secolarizzazione.

⁴⁷ M. SCATTOLA, *Teologia politica*, il Mulino, Bologna, 2007, p. 191.

⁴⁸ H. BLUMENBERG, *La legittimità dell'età moderna*, cit., p. 104. Cfr. in tal senso A. SCHMITZ, M. LEPPER, *Logica delle divergenze e tracce di comunanze*, cit., che proprio a tal proposito parlano della legittimazione dell'«invisibile arbitrio» mascherato dietro l'effigie dell'assolutismo teologico.

⁴⁹ Infatti: «[u]na metafora rimane pur sempre un artificio retorico, nulla di serio, e certo non suscettibile di condurre a una qualche conoscenza» (H. BLUMENBERG, *La legittimità dell'età moderna*, cit., p. 25).

⁵⁰ A smentire Blumenberg, basti solo ricordare come effettivamente il processo storico di 'secolarizzazione' risulti il condensato non soltanto 'metaforico', ma prim'ancora giuridico ed istituzionale di un'esperienza politica concreta, conflittuale, rappresentata per l'appunto durante il periodo della Riforma dal fenomeno di «espropriazione dei beni ecclesiastici a favore dei principi o delle chiese nazionali riformate» (così, G. MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2005, p. 25). Sul punto, cfr. anche P. PRODI, *Storia moderna o genesi della modernità?*, il Mulino, Bologna, 2012, p. 161, secondo cui «il dualismo, la divisione tra la sfera politi-

‘occupazioni’ e ‘rioccupazioni’ del fondamento di cui parla Blumenberg, operano attraverso spostamenti metaforici che contribuiscono a creare una vera e propria *narrativa* della sovranità. Ma ciò che il filosofo tedesco forse non arriva a cogliere definitivamente è il senso giuridico-pragmatico di questa operazione, ossia la vera ‘posta in gioco’ di tutto il discorso teologico-politico schmittiano. Esso concerne di sicuro la questione dell’assolutismo politico e della decisione suprema, ma sotto queste spoglie cela soprattutto la questione ‘arcana’ della dichiarazione suprema della ‘*competenza-sulla-competenza*’, ossia di quella posizione politico-giuridica, eccedente e sublime, che legittima a monte la creazione e la disposizione dell’intero edificio normativo dello Stato.⁵¹

Schmitt, ben conscio di questo tanto esiziale quanto terrifico elemento, non lesinerà affatto una replica *ad hoc*. In *Teologia politica II* (1970), pur riconoscendo il particolare valore dell’«insolito libro»⁵² di Blumenberg, egli preciserà come lo sforzo intellettuale gravitante intorno al tema del ‘teologico’ e del ‘politico’ si concentri specificamente sul «caso classico di un cambiamento delle parti», ossia sull’avvicendamento di Chiesa cattolica e Stato nel mezzo del c.d. *Jus Publicum Europaeum*.⁵³ Non vi è dunque nessuna astratta metafisica, come lamenterebbe invece Blumenberg, né alcuna pretesa delegittimazione del moderno, bensì lo studio di un caso concreto e tangibile ben radicato nella memoria storica dell’Occidente.

ca e quella religiosa [...] è frutto di tensione, di una lotta continua per il monopolio del potere; questa tensione è sempre stata però congiunta a un processo di osmosi, nel quale la tendenza della Chiesa a impadronirsi del potere politico e la tendenza della politica a sacralizzarsi costituiscono un *continuum* in cui nessuna delle due forze è riuscita a prevalere, ma nel quale ciascun protagonista ha assorbito almeno in parte i connotati dell’altro»; da ultimo, P. HERITIER, *Estetica giuridica – Primi elementi: dalla globalizzazione alla secolarizzazione*, I, Giappichelli, Torino, 2012, p. 145 e ss. Sul rapporto tra teologia e politica, nonché per un’efficace trattazione del termine ‘secolarizzazione’, cfr. anche G. MARRAMAO, *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 1994, p. 92 e ss.

⁵¹ Per uno studio sulle implicazioni teologico-politiche che il discorso concernente la ‘*competenza-sulla-competenza*’ possiede – ciò soprattutto nel contesto giuridico-politico statunitense – cfr. P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesis, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 132 e ss.

⁵² C. SCHMITT, *Teologia politica II*, cit., p. 90.

⁵³ *Ibid.*, p. 90.

Ma non solo. L'utilizzo di categorie teologiche squaderna quella realtà politica caratterizzante che esse stesse, *in nuce*, già custodiscono. Come proprio l'esegesi di un passo di Gregorio di Nazianzo (*Oratio theol.*, III, 2) citato da Peterson può rivelare, la dottrina della Trinità, rappresentando l'Uno sempre *in rivolta* con se stesso, nasconde un vero e proprio significato *stasiologico* che 'difficilmente' potrebbe essere scorporato dalla sua valenza intrinsecamente politica. Questo destino *conflittuale* del divino stinge, per Schmitt, sulla storia dell'uomo e, insieme, ne rappresenta il chiavistello di decodifica. L'idea dell'unità armonica tra entità separate maschera obliquamente la presenza di una dualità in rivolta e in opposizione che non può che condurre, agli occhi di Schmitt, al tema politico per eccellenza, vale a dire a quello della distinzione "amico-nemico". Per questo, come specificamente si evidenzia:

[L]a questione principale, che per me risulta dal politico, riguarda la realtà di un nemico, la cui reale possibilità io pure riconosco ancora in un'immagine speculare deteologizzata. Il suo cambiamento di parte dall'antica teologia politica in una nuda terrenità, a quanto si pretende totalmente nuova ed un'umanità umana da osservare esattamente in modo critico, resta in effetti un ufficio permanente di ogni sforzo di conoscenza scientifica.⁵⁴

L'«affinità di struttura sistematica»⁵⁵, come la definisce Schmitt, che così si comporrebbe sul piano teorico-dogmatico tra pensiero politico e categorie trinitarie, si svolge necessariamente anche sul piano 'pratico' del conflitto e dell'antagonismo: il diritto pubblico e le categorie della sovranità moderna in genere, fino alla discussione sull'odierna democrazia, risultano immersi in un 'inconoscibile'/'ingovernabile' di cui la teologia politica costituisce (se non la verità) almeno un tentativo di spiegazione.⁵⁶ Essa è ancora una riprova dell'esistenza polemica e peculiare del

⁵⁴ *Ibid.*, p. 101.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 83, nota 1.

⁵⁶ Sulla categoria del *vuoto* e dell'*ingovernabile* quale centro scenico della democrazia occidentale, si leggano le penetranti osservazioni di G. AGAMBEN, *Introductory Note on the Concept of Democracy*, in AA.VV., *Democracy in What State?*, Columbia University Press, New York, 2011, p. 4: «[o]ur Western political system results from the coupling of two heterogeneous elements, a politico-juridical rationality and an economic-govern-

diritto, del conflitto di competenza e del suo essere soggetto ad appropriazione e a disposizione da parte di un'istanza sovrana gerarchicamente apicale. Esprimersi attraverso il lessico della 'legittimità' (in opposizione a quanto fa Blumenberg, che invece appiattisce il senso profondo di questa espressione su quello, del tutto differente, di 'legalità') significa per l'appunto squadernare il problema di un'istanza *extra*-legale che ne trascende gli steccati. In breve, di quel 'principio teologico del mondo' che anche se calato nella materialità del conflitto concreto rende palese la fonte peculiare di ogni rivolgimento politico, nonché la profondità della dimensione storica dell'uomo.⁵⁷

In fin dei conti, vi è pur sempre una 'lotta' per il controllo della legge, e il teologico-politico non costituisce altro che un modo per pensare (e presentificare) la strategia stessa volta alla sua occupazione. Argomentare in termini di trasformazione o decadimento del 'politico' nel 'teologico' (o viceversa), analizzare gli 'inganni' della secolarizzazione, verificare le cesure fallaci che congiungerebbero la sovranità moderna con le categorie teologiche della pre-modernità significa ancora vedere soltanto *un lato* della figura. Ogni discorso sul fondamento partecipa, di comune intenzione, ad una medesima ed indiscussa pretesa di *inclusione simbolica*, ossia all'occupazione del luogo che sta al *centro* del canone, vale a dire di quella posizione che permette il legittimo e non contestato esercizio del dominio sugli altri.⁵⁸ Discutere, come fa Blumenberg, circa la presunta

mental rationality, a "form of constitution" and a "form of government". Incommensurable they may be, but they legitimate and confer mutual consistency on each other. Why does the *politeia* get trapped in this ambiguity? What is it that gives the sovereign, the *kyrion*, the power to ensure and guarantee the legitimacy of their union? What if it were just a fiction, a screen set up to hide the fact that there is a void at the center, that no articulation is possible between these two elements, these two rationalities? What if the task at hand were to disarticulate them and force into the open this "ungovernable" that is simultaneously the source and the vanishing point of any and all politics?».

⁵⁷ Per questo Schmitt può bollare come 'autistica' la posizione blumenberghiana sulla legittimità, lamentando come ragionare in puri termini di 'legalità' conduca al concepimento di un pensiero esclusivamente razionale ma anodino, ossia privo di inizio e di fine, incasellato e sospeso nel proprio asettico appiattimento normativo. Cfr. C. SCHMITT, *Teologia politica II*, cit., pp. 93-4; M. SCATTOLA, *Teologia politica*, cit., p. 199.

⁵⁸ Singolarmente, è ciò che riconosce anche Kelsen quando afferma: «[s]e si strappa la maschera dal volto degli attori che sul teatro politico recitano il dramma sociale o religioso, allora non è più Dio che premia e punisce, non è più lo Stato che condanna e fa la guerra, ma sono uomini che costringono altri uomini, è il signor X che trionfa sul si-

normatività del pensiero schmittiano – il quale veicolerebbe non un processo di similitudine concettuale ma l'equiparazione forzata di una «*teologia come politica*»⁵⁹ – impedisce di comprendere quel sostrato profondo verso cui Blumenberg stesso, peraltro, rivolge la propria analisi: quel 'mito' dell'*origine* che parla il linguaggio della fondazione degli ordinamenti, della loro 'incrollabilità', e quindi della riserva di senso che si produce autoalimentandosi nella storia violenta della conflittualità politica occidentale.⁶⁰

Per questo il discorso sulla secolarizzazione, ove ricondotto alla sua matrice etica e politica, è effettivamente il luogo di una 'ri-occupazione'; una rioccupazione che però, diversamente dalla strategia blumenberghiana, testimonia la propria somiglianza più rispetto ad un caleidoscopio di colori armonici, che al cambiamento radicale di paradigmi. Il *sacro*, nel suo elemento di «re-incanto» del mondo, nella sua riemersione quale forza che non ha mai abbandonato il contesto politico moderno, si occulta agli occhi di Schmitt sotto le pieghe di altre narrazioni, persistendo nel delimitare l'esperienza della legge fino a dotare di senso le strutture e le categorie più affini.⁶¹

Ogni discorso sull'allocatione e sulla ri-allocatione della Legge è pur sempre un discorso (retorico o meno; astuto o meno) per dichiarare e presentificare il luogo dell'*arché*, ossia dell'origine e del comando.⁶² In

gnor Y, o una bestia che appaga la sua rinnovata sete di sangue», in H. KELSEN, *Dio e Stato*, cit., p. 146.

⁵⁹ H. BLUMENBERG, *La legittimità dell'età moderna*, cit., p. 103.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 102.

⁶¹ Cfr. a tal proposito G. MARRAMAO, *Potere e secolarizzazione*, cit., p. 12, che rimandando a F. Lenoir (*Les métamorphoses de Dieu*) opportunamente sostiene non tanto la riemersione del 'religioso' in sé, quanto dei 'sacra', ossia di quelle istanze che il pensiero scientifico (e religioso) hanno viceversa tentato di bandire dall'orizzonte culturale attuale. Ma si veda anche P. PRODI, *Storia moderna o genesi della modernità?*, cit., p. 116, secondo cui «il potere ha sempre a che fare con il sacro e la grandezza dell'Occidente è consistita soprattutto nel recintare il sacro, non nell'espellerlo come un demone».

⁶² Come efficacemente scrive M. NICOLETTI, *Trascendenza e potere*, cit., p. 637, l'analisi teologico-politica è «un ponte che rimanda il politico alla sua origine, un'origine non colta e conosciuta con la chiarezza della ragione, ma solo intravista attraverso il medio della rappresentazione. Ma proprio nella rappresentazione offerta dal simbolo più che dalla potenza discorsiva dell'intelletto, può rendersi presente, anche se in forma storicamente relativa, ciò che è assente. Ed è la presenza di questa assenza il nocciolo te-

breve, di quel «soggetto della sovranità», per dirla à la Schmitt⁶³, nonché di quelle specifiche *competenze* che nel bagliore del ‘caso serio’ necessariamente si concretano come urgenti, problematiche, e soprattutto *decisive*. D'altronde – e lo ricordava anche Taubes – le metafore teologiche contengono, nel loro cuore, un «potenziale politico», così come specularmente i concetti giuridici ospitano un «potenziale teologico». ⁶⁴ Per questo il dibattito sulla teologia politica diviene in realtà immediatamente ‘strategico’ e giuridico al tempo stesso: esso è direzionato alla risoluzione dell’interrogativo sul soggetto che detiene la capacità di *scrittura* della legge. Nella tensione bipolare che accomuna e confonde i due gradienti, solo chi sa collocarsi lungo il crinale di quella vetta, solo chi assume la posizione autistica e cratologica dell’*illegalità* ne diviene il *legittimo* decisore, la sua autentica (e sconvolgente) ‘voce narrante’.

4. Ierofanie e profanazioni

Alla luce di quanto detto finora, risulta forse possibile riassumere la macchina teologico-politica nei termini di un potente dispositivo di produzione di significati (sociali, giuridici, istituzionali). In un celeberrimo passaggio, Kantorowicz sembra invero mettere in luce precisamente questo aspetto. Illustrando le caratteristiche regali di Federico II, egli fa gravitare l’intera esperienza religiosa, sociale ed etica dell’uomo medievale intorno alle prerogative divine del monarca:

[L]’uomo, in questa vita, non è ancora redento; e solo dal sovrano, dallo stato, può in certa misura essere ricondotto allo stadio dell’innocenza, o meglio: della *giustizia* – e per l’appunto grazie alla forza della giustizia, «regolatrice della vita umana». Col che la giustizia diventa una potenza salvatrice del mondo. ⁶⁵

ologico del politico, ciò che fonda la coscienza della radice del politico e ciò di cui il politico deve render conto».

⁶³ C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 37.

⁶⁴ J. TAUBES, *La teologia politica di san Paolo*, cit., p. 131.

⁶⁵ E.H. KANTOROWICZ, *Federico II imperatore*, Garzanti, Milano, 1976, pp. 224-5.

L'esistenza dell'uomo medievale è indissociabile dal diritto divino-naturale così come reificatosi nelle insegne regie dell'imperatore: se Dio è principio di ogni diritto, se Egli stesso è fonte della giustizia, il sovrano, nella propria «comunione mistica col dio vivente»⁶⁶, diveniva personalmente *lex animata in terris*.⁶⁷ Ciò senza considerare come la fede nella trascendenza del potere imperiale, nonchè nella sua esiziale missione salvifica, «vive[sse] già nei protagonisti della cultura romana orientale», secondo gli insegnamenti e i risultati della c.d. *teologia politica bizantina*, nella quale davvero la concezione romano-orientale del potere, le sue finalità spirituali di salvezza per l'anima dei sudditi e, in definitiva, la sua indefettibile funzione *soteriologica*, fanno «lievitare la vita politica nella sfera della superiore moralità cristiana», inducendo l'anima del principe terreno «ad un rispecchiamento della divinità» trascendente.⁶⁸

Insomma, insistendo ancora sui temi finora affrontati e considerando da vicino la nota posizione di Peterson sul punto, quest'ultimo non dimostra affatto che sul piano intellettuale non possa darsi *tout court* 'teologia politica', ma soltanto che il suo impiego, relativamente al messaggio cristiano, ne costituirebbe un 'abuso', ovvero un'appropriazione illegittima. Le sue critiche, per dirlo altrimenti, investono più il piano dei *valori* che non quello dei percorsi intellettuali. E del tutto specularmente, non così convincente appare anche la *reductio* blumenberghiana del teologico-politico a pura e semplice 'metaforologia': mirando a focalizzarsi esclusivamente sulla retoricità della figura analogica, Blumenberg perde di vista il tema centrale del *governo* del politico, al punto tale che impiegando a piè sospinto il termine 'legittimità' egli sembra quasi non avve-

⁶⁶ *Ibid.*, p. 214.

⁶⁷ Sull'importante questione secondo cui l'imperatore è incarnazione della giustizia e della legge, quindi "*lex loquens*" o "*lex animata*", oltre a quanto già sostenuto *supra*, si veda F. DVORNIK, *Early Christian and Byzantine Political Philosophy: Origins and Background*, I, Dumbarton Oaks Center for Byzantine Studies, Locust Valley, New York, 1966, p. 476.

⁶⁸ Su questi temi e per le citazioni impiegate nel testo, cfr. A. CARILE, *Teologia politica bizantina*, Fondazione Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto, 2008, p. xi. Si veda anche, esemplarmente, J. LE GOFF, *Il re nell'Occidente medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 4, secondo cui «il sovrano bizantino, il cui nome, *basileus*, deve tradursi con "re" e non con "imperatore" come si fa di solito, è rimasto per tutto il Medioevo un punto di riferimento per i re dell'Occidente medievale, tanto nell'imitazione che nella contrapposizione».

dersi che è proprio tale categoria (emblematicamente *giuridico-politica*) a testimoniare, da vicino, «la funzione decisiva svolta dal lessico immunitario di matrice teologica nella costituzione della modernità».⁶⁹

In questo senso, come anche di recente è stato suggerito, il teologico-politico costituisce piuttosto un orizzonte di tensioni bipolari: un luogo di intersezione di paradigmi che produce il proprio significato alla luce della dislocazione costante dell'uno verso i domini dell'altro, e viceversa.⁷⁰ Di più: il politico condiziona il teologico con la stessa intensità con cui il teologico contagia il politico. In entrambi i casi, il prodotto che si verifica è un mutamento di senso innescato in ciascuno dei due termini a partire dall'effetto performativo subito dall'altro.⁷¹ Già Georges Bataille poteva insistere «sul carattere religioso di ogni regalità e sul carattere sovrano insito in tutte le forme religiose», arrivando per questo a sostenere che «se non si coglieva quest'unità fondamentale», questo «luogo millenario» in cui convergevano «tutte le sorti miracolose di questo mondo», il senso stesso della sovranità sarebbe rimasto sfuggente e imprecisato.⁷² Una sfuggevolezza – nota ancora Bataille – così ambigua ed inafferrabile da condizionare lo stesso linguaggio alle sue spalle. Con diretto riferi-

⁶⁹ Così R. ESPOSITO, *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino, 2002, p. 93.

⁷⁰ R. ESPOSITO, *Due*, cit., pp. 4-5, secondo cui il dispositivo teologico-politico «[f]in nel suo nome è costituito da due termini connessi ma mai del tutto corrispondenti, e anzi legati da una sorta di eccesso dell'uno nei confronti dell'altro. Ciò che definisce, nella sua dinamica, la procedura teologico-politica non è tanto la giunzione, quanto il dislivello che oppone ciò che pure unisce». In questo senso, può parlarsi di un vero e proprio “effetto incrociato”, di un “doppio flusso”, il quale «mentre politicizza la teologia, teologizza la politica. Quale dei due processi sia originario rispetto all'altro è domanda fuorviante, che pure ha condizionato l'intera storia della teologia politica, dal momento che presuppone esattamente ciò che non si dà – vale a dire la compattezza dell'origine, fin dall'inizio divaricata in due direzioni diverse» (*ibid.*, p. 78).

⁷¹ Per questo, come ancora Esposito può sostenere, «[t]eologia politica non è, in sé, né un'unità né una separazione ma un'unità costituita da una separazione – un Due che tende all'Uno mediante l'inclusione escludente dell'altro polo» (R. ESPOSITO, *Due*, cit., p. 79).

⁷² G. BATAILLE, *La sovranità*, SE, Milano, 2009, pp. 41-2. Sulla sfuggevolezza, o sul ‘paradosso’ della sovranità in Bataille, cfr. soprattutto G. AGAMBEN, *Bataille e il paradosso della sovranità*, in J. RISSET (a cura di), *Georges Bataille: il politico e il sacro*, Liguori Editore, Napoli, 1987, pp. 115-9, il quale iscrive l'aporia della soglia eccedente e sconfinata del soggetto sovrano all'interno della dualità aristotelica *atto-potenza*.

mento alle difficoltà dei teologi nel discorrere circa la regalità di Dio, e con particolare riferimento questa volta alle prerogative del sovrano, ogni teoria del potere sarebbe presto divenuta “teologia politica *negativa*”.⁷³ Così, è il simbolismo della correlazione «fra potere divino e potere politico sotto forma di analogia e la conseguente unificazione della dirigenza politica e religiosa in mano a rappresentanti terreni»⁷⁴ ad emergere come campo problematico di studio.

Eppure, l'immagine che forse più di ogni altra appare adatta per la comprensione del dibattito teologico-politico è rappresentata dal termine allusivo e stringente di “*profanazione*”. Ciò non solo per l'eclatante uso che proprio Sir William Blackstone mostrò di impiegare nei suoi *Commentaries on the Laws of England* (1765) – in particolare allorché rivendicò il diritto alla discussione delle prerogative regie dei monarchi

⁷³ G. BATAILLE, *La sovranità*, cit., p. 112-3, in cui viene fatto notare come se da un lato è la teologia ‘positiva’ che conduce semplicemente alla banalizzazione delle azioni di Dio, trivialmente assimilate alla catena dei mezzi e dei fini, dall'altro è la teologia *negativa* di Dionigi l'Areopagita a restituire viceversa alla figura divina la sua inesprimibile maestà. Per un efficace rispecchiamento di tale impostazione, si pensi solo al discorso di Giacomo I circa l'atto di arroganza (*presumption*) ed il reato di ‘sedizione’ (*sedition*) che avrebbero colpito chi, tra i sudditi del re, avesse osato disputare circa le prerogative concesse al monarca. Cfr. il testo completo del discorso in C.-H. MCILWAIN (a cura di), *The Political Works of James I*, Harvard University Press, Cambridge, 1918, p. 310. A ciò è da aggiungersi l'analisi polemica che ne effettua William Blackstone nei suoi *Commentaries on the Laws of England* (v.d. nota 75), ove testualmente si ripropone il severo giudizio di Elisabetta I e Giacomo I opponendovi tuttavia «*the language of our ancient constitution*» quale eminente espressione di garanzia, di libertà e di moderazione (i.c.d. «*principal bulwarks of civil liberty*») tali da costituire, a partire dagli scritti di Bracton e non solo, le fondamenta politiche del Regno Britannico, da sempre a favore di una limitazione dei poteri eccezionali del sovrano in ossequio al rispetto del contratto originario tra monarca e sudditi del Regno. Da ciò, secondo il giurista inglese, discenderebbe al contrario come perfettamente opportuna e compatibile con la maestà sovrana la discussione sulle prerogative monarchiche («[T]here cannot be a stronger proof of that genuine freedom, which is the boast of this age and country, than the power of discussing and examining, with decency and respect, the limits of the king's prerogative»). Per tutti i passaggi citati, cfr. W. BLACKSTONE, *The Oxford Edition of Blackstone's: Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Rights of Persons*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 230 e ss. Sul punto, si veda anche W. PREST, *Re-Interpreting Blackstone's Commentaries. A Seminal Text in National and International Contexts*, Hart Publishing, London, 2014, p. 176.

⁷⁴ A. CARILE, *Teologia politica bizantina*, cit., p. 15.

d'Inghilterra⁷⁵ – ma anche e soprattutto per il significato stesso che tale termine restituisce nel suo contesto d'appartenenza.⁷⁶ *Profanare*, secondo la definizione che ne fornì il giurista Trebazio, indica «ciò che, da sacro o religioso che era, viene restituito all'uso e alla proprietà degli uomini». ⁷⁷ Questo significato emerge dalla stessa filigrana etimologica del lessema, che mira invero ad isolare ontologicamente e concettualmente ciò che è consacrato alla divinità in quanto situato 'dinanzi' o 'fuori' (*pro*) dal perimetro del 'tempio' (*fanum*). In definitiva, ciò che contraddistingue la semantica del concetto è l'idea del *passaggio*, del movimento eccedente da una sfera (quella sacra) ad un'altra (quella laica), messo in atto nell'attraversamento di una cesura o di un passaggio che unisce, ed allo stesso tempo divide, le sue sfere.

Eppure ogni separazione, così come ogni 'profanazione', «contiene o conserva in sé un nucleo genuinamente religioso» – un «resto di sacralità». ⁷⁸ In altri termini, un frammento della sua traccia archetipica che persiste in modo latente nella struttura stessa della *res profanata*. In questo senso, ancora, il termine profanazione si dimostra sensibilmente diverso dal concetto, apparentemente simile eppur collegabile, di 'secola-

⁷⁵ Come infatti si può leggere nell'importante *Commentario*, il discutere e l'esaminare i limiti di tali attributi costituisce «[a] topic, that in some former ages was thought too delicate and sacred to be profaned by the pen of a subject. It was ranked among the *arcana imperii* [imperial secrets]; and, like the mysteries of the *bona dea* [good goddess], was not suffered to be pried into by any but such as were initiated in its service; because perhaps the exertion of the one, like the solemnities of the other, would not bear the inspection of rational and sober inquiry» (in W. BLACKSTONE, *The Oxford Edition of Blackstone's: Commentaries on the Laws of England*, cit. p. 230). In questa direzione cfr. anche E.H. KANTOROWICZ, *I misteri dello Stato*, in ID., *I misteri dello Stato*, Marietti, Genova, 2005, p. 192, secondo il quale «il significato del termine "sacrilegio" si avvicina a quella "zona di silenzio" che era riservata ai *mysteria* e agli *arcana* della Chiesa e della Corte».

⁷⁶ Sulla semantica di questo termine, si vedano le importanti riflessioni di G. AGAMBEN, *Elogio della profanazione*, in ID., *Profanazioni*, Nottetempo, Roma, 2005, pp. 83-107.

⁷⁷ Definizione che ci viene riportata, tralazziamente, da Macrobio (*Sat.*, 3.3.4): «*eo accedit quod Trebatius profanum id proprie dici ait 'quod ex religioso vel sacro in hominum usum proprietatemque conversum est'*». Per questi temi, cfr. C. SANTI, *Alle radici del sacro. Lessico e formule di Roma antica*, Bulzoni Editore, Roma, 2004, p. 87 e ss.; L. GAROFALO, *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 22-3.

⁷⁸ G. AGAMBEN, *Elogio della profanazione*, cit., p. 85 e ss.

rizzazione'. Se la prima sembra 'disattivare' *tout court* il potenziale religioso di un concetto, manomettendolo e collocandolo in un dominio differente (quello puramente umano e mortale dell'esperienza mondana), la seconda lo trapianta inalterato da un terreno all'altro, custodendone intatta la forza del significato. Per questo la secolarizzazione – come certo efficacemente è stato detto – «non [è] un concetto, ma una *segnatura*», ossia uno scarto che producendosi in un segno o in un contesto «lo marca e lo eccede per rimandarlo a una determinata interpretazione o a un determinato ambito, senza, però, uscire dal semiotico per costituire un nuovo significato o un nuovo concetto». ⁷⁹

Ma ciò nonostante entrambi i termini, pur colti nelle rispettive peculiarità, possono in parte accomunarsi, illustrando allo stesso modo una medesima operazione 'dislocante'. Similmente rispetto all'esperienza della secolarizzazione, la profanazione non è affatto una neutralizzazione *totale* del 'sacrum': come al contrario voleva Blackstone, essa mantiene al suo interno un consistente carico di *ambiguità*, una zona di indicibile timore che persiste allo stato di 'rovina', di 'residuo', in breve di 'traccia' segnica di un percorso arcaico. ⁸⁰ Indipendentemente dal fatto di potersi apprezzare come *res* genuina o come prodotto retorico, come dato originario o come oggetto artefatto, il *quid* profanato mantiene ancora inalterata la propria intrinseca capacità di cogenza, avvicinandosi quindi al contesto comunemente considerato come *secolarizzato*. Insomma, la profanazione, appunto in quanto derivata per gemmazione dal contesto sacrale, non dimentica 'le proprie origini'. Anzi, è esattamente attraverso questa narrativa del *ricordo* che può rintracciarsi il vertice ottico di quel fondamento trascendente del potere e del diritto così rilevante per la storia del 'politico' occidentale, nonché per tutti gli attuali tentativi di ricostruzione.

Con un balzo indietro di qualche secolo, questo aspetto risulta particolarmente evidente in virtù dell'apprezzamento fortissimo dimostrato

⁷⁹ G. AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria*, cit., p. 16.

⁸⁰ Così anche M. ELIADE, *Il sacro e il profano*, Bollati Boringhieri, Torino, 1984, p. 127 e ss., ove si parla di una confusione tra *essere* e *sacro* che attiene a tutte le sfere del sociale e del politico moderne, pur a seguito di un tentativo radicale di de-sacralizzazione dell'esistenza umana, tale per cui, davvero, «l'uomo profano, lo voglia o no, porta ancora le tracce del comportamento dell'uomo religioso» (*ibid.*, p. 129).

dai primi giuristi medioevali nei confronti del diritto romano classico. Per costoro – come ben illustrano le ricerche di Francesco Calasso – il diritto romano arrivava ad incarnare quella singolarissima (e devotissima) forma di profanazione ‘*capovolta*’ che proprio nella «santa missione» dei glossatori finiva poi emblematicamente per realizzarsi. Ciò, si può aggiungere, si verificava al punto tale da conformare l’arte stessa dei giuristi a pratica *consustanziale* rispetto alla venerata funzione degli antichi «sacerdoti», per mezzo di quella ideale sostituzione che dalle sorgenti immemorabili dei ‘*sacra*’ conduceva infine alle capacità di lettura, commento ed interpretazione delle *leges*.⁸¹ Insomma, si dava davvero una *surrogazione* del ‘sacro’ – se così si può dire – che tanto più importante appariva se si tiene a mente come proprio intorno alla ‘legge’ ed al suo *rigor* concettuale si andasse dispiegando una nuova forma di “sovranità” quale appunto principiava agli albori del XII e XIII secolo, tale quest’ultima da negare l’arbitrio del *de facto* o della disputa meramente politica per incastonarsi, viceversa, nella supremazia della *regula iuris*, in quella *ratio* pratico-operativa che si ergeva a sostituto laico per eccellenza dell’ordine ecclesiastico.⁸²

⁸¹ Cfr. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Giuffrè, Milano, 1957, p. 88, ove per l’appunto negli «interpreti dell’antico diritto civile» veniva ravvisata la santità della missione sacerdotale, ciò in particolare alla luce del noto passaggio di Accursio, *Apparatus* in Dig. 1.1.1: «*Sacerdotes. Quia ut sacerdotes sacra ministrant et conficiunt, ita et nos, cum leges sint sacratissimae*». Menziona lo stesso passaggio anche E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re. L’idea di regalità nella teologia politica medioevale*, Einaudi, Torino, 2012, p. 119 (nota 101), nonché altri simili (*ibid.*, p. 120, nota 103), fino ad arrivare all’enunciazione del sintetico ma eclatante apoteigma di Guglielmo Durando (*Rationale divinorum officiorum*, II, 8.6), per il quale «giustamente noi [i giurisperiti] siamo chiamati “sacerdoti”» (cit. sempre in E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 123, nota 114, il quale può dunque concluderne che «[i] giuristi medioevali, [...] colpiti dalla grave solennità dell’antico diritto romano, che era ovviamente inseparabile dalla religione e dal contesto sacrale in genere [...] salvarono gran parte dell’eredità medievale trasferendo talune delle proprietà peculiarmente ecclesiastiche della regalità entro un contesto giuridico, preparando così la nuova aura dei sorgenti Stati nazionali e, nel bene e nel male, delle monarchie assolute»).

⁸² E si consideri in questo senso, come ancora ricorda Calasso, la preoccupazione *tutta giuridica* che Federico Barbarossa mostrò nel rivolgersi ai suoi giureconsulti ai fini della chiarificazione di quel dilemma, esiziale per una geopolitica del potere medioevale, consistente nel comprendere quali fossero i «*regalia iura*», e concretizzatosi infine

È dunque in questa particolare forma di “*religio iuris*” che la profanazione rifugge quale vettore di senso, quale vero e proprio laboratorio intellettuale, nonchè dispositivo vertiginoso e raffinato, in cui la sacertà del religioso trapassa indistintamente nei confini del dominio secolare della legge. Come dimostra ancora Kantorowicz, l’*ibridismo* politico-religioso che contraddistinse il giurista-sacerdote poteva così nutrirsi di «distinzioni, antitesi, similitudini, [...] ripetute numerosissime volte, [che] contribuirono a creare la nuova sacralità dello Stato secolare e i suoi “misteri”». ⁸³ Questi “*arcana*” arrivarono a condizionare lo stesso potere *politico* dell’imperatore, come in una forma di subliminale osmosi culturale, per raggiungere infine quel preciso nodo istituzionale rappresentato dalla ricerca di una legittimità piena, solida e duratura. Qui agiscono precisamente le *finzioni* del diritto medioevale quali specchi ribaltati della stessa pratica profanatoria: la doppia natura del corpo del sovrano, il suo «sposalizio mistico» con il regno dei sudditi ⁸⁴, il ricorso insistito all’immagine dell’eucarestia ⁸⁵, l’equiparazione tra Cristo e il *Fiscus* ⁸⁶, lo stesso avvicinamento della figura di Dio a quella del Principe – oramai ritenuto, *ad imitationem*, come “*christus Domini*” ⁸⁷ – nonché la peculiarità semidivina consistente nell’ubiquità del medesimo sovrano in ogni parte del regno ⁸⁸ (idea suscettibile, peraltro, di infinite applicazione tanto nell’assolutismo moderno, quanto nell’orizzonte della burocrazia contemporanea), ebbene sono tutti elementi che agiscono come potenti dispositivi simbolico-politici introiettati nella storia culturale e religiosa del diritto. ⁸⁹ Ogni istituzione, per il fatto stesso di essere un ‘*quid*’ di fabbri-

nell’interrogativo fondamentale se l’imperatore, realmente, «*utrum de jure esset dominus mundi*» (cfr. F. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*, cit., p. 89).

⁸³ E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 121.

⁸⁴ ID., *La regalità*, in ID., *I misteri dello Stato*, cit., p. 59.

⁸⁵ ID., *Pro patra mori*, in ID., *I misteri dello Stato*, cit., p. 85 e ss.

⁸⁶ ID., *Christus-Fiscus*, in ID., *I misteri dello Stato*, cit., p. 175 e ss.

⁸⁷ ID., *Deus per naturam, deus per gratiam*, in ID., *I misteri dello Stato*, cit., p. 100 e ss.

⁸⁸ ID., *Invocatio nominis imperatoris*, in ID., *I misteri dello Stato*, cit., p. 139 e ss.; p. 150.

⁸⁹ Il discorso sulle ‘finzioni’ del diritto, occorre premettere, è tanto ampio da non poter essere in questa sede neanche minimamente soddisfatto. Si vedano però, come importanti introduzioni sull’argomento, E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all’epoca augustea*, CEDAM, 1997, p. 144 e ss., il quale sottolinea efficacemente come «[n]ell’esperienza giuridica romana la finzione nasc[a]

cato, di artigianale, di ‘finto’, condivide i medesimi caratteri genetici delle finzioni⁹⁰, una sorta di «lingua *mezzo-teologica* presso i giuristi» che «condusse lo Stato secolare all’interno della sfera del “mistero”»⁹¹, cosicché è proprio prendendo sul serio tali immagini che diviene possibile «riconoscervi l’esercizio stesso del potere sovrano, i segni delle sue evoluzioni e il loro carattere più segreto».⁹²

La ‘divinizzazione’ (o spiritualizzazione) del politico e della sua legge – cifra elettiva del pensiero occidentale e non solo – si nutre dell’idolatria figurale rappresentata e riverberata nei suoi meccanismi finzionali-secolari. Il trasferimento e l’incorporazione della potenza del mito simbolico nelle maglie del funzionalismo giuspolitico si intreccia da vicino con una contaminazione

in sacris; di lì [...] essa si trasformerà, poi, ad altri ambiti del diritto arcaico», dimostrando con ciò come proprio dalla trascendenza dell’espedito religioso la finzione tragga poi, successivamente, la propria legittimità giuridica. Ma si veda anche F. TODESCAN, *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, CEDAM, 1979, p. 89 e ss., ove viene ribadita l’importanza assoluta dell’arte dei glossatori nel ripercorrere l’esperienza concettuale giustiniana e nel riadattarla e riplasmarla all’interno dell’esperienza giuridica medioevale sulla base di una spiccata inventiva concettuale, soprattutto sui temi della «persona giuridica» e della «*universitas*», certificando dunque in questo modo «il tentativo di cogliere [...] l’essenza della *fictio*, di segnarne con precisione i confini, di collocarla in un più vasto contesto, già intriso di preoccupazioni ontologiche» (*ibid.*, p. 88). Per altri lavori rilevanti, cfr. P. BIRKS, *Fictions ancient and modern*, in N. MCCORMICK, P. BIRKS (a cura di), *The Legal Mind. Essays for Tony Honore*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 83-101; G. BOYER, *Sur quelques emplois de la fiction dans l’ancien droit oriental*, in *Revue Internationale des Droits de l’Antiquité*, 1, 1954, pp. 73-100; G. MACCHIARELLI, voce *Fictio iuris*, in *Enc. giur. it.*, VI, Milano, 1903, pp. 538-73; S. PUGLIATTI, voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 658-73; V. COLACINO, voce *Fictio iuris*, in *Noviss. Dig. It.*, sez. VII, UTET, Torino, 1957, p. 269 e ss.; L.L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford, 1967; A. LATORRE, *La finzione nel diritto*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 2000, p. 315 e ss.; G. SAMUEL, *Is Law a Fiction?*, in M. DEL MAR, W. TWINING (a cura di), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer, New York, 2015, pp. 31-54. Per uno sguardo di più ampi orizzonti sul fenomeno, cfr. H. VAHINGER, *La filosofia del come se*, Ubaldini Editore, Roma, 1957.

⁹⁰ Come noto, il termine ‘finzione’ richiama etimologicamente l’idea del «modellare l’argilla», nonché, per estensione, i concetti affini del «plasmare», «trasformare», «creare». Su questi spunti, si veda l’analisi filologica contenuta in A. ERNOUT, A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, Paris, 2001, pp. 235-6, s.v. *finjo*.

⁹¹ E.H. KANTOROWICZ, *I misteri dello Stato*, in ID., *I misteri dello Stato*, cit., p. 216.

⁹² Così G. SOLLA, *Finzioni*, in E.H. KANTOROWICZ, *I misteri dello Stato*, cit., p. 11 e ss., cui si rimanda per una puntuale analisi del concetto nella sua declinazione politico-giuridico-teologica.

metaforica che è soltanto infelice *naïveté* considerare frutto di un puro ‘gioco’ linguistico. L’arte della *fictio*, così come quella simile dell’artificialismo istituzionale, non è null’altro che l’impiego consapevole di una metafora quale potente strumento tecnico-giuridico, ma precisamente *in questo modo* essa si disvela quale ganglio nevralgico e strumento narrativo del potere.

Per questo, nell’equiparazione strutturale del sovrano con Dio, nonché nell’avvicinamento del “*corpus Christi*” a quello “*mysticum*” del regno e del popolo, si realizza il grado massimo della finzione/profanazione e, insieme, il dispositivo genetico più intenso del teologico-politico nel moderno.⁹³ La fondazione religiosa, ma anche politica, della sovranità passa così attraverso l’incorporazione della stessa dottrina sacrale, in parallelo con l’immagine immemorabile dell’incarnazione di Cristo.⁹⁴ Specularmente, nell’interscambio duale tra mondo secolare e universo sacrale, tra *imitatio imperii* e *imitatio sacerdotii*, in quel gioco di rimandi e di allusioni che coinvolge metafore, figure del linguaggio, residui classici e

⁹³ Per una storia dell’espressione ‘*corpus mysticum*’ e delle sue applicazioni nel contesto politico, si rimanda ovviamente alla fondamentale ricerca di H. DE LUBAC, *Corpus Mysticum. L’Eucarestia e la chiesa nel Medioevo*, Jaca Book, Milano, 1982; da ultimo, si veda R. BALDISSONE, *Mystical Bodies and Bodies of Law: On Juridical Theology and the (Re)Foundations of the West*, in D. CARPI, M. LEIBOFF (a cura di), *Fables of the Law. Fairy Tales in a Legal Context*, De Gruyter, Berlin, 2016, pp. 111-34. Come inoltre sottolinea Roberto Esposito, la potenza figurale di questa metafora giocherà un ruolo talmente essenziale da permettere la sua sopravvivenza e la sua rigenerazione anche quando, durante la Rivoluzione francese, l’immagine del ‘capo’ del corpo politico sarà definitivamente tolta ed incorporata nell’organismo collettivo della *nazione*: «[è] questa ormai – attraverso la rappresentazione dell’Assemblea nazionale – il nuovo soggetto dell’analogia, adesso traslata dall’antico corpo del re a quello dei cittadini riuniti in un unico popolo» (R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., p. 140). Ed è proprio leggendo i testi di Sieyès (in particolare *Che cos’è il terzo stato?*), aggiunge Esposito, che appare evidente «come non soltanto la metafora del corpo resti ostinatamente al centro dell’argomentazione, ma che proprio essa costituisca il tramite retorico e figurale attraverso il quale la rottura rivoluzionaria viene rappresentata come necessaria alla vita della nazione» (*ibid.*). Per un approfondimento di questi temi, cfr. P. PASQUINO, *Sieyès et l’invention de la constitution en France*, Editions Odile Jacob, Paris, 1998, p. 62 e ss.

⁹⁴ Ancora secondo le argomentazioni di Esposito, «[c]ome Cristo – secondo la formula originariamente paolina, poi traslata in tutta la tradizione patristica e scolastica del *corpus mysticum* – tiene unito, in funzione della sua doppia natura, l’insieme della cristianità che si riconosce in lui, così il monarca concentra nella sua persona, fisica e istituzionale, il principio di unificazione del corpo politico impedendone la frantumazione e la deflagrazione» (R. ESPOSITO, *Immunitas*, cit., p. 81).

loro rielaborazioni canonistiche medievali, il centro del diritto viene progressivamente catturato dalla *politicità* del figurale, o, per dirla similmente, dall'eccedenza politica dei tropi linguistici nella loro valenza effettuale di *vettori* di storicità e di religiosità politiche concrete.

Per questo non appare forse del tutto condivisibile la critica che Yan Thomas – in un importante saggio dedicato proprio al ruolo della finzione nel pensiero giuridico occidentale – ha potuto esprimere sui risultati delle ricerche dello storico tedesco. Per Thomas,

il mondo dell'irrealtà non dipende da una qualche simpatia dello spirito giuridico per le ipotesi distorte. E tanto meno dipende da un qualche misterioso potere che i giuristi avrebbero avuto, grazie al quale avrebbero potuto far trascorrere la sostanza di una cosa in un'altra, trasferendola da un campo all'altro, come suggeriva E. Kantorowicz, affascinato com'era dalla potenza dell'illusione, e distolto, a causa di questa stessa fascinazione, da una fredda analisi della tecnica giuridica.⁹⁵

La reificazione di tali artifici sarebbe così, per Thomas, null'altro che il prodotto mendace del condizionamento impressionabile subito dal debole Kantorowicz, in altri termini della fascinazione irrazionale di cui questi sarebbe rimasto vittima, e ciò perché forse intelletto troppo 'sensibile' e 'suggestionabile', mente troppo poco 'smaliziata' per disgiungere la menzogna delle immagini dalla *verità* della pragmatica giuridica.⁹⁶

Eppure, ciò di cui il romanista francese non si avvede forse del tutto è che la finzione (in questo caso nella sua accezione «*dogmatica*») non è soltanto (e chiaramente) un armamentario tecnico-artigianale del diritto, ma, più a monte, un vero e proprio dispositivo di senso del *politico*: la finzione è una membrana sottile che circonda e avvolge le meccaniche corporee tanto del 'politico', quanto del 'giuridico'. Essa è quella pulsazione costante che, ancora oggi, attraverso le narrative del *case-law* così come nei repertori giurisprudenziali continentali, vi conferisce forma fisica ed

⁹⁵ Y. THOMAS, *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medioevali*, Quodlibet, Macerata, 2016, p. 58.

⁹⁶ Di fronte a ciò quasi decade a mera clausola di stile la notazione, dallo stesso Thomas apposta in nota, secondo cui, indipendentemente da ogni obiezione, «[n]on si può certo negare la genialità di Kantorowicz» (Y. THOMAS, *Fictio legis*, cit., p. 58, nota 66).

unitarietà logica. In controluce, la finzione lascia trasparire i tempi ed i modi di questa operazione, ma lungi dal farne il semplice prodotto di un opportunismo ‘storico’ (o ‘economico’, come spesso si è enunciato in letteratura), dettato da null’altro che dalle esigenze minute di risoluzione dei casi specifici, essa si accentra al contrario come perno e dispositivo di senso, come enorme liturgia arcaica da ammirarsi nel suo incedere storico e performativo, così da atteggiarsi, infine, a forma eclatante e inaudita di genesi politico-sacrale delle istituzioni.⁹⁷

Insomma, aveva ragione Maitland, anche se inconsapevolmente, quando poteva indugiare con sarcasmo sul «meraviglioso dispiego di metafisico – o potremmo dire metafisiologico – *nonsense*» di cui la teoria dei ‘due corpi’ del re sarebbe, ad esempio, compiuta espressione.⁹⁸ Questa bizzarra ‘assurdità metafisica’, questa sorta di finzione incapsulata in un’altra finzione, è null’altro che lo specchio ribaltato dello scivolamento convergente di molteplici piani semantici nella storia giuridico-politica dell’Occidente; uno slittamento che ha condotto alla reciproca contaminazione tra “universo religioso” e “universo secolare”, a quella forma di trascendenza *intra*-politica che ‘porosamente’ rimanda verso la dimensione più estrinsecamente empirica del governo temporale⁹⁹, e tale infine da cristallizzarsi nell’edificazione di quell’immensa «teologia laica» definita, icasticamente, “*scientia juris*”.¹⁰⁰

⁹⁷ Per questa ragione (e contrariamente rispetto alle convinzioni del medesimo Autore) il contributo di Thomas si rivela, in realtà, di estremo interesse: nell’esame impeccabile delle preoccupazioni sistematiche dei pensatori medioevali, nonché degli *escamotages* concepiti da questi ultimi per armonizzare (o smussare) le idiosincrasie che opponevano tra loro mondo classico e mondo cristiano, il romanista francese restituisce la dimensione più autenticamente *politica* di questa forma di potere (‘pragmatica’ ma allo stesso tempo *arcana*), così come detenuta peraltro dal ceto dei giuristi. E in effetti, nulla più del riuscito trapianto di quell’universo di tecnicità pratiche tipico della giurisprudenza romana all’interno del messaggio cristiano prima, e della realtà assolutistica poi, è in grado di dimostrare meglio l’*onnipotenza* (o la sconfinatezza assoluta) della concettualità gius-civiltistica (cfr. Y. THOMAS, *Fictio legis*, cit., p. 74, nota 86).

⁹⁸ F.W. MAITLAND, *The Crown as Corporation*, in ID., *Selected Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1936, p. 104 e ss.

⁹⁹ Cfr. C. COSTANTINI, *Comparazione giuridica, ontologia politica e rappresentazione*, in *Pólemos*, 2, 2010, p. 149, nonché G. DUSO, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 197.

¹⁰⁰ H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 1998, p. 176.

Vi sarebbe, così, una *lectio facilior* del rapporto fra teologia e diritto, ma anche una *difficilior*: quella secondo cui, da un lato ed effettivamente, si dà un campo di tensioni bipolari, un interscambio duale che collega reciprocamente i due addendi; ma anche un'altra secondo la quale, fra di essi, si interporrebbe una soglia mobile, un passaggio a due corsie, che come un turbini vorticante attraversa la circolazione giuridico-culturale dei modelli atteggiandosi rispettivamente a *profanazione* o a *sacralizzazione*, a 'disvelamento' o ad 'occultamento' dei formanti, a seconda che la teologia trapassi nel diritto o il diritto nella teologia. Duncan Kennedy ha singolarmente potuto rilevare la stringente contaminazione lessicale che congiunge, fino ad oggi, queste due alterne dimensioni:

[t]he religion analogy sometimes indicates that people “reverence” the Constitution (perhaps as an emanation of the democratic deity The People) much as they reverence the Bible as God’s word in mainstream religion, that they attribute great power to law, as a kind of analog to the Holy Spirit, an emanation of divinity, that there is an aura of spirituality to discussions of the document and of the rights that it supposedly guarantees, that the Framers are like prophets, and that the document gets exegesis in a spirit like that of biblical exegesis.¹⁰¹

In questa lettura, pur volutamente critica, emerge però concretamente l'intrinseca delicatezza della pratica di amministrazione del diritto, ed il fatto che, specularmente, essa possa presentarsi come singolare 'problema' teologico.¹⁰²

Così, ciò che rimane da ultimo è l'autentico interrogativo sulla reale *permanenza* del teologico-politico nel moderno e, financo, nel contem-

¹⁰¹ DU. KENNEDY, *American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist*, in *Nova Law Review*, 19, 1995, p. 909 e ss. La rivelazione dell'origine teologico-politica dei Padri costituenti, nonché la successione di tale liturgia nella pratica di *judicial review* della Corte Suprema americana è ora ben analizzata in P.W. KAHN, *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, Columbia University Press, New York, 2011, p. 9 e ss., e in P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013, p. 132 e ss.

¹⁰² F. D'AGOSTINO, *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995, p. 11 e ss.

poraneo. Come scrive Claude Lefort «[i]l criterio di ciò che è *politico* diventa il criterio di ciò che *non è politico* – cioè economico, sociale, giuridico, estetico o religioso». ¹⁰³ In questa prospettiva, disgiungere analiticamente tali sfaccettature appare possibile «solo perché conserviamo l'idea di una dimensione originaria del sociale, la quale si manifesta insieme alla dimensione della sua *forma* originaria, cioè la sua *forma politica*». ¹⁰⁴ Il mistero dell'incarnazione monarchica, il confluire inconscio della società intera nella figura del sovrano, la stessa Rivoluzione francese e le moderne democrazie occidentali, divengono i tasselli che compongono, attraverso spostamenti e trasposizioni, quel «gioco complesso di chiasmi» di cui proprio le nozioni romane di *patria*, *communitas* e *populus* continuano a rimanere gli echi simbolici. ¹⁰⁵ Una volta assunto questo paradigma di pensiero, occorre sperimentare davvero le difficoltà e le aporie che esso impone. Difficoltà che, come è stato detto, derivano «dalla nostra inerenza al fenomeno che vorremmo interpretare», poiché «ci troviamo già al suo interno», sbarrati nelle sue stanze, e senza la possibilità di trovare la porta d'ingresso «perché l'abbiamo da tempo memorabile varcata, prima che essa si richiudesse alle nostre spalle impedendoci di uscire». ¹⁰⁶ Per questo non è mai possibile fuoriuscire del tutto dalla dimensione *lato sensu* religiosa della legge: il sacro persiste, ed il profano di oggi è, potenzialmente, una forma *a-venire* del sacro di domani. ¹⁰⁷ Sempre per questo occorre allora domandarsi quali altre occupazioni e ri-occupazioni, quali nuove forme di “profanazione” il *teologico* abbia subito nella storia recente del pensiero occidentale. E soprattutto: con quali strutture esso si sia mostrato, o (sarebbe meglio dire) pretestuosamente *occultato*.

¹⁰³ C. LEFORT, *Permanenza del teologico-politico?*, in ID., *Saggi sul politico. XIX e XX secolo*, il Ponte, Bologna, 2007, p. 259.

¹⁰⁴ *Ibid.*, p. 261.

¹⁰⁵ *Ibid.*, p. 299. Per una recente analisi di questi temi, cfr. A. ARATO, *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2016, p. 276 e ss.

¹⁰⁶ In questi termini, R. ESPOSITO, *Due*, cit., p. 3.

¹⁰⁷ Così P. HERITIER, *La sacra laicità*, in A. BARBA (a cura di), *La laicità nel diritto*, Aracne, Roma, 2011, pp. 179-198. Cfr. anche C. LOTTIERI, *Credere nello Stato? Teologia politica e dissimulazione da Filippo il Bello a WikiLeaks*, Rubbettino, 2011, pp. 22-23.

5. Teologia economica

L'ultima forma di 'appropriazione' (o di profanazione) che l'esperienza politica occidentale sembra oggi sperimentare va sotto il nome di 'teologia economica'.¹⁰⁸ Essa ha proceduto di pari passo con la riscoperta di un eclatante frammento di Walter Benjamin, intitolato *Capitalismo come religione* (1921). In esso, il pensatore tedesco esprime, nella maniera forse più icastica, la specifica analogia strutturale che collegherebbe il pensiero capitalistico con le pratiche della più vincolante delle fedi religiose:

[n]el capitalismo può ravvisarsi una religione, vale a dire, il capitalismo serve essenzialmente alla soddisfazione delle medesime ansie, sofferenze, inquietudini, cui un tempo davano risposta le religioni.¹⁰⁹

Per Benjamin, tre caratteristiche ben specifiche si intersecano nell'espressione di tale inedita (ma in realtà 'arcaica') fenomenologia sacrale: il suo elemento *culturale*, la sua durata *permanente* e l'ingenerarsi di un senso di *colpa* continuo. Il capitalismo esiste e persiste «senza dogma», come pura espressione (auto-) celebrativa; esso è privo di «giorni feriali», ossia di interruzioni o di intoppi, e si è sviluppato nella storia dell'Occidente aderendo perfettamente (e «parassitariamente») allo stesso messaggio cristiano. Eppure il capitalismo, apparentemente circonfuso dall'aura

¹⁰⁸ L'opera che ha aperto il dibattito nazionale (ed internazionale) sul tema è indubbiamente G. AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria*, cit. In argomento, si vedano anche R. ESPOSITO, *Due*, cit.; E. STIMILLI, *Il debito del vivente. Ascesi e capitalismo*, Quodlibet, Macerata, 2011; M. JONGEN (a cura di), *Il capitalismo divino. Colloquio su denaro, consumo, arte e distruzione con Boris Groys, Jochen Hörisch, Thomas Macho, Peter Sloterdijk e Peter Weibel*, Mimesis, Milano, 2011; L. BAZZICALUPO, *Il governo delle vite. Biopolitica ed economia*, Laterza, Roma-Bari, 2006; M.G. TURRI, *Gli dei del capitalismo. Teologia economica nell'età dell'incertezza*, Mimesis, Milano 2014; G. DUSO, *Teologia politica-teologia economica: come pensare la politica?*, in *Filosofia politica*, 3, 2012, pp. 393-408; J.L. VILLACAÑAS, *Teologia economica. Analisi critica di una categoria*, in *Filosofia politica*, 3, 2012, pp. 409-30; A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2012, pp. 829-53.

¹⁰⁹ W. BENJAMIN, *Capitalismo come religione*, in ID., *Scritti politici* (a cura di G. Pedullà), Editori Riuniti, Roma, 2011, p. 83.

dell'ultramondano, si rivela in realtà un'esperienza del tutto *pagana*, un'eredità materiale profondamente catturata nelle miserie e nella disperazione del mondo: «[l]a trascendenza di Dio è caduta. Ma egli non è morto, è incluso nel destino umano», scrive Benjamin. Di qui, «l'elemento storicamente inaudito del capitalismo, [ossia] [il] fatto che la religione non è più riforma dell'essere, ma la sua riduzione in frantumi». ¹¹⁰ Ma è l'ultimo carattere, forse il più inquietante e il più rivelatore, a permettere di comprendere la rilevanza estrema del messaggio di Benjamin. Il capitalismo, in quanto dio mortale in terra, pur apertamente glorificato e celebrato, mantiene integra la propria forza perché «celato», occultato, tenuto nascosto. Solo al culmine della sua insorgenza, solo «allo Zenith della sua colpevolezza» esso potrà fare irruzione, adempiendo finalmente (e messianicamente) la propria estrema funzione. ¹¹¹

L'impegno 'sacro' del debito, il suo necessario adempimento (così drammatico tanto nell'esperienza privata dei singoli individui, quanto in quella statale dei vincoli di bilancio pubblici) si incunea in una nuova esperienza della sovranità, la quale, nel transito impercettibile ma devastante che dagli steccati nazionali conduce a quelli sconfinati della finanza globale, testimonia ormai della propria graduale ed inesorabile metamorfosi. ¹¹² In quella dimensione internazionale definita come

¹¹⁰ *Ibid.*, p. 84.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 84. Per un ulteriore approfondimento su questi temi, cfr. il commento al passaggio benjaminiano condotto da M.G. TURRI, *Gli dei del capitalismo*, cit., p. 34 e ss.

¹¹² R. ESPOSITO, *Due*, cit., p. 222. La notazione non è soltanto 'di stile'. Si veda infatti il preciso e profondo mutamento terminologico che la revisione costituzionale introdotta con l. cost. n. 1/2012 (cd. *Fiscal Compact*) ha prodotto nell'ordinamento italiano, immettendo nel tessuto normativo nazionale, e nel nuovo art. 81 Cost. nello specifico, espressioni quali «ciclo economico», «fasi avverse», «fasi favorevoli», «indebitamento», «equilibrio fra le entrate e le spese dei bilanci», «sostenibilità del debito pubblico» e così via. Per uno studio degli influssi del neoliberalismo sulla disciplina costituzionale italiana, cfr. A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica?*, cit., p. 831; F. PALLANTE, A. CERRUTI, *L'equilibrio di bilancio nella Costituzione italiana. Significato e profili critici*, in *Teoria Politica*, 1, 2015, pp. 235-58; A. BRANCASI, *Il principio di pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2, 2012, pp. 1-14; C. BERGONZINI, *Il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio: le prime ricadute sull'ordinamento italiano*, in C. BERGONZINI, S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Rovigo, 1-2 ottobre 2015*, Jovene, Napoli,

‘marmorizzata’, in questo orizzonte «neo-medievale»¹¹³ composto da attori nazionali (e ultra-nazionali) privi di una sovranità pienamente auto-cratice ma atomisticamente dislocati come signori feudali postmoderni

2016, pp. 147-66, nonché, nello stesso volume, A. SOMMA, *Economia sociale di mercato e scontro tra capitalismo*, pp. 51-68. Per il mutamento di paradigma che ha coinvolto il pensiero della sovranità statale e le regole del diritto, senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. *e multis*, R. MAYNTZ, *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *Rivista italiana di Scienza Politica*, 1, 1999, pp. 3-21; A. BALDASSARRE, *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 50 e ss.; F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna, 2006; G. MESSINA, *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2012; J.-L. COHEN, *Globalization and sovereignty. Rethinking legality, legitimacy and constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2012; A. NEGRI, *Sovereignty between government, exception and governance*, in H. KALMO, Q. SKINNER (a cura di), *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 205-21. Per un importante inquadramento sui tre ‘tipi’ di globalizzazione che avrebbero condizionato il pensiero giuridico nella storia mondiale, cfr. DU. KENNEDY, *Three Globalizations of Law and Legal Thought*, in D. TRUBEK, A. SANTOS (a cura di), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 19-73 (p. 63 e ss. in part.). Specificamente sul tema del neoliberalismo, oltre all’oramai classico di D. HARVEY, *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, Oxford, 2005, si vedano P. MIROWSKI, *Defining Neoliberalism*, in P. MIROWSKI, D. PLEHWE (a cura di), *The Road from Mont Pèlerin. The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, pp. 417-55; G. LEGHISSA, *Neoliberalismo. Un’introduzione critica*, Mimesis, Milano, 2012. Per un’efficace connessione tra le pratiche neoliberali, i sistemi di *governance* e il generale mutamento del concetto di sovranità post-Westphalia (come si vede, i tre punti rimangono sempre profondamente interdipendenti), cfr. M. DE ANGELIS, *The Political Economy of Global Neoliberal Governance*, in *Review*, 28, 2005, pp. 229-57; A. IVES, *Neoliberalism and the concept of governance. Renewing with an older liberal tradition to legitimate the power of capital*, in *Mémoire(s), identité(s), marginalité(s) dans le monde occidental contemporain*, 14, 2015, disponibile on-line all’indirizzo internet <<http://mimmoc.revues.org/2263>>.

¹¹³ P. KHANNA, *How to Run the World: Charting a Course to the Next Renaissance*, Random House Publishing Group, New York, 2011, pp. 104, 210: «[t]he other essential question in a neo-medieval world is “Who?”. The state has been the form of polity that served the industrial age best, but now we are moving into a postindustrial age. Scholars pontificate about the centrality of “the state” as if it were one uniform thing. But the German philosopher Georg Wilhelm Friedrich Hegel was right when he said the state is a “work of art”. [...] Rather than think of the world as run by coherent states, we should instead realize that we have more islands of governance than we have effective governments—and just as in the Middle Ages, these islands are not states but cities. Today, just forty city-regions account for two-thirds of the world economy. Their power lies in money, knowledge, and stability» (*ibid.*, p. 105).

nello spazio geopolitico globale, la frammentarietà assurge a cifra dell'esistenza politica e sociale, e l'ordine globale stesso si fa simile, metaforicamente, ad un «quadro di Pollock».¹¹⁴

È in questa prospettiva che occorre allora comprendere come lo spostamento di baricentro da una *teologia politica* ad una c.d. *teologia economica* penetri sempre più spesso attraverso una realtà in cui non sono più, evidentemente, i concetti teologici ad essere categorie politiche secolarizzate, ma quelli *stricto sensu* economici a subire una forma di *normativizzazione* estrema.¹¹⁵ Alla secolarizzazione moderna cui pensava Schmitt, si oppone la 'cogenza economizzante' del pensiero *mainstream*; al miracolo teologico di suggestione scotista, ecco succedere il lessico finanziario e l'abuso ultra-legale degli *standard* neoliberali. In modo analogo, proprio tali effetti – come noto – si riscontrano oramai pesantemente fin nei risvolti più intimi dell'evoluzione delle fonti diritto.¹¹⁶

Dai condizionamenti sull'adozione di un determinato tipo di tradizione giuridica¹¹⁷, passando per la pressante sottoposizione degli Stati nazio-

¹¹⁴ R.B. STEWART, *The Global Regulatory Challenge to U.S. Administrative Law*, in *International Law and Politics*, 37, 2005, p. 703, cit. in S. CASSESE, *Chi governa il mondo?*, il Mulino, Bologna, 2013, p. 30.

¹¹⁵ Come provocatoriamente nota A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica?*, cit., p. 829, «nell'attuale contesto di un'economia globalizzata, tutti o quasi tutti i concetti e gli strumenti più rilevanti sono "concetti economici giuridicizzati"».

¹¹⁶ F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 29-48; A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009; A. COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance: sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Giappichelli, Torino, 2013; da ultimo, P. GROSSI, *Per ripensare le fonti del diritto (su un libro recentissimo e sulle sue sollecitazioni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 44, 2015, p. 1047 e ss. Per una prospettiva più ampia, cfr. A. ANDRONICO, *The Dark Side of Governance*, in P. HERITIER, P. SILVESTRI (a cura di), *Good Government, Governance, Human Complexity. Luigi Einaudi's legacy and contemporary societies*, Leo S. Olschki, Firenze, 2012, pp. 189-204.

¹¹⁷ È il noto dibattito scaturito dalla diffusione dei rapporti *Doing Business* (2004) vergati dalla Banca Mondiale, in ragione dei quali emergerebbe la pretesa 'superiorità' dei sistemi di *common law* su quelli, alternativi, di *civil law*, e ciò in particolare relativamente alla loro efficienza, *performance*, disponibilità e plasmabilità nei confronti del modello capitalistico-finanziario dominante. Sul punto, si vedano le puntuali analisi condotte in P.G. MONATERI, *Geopolitica del diritto*, cit., p. 25 e ss., e A. SOMMA, *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, DeriveApprodi, Roma, 2014, p.

ne ai flussi imponderabili del mercato globale (fenomeno conosciuto con la fraseologia «*market-embedded states*»)¹¹⁸, ciò che alla fine rileva è la pur sempre persistente difficoltà di poter esprimere e coltivare una propria *identità* del diritto, senza dover per questo subire i condizionamenti o le penetrazioni normative della scienza economica o della c.d. finanza globale.¹¹⁹ La pressante urgenza del debito, unita alla necessità di ripagarlo attraverso l'attivazione paradossale di *nuovi* debiti, conduce simmetricamente ad una spirale cortocircuitante e schizofrenica: se è il controllo bio-politico, così come mai prima d'ora ha potuto mostrarsi, a regolare i desideri e le soddisfazioni dei cittadini/consumatori, ciò che si unisce alla crescente subordinazione delle istituzioni e degli organi sociali risponde a precise volontà politiche, che attraverso la messinscena di un vortice perverso (e pretestuosamente neutrale) fatto di *rating*, *spread*, e classifiche di merito ridefiniscono senza pietà le sfere della dimensione pubblica e della scelta economica collettiva.¹²⁰

266 e ss., il quale opportunamente sottolinea l'autoreferenzialità di una tale prospettiva, rilevando come «il prodotto di questi rapporti sia una classifica, ideologica come la teoria da cui trae spunto» finalizzata alla creazione di un «*ranking* destinato a premiare, mettendoli in evidenza agli occhi degli investitori, gli ordinamenti ritenuti *business friendly*, e a punire quelli che invece non sono ritenuti tali dal punto di vista neolibera-
le» (*ibid.*, p. 271).

¹¹⁸ Per le conseguenze politiche e democratiche di tale mutamento, cfr. H. BRUNKHORST, "There will be blood". *Costituzione senza democrazia?*, in *Iride. Filosofia e Discussione Pubblica*, 21, 2008, pp. 569-94.

¹¹⁹ Perciò, come A. SOMMA, *La dittatura dello spread*, cit., p. 283 può efficacemente rilevare: «[s]e un tempo era il giurista la figura professionale cui si chiedeva di ricostruire i quadri disciplinari, oggi è l'economista colui il quale possiede le conoscenze indispensabili a districarsi tra i tecnicismi sempre più spesso utilizzati dal legislatore europeo. [...] la tecnocrazia economica è l'essenza della condizione postdemocratica in cui sempre più precipita il processo di integrazione europea, prigioniero di un complesso circolo autoreferenziale, formalmente trasparente ma sostanzialmente indecifrabile, non suscettibile di essere sottoposto al vaglio di un controllo democratico diffuso».

¹²⁰ In questo senso, cfr. le penetranti argomentazioni di A. SOMMA, *The Biopolitics of Debt-Economy*, in B. LOMFELD, A. SOMMA, P. ZUMBANSEN (a cura di), *Reshaping Markets. Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 115-32. In un'ottica più ampia, si veda E. REDAELLI, *Godere del debito. Il sogno perverso del capitalismo*, in F. VANDONI, E. REDAELLI, P. PITASI (a cura di), *Legge, desiderio, capitalismo. L'anti-Edipo tra Lacan e Deleuze*, Bruno Mondadori, Milano, 2004, pp. 216-32.

Ed è proprio in perfetta aderenza a questa logica che, oggi, la categoria di “*stato di eccezione economico*” acquisisce pragmaticamente un ruolo di enorme rilevanza politica e non solo.¹²¹ Già Kantorowicz poteva notare come, tra il XIII ed il XIV secolo, l’occasionale urgenza tributaria scaturente da rivolte armate o da rischi di invasione si trasformasse – in ossequio ad un preciso impiego politico della dottrina del «*casus necessitatis*» – in «*perpetua necessitas*», ossia in una finzione che, non diversamente dalle moderne dottrine sulla c.d. “rivoluzione permanente”, cele-

¹²¹ Sull’argomento, cfr. W. E. SCHEUERMAN, *The Economic State of Emergency*, in *Cardozo Law Review*, 21, 2000, pp. 1869-94; J. REYNOLDS, *The Political Economy of States of Emergency*, in *Oregon Review of International Law*, 14, 2012, pp. 85-131. Da ultimo, si veda la singolare ricostruzione di D. LESHEM, *The Origins of Neoliberalism. Modeling the Economy from Jesus to Foucault*, Columbia University Press, New York, 2016, secondo cui «[i]t is hard not to notice the striking resemblances between the operations of pastoral economy in the state of exception [...] and both Schmitt’s and Agamben’s critical analysis of the political state of exception» (*ibid.*, p. 147). Sullo ‘*stato di eccezione*’, la letteratura è semplicemente immensa. Si vedano però, quantomeno, C. SCHMITT, *Teologia politica*, cit., p. 33: «[s]ovrano è colui che decide sullo stato di eccezione»; F. SAINT-BONNET, *L’état d’exception*, PUF, Paris, 2001; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003; J. LOBEL, *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, *The Yale Law Journal*, 98, 1989, pp. 11385-1433; O. GROSS, *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the “Norm-Exception” Dichotomy*, in *Cardozo Law Review*, 21, 2000, pp. 1825-68; J. FOREJHON, P. PASQUINO, *The law of the exception. A typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, pp. 210-39; B. ACKERMAN, *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 113, 2004, pp. 1029-91; W.E. SCHEUERMAN, *Time to Look Abroad? The Legal Regulation of Emergency Powers*, in *Georgia Law Review*, 40, 2006, pp. 863-76; M. NEOCLEOUS, *The Problem with Normality: Taking Exception to “Permanent Emergency”*, in *Alternatives: Global, Local, Political*, 31, 2006, pp. 191-213; D. DYZENHAUS, *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, in *Cardozo Law Review*, 27, 2006, pp. 2005-40; ID., *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, p. 17 e ss.; O. GROSS, F. NI AOLAIN, *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006; E.A. POSNER, A. VERMEULE, *Terror in the Balance. Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 38 e ss.; V. RAMRAJ (a cura di), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; C. GALLI, *Genealogia della Politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010, pp. 575-84; M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011, p. 99 e ss.; H. LINDAHL, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 220 e ss. Da ultimo, si segnala anche G. DE MINICO, *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016.

brava la «perpetuazione di un qualcosa che per definizione indicava un'eccezione, una condizione eccezionale o una momentanea deviazione dall'ordinario».¹²² Anche se non sussisteva necessità in atto («*in actu*») – così argomentavano i pensatori giuridici di quel periodo – essa poteva comunque ben darsi continuativamente («*in habitu*»), ossia in modo regolare. In virtù di tale sottile ma esiziale slittamento terminologico, si concedeva così agevolmente una giustificazione razionale a quelle misure emergenziali che, ben al contrario, sarebbe stato quasi impossibile patrocinare. Ma il meccanismo logico-giuridico qui in azione non sfuggì nemmeno a Karl Marx, il quale, nel suo accurato lavoro di ricostruzione storica delle fasi terminali della rivoluzione francese, poteva perfettamente rilevare come lo “stato di emergenza” – definito nell'esperienza transalpina attraverso la fraseologia di «*état de siège*» – costituisse, in realtà, una magnifica creazione politica, un'«invenzione eccellente» attraverso la cui applicazione periodica potevano trovare rapida risoluzione crisi di governo, o circostanze politicamente sconvenienti.¹²³ Insomma, è in questo contesto che si osserva, con evidenza cristallina, la nuova accezione cui il termine di ‘necessità’ andò in contro: da rimedio *estremo* per minacce di tipo esterno o militare, essa concorse sempre più ad indicare misure amministrative interne, *abituali*, ricorrenti per non dire continue, dettate quindi dalla ‘giustizia’ del caso concreto o dalla forza del dato immanente più che da considerazioni di ampio raggio. In breve, ad entrare lentamente in gioco fu la nuova *natura* della misura giuridica, che solo ritraendosi in se stessa, in un avviluppo vorticoso che spezza le più elementari garanzie e prospettive del diritto, può ancora dare l'impressione di mantenersi viva ed operante.¹²⁴

Nel momento stesso in cui questa particolare infrastruttura acquisisce una caratura “economico-finanziaria”, sconfinata ed internazionale, il *contemporaneo* stato di eccezione si può allora generare senza riserve alcune. Come Schmitt ha opportunamente segnalato, la deviazione (o, per meglio dire, la *logica* continuazione) del paradigma emergenziale si produsse a partire dalla prima guerra mondiale, quando, come scrive il giu-

¹²² E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 281 e ss.

¹²³ K. MARX, *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, Editori Riuniti, Roma, 2001, p. 73.

¹²⁴ E.M. MARENGHI, *Il diritto ai tempi della crisi: la regolazione possibile*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2010, p. 149 e ss.

rista tedesco, quasi tutti gli Stati coinvolti nel conflitto dovettero adottare «provvedimenti politici, economici e finanziari» ricorrendo a procedure «semplificate», con la speranza di poter poi ritornare, al termine della smobilitazione, ad un “normale” procedimento di legislazione.¹²⁵ Tale irenica illusione svanì ben presto con l'apparire delle pesanti condizioni politiche ed economiche post-conflittuali, e per la prima volta nel Novecento gli Stati europei compresero come attraverso quei metodi straordinari di disciplina legislativa per mezzo dei quali si era fatto efficacemente fronte alle crisi inflazionistiche e deflazionistiche degli anni di guerra, si fosse analogamente dato origine «a una nuova prassi e a nuove concezioni dei concetti di legge e legislazione», tali da condurre, senza alcuna retorica, alle misure *dittatoriali* «dell'aperto stato di eccezione o a quelle dello stato di emergenza pubblica».¹²⁶ Insomma, la «finanza», ne concludeva profeticamente Schmitt, è davvero «qualcosa di pericoloso per la democrazia».¹²⁷

È precisamente lungo questa direzione che va dunque colto il dispositivo dello stato di eccezione nel suo essere concreto meccanismo di gestione e di amministrazione globale della legge. Se è vero che in luogo dei concetti *stricto sensu* ‘politici’ sono sempre più subentrate, con tutta la propria *vis* politica, categorie *economiche* e *finanziarie*, allora davvero «la creazione volontaria di uno stato di emergenza permanente (anche se eventualmente non dichiarato in senso tecnico) è divenuta una delle pratiche essenziali degli Stati contemporanei, anche di quelli democratici».¹²⁸ In questa soglia di indeterminazione fra democrazia e assolutismo si manifesta la *verità* della macchina giuridica, il suo essere mezzo di giustificazione del *de facto*, che per la sua stessa cogenza trapassa poi in *de jure*. Per questo, in ossequio all'antico brocardo ‘*necessitas non habet legem*’, «la necessità costituisce, per così dire, il fondamento ultimo e la sorgente stessa della legge».¹²⁹

¹²⁵ C. SCHMITT, *Sguardo comparativo sulla più recente evoluzione del problema dei pieni poteri legislativi: “Delegazioni legislative”* (1936), in ID., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 353.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 354.

¹²⁷ C. SCHMITT, *Democrazia e finanza* (1927), in ID., *Posizioni e concetti*, cit., p. 137.

¹²⁸ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione*, cit., p. 10

¹²⁹ *Ibid.*, p. 37, e ancora (*ibid.*, p. 40): «[L]o *status necessitatis* si presenta così, tanto nella forma dello stato di eccezione che in quella della rivoluzione, come una zona am-

Oggi tale fenomeno è semplicemente destinato ad accrescersi, se non a estremizzarsi, data la quasi assoluta mancanza di controllo sui flussi e sulle condizioni macroeconomiche del continente, contraddistinti da una eccezionalità in cui il fenomeno (inedito) dell'«intreccio dei mercati finanziari con lo straordinario moltiplicatore rappresentato dalle tecnologie postelettroniche e digitali del “tempo reale”» permette «ai capitali finanziari di dislocarsi da un'area all'altra del pianeta con una velocità prossima al “grado zero” dell'istante».¹³⁰ In questo processo di crescente normalizzazione e razionalizzazione dello stato di eccezione, il caso *limite* della sovranità diviene non più il perimetro estremo, ma il più interno e malleabile dei dispositivi di governo, la soglia mobile (e aperta) attraverso la quale imprimere all'interno quei mutamenti giuridico-sostanziali che viceversa sarebbe legalmente impensabile avanzare in condizioni di 'normalità'. La misura emergenziale torna non più come prodigio eclatante o inaspettato, come miracolo o come meraviglia, ma quale semplice misura gestionale, consueta e persistente, come scadenziario politico fisso, tale da preannunciare, attraverso l'assuefazione passiva di oggi, quella che sarà assai certamente la *regola* di domani.¹³¹ Già Foucault, commentando il celebre saggio di Gabriel Naudé sul colpo di stato, poteva mettere in evidenza come lo Stato moderno debba la propria esistenza “puramente politica” solo ponendosi all'esterno della misura legale, ossia oltre quella cortina legislativa che per mezzo del richiamo pressante alla necessità della decisione subisce immediata invalidazione.¹³² Oggi, la permanenza *governamentale* dello stato di eccezione è di-

bigua e incerta, in cui procedimenti di fatto, in sé extra o antiggiuridici, trapassano in diritto e le norme giuridiche s'indeterminano in mero fatto; una soglia, cioè, in cui fatto e diritto sembrano diventare indecibili». Per uno studio sulla valenza ontologica dell'*exceptio*, si veda anche G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 2005, p. 19 e ss. Per un collegamento tra stato di eccezione e capitalismo neoliberale, cfr. M.G. TURRI, *Gli dei del capitalismo*, cit., p. 37 e ss.

¹³⁰ Così G. MARRAMAO, *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013, p. 13. Cfr. anche, ID., *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009, p. 242 e ss.

¹³¹ G. FRANKENBERG, *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014, p. 97 e ss.

¹³² M. FOUCAULT, *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 190: «[l]a necessità dello stato rispetto a se stesso spingerà a un certo punto la ragion di stato a sbarazzarsi delle leggi civili, morali, natu-

venuta quel sigillo concettuale che in un solo abbraccio paradigmatico consente di congiungere tanto il momento aurorale dell'esperienza politica moderna, quanto le sue ultime, frammentarie derivazioni, così come emblematicamente incarnate dalla schizofrenia del neoliberalismo contemporaneo.¹³³ A rimanere definitivamente compromessa è allora quell'esigenza di politiche condivise, di partecipazione collettiva alla cosa democratica e di spirito cosmopolitico che dovrebbero porsi, al contrario, al centro della scena pubblica mondiale.¹³⁴

Insomma, da questo punto di vista la 'teologia economica' di oggi richiama (e forse inasprisce) la teologia politica di ieri, soprattutto se è vero che la molla scatenante continua ad essere il 'miracolo' dello stato di eccezione (economico/finanziario). Un miracolo le cui giustificazioni permangono, però, nelle regioni profane ed allo stesso tempo impalpabili (o «misteriose»¹³⁵) del neoliberalismo contemporaneo. In questo senso,

rali che essa aveva pur riconosciuto e che fino a quel momento avevano fatto il suo gioco. La necessità, l'urgenza, il bisogno di salvezza dello stato interromperanno il gioco con queste leggi naturali e produrranno qualcosa che sarà il rapporto diretto dello stato con se stesso, sotto il segno della necessità e della salvezza. Lo stato agirà da sé su di sé, rapidamente, immediatamente, senza regole, nell'urgenza e nella necessità, drammaticamente: il colpo di stato è questo».

¹³³ Per un'efficace esposizione in tal senso, cfr. S. ŽIŽEK, *A Permanent Economic Emergency*, in *New Left Review*, 64, 2010, pp. 85-95: «[a] kind of economic state of emergency is becoming permanent: turning into a constant, a way of life. It brings with it the threat of far more savage austerity measures, cuts in benefits, diminishing health and education services and more precarious employment. The left faces the difficult task of emphasizing that we are dealing with *political* economy-that there is nothing 'natural' in such a crisis, that the existing global economic system relies on a series of political decisions» (pp. 86-7). Ma si veda anche, ampiamente, W. E. SCHEUERMAN, *The Economic State of Emergency*, cit., p. 1870, secondo cui «the *scope* of economic emergencies powers has increased significantly in most liberal democracies since the nineteenth century. Initially a mere supplement to *wartime* emergency powers, executive-dominated emergency economic regulation now represents a more or less *permanent* feature of political life in many liberal democracies».

¹³⁴ Cfr. a tal proposito, U. MATTEI, *Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development*, in D. FASSIN, M. PANDOLFI (a cura di), *Contemporary States of Emergency. The Politics of Military and Humanitarian Interventions*, Zone Books, New York, 2013, p. 105.

¹³⁵ DA. KENNEDY, *The Mystery of Global Governance*, in *Ohio Northern University Law Review*, 34, 2008, pp. 827-60: «[g]lobal governance remains a mystery because so much about global society itself eludes our grasp. Everywhere we can see the impact of things global, foreign, far away. How does it all work, how do all the pieces fit together?»

il terreno della “ri-occupazione” blumenberghiana dei concetti da un campo semantico-culturale ad un altro va ora intesa non più soltanto in senso metaforico o figurale, ma nella sua accezione più estrinsecamente “spaziale”. L’occupazione geopolitica del neoliberalismo si nutre oggi soprattutto attraverso la generazione di veri e propri «spazi di eccezione», di luoghi territorialmente circoscritti nei quali a comandare sono le degradanti logiche governamentali e le biopolitiche crude del puro *surplus* economico.¹³⁶ È, insomma, la logica del ‘campo’, ma disseminata asimmetricamente per l’intera superficie del globo, ad ingenerare un offuscamento progressivo delle garanzie del diritto che procede di pari passo alla loro sconfinata ri-declinazione (o, per meglio dire, *de-rubricazione*).¹³⁷ Sempreché, e questo è probabilmente il culmine più intenso ma anche più consequenziale rispetto alla logica fin qui esposta, gli stessi *diritti umani* non si pongano, in se stessi, quali veicoli diretti o indiretti per l’esercizio di una strategia di dominazione politica e finanziaria.¹³⁸

How is public power exercised, where are the levers, who are the authorities, how do they relate to one another? [...] None of these questions have clear answers. We do not know how power is put together on the global stage, let alone how its exercise might be rendered just or effective. Indeed, we are only just beginning to unravel the mystery of global governance. Simply mapping the modes of global power and identifying the channels and levers of influence remains an enormous sociological challenge» (*ibid.*, pp. 827-8).

¹³⁶ In questa direzione, si veda l’accurato studio di A. ONG, *Neoliberalism as Exception. Mutations in citizenship and sovereignty*, Duke University Press, Durham, 2006, p. 75 e ss., nel quale la descrizione dei degradanti impieghi lavorativi cui vengono sottoposti gli strati più deboli delle popolazioni in via di sviluppo (in specie, orientali e latini) viene posta a confronto con la progressiva distruzione delle garanzie fondamentali della persona, caratterizzate a loro volta dalla riqualificazione *de facto* della stessa cittadinanza giuridica, quasi come una sorta di “logica” conseguenza della “naturale” sconfinatezza che contraddistingue ormai il flusso del commercio globale.

¹³⁷ Sul ‘campo’ inteso quale paradigma biopolitico, nonché quale luogo fisico per eccellenza su cui può iscriversi lo stato d’eccezione, cfr. G. AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 131 e ss.

¹³⁸ In questo senso, cfr. i rilevanti contributi di M. PANDOLFI, *From Paradox to Paradigm: The Permanent State of Emergency in the Balkans*, in D. FASSIN, M. PANDOLFI (a cura di), *Contemporary States of Emergency. The Politics of Military and Humanitarian Interventions*, Zone Books, New York, 2013, pp. 153-72; L. MCFALLS, *Benevolent Dictatorship: The Formal Logic of Humanitarian Government*, in D. FASSIN, M. PANDOLFI (a cura di), *Contemporary States of Emergency*, cit., pp. 317-33. Sulla stessa linea, N. PERUGINI, N. GORDON, *The Human Right to Dominate*, Oxford University Press, Oxford, 2015.

Eppure, gli spiragli che la c.d. *teologia economica* ci fornisce vanno, paradossalmente, di pari passo alla sua stessa negazione.¹³⁹ Come già Schmitt poteva scrivere sul finire del secondo conflitto mondiale, l'età della tecnica, nella sua algida e pura coerenza, nei suoi «bunker» e nelle sue «baracche», ha portato a compimento la «profanazione» definitiva dei sacrari del diritto.¹⁴⁰ Al «*Silete theologi!*» di rinascimentale memoria, si è oggi sostituito il «*Silete iurisconsulti!*» della pragmatica tecnologica.¹⁴¹ Così, il potere dell'economia, coniugato con il *management* della crisi e dei sistemi di regolazione del bisogno, lascia trasparire ancora una volta la *narrazione* di una trascendenza apparentemente incatturabile, ma dietro la quale si nascondono sardonicamente e tragicamente le microfisiche del potere gestionale e il volto *demonico* della più cruda immanenza.¹⁴² O, per meglio dire, il profilo di quel beffardo «lato intangibile del pote-

¹³⁹ Critico sulla valenza euristica della c.d. *teologia economica*, nonché sulla stessa categoria di 'secolarizzazione' ai fini di una illustrazione convincente dei 'discorsi' intesuti dalla pratica neoliberale, G. LEGHISSA, *Neoliberalismo*, cit., pp. 134-5.

¹⁴⁰ C. SCHMITT, *Ex Captivitate Salus*, Adelphi, Milano, 1987, p. 77.

¹⁴¹ Cfr., in questa direzione, le efficaci analisi di M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 49 e ss., la quale proprio argomentando a partire da una crescente pauperizzazione del diritto in forma di mera tecnicità gestionale, cui è da aggiungersi inoltre il tracollo del mito moderno del 'legislatore onnipotente', può infatti parlare di «un parallelo e definitivo processo di dismissione di ogni residua "teologia" sia politica che giuridica» (*ibid.*, p. 50). Di recente, si veda anche ID., *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto "utile"*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 49-76, in cui l'Autrice, analizzando l'inedita e 'profana' pragmatica del diritto globale, il suo farsi inesorabilmente "tecnica" attraverso il moltiplicarsi delle fonti, propende per la certificazione di un'assenza oramai definitiva di qualunque matrice teologico-politica, a favore invece dell'emergere di nuove forme di razionalità aventi una funzione puramente strumentale, ed orientate alla dialettica "mezzo-fine". Tutti elementi di cui il diritto contemporaneo è, appunto, la più eclatante rappresentazione pratica.

¹⁴² Come scrive brillantemente G. DUSO, *Teologia politica-teologia economica*, cit., p. 404, proprio con riguardo al meccanismo implicito nel paradigma teologico-politico: «[l]a realtà politica non è identificabile con la realtà empirica nella sua immediatezza, ma con il movimento in cui è continuamente implicata l'idea, e ciò non per uscire da se stessi, ma per essere se stessi al meglio. Non c'è trascendenza, perché questo movimento di trascendimento dell'empirico è *costitutivo* della prassi, e dunque si potrebbe dire che è a essa immanente, nel senso che è la sua struttura. Ma nello stesso tempo si può dire che supera l'immanenza, se questa ha il significato dell'assolutizzazione della sua immediatezza empirica». In questo senso, nell'ottica che qui si accoglie, la trascendenza del politico e dell'economico, così come anche la loro assoluta immanenza, nascono

re» di cui già Hans Morgenthau poté scrivere tanto approfonditamente¹⁴³, e che costituisce forse tuttora quello spazio simbolico oggetto di una perenne lotta per l'occupazione.

E in effetti lo stesso Lefort, cui già si accennava al termine del precedente paragrafo, conclude la sua irruzione sul terreno del teologico-politico dubitando fortemente della resistente validità euristica di tale categoria. Invece di cercare nelle odierne democrazie ulteriori richiami al lessico della trascendenza, si domanda il pensatore francese,

non dovremmo forse pensare che le antiche trasposizioni erano funzionali alla conservazione di una *forma*, oggi abolita, e che il teologico e il politico sono ormai dissociati? Che è emersa una nuova esperienza dell'istituzione del sociale? Che il ritorno del religioso avviene solo nei suoi punti di debolezza? Che la sua efficacia non è più simbolica, ma immaginaria, e attesta una difficoltà, forse inaggrabile, forse ontologica: la difficoltà della democrazia a diventare leggibile a se stessa – e ugualmente la difficoltà del pensiero politico, o filosofico, ad assumere senza maschere il tragico della condizione moderna?¹⁴⁴

Eppure, c'è un punto in cui la *realtà* del teologico, come Schmitt stesso ha dimostrato, mantiene tuttora la propria esemplarità: essa risiede nella gestione dell'antitesi e del conflitto, che tanto si occultano nei suoi stessi interstizi genetici. Trasposto su altri piani, di fronte a qualunque pretesa *neutralizzazione* di cui la tecnica si attergerebbe come erede incontestabile, quell'*arcanum* che si cela sempre dietro ogni scienza rilascia ancora l'immagine desolante del crudo scontro globale e dell'amico-nemico quale vera ed imperitura legge del 'politico' globalizzato.¹⁴⁵ Una

dalla *microfisica singolare* dei poteri, delle azioni, dei commerci e dei contratti, nella loro aura mistica di strumenti di un imprecisato (ed ingovernabile) fenomeno globale.

¹⁴³ H.J. MORGENTHAU, *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace*, Knopf, New York, 1948, p. 169 e ss.

¹⁴⁴ C. LEFORT, *Permanenza del teologico-politico?*, cit., p. 305.

¹⁴⁵ In questo senso, impossibile non far correre il pensiero, per l'appunto, alle notazioni di C. SCHMITT, *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit., p. 167 e ss., il quale già poteva rilevare come la storia del 'progresso' politico dell'Occidente si contraddistingua per una successione costante di differenti «centri di riferimento», che proprio nel pensiero tecnico-economico contempo-

legge fantasmatica e spettrale, in un certo senso del tutto primordiale, che purtuttavia necessiterà ancora di nuovi oracoli, di nuove narrazioni, di nuovi conflitti – di nuovi corpi oggetto di appropriazione da parte della macchina di produzione biopolitica del potere.

ranei trovano momentanea conclusione. In tal senso, l'apparente neutralità (e serenità) che contraddistingue il dominio della tecnica e della finanza è destinato ben presto ad essere smentita dall'inevitabile trasformazione dei medesimi in un «campo di battaglia», in un terreno di lotta governato da quei reali e inevitabili «raggruppamenti amico-nemico che crescono su questo terreno» (*ibid.*, p. 182). Al '*cujus regio ejus religio*' si è sostituito il '*cujus regio eius oeconomia*', ma in una funzione drammaticamente planetaria, dove la pretesa pacificazione ed unificazione del globo lascia impregiudicato il fatto che il problema centrale dell'ordine mondiale continui ad essere un problema specificamente 'politico', inconciliabile con un oltrepassamento *tout court* del conflitto. Per alcuni rilievi su questo aspetto, si veda J.-F. KERVÉGAN, *Che fare di Carl Schmitt?*, Laterza, Roma-Bari, 2016, pp. 215-6. Cfr. inoltre, lungo questa medesima prospettiva, J.L. VILLACAÑAS, *Teologia economica*, cit., p. 424: «[l]a *governance* liberale può essere descritta come una spolicizzazione delle masse popolari, ma non sembra che chi dirige la politica monetaria imperiale della Riserva Federale degli Stati Uniti e reagisce con una guerra mondiale di valute possa distaccarsi dallo spirito della politica, cioè dal fare la guerra con altri mezzi».



BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Dibattito sulla 'teologia politica'*, Queriniana, Brescia, 1971.
- ABIGNENTE, A., *La dottrina del diritto tra dinamicità e purezza – Studio su Adolphe Julius Merkl*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1990.
- ACKERMAN, B., *The Emergency Constitution*, in *Yale Law Journal*, 113, 2004, pp. 1029-91.
- ADAMS, M., HEIRBAUT, D., *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, Hart Publishing, Oxford, 2014.
- AGAMBEN, G., *Archeologia di un'archeologia*, premessa all'opera di E. MELANDRI, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, Macerata, 2004.
- AGAMBEN, G., *Bartleby o della contingenza*, in G. DELEUZE, G. AGAMBEN, *Bartleby: la formula della creazione*, Quodlibet, Macerata, 1993.
- AGAMBEN, G., *Bataille e il paradosso della sovranità*, in J. RISSET (a cura di), *Georges Bataille: il politico e il sacro*, Liguori Editore, Napoli, 1987, pp. 115-9.
- AGAMBEN, G., *Che cos'è il contemporaneo?*, Nottetempo, Roma, 2008.
- AGAMBEN, G., *Elogio della profanazione*, in ID., *Profanazioni*, Nottetempo, Roma, 2005, pp. 83-107.
- AGAMBEN, G., *Homos sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino, 1995.
- AGAMBEN, G., *Il fuoco e il racconto*, Nottetempo, Roma, 2014.
- AGAMBEN, G., *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009.
- AGAMBEN, G., *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- AGAMBEN, G., *Introductory Note on the Concept of Democracy*, in AA.VV., *Democracy in What State?*, Columbia University Press, New York, 2011.

- AGAMBEN, G., *L'uso dei corpi. Homo sacer IV – 2*, Neri Pozza, Vicenza, 2014.
- AGAMBEN, G., *La potenza del pensiero*, in ID., *La potenza del pensiero. Saggi e conferenze*, Neri Pozza, Vicenza, 2005.
- AGAMBEN, G., *Opus Dei. Archeologia dell'ufficio*, Bollati Boringhieri, Torino, 2012.
- AGAMBEN, G., *Stanze. La parola e il fantasma nella cultura occidentale*, Einaudi, Torino, 2006.
- AGAMBEN, G., *Stasis. La guerra civile come paradigma politico*, Bollati Boringhieri, Torino, 2015.
- AGAMBEN, G., *Stato di eccezione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- AGAMBEN, G., *Teoria delle segnature*, in ID., *Signatura rerum. Sul metodo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2008.
- AGAMBEN, G., *Walter Benjamin e il demonico. Felicità e redenzione storica nel pensiero di Benjamin*, in *Aut-Aut*, 189-190, 1982, pp. 143-63.
- AGOSTINO, *Confessiones*, in ID., *Opera omnia*, Nuova Biblioteca Agostiniana, Città Nuova Editrice, Roma, 1965.
- ALBANESE, L., *Il pensiero politico di Carl Schmitt*, Laterza, Roma-Bari, 1996.
- ALBISETTI, A., *Tra diritto ecclesiastico e canonico*, Giuffrè, Milano, 2009.
- ALFIERI, L., *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria. Il problema politico e giuridico in René Girard*, in L. ALFIERI, C.-M. BELLEI, D.-S. SCALZO, *Figure e simboli dell'ordine violento. Percorsi tra antropologia e filosofia politica*, Giappichelli, Torino, 2003, pp. 17-51.
- ALLEN, J.W., *English Political Thought, 1603-1660*, I, Methuen & Co., London, 1938.
- AMENDOLA, A., *Carl Schmitt tra decisione e ordinamento concreto*, ESI, Napoli, 1999.
- ANDO, C., *The Origins and Import of Republican Constitutionalism*, in *Cardozo Law Review*, 34, 2013, pp. 932-33.
- ANGIOLINI, V., *Costituente e costituito nell'Italia repubblicana*, CEDAM, Padova, 1995.
- ANKERSMIT, F.R., *Metaphor in Political Theory*, in F.R. ANKERSMIT, J.J.A. MOOIJ (a cura di), *Knowledge and Language*, III. *Metaphor and Knowledge*, Springer Science, Dordrecht, 1993, pp. 155-202.
- ARATO, A., *Post Sovereign Constitution Making. Learning and Legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- ARENDT, H., *Che cos'è l'autorità?*, in ID., *Tra passato e futuro*, Garzanti, Milano, 1991.

- ARISTOTELE, *Metafisica* (a cura di G. Reale), Bompiani, Milano, 2004.
- ARISTOTELE, *Politica e costituzione di Atene* (a cura di C.A. Viano), UTET, Torino, 1955.
- ASSMANN, A., *Exorcizing the demon of chronology: T. S. Eliot's reinvention of tradition*, in G. CIANCI, J. HARDING, *T. S. Eliot and the Concept of Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- ASSMANN, J., *La memoria culturale. Scrittura, ricordo e identità politica nelle grandi civiltà antiche*, Einaudi, Torino, 1997.
- ASSMANN, J., *Mosè l'egizio. Decifrazione di una traccia di memoria*, Adelphi, Milano, 2000.
- ASSMANN, J., *Potere e salvezza. Teologia politica nell'antico Egitto, in Israele e in Europa*, Einaudi, Torino, 2002.
- ASSOUN, P.L., *Freud e le scienze sociali. Psicoanalisi e teoria della cultura*, Borla, Roma, 1999.
- AST, F., *Lexicon Platonicum sive Vocum Platoniarum*, I, Weidmanniana, Lipsia, 1835.
- ATKINS, C.D., *T.S. Eliot and the Essay: From The Sacred Wood to Four Quartets*, Baylor University Press, Waco, 2010.
- ATTEL, K., *Potentiality, Actuality, Constituent Power*, in *Diacritics*, 39 (3), 2009, pp. 35-53; H. LINDAHL, *Possibility, Actuality, Rupture: Constituent Power and the Ontology of Change*, in *Constellations*, 22 (2), 2015, pp. 163-74.
- AUDEN, W.H., *L'età dell'ansia. Egloga barocca*, Mondadori, Milano, 1966.
- AUERBACH, E., *Figura*, in ID., *Scenes from the drama of European literature*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1984.
- AUGÉ, M., *Rovine e macerie. Il senso del tempo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004.
- AVITABILE, L., *La filosofia del diritto in Pierre Legendre*, Giappichelli, Torino, 2004.
- AZZARITI, G., *Critica della democrazia identitaria*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- BAERT, P., *La teoria sociale contemporanea*, il Mulino, Bologna, 2002.
- BALDASSARRE, A., *Globalizzazione contro democrazia*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- BALDASSARRE, A., *Il «referendum» costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, 14, 2, 1994.
- BALDISSONE, R., DE WILDE, M., *Modifying the Past: Nietzschean Approaches to History*, in *Pólemos*, 7 (2), 2013, pp. 175-205.

- BALDISSONE, R., *Mystical Bodies and Bodies of Law: On Juridical Theology and the (Re)Foundations of the West*, in D. CARPI, M. LEIBOFF (a cura di), *Fables of the Law. Fairy Tales in a Legal Context*, De Gruyter, Berlin, 2016, pp. 111-34.
- BALIBAR, E., *Freud et Kelsen, 1922. L'invention du Surmoi*, in *Incidence*, 3, 2007, pp. 21-72 (tr. it. *Freud e Kelsen. L'invenzione del Super-io*, in *Quaderni materialisti*, 10, 2012, pp. 57-92).
- BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1970.
- BARILE, P., voce *Potere costituente*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XIII, UTET, Torino, 1966, pp. 443-450.
- BARSHACK, L., *Constituent Power as Body: Outline for a Constitutional Theology*, in *The University of Toronto Law Journal*, 56 (3), 2006, pp. 185-222.
- BARTHES, R., *An Introduction to a Structural Analysis of Narrative*, in *New Literary History*, 6, 1975, pp. 237-72.
- BATAILLE, G., *La sovranità*, SE, Milano, 2009.
- BATAILLE, G., *La structure psychologique du fascisme (1933)*, in ID., *Œuvres Complètes*, I, Gallimard, Paris, 1970.
- BAZZICALUPO, L., *Il governo delle vite. Biopolitica ed economia*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- BECKETT, J.A., *The violence of wording: Robert Cover on legal interpretation*, in *NoFo*, 8, 2011, pp. 3-39.
- BEIT-HALLAHMI, B., in D.A. LEEMING (a cura di), *Encyclopedia of Psychology and Religion*, Springer, New York, 2014, pp. 1375-6.
- BENJAMIN, W., *Capitalismo come religione*, in ID., *Scritti politici* (a cura di G. Pedullà), Editori Riuniti, Roma, 2011.
- BENJAMIN, W., *Charles Baudelaire. Un poeta lirico nell'età del capitalismo avanzato* (a cura di G. Agamben, B. Chitussi e C.C. Härle), Neri Pozza, Vicenza, 2012.
- BENJAMIN, W., *I «passages» di Parigi*, in ID., *Opere complete*, IX, Torino, Einaudi, 2002.
- BENJAMIN, W., *Il dramma barocco tedesco*, Einaudi, Torino, 1999.
- BENJAMIN, W., *Per la critica della violenza*, in ID., *Scritti politici* (a cura di G. Pedullà), Editori Riuniti, Roma, 2011.
- BENJAMIN, W., *Sul concetto di storia (1940)*, in ID., *Opere complete*, VII, Einaudi, Torino, 2006.
- BENJAMIN, P., TERON, J., *Costing Comparing and Competing: The World Bank's*

- Doing Business Survey and the Bench-Marking of Labour Regulation*, in *Acta Juridica*, 204, 2009, pp. 204-34.
- BENSON, R.L., *The Bishop-Elect. A Study in Medieval Ecclesiastical Office*, Princeton University Press, New York, 1968
- BENSON, R.L., *Plenitudo Potestatis: Evolution of a Formula from Gregory IV to Gratian*, in *Studia Gratiana*, 14, 1968, pp. 193-217
- BENVENISTE, É., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, I, *Economia, parentela, società*, Einaudi, Torino, 1976.
- BENVENISTE, É., *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione*, Einaudi, Torino, 2001.
- BEONIO-BROCCHIERI FUMAGALLI, M.T. (a cura di), *Sopra la volta del mondo. Onnipotenza e potenza assoluta di Dio tra medioevo e età moderna*, Lubrina, Bergamo, 1986.
- BERGONZINI, C., *Il nuovo principio dell'equilibrio di bilancio: le prime ricadute sull'ordinamento italiano*, in C. BERGONZINI, S. BORELLI, A. GUAZZAROTTI (a cura di), *La legge dei numeri. Governance economica europea e marginalizzazione dei diritti. Atti del Convegno del Dottorato di ricerca «Diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali» del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Ferrara, Rovigo, 1-2 ottobre 2015*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 147-66.
- BERLIN, I., *Le radici del romanticismo*, Adelphi, Milano, 2001.
- BERMAN, H.J., *Diritto e rivoluzione. II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 2010.
- BERMAN, H.J., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 1998.
- BERNI, S., *L'antropologia del politico di Carl Schmitt e di Michael Foucault*, in *Jura Gentium*, XI, 2014, 2, pp. 7-26.
- BERNI, S., *Nietzsche e Foucault*, Giuffrè, Milano, 2005.
- BERNI, S., *Pierre Legendre. L'antropologia dogmatica di un giurista eterodosso*, Collana "Studi e Ricerche", Dip. Scienze Storiche, Giuridiche, Politiche e Sociali, Siena, 2007.
- BERNI, S., *Psicoanalisi e genealogia*, in A. GRILLO (a cura di), *A partire da Foucault. Studi su potere e soggettività*, La Zisa, Palermo, 1994, pp. 50-70.
- BERNS, T., *Violence de la loi à la Renaissance. L'originnaire du politique chez Machiavel et Montaigne*, Éditions Kimé, Paris, 2000.
- BIANCHI, E., *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, CEDAM, 1997.

- BIRKS, P., *Fictions ancient and modern*, in N. MCCORMICK, P. BIRKS (a cura di), *The Legal Mind. Essays for Tony Honorè*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 83-101.
- BIROCCHI, I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Giappichelli, Torino, 2002.
- BLACKSTONE, W., *The Oxford Edition of Blackstone's: Commentaries on the Laws of England. Book I: Of the Rights of Persons*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- BLUMENBERG, H., *La legittimità dell'età moderna*, Marietti, Genova, 1992.
- BLUMENBERG, H., *Paradigmi per una metaforologia*, il Mulino, Bologna, 1960.
- BOBBIO, N., *Diritto e forza*, in ID., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1970.
- BOBBIO, N., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2014.
- BOBBIO, N., *Stato, governo, società. Per una teoria generale della politica*, Einaudi, Torino, 1985.
- BOBBIO, N., *Studi per una teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Politische Theorie und politische Theologie. Bemerkungen zu ihrem gegenseitigen Verhältnis*, in *Revue européenne des sciences sociales*, 54/55, 1981, pp. 233-43.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Concetto e problemi dello stato costituzionale*, in ID., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione e di diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 2006.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Il concetto di «politico» come chiave per intendere l'opera giuspubblicistica di Carl Schmitt*, in ID., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W., *Il potere costituente del popolo*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.
- BODIN, J., *Le six livres de la République*, Chez Iacque du Puys, Paris, 1576.
- BOFFI, G., *Allegoria e simbolo in Walter Benjamin*, in V. MELCHIORRE (a cura di), *Simbolo e conoscenza*, Vita e pensiero, Milano, 1988, pp. 332-363.
- BOFFI, G., *Immagini della memoria. Warburg e Benjamin*, in *Rivista di Filosofia neo-scolastica*, 88 (3), 1986, pp. 432-48.
- BOLGIANI, F., *Dalla teologia liberale all'escatologia apocalittica: il pensiero e l'opera di Erik Peterson*, in *Rivista di storia e letteratura religiosa*, I, 1965, pp. 1-58.
- BONANATE, L., *Ordine internazionale: fondamenti di relazioni internazionali*, Jaca Book, Milano, 1995.

- BORDES, J., *Politeia dans la pensée grecque jusqu'à Aristote*, Les belles lettres, Paris, 1982.
- BORGES, J.L., *Altre inquisizioni* (1952), in ID., *Tutte le opere*, I, Meridiani Mondadori, Milano, 1984.
- BOSTRENGHI, D., "Tantum juris quantum potentiae". *Puissance de la raison et puissance des affects chez Spinoza*, in C. JAQUET, P. SÉVÉRAC (a cura di), *Les interprétations actuelles de Spinoza en Italie*, Publications de la Sorbonne, Paris, 2012, pp. 117-33.
- BOURDIEU, P., *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 64, 1986, pp. 3-19.
- BOURDIEU, P., *Sullo Stato. Corso al Collège de France. Volume I (1989-1990)*, Feltrinelli, Milano, 2013.
- BOUTMY, E., *Études de droit constitutionnel: France, Angleterre, États Unis*, Plon, Paris, 1888.
- BOYER, G., *Sur quelques emplois de la fiction dans l'ancien droit oriental*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 1, 1954, pp. 73-100.
- BOYS-STONES, G.R., *The Stoics' Two Types of Allegory*, in G.R. BOYS-STONES, *Metaphor, Allegory, and the Classical Tradition. Ancient Thought and Modern Revisions*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 189-216.
- BRANCASI, A., *Il principio di pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatorio-sullefonti.it*, 2, 2012, pp. 1-14.
- BREDEKAMP, H., *From Walter Benjamin to Carl Schmitt, via Thomas Hobbes*, in *Critical Inquiry*, 25 (2), 1999, pp. 247-66.
- BRETONE, M., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- BRIGUGLIA, G., *Il corpo vivente dello Stato. Una metafora politica*, Bruno Mondadori, Milano, 2006.
- BRUNKHORST, H., "There will be blood". *Costituzione senza democrazia?*, in *Iride. Filosofia e Discussione Pubblica*, 21, 2008, pp. 569-94.
- BUCK-MORSS, S., *The Dialectics of Seeing. Walter Benjamin and the Arcades Project*, The MIT Press, Cambridge, 1989.
- BUSSOLINI, J., *Ongoing Founding Events in Carl Schmitt and Giorgio Agamben*, in *Telos*, 157, 2011, pp. 60-82.
- CACCIARI, M., *Icone della legge*, Adelphi, Milano, 1985.
- CACCIARI, M., CANFORA, L., RAVASI, G., ZAGREBELSKY, G., *La legge sovrana. Nomen basileus*, Rizzoli, Milano, 2006.
- CACCIARI, M., *Della cosa ultima*, Adelphi, Milano, 2004.

- CACCIARI, M., *Diritto e giustizia. Saggio sulle dimensioni teologica e mistica del moderno Politico*, in *Il Centauro*, 2, 1981, pp. 66-71.
- CACCIARI, M., *Geo-filosofia dell'Europa*, Adelphi, Milano, 1994.
- CACCIARI, M., *Il potere che frena*, Adelphi, Milano, 2013.
- CALASSO, F., *I glossatori e la teoria della sovranità. Studio di diritto comune pubblico*, Giuffrè, Milano, 1957.
- CALASSO, F., *Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milano, 1954.
- CALASSO, R., *La rovina di Kasch*, Adelphi, Milano, 1983.
- CAMPI, A., *Hans J. Morgenthau e Carl Schmitt: un bilancio critico-bibliografico*, in MORGENTHAU, H.-J., *Il concetto del politico. 'Contra' Schmitt*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.
- CANNATA, C.A., *Qualche considerazione sull'ambiente della giurisprudenza romana al tempo delle due scuole*, in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, II, Giappichelli, Torino, 2012.
- CANNING, J., *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.
- CANNING, J., *A History of Medieval Political Thought: 300-1450*, Routledge, New York, 1996.
- CANTALUPO, C., *Hobbes's Use of Metaphor*, in *Restoration: Studies in English Literary Culture*, 12 (1), 1988, pp. 20-32.
- CANTARELLA, E., *Introduzione*, in E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Led Edizioni Universitarie, Milano, 2007.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L., *Jhering e 'Lo spirito del diritto romano'*, in *Quaderni fiorentini*, XXI, 1992, p. 177-212.
- CARANDINI, A. (a cura di), *La leggenda di Roma*, III, *La Costituzione*, Mondadori, Milano, 2011.
- CARDOZO, B.N., *Law and Literature and Other Essays and Addresses*, Harcourt, Brace & Co., New York, 1931.
- CARILE, A., *Teologia politica bizantina*, Fondazione Centro italiano di studi sull'alto medioevo, Spoleto, 2008.
- CAROZZA, P.G., *Continuity and Rupture in "New Approaches to Comparative Law"*, in *Utah Law Review*, 2, 1997, pp. 657-63.
- CARPI, D. (a cura di), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007.
- CARRÉ DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, II, Sirey, Paris, 1921.

- CARRINO, A., *Oltre Kelsen. Norberto Bobbio e la dottrina pura del diritto*, in N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Giappichelli, Torino, 2014.
- CASERTANO, G., *I presocratici*, Carocci, 2009.
- CASSESE, S., *Chi governa il mondo?*, il Mulino, Bologna, 2013.
- CASSINARI, F., *Legalità e pacifismo. Interpretazione naturalista e interpretazione legittimativa della violenza*, in *Iride*, 3, 2004, p. 648 e ss.
- CASSINI, E., *Introduzione a Carl Schmitt*, il Melangolo, Genova, 2016.
- CASTRUCCI, E., *Genealogia della potenza costituente. Schmitt, Nietzsche, Spinoza*, in *Filosofia politica*, 2, 1999, p. 246.
- CASTRUCCI, E., *Studi sull'idea di potenza. Le radici giuridiche e teologiche della tradizione culturale dell'occidente*, in ID., *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, II, Giuffrè, Milano, 2003.
- CASTRUCCI, E., *Un accenno di ricostruzione: il Platone di Paul Valéry e il problema del 'fare creativo', rimodellatore delle forme*, in ID., *Convenzione, forma, potenza. Scritti di storia delle idee e di filosofia giuridico-politica*, I, Giuffrè, Milano, 2003.
- CATANIA, A., *Filosofia del diritto. Introduzione critica ai concetti giuridici*, Giappichelli, Torino, 2015.
- CELANO, B., *La teoria del diritto in Hans Kelsen. Una introduzione critica*, il Mulino, 1999.
- CELATI, G., *Il Bazar archeologico*, in ID., *Finzioni Occidentali*, Einaudi, Torino, 2001.
- CHARUSHEELA, S., ZEIN-ELABDIN, E. (a cura di), *Postcolonialism Meets Economics*, Routledge, New York, 2013.
- CHAUMON, F., *Jacques Lacan. La legge, il soggetto e il godimento*, Edizioni ETS, Pisa, 2014.
- CHIGNOLA, S., *Kelsen, Weber: on justice and law*, in P. LANGFORD, I. BRYAN, J. MCGARRY, *The Foundation of the Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, Routledge, New York, 2016.
- CHROUST, A.-H., *The Corporate Idea and the Body Politic in the Middle Ages*, in *The Review of Politics*, 9 (4), 1947, pp. 423-52.
- CHWASZCZA, C., *The Seat of Sovereignty: Hobbes on the Artificial Person of the Commonwealth or State*, in *Hobbes Studies*, 25, 2012, pp. 123-42.
- CICCARELLI, R., *Potenza e beatitudine. Il diritto nel pensiero di Baruch Spinoza*, Carocci, Roma, 2003.
- CIMMINO, L., *Il giovane Morgenthau e la metafisica*, in MORGENTHAU, H.-J., *Il concetto del politico. 'Contra' Schmitt*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.

- CIPOLLETTA, M., *Il linguaggio metaforico nel pensiero politico di Hobbes*, in *Trimestre*, 34 (3-4), 2003, p. 268 e ss.
- COBBAN, A., *Dictatorship. Its History and Theory*, J. Cape, London, 1939.
- COCCIA, E., *Potestas dicitur multipliciter. Le pouvoir et la nature*, in D. BOQUET, B. DUFAL, P. LABEY (a cura di), *Une histoire au présent. Les historiens et Michel Foucault*, CNRS éditions, Paris, 2013.
- COHEN, J.-L., *Globalization and sovereignty. Rethinking legality, legitimacy and constitutionalism*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- COKE, E., *The Reports of Sir Edward Coke, Kny.*, IV, J. Butterworth & Son, London, 1826.
- COLACINO, V., voce *Fictio iuris*, in *Noviss. Dig. It.*, sez. VII, UTET, Torino, 1957, pp. 269-271.
- COMBA, A. (a cura di), *Neoliberismo internazionale e global economic governance: sviluppi istituzionali e nuovi strumenti*, Giappichelli, Torino, 2013.
- CONKLIN, W.E., *The Invisible Origins of Legal Positivism. A Re-Reading of a Tradition*, Springer, New York, 2001.
- CORRIAS, L., *The Passivity of Law. Competence and Constitution in the European Court of Justice*, Springer, New York, 2011.
- CORTESE, E., *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medioevale*, Bulzoni, Roma, 1966.
- CORTESE, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Giuffrè, Milano, 1964.
- CORTESE, E., voce *Sovranità (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLIII, Giuffrè, Milano, 1990, pp. 205-224.
- CORWIN, E.S., *Liberty Against Government. The Rise, Flowering and Decline of a Famous Judicial Concept*, Louisiana State University Press, Baton Rouge, 1948.
- COSTA, M.T., *Il carattere distruttivo. Walter Benjamin e il pensiero della soglia*, Quodlibet, Macerata, 2008.
- COSTA, P., *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Ottocento e Novecento*, Giuffrè, Milano, 1986.
- COSTANTINESCO, L.-J., *Il metodo comparativo* (a cura di A. Procida Mirabelli di Lauro), Giappichelli, Torino, 2000.
- COSTANTINI, C., *Comparazione giuridica, ontologia politica e rappresentazione*, in *Pòlemos*, 2, 2010, pp. 131-57.
- COSTANTINI, C., *La legge e il tempio. Storia comparata della giustizia inglese*, Carocci, Roma, 2007.

- COSTANTINI, C., *Millenaristic Equity. Theological Order and Legal Faith*, in *Pólemos*, 10(2), 2016, pp. 329-35.
- COSTANTINI, C., *The iconicity of space*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.
- COSTANTINI, C., *The Judicature Acts and the confusion of Law and Equity*, in D. CARPI (a cura di), *Practising Equity, Addressing Law: Equity in Law and Literature*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2008.
- COSTANTINI, C., *The Keepers of Traditions: The English Common Lawyers and the Presence of Law*, in *Comparative Law Review*, 1 (2), 2010, pp. 1-12.
- COSTANTINI, C., voce *Diritto e letteratura*, in *Dig. disc. priv. – Sez. Civile, Aggiornamento*, UTET, Torino, 2012, pp. 344-53.
- COULOMBEL, M.-P., *Force et but dans le droit selon la pensée juridique de Iberign*, in *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 55, 1957, pp. 609-631.
- COURTENAY, W.-J., *Capacity and Volition. A History of the Distinction of Absolute and Ordained Power*, Lubrina, Bergamo, 1990.
- COURTENAY, W.-J., *The Dialectic of Omnipotence in the High and Late Middle Ages*, in T. RUDAVSKY (a cura di), *Divine Omniscience and Omnipotence in Medieval Philosophy. Islamic, Jewish and Christian Perspectives*, Springer, Dordrecht/Boston/Lancaster, 1985, pp. 243-69.
- COURTENAY, W.J., *The King and the Leaden Coin. The Economic Background of 'Sine qua non' Causality*, in *Traditio*, xxviii, 1972, pp. 185-209.
- COVER, R., *I racconti della giurisprudizione*, in ID., *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008.
- COVER, R., *Nomos e narrazione*, in ID., *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, Giappichelli, Torino, 2008.
- COWAN, B., *Walter Benjamin's Theory of Allegory*, in *New German Critique*, 22, 1981, pp. 109-122.
- CRISAFULLI, V., *Lezioni di diritto costituzionale*, II, 1, *L'ordinamento costituzionale italiano*, CEDAM, Padova, 1993.
- CRISAFULLI, V., voce *Fonti del Diritto (Diritto Costituzionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, p. 925.
- CRISTI, R., *The Metaphysics of Constituent Power: Schmitt and the Genesis of Chile's 1980 Revolution*, in *Cardozo Law Review*, 21, 2000, pp. 1749-75.
- CURI, U., *Pensare la guerra. L'Europa e il destino della politica*, edizioni Dedalo, Bari, 1999.
- CURI, U., *Pólemos. Filosofia come guerra*, Bollati Boringhieri, Torino, 2000.

- CURTIUS, E.R., *Letteratura europea e Medio Evo latino*, La Nuova Italia, Firenze, 1992.
- CUTRO, A., *Foucault e l'epistemologia. Scienza e politica tra strutturalismo, marxismo e psicanalisi*, in M. FOUCAULT, *Il sapere e la storia. Sull'archeologia delle scienze e altri scritti*, Ombre Corte, Verona, 2007.
- D'AGOSTINO, F., *Bia. Violenza e giustizia nella filosofia e nella letteratura della Grecia antica*, Giuffrè, Milano, 1983.
- D'AGOSTINO, F., *Il diritto come problema teologico ed altri saggi di filosofia e teologia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1995.
- D'AGOSTINO, F., *Per un'archeologia del diritto. Miti giuridici greci*, Giuffrè, Milano, 1979.
- D'ALESSANDRO, L., *Regola giuridica e regola di verità*, in M. FOUCAULT, *La verità e le forme giuridiche*, La Città del Sole, Napoli, 2007.
- D'ANGELO, A., *Heidegger e Aristotele: la potenza e l'atto*, Istituto italiano per gli studi storici, Napoli, 2000.
- D'ANTUONO, E., *Ebraismo e filosofia. Saggio su Franz Rosenzweig*, Guida Editore, Napoli, 1999.
- D'AVACK, L., *Il conflitto costituzionale sotto il regno di Giacomo I Stuart*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, XLVIII, 1971, pp. 280-326.
- D'AVACK, L., *La figura del monarca negli scritti politici di Giacomo I*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del diritto*, II-III, 1969, pp. 201-33.
- DA FONSECA, M.A., *Michel Foucault et le droit*, Editions L'Harmattan, Paris, 2013.
- DANIEL, D., "Neither Simple Allusions Nor True Mirrorings": Seeing Double with Carl Schmitt, in *Telos*, 153, 2010, pp. 51-69.
- DANTE, *De Monarchia*, in ID., *Opere minori*, II, UTET, Torino, 1986.
- DARWIN, C., *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*, II, Princeton University Press, Princeton, 1981.
- DAVID, R., SPINOSI, C.J., *Traité élémentaire de droit civil comparé*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950.
- DAVIES, J.D., voce *Equity*, in *Nov. Dig. It.*, VI, UTET, 1960, pp. 638-42
- DE ALOYSIO, F., *Il gerofante e la gorgone. Quattro saggi su Kelsen e un'appendice su Hobbes*, Bulzoni, Roma, 1996.
- DE ANGELIS, M., *The Political Economy of Global Neoliberal Governance*, in *Review*, 28, 2005, pp. 229-57.
- DE CERTEAU, M., *Quello che Freud fa della storia. A proposito di "Una nevrosi de-*

- monica nel XVII secolo", in ID., *La scrittura della storia*, Jaca Book, Milano, 2006.
- DE FRANCISCI, P., *Arcana imperii*, I, Giuffrè, Milano, 1947.
- DE FRANCISCI, P., *Arcana imperii*, III, 2, Giuffrè, Milano, 1948.
- DE FRANCISCI, P., *Primordia Civitatis*, Apollinaris, Roma, 1959.
- DE FRANCISCI, P., *Questioni di metodo*, I, *Diritto romano e dogmatica moderna*, Edizioni New Press, Como, 1984.
- DE LUBAC, H., *Corpus Mysticum. L'Eucarestia e la chiesa nel Medioevo*, Jaca Book, Milano, 1982.
- DE LUCA, L., *Aequitas canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germain*, in *Ephemerides iuris canonici*, III, 1947, 1, pp. 46-66.
- DE MAN, P., *La retorica della temporalità*, in ID., *Cecità e visione. Linguaggio letterario e critica contemporanea* (a cura di E. Saccone), Liguori, Napoli, 1975.
- DE MAN, P., *The Epistemology of Metaphor*, *Critical Enquiry*, 5 (1), 1978, pp. 13-30.
- DE MARTINO, F., *Storia della costituzione romana*, III, Jovene, Napoli, 1973.
- DE MARTINO, F., *Sugli aspetti giuridici del triumvirato*, in A. GARA, D. FORABOSCHI (a cura di), *Il triumvirato costituente alla fine della repubblica romana*, New Press, Como, 1993, pp. 67-84.
- DE MINICO, G., *Costituzione. Emergenza e terrorismo*, Jovene, Napoli, 2016.
- DE ROMILLY, J., *La legge nel pensiero greco*, Garzanti, Milano, 2005.
- DE SUTTER, L., *Piracy as Method: Nine Theses on Law and Literature*, in *Law and Humanities*, 5 (1), 2011, pp. 63-72.
- DE TOCQUEVILLE, A., *La democrazia in America*, Rizzoli, Milano, 1992.
- DEAN, J., *Zizek on Law*, in *Law and Critique*, 15, 2004, pp. 1-24.
- DEI, F., *Il mito in Frazer e nelle poetiche del modernismo*, in G. LEGHISSA, E. MANERA (a cura di), *Filosofie del mito nel Novecento*, Carocci, Roma, 2015.
- DELACROIX, S., *Legal Norms and Normativity: An Essay in Genealogy*, Hart Publishing, Oxford, 2006.
- DELEUZE, G., *Abeceario*, DeriveApprodi, Roma, 2014.
- DELEUZE, G., *Che cos'è l'atto di creazione?*, Cronopio, Napoli, 2013.
- DELEUZE, G., *Differenza e ripetizione*, il Mulino, Bologna, 1971.
- DELEUZE, G., *Foucault*, Feltrinelli, Milano, 1986.
- DELEUZE, G., GUATTARI, F., *Che cos'è la filosofia?*, Einaudi, Torino, 2002.

- DELEUZE, G., GUATTARI, F., *Millepiani. Capitalismo e schizofrenia*, Castelvecchi, Roma, 1987.
- DELEUZE, G., *La piega. Leibniz e il Barocco*, Einaudi, Torino, 1990.
- DELEUZE, G., *Nietzsche e la filosofia e altri testi*, Einaudi, Torino, 2002.
- DELEUZE, G., *Pericle e Verdi*, Cronopio, Napoli, 1996.
- DERRIDA, J., *Al di là del Principio di Potere*, in ID., "Essere giusti con Freud". *La storia della follia nell'età della psicoanalisi*, Cortina, Milano, 1994.
- DERRIDA, J., *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003.
- DERRIDA, J., *Incondizionalità o sovranità*, Mimesis, Milano, 2008.
- DERRIDA, J., *L'orecchio di Heidegger. Filopolemologia*, in ID., *La mano di Heidegger* (a cura di M. Ferraris), Laterza, Roma-Bari, 1991.
- DERRIDA, J., *La Bestia e il Sovrano*, 1, Jaca Book, Milano, 2009.
- DERRIDA, J., *La farmacia di Platone*, Jaca Book, Milano, 2015.
- DERRIDA, J., *Mal d'Archive. Une impression freudienne*, Galilée, Paris, 1995.
- DERRIDA, J., *Politiche dell'amicizia*, Cortina, Milano, 1995.
- DERRIDA, J., *Pre-giudicati. Davanti alla legge*, Abramo, Catanzaro, 1996.
- DERRIDA, J., *Sproni. Gli stili di Nietzsche*, Adelphi, Milano, 1991.
- DERRIDA, J., *Stati canaglia*, Cortina, Milano, 2003.
- DERRIDA, J., *Stato d'animo della psicanalisi. L'impossibile aldilà di una sovrana crudeltà*, Edizioni ETS, Pisa, 2013.
- DERRIDA, J., *Timpano*, in ID., *Margini della filosofia*, Einaudi, Torino, 1997.
- DERRIDA, S., *Spettri di Marx. Stato del debito, lavoro del lutto e nuova Internazionale*, Cortina, Milano, 1994.
- DESIDERI, F., BALDI, M., *Benjamin*, Carocci, Roma, 2010, pp. 84-105.
- DEWITT DICKINSON, E., *The Analogy Between Natural Persons and International Persons in the Law of Nations*, in *The Yale Law Journal*, 26 (7), 1917, pp. 564-91.
- DI MARCO, G.A., *Thomas Hobbes nel decisionismo giuridico di Carl Schmitt*, Guida, Napoli, 1999.
- DIANO, C., *Il pensiero greco da Anassimandro agli Stoici*, Bollati Boringhieri, Torino, 2007.
- DIDI-HUBERMAN, G., *L'immagine insepolta. Aby Warburg, la memoria dei fantasmi e la storia dell'arte*, Bollati Boringhieri, Torino, 2006.
- DOGLIANI, M., *Introduzione al diritto costituzionale*, il Mulino, Bologna, 1994.

- DOGLIANI, M., *Potere costituente e revisione costituzionale nella lotta per la costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.
- DOMENICALI, F., *La traccia quasi cancellata. Il metodo genealogico in Foucault*, in *I Castelli di Yale*, 8 (8), 2006, pp. 107-116.
- DONOSO CORTÉS, J., *Lecciones de Derecho político (1836-1837)*, in ID., *Obras Completas*, vol. I, Editoriale Católica (B.A.C.), Madrid, 1970.
- DUCHEMIN, J., *Mission sociale et pouvoirs magiques du poète comparés a ceux di roi dans le lyrisme de Pindare*, in AA. VV., *La regalità sacra. Contributi al tema dell'VIII congresso internazionale di storia delle religioni (Roma, aprile 1955)*, Brill, Leiden, 1959, pp. 379-93.
- DUSO, G., *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Laterza, Roma-Bari, 1999.
- DUSO, G., *Teologia politica-teologia economica: come pensare la politica?*, in *Filosofia politica*, 3, 2012, pp. 393-408.
- DUSO, G., *Tra costituzione e decisione: la soggettività in Carl Schmitt*, in ID. (a cura di), *La politica oltre lo Stato: Carl Schmitt*, Arsenale Cooperativa Editrice, Venezia, 1981.
- DVORNIK, F., *Early Christian and Byzantine Political Philosophy: Origins and Background*, I, Dumbarton Oaks Center for Byzantine Studies, Locust Valley, New York, 1966.
- DYZENHAUS, D., *Schmitt v. Dicey: Are States of Emergency Inside or Outside the Legal Order?*, in *Cardozo Law Review*, 27, 2006, pp. 2005-40.
- DYZENHAUS, D., *The Constitution of Law. Legality in a Time of Emergency*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- EBBESSON, J., *Law, Power and Language: Beware of Metaphors*, in *Scandinavian Studies In Law*, 53, 2012, pp. 259-69.
- EHRHARDT, A., *Creatio ex Nihilo*, in *Studia Theologica*, 6 (1), 1950, pp. 13-43.
- ELIADE, M., *Il sacro e il profano*, Bollati Boringhieri, Torino, 1984.
- ELIOT, T.S., *Poesie* (a cura di R. Sanesi), Bompiani, Milano, 2009.
- ELIOT, T.S., *Tradizione e talento individuale*, in ID., *Il bosco sacro. Saggi sulla poesia e la critica*, Bompiani, Milano, 2010.
- ELIOT, T.S., *Ulysses, Order, and Myth*, in ID., *Selected Prose of T.S. Eliot*, Farrar, Straus and Giroux, New York, 1975.
- ELLIS, P.G., *The Development of T.S. Eliot's Historical Sense*, in *Review of English Studies*, 23, 1972.
- ELTON, G.R., *England under the Tudors*, Routledge, New York, 1991.

- ERACLITO, *Testimonianze, imitazioni frammenti* (a cura di R. Mondolfo, L. Taràn, M. Marcovich), Bompiani, Milano, 2007.
- ERNOUT, A., MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klincksieck, Paris, 2001.
- ESMEIN, A., NÉZARD, H., *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, I, Sirey, Paris, 1921.
- ESPOSITO, E., *Bios. Biopolitica e filosofia*, Einaudi, Torino, 2004.
- ESPOSITO, R., *Communitas. Origine e destino della comunità*, Einaudi, Torino, 2006.
- ESPOSITO, R., *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Einaudi, Torino, 2016.
- ESPOSITO, R., *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Einaudi, Torino, 2013.
- ESPOSITO, R., *Immunitas. Protezione e negazione della vita*, Einaudi, Torino, 2002.
- ESPOSITO, R., *Le parole e le cose*, Einaudi, Torino, 2014.
- ESPOSITO, R., *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Einaudi, Torino, 2010.
- ESPOSITO, R., *Postfazione*, in G. BATAILLE, *La sovranità*, SE, Milano, 2009.
- ETXABE, J., *The Legal Universe After Robert Cover*, in *Law and Humanities*, 4 (1), 2010, pp. 115-147.
- EWALD, W., *Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 143, 6, 1995, pp. 1889-2149.
- FASSIN, G., *Potere e memoria: Appunti sulla genealogia in Foucault*, in *Il Politico*, 65 (1), 2000, pp. 91-120.
- FAYE, E., *Heidegger, l'introduzione del nazismo in filosofia*, L'asino d'oro edizioni, Roma, 2012.
- FEDERICI, L., *Genealogia della violenza e ideocrazia in Walter Benjamin*, in *Sociologia*, XLV, 1, 2011, pp. 141-9.
- FEDERN, P., *La società senza padre*, Paparo, Napoli, 2013.
- FEHER, F., *Voice and Text in Constitutionalism*, in *Cardozo Law Review*, 14, 1993, pp. 705-9.
- FEICHTINGER, J., *Intellectual affinities. Ernst Mach, Sigmund Freud, Hans Kelsen and the Austrian anti-essentialist approach to science and scholarship*, in P. LANGFORD, I. BRYAN, J. MCGARRY, *The Foundation of the Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, Routledge, New York, 2016.

- FELTRIN, P., ROSSINI, M. (a cura di), *Verità in questione. Il problema del metodo in diritto e teologia nel XII secolo*, Lubrina, Bergamo, 1992.
- FERRAJOLI, L., *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Laterza, Roma-Bari, 2016.
- FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia – 1. Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- FERRARESE, M.R., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- FERRARESE, M.R., *La globalizzazione del diritto: dalla "teologia politica" al diritto "utile"*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica*, cit., p. 49-76.
- FERRARI, G.F., «*Civil law*» e «*common law*»: aspetti pubblicistici, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, II, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- FERRARIS, M., *Estetica razionale*, Cortina, Milano, 1997.
- FERRARIS, M., *Introduzione a Derrida*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- FILONE DI ALESSANDRIA, *Tutti i trattati del commentario allegorico alla Bibbia*, Bompiani, Milano, 2005.
- FIORAVANTI, M., *Potere costituente e diritto pubblico. Il caso italiano, in particolare*, in P. POMBENI (a cura di), *Potere costituente e riforme costituzionali*, il Mulino, Bologna, 1992.
- FISTETTI, F., *Heidegger e la rivoluzione nazionalsocialista*, in F. FISTETTI (a cura di), *La Germania segreta di Heidegger*, Dedalo, Bari, 2001.
- FITZPATRICK, P., *Modernism and the Grounds of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001.
- FLEMING, C., *René Girard. Violence and Mimesis*, Polity, Cambridge, 2004.
- FLETCHER, G.P., *Comparative Law as a Subversive Discipline*, in *The American Journal of Comparative Law*, 46 (4), 1998, pp. 683-700.
- FOESSEL, M., KERVÉGAN, J.F., REVAULT D'ALLONNES, M., *Modernité et sécularisation: Hans Blumenberg, Karl Löwith, Carl Schmitt, Leo Strauss*, CNRS, Paris, 2007.
- FOREJHON, J., PASQUINO, P., *The law of the exception. A typology of emergency powers*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2, 2004, pp. 210-39.
- FORRESTER, S., *Theories of Metaphor in Seventeenth and Eighteenth-Century British Philosophy*, in *Literature Compass*, 7/8, 2010, pp. 610-25.
- FORTI, S., *I nuovi demoni. Ripensare oggi male e potere*, Feltrinelli, Milano, 2012.

- FOUCAULT, M., *Che cos'è l'Illuminismo?*, Mimesis, Milano-Udine, 2012.
- FOUCAULT, M., *Illuminismo e critica*, Donzelli, Roma, 1997.
- FOUCAULT, M., *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, Rizzoli, Milano, 2013.
- FOUCAULT, M., *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France 1978-1979*, Feltrinelli, Milano, 2005.
- FOUCAULT, M., *Nietzsche, la genealogia, la storia*, in ID., *Microfisica del potere. Interventi politici*, Einaudi, Torino, 1977.
- FOUCAULT, M., *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, Feltrinelli, Milano, 2005.
- FOUCAULT, M., *L'ordine del discorso e altri interventi*, Einaudi, Torino, 2004.
- FOUCAULT, M., *La cura della verità*, in ID., *Il discorso, la storia, la verità. Interventi 1969-1984*, Einaudi, Torino, 2001.
- FRANK, J., *Constituent Moments. Enacting the People in Postrevolutionary America*, Duke University Press, Durham, 2010.
- FRANKENBERG, G., *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.
- FRANKENBERG, G., *Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law*, in *Harvard International Law Journal*, 26 (2), 1985, pp. 411-2.
- FRANKENBERG, G., *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*, Edward Elgar, Cheltenham, 2014.
- FRANKLIN, J., *Jean Bodin and the Rise of Absolutist Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 1973.
- FREUD, S., *Etiologia dell'isteria*, in ID., *Opere 1892-1899*, II, Bollati Boringhieri, Torino, 1968.
- FREUD, S., *Il disagio della civiltà*, in ID., *Opere 1924-1929*, X, Bollati Boringhieri, Torino, 1978.
- FREUD, S., *Il perturbante*, in ID., *Opere 1917-1923*, IX, Bollati Boringhieri, Torino, 1978.
- FREUD, S., *Il problema dell'analisi condotta da non medici*, in ID., *Opere 1924-1929*, X, Bollati Boringhieri, Torino, 1978.
- FREUD, S., *L'interesse per la psicoanalisi*, in ID., *Opere 1912-1914*, VII, Bollati Boringhieri, Torino, 1978.
- FREUD, S., *L'interpretazione dei sogni*, in ID., *Opere 1899*, III, Bollati Boringhieri, Torino, 1966.
- FREUD, S., *L'uomo Mosè e la religione monoteistica*, in ID., *Opere 1930-1938*, XI, Bollati Boringhieri, Torino, 1979.

- FREUD, S., *La testa di Medusa*, in ID., *Opere 1917-1923*, IX, Bollati Boringhieri, Torino, 1977.
- FREUD, S., *Perché la guerra? (Carteggio con Einstein)*, in ID., *Opere 1930-1938*, XI, Bollati Boringhieri, Torino, 1979.
- FREUD, S., *Psicologia delle masse ed analisi dell'Io*, in ID., *Opere 1917-1923*, IX, Bollati Boringhieri, Torino.
- FREUD, S., *Totem e tabù. Alcune concordanze nella vita psichica dei selvaggi e dei nevrotici*, in ID., *Opere 1912-1914*, VII, Bollati Boringhieri, Torino, 1975.
- FRYE, N., *Anatomia della critica. Teoria dei modi, dei simboli, dei miti e dei generi letterari*, Einaudi, Torino, 2000.
- FULLER, L.L., *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford, 1967.
- GADAMER, H.-G., *Eraclito*, Donzelli, Roma, 2004.
- GADAMER, H.-G., *Verità e metodo* (a cura di G. Vattimo), Bompiani, Milano, 2000.
- GALGANO, F., *La globalizzazione nello specchio del diritto*, il Mulino, Bologna, 2006.
- GALGANO, G., *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore del diritto*, il Mulino, Bologna, 2010.
- GALLI, C., *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*, il Mulino, Bologna, 2010.
- GALLI, G., *Lo sguardo di Giano. Saggi su Carl Schmitt*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- GAMBARO, A., SACCO, R., *Sistemi giuridici comparati*, 3 ed., UTET, 2008.
- GAROFALO, L., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Giappichelli, Torino, 2015.
- GAROUPA, N., LIGÜERRE, C.G., MÉLON, L., *Legal Origins and the Efficiency Dilemma*, Routledge, New York, 2017.
- GENETTE, G., *Palinsesti. La letteratura al secondo grado*, Einaudi, Torino, 1997.
- GENINATTI SATÉ, L., *Introduzione a una teoria realista della legislazione*, Giappichelli, Torino, 2011.
- GENTILE, E., *Le religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- GENTILI, D., *Critica della Gewalt e critica del potere in Benjamin*, in M. PONZI, B. WITTE (a cura di), *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, Nino Aragno, Torino, 2006.
- GERNET, L., *Antropologia della Grecia antica* (a cura di R. Donato), Mondadori, Milano, 1983.
- GEWIRTH, A., *Republicanism and Absolutism in the Thought of Marsilius of*

- Padua, in *Medioevo. Rivista di storia della filosofia medioevale*, 5, 1979, pp. 23-48.
- GIANFORMAGGIO, L. (a cura di), *Hans Kelsen's Legal Theory. A Diachronic Point of View*, Giappichelli, Torino, 1990.
- GIERKE, O., *Political Theories of the Middle Age*, Cambridge University Press, Cambridge, 1913.
- GIGANTE, M., *Nomos Basileus*, Bibliopolis, Napoli, 1993.
- GILLESPIE, M.A., *The Theological Origins of Modernity*, The University of Chicago Press, Chicago, 2008.
- GINZBURG, C., *Spie. Radici di un paradigma indiziario*, in ID., *Miti, emblemi, spie. Morfologia e storia*, Einaudi, Torino, 1986.
- GIOVANNI DI SALISBURY, *Policraticus. L'uomo di governo nel pensiero medioevale*, Jaca Book, Milano, 1984.
- GIRARD, R., *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano, 1987.
- GIRARD, R., *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano, 1980.
- GIULIANI, A., *La «nuova retorica» e la logica del linguaggio normativo*, in *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 47, 1970, pp. 374-90.
- GLANERT, S., *Method?*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012., pp. 61-81.
- GLENN, H.P., *Tradizioni giuridiche nel mondo. La sostenibilità della differenza*, il Mulino, Bologna, 2011.
- GLENN, H.P., voce *Aims of Comparative Law*, in J.M. SMITS (a cura di), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, 2 ed., Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2012, pp. 57-65.
- GOLDONI, M., *La dottrina costituzionale di Sieyès*, Firenze University Press, Firenze, 2009.
- GOODRICH, P., *Interstitium and non-law*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.
- GOODRICH, P., *Introduction: Psychoanalysis and Law*, in P. LEGENDRE, *Law and the Unconscious. A Legendre Reader*, Palgrave, London, 1997.
- GOODRICH, P., *Languages of Law: From Logics of Memory to Nomadic Masks*, Weidenfeld and Nicolson, London, 1990.
- GOODRICH, P., *Screening Law*, in *Law and Literature*, 21 (1), 2009, pp. 1-23.
- GOODRICH, P., *The Judge's Two Bodies: The Case of Daniel Paul Schreber*, in *Law and Critique*, 26 (2), 2015, pp. 117-33.
- GOODRICH, P., *Translating Legendre, or the Poetical Sermon of a Contemporary*

- Jurist*, in P. GOODRICH, D.G. CARLSON (a cura di), *Law and the Postmodern Mind*, The University of Michigan Press, Ann Arbor, 1998.
- GRADY, H., *Hamlet as Mourning-Play: A Benjaminesque Interpretation*, in *Shakespeare Studies*, 36, 2008, pp. 135-65.
- GRASSO, P.G., *Il potere costituente*, in ID., *Il potere costituente e le antinomie del diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 2006.
- GROSS, O., NI AOLAÍN, F., *Law in Times of Crisis. Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- GROSS, O., *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the "Norm-Exception" Dichotomy*, in *Cardozo Law Review*, 21, 2000, pp. 1825-68.
- GROSSI, P., *L'Europa del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- GROSSI, P., *Per ripensare le fonti del diritto (su un libro recentissimo e sulle sue sollecitazioni)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 44, 2015, pp. 1047-56.
- GROSSWALD CURRAN, V., *Rethinking Hermann Kantorowicz: Free law, American legal realism and the legacy of anti-formalism*, in A. RILES (a cura di), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2001.
- GUARNIERI, A., *Lineamenti di diritto comparato*, CEDAM, Padova, 2014.
- GUASTINI, R., *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2010.
- GUMBRECHT, H.-U., *After 1945. Latency as Origin of the Present*, Stanford University Press, Stanford, 2013.
- GUTTERIDGE, H.C., *Comparative Law: An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, Cambridge University Press, Cambridge, 1946.
- GUTTERIDGE, H.C., *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study & Research*, II ed., Cambridge University Press, Cambridge, 1949.
- HABERMAS, J., *Cultura e critica*, Einaudi, Torino, 1980.
- HAMACHER, W., *Affirmative, Strike*, in *Cardozo Law Review*, 13, 1991, pp. 1133-57.
- HARRIS, E.-M., *Antigone the Lawyer, or the Ambiguities of Nomos*, in ID. (a cura di), *Democracy and the Rule of Law in Classical Athens. Essays on Law, Society, and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- HARVEY, D., *A Brief History of Neoliberalism*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

- HAYEK, F.A., *Legge, legislazione, libertà. Critica dell'economia pianificata*, il Saggiatore, Milano, 2010.
- HEGEL, G.W.F., *Lineamenti di filosofia del Diritto. Diritto naturale e scienza dello Stato*, Bompiani, Milano, 2006.
- HEIDEGGER, M., *Che cos'è metafisica?*, Adelphi, Milano, 2001.
- HEIDEGGER, M., FINK, E., *Eraclito. Seminario del semestre invernale 1966/1967*, Laterza, Roma-Bari, 2010.
- HEIDEGGER, M., *Il «Sofista» di Platone*, Adelphi, Milano, 2013.
- HEIDEGGER, M., *Nietzsche*, Adelphi, Milano, 1994.
- HEINIMANN, F., *Nomos und Physis. Herkunft und Bedeutung einer Antithese im Griechischen Denken des 5. Jahrhunderts*, Friedrich Reinhardt AG., Basilea, 1945.
- HENLY, B., "Penumbra": *The Roots of a Legal Metaphor*, in *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 15, 1987, pp. 81-100.
- HERITIER, P., *Eстетica giuridica – A partire da Legendre. Il fondamento finzionale del diritto positivo*, II, Giappichelli, Torino, 2012.
- HERITIER, P., *La sacra laicità*, in A. BARBA (a cura di), *La laicità nel diritto*, Aracne, Roma, 2011, pp. 179-198.
- HERITIER, P., *Legendre e la funzione istituyente del mito*, in G. LEGHISSA, E. MANERA (a cura di), *Filosofie del mito nel Novecento*, Carocci, Roma, 2015, pp. 249-57.
- HERITIER, P., SILVESTRI, P. (a cura di), *Good Government, Governance, Human Complexity. Luigi Einaudi's legacy and contemporary societies*, Leo S. Olshki, Firenze, 2012.
- HESPANHA, A.M., *Introduzione alla storia del diritto europeo*, il Mulino, Bologna, 1999.
- HIBBITTS, B.J., *Making Sense of Metaphors: Visuality, Aurality, and the Reconfiguration of American Legal Discourse*, in *Cardozo Law Review*, 16, 1994, pp. 229-350.
- HOBBS, TH., *De Corpore*, in ID., *Opera philosophica quæ latine scripsit omnia, in unum corpus nunc primum collecta studio et labore Gulielmi Molesworth*, I, apud Joannem Bohn, Londini, 1835.
- HOBBS, TH., *Leviatano*, Bompiani, Milano, 2012.
- HOBSBAWN, E.J., *Introduzione: Come si inventa una tradizione*, in ID. (a cura di), *L'invenzione della tradizione*, Einaudi, Torino, 2002.
- HOFMANN, H., *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*, ESI, Napoli, 1999.

- HOFMANN, H., *Rappresentanza-rappresentazione: parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Giuffrè, Milano, 2007.
- HOLDSWORTH, W.S., *A History of English Law*, II, Methuen & co., London, 1932.
- HOLUB, J., *Ordinaria potentia – absoluta potentia*, in *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, 28, 1950, pp. 92-9.
- HONNETH, A., *Saving the Sacred with a Philosophy of History. On Benjamin's "Critique of Violence"*, in ID., *Pathologies of Reason. On the Legacy of Critical Theory*, Columbia University Press, New York, 2009.
- IRTI, N., *Violenza 'conforme alla legge' (da un carteggio fra Einstein e Freud)*, in *Historia et ius*, 4, 2014, pp. 1-9.
- ISNARDI PARENTE, M., *Introduzione*, in J. BODIN, *I sei libri dello Stato*, UTET, Torino, 1964.
- ISNARDI PARENTE, M., *Le Volontarisme de Jean Bodin: Maïmonide ou Duns Scot?*, in H. DENZER (a cura di), *Jean Bodin. Verhandlungen der internationalen Bodin Tagung in München*, Beck, München, 1973, pp. 39-51.
- IVES, A., *Neoliberalism and the concept of governance. Renewing with an older liberal tradition to legitimate the power of capital*, in *Mémoire(s), identité(s), marginalité(s) dans le monde occidental contemporain*, 14, 2015, <<http://mimmoc.revues.org/2263>>.
- J.-R. MARTEL, *Divine Violence. Walter Benjamin and the Eschatology of Sovereignty*, Routledge, New York, 2012.
- JABLONER, C., *Kelsen and his Circle: the Viennese Years*, in *European Journal of International Law*, 9, 1998, pp. 368-85.
- JACKSON, V.C., *Constitutions as "Living Trees"? Comparative Constitutional Law and Interpretive Metaphors*, in *Fordham Law Review*, 75, 2006, pp. 921-60.
- JAIN, M., *T. S. Eliot and American Philosophy: The Harvard Years*, Cambridge University Press, Cambridge, 1992.
- JAMES, E.O., *Creation and Cosmology. A Historical and Comparative Inquiry*, Brill, Leiden, 1969, pp. 92-109.
- JAMESON, F., *Walter Benjamin, or Nostalgia*, in *Salmagundi*, 10/11, 1969-1979, pp. 52-68.
- JESI, F., *Esoterismo e linguaggio mitologico. Studi su Rainer Maria Rilke*, Quodlibet, Macerata, 2002.
- JOHNSON, M.L., *Mind, Metaphor, Law*, in *Mercer Law Review*, 58, 2007, pp. 845-68.

- JONGEN, M. (a cura di), *Il capitalismo divino. Colloquio su denaro, consumo, arte e distruzione con Boris Groys, Jochen Hörisch, Thomas Macho, Peter Sloterdijk e Peter Weibel*, Mimesis, Milano, 2011.
- JULLIEN, F., *Contro la comparazione. Lo "scarto" e il "tra". Un altro accesso all'alterità* (a cura di M. Ghilardi), Mimesis, Milano, 2014.
- JULLIEN, F., *L'universale e il comune. Il dialogo tra culture*, Laterza, Roma-Bari, 2010.
- KAFKA, F., *Davanti alla legge*, in ID., *Racconti*, Mondadori, Milano, 1970.
- KAHN, P., *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*, The University of Chicago Press, Chicago, 1999.
- KAHN, P.W., *Political Theology: Four New Chapters on the Concept of Sovereignty*, Columbia University Press, New York, 2011.
- KAHN, V., *Hamlet or Hecuba: Carl Schmitt's Decision*, in *Representations*, 83 (1), 2003, pp. 67-96.
- KANT, I., *Primi principi metafisici della dottrina del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2005.
- KANTOROWICZ, E.H., *Federico II imperatore*, Garzanti, Milano, 1976.
- KANTOROWICZ, E.H., *I misteri dello Stato*, Marietti, Genova, 2005.
- KANTOROWICZ, E.H., *La sovranità dell'artista*, in ID., *La sovranità dell'artista. Mito e immagine tra Medioevo e Rinascimento*, Marsilio, Padova, 1995, pp. 17-38.
- KANTOROWICZ, E.H., *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medioevale*, Einaudi, Torino, 2012.
- KAY, R.S., *Constituent Authority*, in *The American Journal of Comparative Law*, 59, 2011, pp. 715-61.
- KELSEN, H., *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, ESI, Napoli, 1988.
- KELSEN, H., *Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung*, in *Verhandlungen der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, De Gruyter, Berlin-Leipzig, 1927.
- KELSEN, H., *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud*, in ID., *La democrazia*, il Mulino, Bologna, 1984, pp. 388-437.
- KELSEN, H., *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale. Contributo per una dottrina pura del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989.
- KELSEN, H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966.
- KELSEN, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000.

- KELSEN, H., *Religione secolare. Una polemica contro l'errata interpretazione della filosofia sociale, della scienza e della politica moderne come "nuove religioni"*, Cortina, Milano, 2014.
- KELSEN, H., *Scritti autobiografici*, Diabasis, Reggio Emilia, 2008.
- KELSEN, H., *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985.
- KENNEDY, DA., *Law and the Political Economy of the World*, in *Leiden Journal of International Law*, 26, 2013, pp. 7-48.
- KENNEDY, DA., *New Approaches to Comparative Law: Comparativism and International Governance*, in *Utah Law Review*, 2, 1997, pp. 545-637.
- KENNEDY, DA., *The methods and the politics*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 345-433.
- KENNEDY, DA., *The Mystery of Global Governance*, in *Ohio Northern University Law Review*, 34, 2008, pp. 827-60.
- KENNEDY, DU., *American Constitutionalism as Civil Religion: Notes of an Atheist*, in *Nova Law Review*, 19, 1995.
- KENNEDY, DU., *Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-2000*, in D. M. TRUBEK, A. SANTOS (a cura di), *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 19-73.
- KERVÉGAN, J.-F., *Che fare di Carl Schmitt?*, Laterza, Roma-Bari, 2016.
- KERVÉGAN, J.-F., *Souveraineté et représentation chez Hegel*, in *Revue française d'histoire des idées politiques*, 14 (2), 2001, pp. 321-336.
- KHANNA, P., *How to Run the World: Charting a Course to the Next Renaissance*, Random House Publishing Group, New York, 2011.
- KLEIN, C., SAJÓ, A., *Constitution-making: process and substance*, in M. ROSENFELD, A. SAJÓ (a cura di), *Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- KLEIN, C., *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, PUF, Paris, 1996.
- KLEIN, J.T., *Interdisciplinarity. History, Theory, & Practice*, Wayne State University Press, Detroit, 1990.
- KLINCK, D.-R., *Conscience, Equity and the Court of Chancery in Early Modern England*, Ashgate, Farnham, 2010.
- KNAPP, E., *Benjamin, Dante and the Modernity of the Middle Ages: or, Allegory as Urban Constellation*, in *The Chaucer Review*, 48 (4), 2014, pp. 524-41.
- KOEPNICK, L.-P., *Allegory and Power: Walter Benjamin and the Politics of Representation*, in *Soundings: An Interdisciplinary Journal*, 79 (1/2), 1996, pp. 59-78.

- KOLNAY, A., *The War Against the West*, Viking Press, New York, 1938.
- KOSKENNIEMI, M., *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Laterza, Roma-Bari, 2001.
- LACAN, J., *Introduzione teorica alle funzioni della psicoanalisi in criminologia*, in *Scritti*, I, Rizzoli, Milano, 2007.
- LADNER, G., *The Concepts of "Ecclesia" and "Christianitas" and Their Relation to the Idea of Papal "Plenitudo Potestatis" from Gregory VII to Boniface VIII*, in *Miscellanea Historiae Pontificiae*, 18, 1953, pp. 49-77.
- LAFFI, U., *Poteri triumvirali e organi repubblicani*, in A. GARA, D. FORABOSCHI (a cura di), *Il triumvirato costituente alla fine della repubblica romana*, New Press, Como, 1993, pp. 37-66.
- LAIRD, A., *Figures of Allegory from Homer to Latin Epic*, in G.R. BOYS-STONES, *Metaphor, Allegory, and the Classical Tradition. Ancient Thought and Modern Revisions*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 151-75.
- LAKOFF, G., JOHNSON, M., *Metaphors We Live By*, The University of Chicago Press, Chicago, 1980.
- LAMBARDE, W., *Archeion, or, A Discourse upon the High Courts of Justice in England* (a cura di C.H. McIlwain e P.L. Ward), Harvard University Press, Cambridge, 1957.
- LANGE, C.H., *Res Publica Constituta. Actium, Apollo and the Accomplishment of the Triumviral Assignment*, Brill, Leiden, 2009.
- LANGFORD, P., BRYAN, I., MCGARRY, J., *Introduction. Convergence and divergence*, in P. LANGFORD, I. BRYAN, J. MCGARRY, *The Foundation of the Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, Routledge, New York, 2016.
- LAPLANCHE, J., PONTALIS, J.B., *The Language of Psycho-analysis*, Karnack Books, London, 1973.
- LA PORTA, R., et. al, *The Economic Consequences of Legal Origins*, in *Journal of Economic Literature*, 46 (2), 2008, pp. 285-332.
- LARENZ, K., *Storia del metodo nella scienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1966.
- LASSER, M. DE S.-O.-L'E., *The question of understanding*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- LATORRE, A., *La finzione nel diritto*, in *Rivista di Diritto Civile*, I, 2000, p. 315 e ss.
- LE GOFF, J., *Il re nell'Occidente medievale*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- LEE, D., *Popular Sovereignty in Early Modern Constitutional Thought*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

- LEE, R.W., *Comparative Law and Comparative Lawyers*, in *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1936, p. 1 e ss.
- LEFORT, C., *Permanenza del teologico-politico?*, in ID., *Saggi sul politico. XIX e XX secolo*, il Ponte, Bologna, 2007.
- LEGENDRE, P., *Il giurista artista della ragione*, Giappichelli, Torino, 2000.
- LEGENDRE, P., *L'autre bible de l'occident: le monument romano-canonique. Étude sur l'architecture dogmatique des sociétés, Leçons IX*, Fayard, Paris, 2009.
- LEGENDRE, P., *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père*, Fayard, Paris, 1989.
- LEGHISSA, G., *Neoliberalismo. Un'introduzione critica*, Mimesis, Milano, 2012.
- LEGRAND, P., *Beyond Method: Comparative Law As Perspective*, in *American Journal of Comparative Law*, 36, 1988, pp. 788-98.
- LEGRAND, P., *Negative Comparative Law*, in *Journal of Comparative Law*, 10 (2), 2015, pp. 405-54.
- LEHMAN, R.S., *Allegories of Rending: Killing Time with Walter Benjamin*, in *New Literary History*, 39 (2), 2008, pp. 233-50.
- LEHMANN, F.R., *Mana. Der Begriff des "außerordentlich Wirkungsvollen" bei Sud Seevölkern*, O. Spamer, Leipzig, 1922.
- LEIBNIZ, G.W., *Il nuovo modo di apprendere ed insegnare la giurisprudenza. In base ai principi dell'arte didattica premessi nella parte generale, e alla luce dell'esperienza*, Giuffrè, Milano, 2012.
- LEMETTI, J., *Historical Dictionary of Hobbes's Philosophy*, The Scarecrow Press, Toronto, 2012.
- LEPSIUS, O., *The Problem of Perceptions of National Socialist Law or: Was there a Constitutional Theory of National Socialism?*, in CH. JOERGES, N. SINGH GHALEIGH (a cura di), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Hart Publishing, Oxford, 2003.
- LESHEM, D., *The Origins of Neoliberalism. Modeling the Economy from Jesus to Foucault*, Columbia University Press, New York, 2016.
- LETTIERI, G., *Roma, il Principe e il Messia. Fondazione e decostruzione del teologico-politico: Agostino, Machiavelli, Schmitt, Derrida*, in P. BISI, B. SCARCIA AMORETTI (a cura di), *Religione e politica. Mito, autorità e diritto*, Università Sapienza, Roma, 2008.
- LÉVI-STRAUSS, C., *Introduzione all'opera di Marcel Mauss*, in M. MAUSS, *Teoria generale della magia*, Einaudi, Torino, 1991.
- LEVINAS, E., *Totalità e infinito*, Jaca Book, Milano, 1990.

- LEVINE, S.J., *Halacha and Aggada: Translating Robert Cover's Nomos and Narrative*, in *Utah Law Review*, 4, 1998, pp. 465-504.
- LIJOL, F., TRINCIA, F.S., *L'anima e lo Stato. Hans Kelsen e Sigmund Freud*, Morcelliana, Brescia, 2015.
- LIM, W., *James I, the Royal Prerogative, and the Politics of Authority in Shakespeare's The Winter's Tale*, in *The Upstart Crow: A Shakespeare Journal*, XXI, 2001, pp. 27-38.
- LINDAHL, H., *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- LIPARI, N., *Le fonti del diritto*, Giuffrè, Milano, 2008.
- LIPSHAW, J.M., *Metaphors, Models, and Meaning in Contract Law*, in *Penn State Law Review*, 116 (4), 2012, pp. 987-1042.
- LOBEL, J., *Emergency Power and the Decline of Liberalism*, *The Yale Law Journal*, 98, 1989, pp. 11385-1433.
- LOCKE, J., *Two Treatises of Government and A Letter Concerning Toleration*, Yale University Press, Yale, 2003.
- LOSANO, M.G., *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981.
- LOSANO, M.G., *I rapporti fra Kelsen e Freud*, in *Sociologia del diritto*, 1, 1977, pp. 142-51.
- LOSANO, M.G., *Il parere di Kelsen del 1933 sull'Assemblea Nazionale Costituente del Brasile*, in *Diritto Pubblico*, 1, 2015, pp. 11-19.
- LOSANO, M.G., *Sistema e struttura nel diritto*, II. *Il Novecento*, Giuffrè, Milano, 2002.
- LOTTIERI, C., *Credere nello Stato? Teologia politica e dissimulazione da Filippo il Bello a WikiLeaks*, Rubbettino, 2011.
- LUCIANI, M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 1996, pp. 124-87.
- LUCIANI, M., *Quattordici argomenti contro l'invocazione del potere costituente*, in *Democrazia e diritto*, n. 3-4, 1995, pp. 97-107.
- LUHMANN, N., *Esistono ancora norme indispensabili?*, Armando Editore, Roma, 2013.
- LUHMANN, N., *Stato di diritto e sistema sociale*, Guida Editori, Napoli, 1990.
- LUPERINI, R., *Costruzione di una «costruzione»: il «Baudelaire» di Benjamin, il moderno, l'allegoria*, in ID., *L'allegoria del moderno*, Editori Riuniti, Roma, 1990, pp. 86-110.
- MACCHIARELLI, G., voce *Fictio juris*, in *Enc. giur. it.*, VI, Milano, 1903, pp. 538-73.

- MÀDERA, R., *Freud e Jung alla conquista del segreto del mito*, in G. LEGHISSA, E. MANERA (a cura di), *Filosofie del mito nel Novecento*, Carocci, Roma, 2015.
- MAFFESOLI, M., *Essais sur la violence banale et fondatrice*, Librairie des Méridiens, Paris, 1984.
- MAGRÌ, G., *Dal volto alla maschera. Rappresentazione politica e immagini dell'uomo nel dialogo tra Guardini e Schmitt*, Franco Angeli Editore, Milano, 2013.
- MAGRIS, C., *Dall'altra parte. Considerazioni di frontiera*, in ID., *Utopia e disincanto. Storie, speranze, illusioni del moderno*, Garzanti, Milano, 1999, pp. 51-65.
- MAINE, H.S., *Diritto antico*, Giuffrè, Milano, 1998.
- MAIRET, G., *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Gallimard, Paris, 1997.
- MAITLAND, F.W., *The Crown as Corporation*, in ID., *Selected Essays*, Cambridge University Press, Cambridge, 1936.
- MAITLAND, F.W., *The Constitutional History of England. A Course of Lectures Delivered*, Cambridge University Press, Cambridge, 1919.
- MAKELA, F., *Metaphors and Models in Legal Theory*, in *Les Cahiers de droit*, 52, 2011, pp. 397-415.
- MARAVIGLIA, M., *La penultima guerra. Il «katèchon» nella dottrina dell'ordine politico di Carl Schmitt*, Edizioni LED, Milano, 2006.
- MARCI, T., *La pratica della vendetta come esperienza giuridica. L'antropologia del diritto di Antonio Pigliaru*, in *Sociologia*, 1, 2012, pp. 11-33.
- MARENGHI, E.M., *Il diritto ai tempi della crisi: la regolazione possibile*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1, 2010, p. 149 e ss.
- MARINI, G., *Diritto e politica. La costruzione delle tradizioni giuridiche nell'epoca della globalizzazione*, in *Pólemos*, 1, 2010, pp. 31-76.
- MARKESINIS, B.S., *Il metodo della comparazione. Il retaggio del passato e le sfide del futuro*, Giuffrè, Milano, 2004.
- MARKESINIS, B.S., *The Destructive and Constructive Role of the Comparative Lawyer*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, 57 (3), 1993, pp. 438-448.
- MARRAMAO, G., *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari, 1994.
- MARRAMAO, G., *Dopo il Leviatano. Individuo e comunità nella filosofia politica*, Bollati Boringhieri, Torino, 2013.

- MARRAMAO, G., *L'ordine disincantato*, Editori Riuniti, Roma, 1985.
- MARRAMAO, G., *L'ossessione della sovranità*, in P.A. ROVATTI (a cura di), *Effetto Foucault*, Feltrinelli, Milano, 1986.
- MARRAMAO, G., *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Bollati Boringhieri, Torino, 2009.
- MARRAMAO, G., *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2005.
- MARRAMAO, G., *Sulla teologia politica 'post-religiosa' di Walter Benjamin*, in M. PONZI, B. WITTE (a cura di), *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, Nino Aragno, Torino, 2006.
- MARRONE, J., *The Absolute and the Ordained Powers of the Pope: An Unedited Text of Henry of Ghent*, in *Mediaeval Studies*, 36, 1974, pp. 7-27
- MARRUCCI, L., *Kratos e Arche. Funzioni drammatiche del potere*, Adolf M. Hakkert Editore, Amsterdam, 2010.
- MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace. Primo discorso* (a cura di C. Vasoli), Marsilio Editori, Milano, 1991.
- MARTINO, A.A., *Kelsen, Freud, et l'Unité de l'Etat*, in *Revue interdisciplinaire d'Etudes juridiques*, 14, 1985, pp. 119-46.
- MARX, K., *Il 18 brumaio di Luigi Bonaparte*, Editori Riuniti, Roma, 2001.
- MARZOCCA, O., *La stanchezza di Atlante: crisi dell'universalismo e geofilosofia*, Dedalo, Bari, 1994.
- MATTEI, U., *Emergency-Based Predatory Capitalism: The Rule of Law, Alternative Dispute Resolution, and Development*, in D. FASSIN, M. PANDOLFI (a cura di), *Contemporary States of Emergency. The Politics of Military and Humanitarian Interventions*, Zone Books, New York, 2013.
- MATTEI, U., BAILEY, S., *Social Movements as Constituent Power: The Italian Struggle for the Commons*, in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 20 (2), 2013, pp. 965-1013.
- MATTEI, U., *Comparative Law and Critical Legal Studies*, in M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 815-36.
- MAY, G., *Creatio Ex Nihilo: The Doctrine of 'Creation out of Nothing' in Early Christian Thought*, T&T Clark, New York, 2004.
- MAYNTZ, R., *La teoria della governance: sfide e prospettive*, in *Rivista italiana di Scienza Politica*, 1, 1999, pp. 3-21.
- MAZZACANE, A., voce *Pandettistica*, in *Enc. dir.*, xxxi, Giuffrè, Milano, 1981, p. 592 e ss.

- MCCREADY, W.D., *Papal Plenitudo Potestatis and the Source of Temporal Authority in Late Medieval Papal Hierocratic Theory*, in *Speculum*, 48, 1973, pp. 654-74
- MCCREADY, W.D., *Papalists and Anti-papalists. Aspects of the Church-State Controversy in the Late Middle Ages*, in *Viator*, 6, 1975, pp. 241-73.
- MCFALLS, L., *Benevolent Dictatorship: The Formal Logic of Humanitarian Government*, in D. FASSIN, M. PANDOLFI (a cura di), *Contemporary States of Emergency*, cit., pp. 317-33.
- MCILWAIN, C.-H. (a cura di), *The Political Works of James I*, Harvard University Press, Cambridge, 1918.
- MCILWAIN, C.-H., *The Political Works of James I*, Harvard University Press, Cambridge, 1918.
- MCILWAIN, C.-H., *Costituzionalismo antico e moderno*, il Mulino, Bologna, 1990.
- MEIER, C., *La nascita della categoria del politico in Grecia*, il Mulino, Bologna, 1988.
- MELANDRI, E., *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull'analogia*, Quodlibet, Macerata, 2004.
- MELANDRI, E., *Michel Foucault: l'epistemologia delle scienze umane*, in *Lingua e stile*, II, 1, 1967, pp. 75-96.
- MELANDRI, E., *Per una filosofia della metafora*, in H. BLUMENBERG, *Paradigmi per una metaforologia*.
- MÉNARD, C., DU MARAIS, B., *Can We Rank Legal Systems According to Their Economic Efficiency?*, in *Washington University Journal of Law and Policy*, 26, 2008, pp. 55-80.
- MENGA, F.G., *Potere costituente e rappresentanza democratica. Per una fenomenologia dello spazio istituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.
- MERKL, A.J., *Il duplice volto del diritto: il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano, 1987.
- MERQUIOR, J.G., *Foucault*, California University Press, Berkeley, 1985.
- MESSINA, G., *Diritto liquido? La governance come nuovo paradigma della politica e del diritto*, Franco Angeli, Milano, 2012.
- MICHAUD, Y., *Violence et politique*, Gallimard, Paris, 1978.
- MIGNE, P. (a cura di), *Patrologiae Cursus Completus – Series Graeca*, VI, Paris, 1857.
- MINDA, G., *Teorie postmoderne del diritto*, il Mulino, 2001.
- MINTZ, S.L., *Leviathan as Metaphor*, in *Hobbes Studies*, 2, 1989, pp. 3-9.

- MIROWSKI, P., *Defining Neoliberalism*, in P. MIROWSKI, D. PLEHWE (a cura di), *The Road from Mont Pèlerin. The Making of the Neoliberal Thought Collective*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, pp. 417-55.
- MOCCIA, L., voce *Equity*, in *Dig. Disc. Priv.*, VII, UTET, 1991, pp. 498-501.
- MODUGNO, F., *A mo' di introduzione. Considerazioni sulla «crisi» della legge*, in ID. (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa* (a cura di F. Modugno), Giuffrè, Milano, 2000.
- MODUGNO, F., *Il concetto di costituzione*, in AA. VV., *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, I, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 199-240.
- MODUGNO, F., voce *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Aggiornamento, I, Giuffrè, Milano, 1977, pp. 561-88.
- MOMMSEN, T., *Disegno del diritto pubblico romano*, Celuc, Milano, 1973.
- MOMMSEN, T., *Le droit publique romain*, IV, Thorin, Paris, 1894.
- MONAGLE, C., *A Sovereign Act of Negation: Schmitt's Political Theology and its Ideal Medievalism*, in *Culture, Theory and Critique*, 51, 2, 2010, pp. 115-27.
- MONATERI, P.G., «Correct Our Watches by the Public Clocks». *L'assenza di fondamento dell'interpretazione del diritto*, in J. DERRIDA, G. VATTIMO (a cura di), *Diritto, Giustizia e Interpretazione*, Laterza, Roma-Bari, 1998.
- MONATERI, P.G., *Black Gaius: A Quest for the Multicultural Origins of the 'Western Legal Tradition'*, in *Hastings Law Journal*, 51 (3), 2000, pp. 479-555.
- MONATERI, P.G., *Calvino e le Lezioni Americane. La visibilità della Legge*, in M. DI MASI, M. FALCONE, M.C. LOCCHI (a cura di), *Proposte per un diritto del Terzo Millennio – Atti del Convegno: "Visioni del Giuridico" 2014*, I, UNIVALI, 2015.
- MONATERI, P.G., *Comparazione, critica e civilistica. Diritto e latenza normativa a dieci anni dalle Tesi di Trento*, in *Rivista Critica del Diritto Privato*, 16 (3), 1998.
- MONATERI, P.G., *Geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma-Bari, 2013.
- MONATERI, P.G., *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Bollati Boringhieri, Torino, 2014.
- MONATERI, P.G., *Il diritto e le scienze dello spirito*, in G. COMANDÉ, G. PONZANELLI (a cura di), *Scienza e diritto nel prisma del diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2004.
- MONATERI, P.G., *Il sublime della legge*, in *Comparative Studies in Modernism*, 8, 2016, pp. 41-50.

- MONATERI, P.G., *Kelsen e Dante, oltre Schmitt?*, in H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, Mimesis, Milano-Udine, 2017.
- MONATERI, P.G., *L'ambiguità sovrana. Da Amleto a Benjamin via Eliot e Schmitt*, *Pólemos*, 1, 2007, pp. 9-22.
- MONATERI, P.G., *Legge, linguaggio e costume. L'ambiguità della legge dal 'costume' alla soft law*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- MONATERI, P.G., *Methods in comparative law: an intellectual overview*, in ID. (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.
- MONATERI, P.G., *Roma e l'Occidente. Comparazione e critica della tradizione*, in *Ostraka*, 17, 2008, pp. 213-20.
- MONATERI, P.G., *The Prophetic Nature of Equity*, in D. CARPI (a cura di), *The Concept of Equity. An Interdisciplinary Assessment*, Universitätsverlag Winter, Heidelberg, 2007.
- MONTANI, P., *Arte e verità dall'antichità alla filosofia contemporanea. Un'introduzione all'estetica*, Laterza, Roma-Bari, 2002.
- MOORE, R., *Metaphysical Symbolism in T.S. Eliot's Four Quartets*, Stanford University Press, Stanford, 1965.
- MORAN, J., *Interdisciplinarity (The New Critical Idiom)*, Routledge, New York, 2010.
- MORETTI, G., *Heidelberg romantica. Romanticismo tedesco e nichilismo europeo*, Guida, Napoli, 2002.
- MORGENTHAU, H.-J., *Il concetto del politico. 'Contra' Schmitt*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2009.
- MORGENTHAU, H.-J., *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace*, Knopf, New York, 1948.
- MORRA, M., *Diritto e metafore: a che punto è la notte?*, in *Pólemos*, 1, 2009, pp. 155-75.
- MORRONE, A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»*, in *Quaderni costituzionali*, 4, 2012, pp. 829-53.
- MORTATI, C., *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova, 1952.
- MOST, G.W., *Hellenistic Allegory and Early Imperial Rhetoric*, in R. COPELAND, P.T. STRUCK (a cura di), *The Cambridge Companion to Allegory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- MUIR-WATT, H., *La fonction subversive du droit comparé*, in *Revue internationale de droit comparé*, 52 (3), 2000, pp. 503-527.

- MUSCATO, C., *Dunamis, arche, kratos. Il problema del potere in Platone*, in *Itinerari*, 1-2, 2005, pp. 15-33.
- MUSOLFF, A., *Ignes fatui or apt similitudes? – the apparent denunciation of metaphors by Thomas Hobbes*, in *Hobbes Studies*, 18, 2005, pp. 96-113.
- NADER, L., *Le forze vive del diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, ESI, Napoli, 2003.
- NANCY, J.-L., *La comunità inoperosa*, Cronopio, Napoli, 2002.
- NANCY, J.-L., *La creazione del mondo o la mondializzazione*, Einaudi, Torino, 2003.
- NAPOLI, D., *Il fantasma del padre e la sua legge. Il Mosè di Freud da Certeau a Derrida*, in *Aut-Aut*, 372, 2006, pp. 157-73.
- NATOLI, S., *Ermeneutica e genealogia. Filosofia e metodo in Nietzsche, Heidegger, Foucault, Feltrinelli*, Milano, 1981.
- NEACSU, M., *Hans J. Morgenthau's Theory of International Relations Disenchantment and Re-Enchantment*, Palgrave Macmillan, London, 2009.
- NEGRI, A., HARDT, M., *Comune. Oltre il privato e il pubblico*, Rizzoli, Milano, 2010.
- NEGRI, A., HARDT, M., *Impero. Il nuovo ordine della globalizzazione*, Rizzoli, Milano, 2003.
- NEGRI, A., *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Manifestolibri, Roma, 2002.
- NEGRI, A., *Sovereignty between government, exception and governance*, in H. KALMO, Q. SKINNER (a cura di), *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 205-21.
- NEGRI, A., *Spinoza. L'anomalia selvaggia – Spinoza sovversivo – Democrazia ed eternità in Spinoza*, DeriveApprodi, Roma, 2006.
- NEOCLEOUS, M., *The Problem with Normality: Taking Exception to "Permanent Emergency"*, in *Alternatives: Global, Local, Political*, 31, 2006, pp. 191-213.
- NEUMANN, F., *Behemoth. Struttura e pratica del nazionalsocialismo*, Bruno Mondadori, Milano, 1999.
- NICITA, A., BENEDETTINI, S., *Towards the economics of comparative law: the Doing Business debate*, in P.G. MONATERI (a cura di), *Methods of Comparative Law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2012, pp. 291-305.
- NICOLETTI, M., *Il problema della teologia politica nel Novecento. Filosofia politica e critica teologica*, in M. SARTORI, N. NICOLETTI (a cura di), *Teologia politica*, Istituto di Scienze Religiose in Trento, Bologna, 1991, pp. 17-67.

- NICOLETTI, M., *Trascendenza e potere. La teologia politica di Carl Schmitt*, Morcelliana, Brescia, 1990.
- NICOLINI, U., *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità. Studi sulla dottrina giuridica intermedia*, Giuffrè, Milano, 1940.
- NIETZSCHE, F., *Genealogia della morale*, I, § 6, in ID., *Opere. Al di là del bene e del male. Genealogia della morale*, VI, II, Adelphi, Milano, 1985.
- NIETZSCHE, F., *La Gaia Scienza*, in ID., *Opere*, v, II, Adelphi, Milano, 1965.
- NIETZSCHE, F., *Aurora e Frammenti postumi (1879-1881)*, in ID., *Opere*, V, I, Adelphi, Milano, 1964.
- NOAILLES, P., «Fas» et «Jus», in ID., *Du Droit sacré au Droit civil. Cours de Droit Romain Approfondi. 1941-1942*, Sirey, Paris, 1949.
- NOCERA, G., voce *Autorità (I. Premessa storica)*, in *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 465-76.
- NOUR, S., *Kelsen as reader of Freud: the identity issue*, in *Archives de Philosophie du Droit et de Philosophie Sociale*, 2007, pp. 206-16.
- NUFFELEN, P., *Rethinking the Gods. Philosophical Readings of Religion in the Post-Hellenistic Period*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- OAKLEY, F., *Jacobean Political Theology: The Absolute and Ordinary Powers of the King*, in *Journal of the History of Ideas*, 29, 3, 1968, pp. 323-346.
- OAKLEY, F., *Omnipotence and Promise. The Legacy of the Scholastic Distinction of Powers*, Pontifical Institute of Mediaeval Studies, Toronto, 2002.
- OAKLEY, F., *Omnipotence, Covenant, & Order. An Excursion in the History of Ideas from Abelard to Leibniz*, Cornell University Press, Ithaca/London, 1984.
- OAKLEY, F., *The «Hidden» and «Revealed» Wills of James I: More Political Theology*, in *Studia Gratiana*, 15, 1972, pp. 365-75.
- OAKLEY, F., *The Absolute and Ordained Power of God and King in the Sixteenth and Seventeenth Century. Philosophy, Science, Politics, and Law*, in *Journal of the History of Ideas*, 59, 4, 1998, pp. 669-90.
- OBINK, D., *Early Greek Allegory*, in R. COPELAND, P.T. STRUCK (a cura di), *The Cambridge Companion to Allegory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- OGOUGBE, A.D., *Modernité et Christianisme. Tome 1. La question théologico-politique chez Karl Löwith, Carl Schmitt et Hans Blumenberg*, l'Harmattan, Paris, 2010.
- OJAKANGAS, M., *Potentia absoluta et potentia ordinata Dei: on the theological origins of Carl Schmitt's theory of constitution*, in *Contemporary Philosophy Review*, 45, 2012, pp. 505-17.

- ONG, A., *Neoliberalism as Exception. Mutations in citizenship and sovereignty*, Duke University Press, Durham, 2006.
- ORLANDO, V.E., *Studi giuridici sul governo parlamentare* (1886), in ID., *Diritto Pubblico Generale. Scritti vari coordinati in sistema*, Giuffrè, Milano, 1940.
- ORLANDO, V.E., *Teoria giuridica delle guarentigie della libertà*, in AA. VV., *Biblioteca di Scienze politiche* (diretta da A. Brunialti), v, UTET, Torino, 1890.
- ORRÙ, G., voce *Pandettistica*, in *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XIII, UTET, Torino, 1995, pp. 250-3.
- ORRÙ, G., voce *Scuola storica del diritto*, *Dig. disc. priv. – Sez. civ.*, XVIII, UTET, Torino, 1998, p. 197 e ss.
- ORRÙ, M., *Anomy and Reason in the English Renaissance*, in *Journal of the History of Ideas*, 47, 2, 1986, pp. 177-196.
- OST, F., *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma per la scienza giuridica?*, in M. VOGLIOTTI (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 29-48.
- OST, F., *Le temps du droit*, Editions Odile Jacob, Paris, 1999.
- ÖSTMAN, L., *The Sacrificial Crises: Law and Violence*, in *Contagion: Journal of Violence, Mimesis, and Culture*, 14, 2007, pp. 97-119.
- OSTWALD, M., *Nomos and the Beginnings of the Athenian Democracy*, Oxford University Press, Oxford, 1969.
- OTTO, R., *Il sacro*, SE, Milano, 2009.
- OWENS, C., *The Allegorical Impulse: Toward a Theory of Postmodernism*, in *October*, 12, 1980, pp. 67-86.
- PACE, A., *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, CEDAM, Padova, 1997.
- PAGALLO, U., *Alle fonti del diritto. Mito, scienza, filosofia*, Giappichelli, Torino, 2002.
- PALAUVER, W., *René Girard's Mimetic Theory*, Michigan State University Press, East Lansing, 2013.
- PALLANTE, F., CERRUTI, A., *L'equilibrio di bilancio nella Costituzione italiana. Significato e profili critici*, in *Teoria Politica*, 1, 2015, pp. 235-58.
- PALOMBELLA, G., *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Dedalo, Bari, 1997.
- PALTRINIERI, L., *A priori storico, archeologia, antropologia: suggestioni kantiane nel pensiero di Michel Foucault*, in *Studi Kantiani*, 20, 2007, pp. 73-97.
- PAN, D., *Tragedy as Exception in Carl Schmitt's Hamlet or Hecuba*, in J. MEIER-

- HENRICH, O. SIMONS (a cura di), *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*, Oxford University Press, 2015, pp. 1-24, disponibile al link: <<http://www.oxfordhandbooks.com>>.
- PANDOLFI, M., *From Paradox to Paradigm: The Permanent State of Emergency in the Balkans*, in D. FASSIN, M. PANDOLFI (a cura di), *Contemporary States of Emergency. The Politics of Military and Humanitarian Interventions*, Zone Books, New York, 2013, pp. 153-72.
- PARDOLESI, P., *I giuristi della Cancelleria: il laboratorio giuridico alle origini della common law*, in A. TORRE (a cura di), *Common Law. Protagonisti e Idee nella storia di un sistema giuridico (studi in memoria di Francesco de Francchis)*, Maggioli Editore, Santarcangelo di Romagna, 2015, pp. 97-121.
- PARESCHE, E., voce *Fonti del diritto (Filosofia del Diritto)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 892-924.
- PARESCHE, E., voce *Jhering Rudolf (von)*, in *Noviss. dig. it.*, VIII, UTET, Torino, 1962, p. 151 e ss.
- PASINI, D., *Saggio sul Jhering*, Giuffrè, Milano, 1959.
- PASQUINO, P., *Sieyès et l'invention de la constitution en France*, Editions Odile Jacob, Paris, 1998.
- PASSERIN D'ENTRÈVES, A., *Natural Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Hutchinson's University Library, London-New York, 1951.
- PAULSON, S. (a cura di), *Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenians themes*, Clarendon, Oxford, 1998.
- PELLOSO, C., *Coscienza nomica e scienza giuridica: un confronto tra il modello 'autoritativo' ateniese e il modello 'anarchico' romano*, in C. PELLOSO (a cura di), *Atene e oltre. Saggi sul diritto dei greci*, Jovene, Napoli, 2016, pp. 3-61.
- PENNINGTON, K., *Pope and Bishops. The Papal Monarchy in the Twelfth and Thirteenth Centuries*, University of Pennsylvania, Philadelphia, 1984.
- PENNINGTON, K., *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, University of California Press, Berkeley, 1993.
- PERUGINI, N., GORDON, N., *The Human Right to Dominate*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
- PETERS, A., *Universalist Assumptions and Implications of Comparative Law: Should They Be Deconstructed?*, in *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 93, 1999, pp. 366-9.
- PETERSON, E., *Il monoteismo come problema politico*, Queriniana, Brescia, 1983.
- PETRONE, I., *La fase recentissima della filosofia del diritto in Germania: analisi critica poggiata sulla teoria della conoscenza*, E. Spoerri Editore, Pisa, 1895.

- PEZZELLA, M., *La memoria del possibile*, Jaca Book, Milano, 2009.
- PIER DAMIANI, *De divina omnipotentia e altri opuscoli* (a cura di P. Brezzi), Vallecchi, Firenze, 1983.
- PIGLIARU, A., *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970.
- PINO, G., *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars Interpretandi*, 16, 2011, pp. 19-56.
- PIZZORUSSO, A., *Fonti del diritto. Disposizioni sulla legge in generale. Art. 1-9 c.c.*, 2 ed., in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca* (a cura di F. Galgano), Zanichelli, Bologna, 2011.
- PLATONE, *Simposio* (a cura di G. Reale), Mondadori, Milano, 2001.
- PLATONE, *Sofista*, in ID., *Tutte gli scritti* (a cura di G. Reale), Bompiani, Milano, 2000.
- POLLOCK, F., in *Congrès international de droit comparé. Procès-verbaux des séances, vol. I*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1905.
- POLLOCK, F., MAITLAND, F.W., *The History of English Law before the Time of Edward I*, Liberty Fund, Indianapolis, 2010.
- PORRO, P., *Henry of Ghent on Ordained and Absolute Power*, in G. GULDENTOPS, C.G. STEEL, J. DECORTE (a cura di), *Henry of Ghent and the Transformation of Scholastic Thought*, Leuven University Press, Leuven, 2003, pp. 387-408.
- PORRO, P., *Riccardo di Mediavilla e Enrico di Gand sulla plenitudo potestatis del papa*, in A. MUSCO (a cura di), *I francescani e la politica. Atti del convegno internazionale di studio. Palermo 3-7 dicembre 2002*, II, Officina di Studi Medievali, Palermo, 2007.
- PORTINARO, P.P., *Appropriazione, distribuzione, produzione. Materiali per una teoria del "nomos"*, Franco Angeli Editore, Milano, 1983.
- PORTINARO, P.P., *Il grande legislatore e il custode della costituzione*, in G. ZAGREBELSKY, P.P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Torino, 1996.
- PORTINARO, P.P., *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, il Mulino, Bologna, 2007.
- PORTINARO, P.P., *La crisi dello jus publicum europaeum. Saggio su Carl Schmitt*, Edizioni di Comunità, Milano, 1982.
- POSNER, E.A., VERMEULE, A., *Terror in the Balance. Security, Liberty and the Courts*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- POSNER, R., *Law and Literature – A Misunderstood Relation*, Harvard University Press, Cambridge, 1988.

- POSNER, R., *Law and Literature*, 3rd. Edition, Harvard University Press, Cambridge, 2009.
- PREST, W., *Re-Interpreting Blackstone's Commentaries. A Seminal Text in National and International Contexts*, Hart Publishing, London, 2014.
- PRETEROSSÌ, G., *Autorità*, il Mulino, Bologna, 2002.
- PRETEROSSÌ, G., *Carl Schmitt e la tradizione moderna*, Laterza, Roma-Bari, 1996.
- PRETEROSSÌ, G., *Dialettica del mito. Racconto e politica dell'origine*, in *Filosofia politica*, 3, 2014, pp. 391-424.
- PREUSS, U.K., *Constitutional Powermaking for the New Polity: Some Deliberations on the Relations between Constituent Power and the Constitution*, in *Cardozo Law Review*, 14, 1993.
- PRODI, P., *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Il Mulino, Bologna, 1992.
- PRODI, P., *Storia moderna o genesi della modernità?*, il Mulino, Bologna, 2012.
- PROKHOVNIK, R., *Hobbes's Artifice as Social Construction*, in *Hobbes Studies*, 18, 2005, pp. 74-94.
- PUGLIATTI, S., voce *Finzione*, in *Enc. dir.*, xvii, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 658-73.
- QUAGLIONI, D., *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Seminario Giuridico*, 52, 2008, pp. 55-67.
- QUAGLIONI, D., *La sovranità*, Laterza, Roma-Bari, 2004.
- QUINTO, R., *Scholastica*, Il Poligrafo, Padova, 2001.
- RAMELLI, I., LUCCHETTA, G.A., *Allegoria. L'età classica*, I, Vita e pensiero, Milano, 2004.
- RAMRAJ, V. (a cura di), *Emergencies and the Limits of Legality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- RANCIERE, J., *Ai bordi del politico*, Cronopio, Napoli, 2011.
- RANDI, E., *Il sovrano e l'orologiaio. Due immagini di Dio nel dibattito sulla "potentia absoluta" fra XIII e XIV secolo*, La Nuova Italia, Firenze, 1986.
- RANDI, E., *Lex est in potestate agentis. Note per una storia dell'idea scotista di potentia absoluta*, in M.T. BEONIO-BROCCHIERI FUMAGALLI (a cura di), *Sopra la volta del mondo*, cit., pp. 129-38.
- RANDI, E., *Potentia Dei conditionata. Una questione di Ugo di saint-Chér sulla onnipotenza divina*, in *Rivista di Storia della Filosofia*, 33, 1984, pp. 521-36.
- RAYNER, J., *Hobbes and the Rhetoricians*, in *Hobbes Studies*, 4, 1991, pp. 76-95.
- REALE, G. (a cura di), *I presocratici*, Bompiani, Milano, 2006.
- REALE, G., *La dottrina aristotelica della potenza, dell'atto e dell'entelechia nella*

- Metafisica*, ora in ID., *Il concetto di "filosofia prima" e l'unità della Metafisica in Aristotele*, Bompiani, Milano, 2008, pp. 341-406.
- REDAELLI, E., *Godere del debito. Il sogno perverso del capitalismo*, in F. VANDONI, E. REDAELLI, P. PITASI (a cura di), *Legge, desiderio, capitalismo. L'anti-Edipo tra Lacan e Deleuze*, Bruno Mondadori, Milano, 2004, pp. 216-32.
- REMUS, H.E., *Authority, Consent, Law: Nomos, Physis, and the Striving for a "Given"*, in *Studies in Religion / Sciences Religieuses*, 13, 1984, pp. 5-18.
- RESTA, E., *Diritto vivente*, Laterza, Roma-Bari, 2008.
- RESTA, E., *L'ambiguo diritto*, Franco Angeli, Milano, 1984.
- RESTA, E., *La certezza e la speranza. Saggio su diritto e violenza*, Laterza, Roma-Bari, 2006.
- REVEL, J., *Le vocabulaire de Foucault*, Ellipses, Paris, 2002.
- REYNOLDS, G.H., *Penumbra Reasoning on the Right*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 140, 1992, pp. 1333-48.
- REYNOLDS, J., *The Political Economy of States of Emergency*, in *Oregon Review of International Law*, 14, 2012, pp. 85-131.
- RHONHEIMER, M., *La filosofia politica di Thomas Hobbes. Coerenza e contraddizioni di un paradigma*, Armando Editore, Roma, 1997.
- RICCIARDI, M., *Tra violenza e norma. Rudolf von Jhering e il diritto della società*, in *Giornale di storia costituzionale*, 18/II, 2009, pp. 111-32.
- RICCEUR, P., *Della interpretazione. Saggio su Freud*, il Saggiatore, Milano, 2002.
- RICCEUR, P., *Il conflitto delle interpretazioni*, Jaca Book, Milano, 1995.
- RICCEUR, P., *Il Giusto. Vol. 2*, Effatà Editrice, Cantalupa, 2007.
- RIDEOUT, J.C., *Penumbra Thinking Revisited: Metaphor in Legal Argumentation*, in *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, 7, 2010, pp. 155-91.
- RIDOLA, P., *Preistoria, origini e vicende del costituzionalismo*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, II, Laterza, Roma-Bari, 2014.
- ROMANO, S., *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e sua legittimazione* (1901), in ID., *Scritti minori*, I, Giuffrè, Milano, 1990.
- ROMANO, S., *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, Firenze, 1962.
- ROMANO, S., voce *Costituente*, in *Digesto Italiano*, VIII-4-ter, UTET, Torino, pp. 1899-1903.
- RONCHETTI, L., *Il nomos infranto: globalizzazione e costituzioni. Del limite come principio essenziale degli ordinamenti giuridici*, Jovene, Napoli, 2007.

- ROSEN, L., *Beyond Compare*, in P. LEGRAND, R. MUNDAY (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- ROSENZWEIG, F., *La stella della redenzione* (a cura di G. Bonola), Marietti, Casale Monferrato, 1985.
- ROSS, T., *Metaphor and Paradox*, in *Georgia Law Review*, 23, 1989, pp. 1053-89.
- ROUDINESCO, S., *Freud et le régicide: éléments d'une réflexion*, in *Revue germanique internationale*, 14, 2000.
- ROUDINESCO, S., *Sigmund Freud nel suo tempo e nel nostro*, Einaudi, Torino, 2015.
- ROULAND, N., *Antropologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1992.
- RUA WALL, I., *Human Rights and Constituent Power. Without Model Or Warranty*, Routledge, New York 2012.
- RUNIA, E., *Moved by the Past. Discontinuity and Historical Mutation*, Columbia University Press, New York, 2014.
- RUTIGLIANO, E., *Lo sguardo dell'angelo. Su Walter Benjamin*, Edizioni Dedalo, Bari, 1981.
- SACCO, R., voce *Crittotipo*, in *Dig. Disc. priv. – Sezione civile*, UTET, Torino, 1989, p. 39 e ss.
- SACCO, R., *Che cos'è il diritto comparato*, Giuffrè, Milano, 1992.
- SACCO, R., *Antropologia giuridica*, il Mulino, Bologna, 2007.
- SACCO, R., *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, il Mulino, Bologna, 2015.
- SACCO, R., *Introduzione al diritto comparato*, UTET, Torino, 2015.
- SAINT-BONNET, F., *L'état d'exception*, PUF, Paris, 2001.
- SAMUEL, G., *Introduction to Comparative Law Theory and Method*, Hart Publishing, Oxford, 2015.
- SAMUEL, G., *Is Law a Fiction?*, in M. DEL MAR, W. TWINING (a cura di), *Legal Fictions in Theory and Practice*, Springer, New York, 2015, pp. 31-54.
- SANSONE, A., *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001.
- SANTI, C., *Alle radici del sacro. Lessico e formule di Roma antica*, Bulzoni Editore, Roma, 2004.
- SANTNER, E.L., *The Royal Remains: Carl Schmitt's Hamlet or Hecuba*, in *Telos*, 153, 2010, pp. 30-50.
- SARDUY, S., *Metafora al quadrato su Góngora*, in G. CONTE (a cura di), *Metafora*, Feltrinelli, Milano, 1981.

- SARRA, C., *Metafora e diritto*, in M. MANZIN, P. SOMMAGGIO (a cura di), *Interpretazione giuridica e retorica forense: il problema della vaghezza del linguaggio nella ricerca della verità processuale*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 211-59.
- SARTORI, G., *Costituzione*, in ID., *Elementi di teoria politica*, il Mulino, Bologna, 1987.
- SASSO, G., *Allegoria e simbolo*, Aragno, Torino, 2014.
- SASSO, G., *L'essere e le differenze. Sul «Sofista» di Platone*, il Mulino, Bologna, 1991.
- SCALONE, A., *Diritto, decisione, rappresentanza: il potere in Carl Schmitt*, in G. DUSO (a cura di), *Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna*, Carocci, Roma, 1999.
- SCARPELLI, U., *Teoria formale o teoria strutturale del diritto. Per la dissoluzione della metafora formalistica*, in AA. VV., *Studi in onore di Cesare Grassetti*, III, Giuffrè, Milano, 1980, pp. 1669-75.
- SCATTOLA, M., *Teologia politica*, il Mulino, Bologna, 2007.
- SCHEUERMAN, W.E., *The Economic State of Emergency*, in *Cardozo Law Review*, 21, 2000, pp. 1869-94
- SCHEUERMAN, W.E., *Time to Look Abroad? The Legal Regulation of Emergency Powers*, in *Georgia Law Review*, 40, 2006, pp. 863-76.
- SCHIAVONE, A., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Einaudi, Torino, 2005.
- SCHINKEL, W., *Aspects of Violence. A Critical Theory*, Palgrave, London, 2010, p. 84.
- SCHMITT, C., *Amleto o Ecuba. L'irrompere del tempo nel gioco del dramma*, il Mulino, 2012.
- SCHMITT, C., *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.
- SCHMITT, C., *Cattolicesimo romano e forma politica*, il Mulino, Bologna, 2010.
- SCHMITT, C., *Democrazia e finanza* (1927), in ID., *Posizioni e concetti*, cit., p. 137.
- SCHMITT, C., *Distinzione dei tipi di pensiero giuridico*, in ID., *I tre tipi di scienza giuridica* (a cura di G. Stella), Giappichelli, Torino, 2002.
- SCHMITT, C., *Donoso Cortés interpretato in una prospettiva paneuropea*, Adelphi, Milano, 1996.
- SCHMITT, C., *Dottrina della costituzione*, Giuffrè, Milano, 1984.
- SCHMITT, C., *Ex Captivitate Salus*, Adelphi, Milano, 1987.

- SCHMITT, C., *Glossario. Annotazioni, 1947-1951*, Giuffrè, Milano, 2001.
- SCHMITT, C., *I tre tipi di pensiero giuridico*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, Il Mulino, Bologna, 1972.
- SCHMITT, C., *Il concetto di 'politico'*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, il Mulino, Bologna, 1972.
- SCHMITT, C., *Il Führer protegge il diritto*, in C. SCHMITT, *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, Giuffrè, Milano, 2007, pp. 327-35.
- SCHMITT, C., *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in ID., *Scritti su Thomas Hobbes*, Giuffrè, Milano, 1986.
- SCHMITT, C., *Il Nómos della terra*, Adelphi, Milano, 1991.
- SCHMITT, C., *L'epoca delle neutralizzazioni e delle spoliticizzazioni*, in ID., *Le categorie del 'politico'*, cit.
- SCHMITT, C., *La condizione della scienza giuridica europea* (a cura di A. Carrino), Antonio Pellicani Editore, Roma, 1996.
- SCHMITT, C., *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria*, Settimo Sigillo, Roma, 2007.
- SCHMITT, C., *La formazione dell'esprit in Francia per mezzo dei legisti*, in ID. *La formazione dell'esprit in Francia e altri scritti sull'Europa e sullo Stato*, il Melangolo, Genova, 2015.
- SCHMITT, C., *La rivoluzione legale mondiale. Plusvalore politico come premio sulla legalità e sulla superlegalità giuridica*, in ID., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, Neri Pozza, Vicenza, 2005.
- SCHMITT, C., *Nomos – Presa di possesso – Nome*, in ID., *Stato, grande spazio, nomos*, Adelphi, Milano, 2015.
- SCHMITT, C., *Romanticismo politico*, Giuffrè, Milano, 1981.
- SCHMITT, C., *Sguardo comparativo sulla più recente evoluzione del problema dei pieni poteri legislativi; "Delegazioni legislative" (1936)*, in ID., *Posizioni e concetti in lotta con Weimar-Ginevra-Versailles. 1923-1939*, Giuffrè, Milano, 2007.
- SCHMITT, C., *Stato, movimento, popolo*, in ID., *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste* (a cura di G. Agamben), Neri Pozza, Vicenza, 2005.
- SCHMITT, C., *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Giuffrè, Milano, 1992.
- SCHMITT, C., *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'* (a cura di G. Miglio), il Mulino, Bologna, 1972.

- SCHMITT, C., *Terra e mare*, Adelphi, Milano, 2002.
- SCHMITZ, A., LEPPER, M., *Logica delle divergenze e tracce di comunanze. Hans Blumenberg e Carl Schmitt*, in H. BLUMENBERG, C. SCHMITT, *L'enigma della modernità. Epistolario 1971-1978 e altri scritti*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- SCHOLEM, G., *Concetti fondamentali dell'ebraismo*, Marietti, Genova, 1986.
- SCHÖNFELD, K.M., *Rex, Lex et Judex*, in *European Constitutional Law Review*, 4, 2, 2008, pp. 274-301.
- SECHI, M., *Potenza di Dio e contingenza*, in *Doctor Virtualis*, 8, 2008, pp. 163-87
- SEGAL, A.F., *Torah and Nomos in Recent Scholarly Discussion*, in *Studies in Religion / Sciences Religieuses*, 13, 1984, pp. 19-27.
- SERRES, M., *Il contratto naturale*, Feltrinelli, Milano, 1991.
- SERRES, M., *Roma, il libro delle fondazioni* (a cura di R. Berardi), Hopefulmonster, Torino, 1991.
- SEVERINO, E., *Dike*, Adelphi, Milano, 2015.
- SEVERINO, E., *Intorno al senso del nulla*, Adelphi, Milano, 2013.
- SÈVES, R., *Brèves réflexions sur le Droit et ses métaphores*, in *Archive de Philosophie du Droit*, 27, 1982, pp. 258-62.
- SHAW, P., *American patriots and the rituals of revolution*, Harvard University Press, Cambridge, 1981.
- SHERMAN, C.-P., *A Brief History of Medieval Roman Canon Law in England*, in *University of Pennsylvania Law Review and American Law Register*, 68 (3), 1920, pp. 233-58.
- SHERWIN, R.K., *Law in the Flesh: Tracing Legitimation's Origin to The Act of Killing?*, in *No Foundations: An Interdisciplinary Journal of Law and Justice*, 11, 2014, pp. 38-60.
- SICARDI, S., *Costituzione, potere costituente e revisione costituzionale alla prova dell'ultimo ventennio*, in S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO, *Vent'anni di Costituzione (1993-2013). Dibattiti e riforme nell'Italia tra due secoli*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 9-61.
- SIEMS, M., *Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
- SIEYÉS, E.-J., *Che cos'è il Terzo Stato?*, in ID., *Opere e testimonianze politiche*, I, Giuffrè, Milano, 1993.
- SILVESTRI, G., *Il potere costituente come problema teorico-giuridico*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 8, 2004, pp. 521-37.
- SILVESTRI, G., *La parabola della sovranità*, in *Rivista di Diritto Costituzionale*, 1, 1996, pp. 3-74.

- SINI, C., *Il sapere archeologico*, in P.A. ROVATTI (a cura di), *Effetto Foucault*, Feltrinelli, Milano, 1986.
- SKINNER, Q., *Reason and Rhetoric in the Philosophy of Hobbes*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, p. 345.
- SLOTERDIJK, P., MACHO, TH., *Il Dio visibile. Le radici religiose del nostro rapporto con il denaro. Conversazione con Manfred Osten*, EDB, Milano, 2016.
- SNYDER, F.G., *Nomos, Narrative, and Adjudication: Toward a Jurisgenetic Theory of Law*, in *William & Mary Law Review*, 40 (5), 1999, pp. 1623-729.
- SOMMA, A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Giappichelli, Torino, 2009.
- SOMMA, A., *La dittatura dello spread. Germania, Europa e crisi del debito*, DeriveApprodi, Roma, 2014.
- SOMMA, A., *Legal Change and Sovereign Debt Crisis. The Clash between Capitalism and Democracy in the Western Legal Tradition*, in C.G. PAULUS (a cura di), *A Debt Restructuring Mechanism for Sovereigns. Do we need a legal procedure?*, Bloomsbury Publishing, London, 2014, pp. 172-191.
- SOMMA, A., *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, in ID., *Temi e problemi di diritto comparato*, II, *Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Giappichelli, Torino, 2004.
- SOMMA, A., *The Biopolitics of Debt-Economy*, in B. LOMFELD, A. SOMMA, P. ZUMBANSEN (a cura di), *Reshaping Markets. Economic Governance, the Global Financial Crisis and Liberal Utopia*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 115-32.
- SOMMA, A., *Scontro tra capitalismi, crisi del debito e diritti fondamentali*, in M.R. MAURO, F. PERNAZZA (a cura di), *Il debito sovrano tra tutela del credito e salvaguardia della funzione dello stato*, ESI, Napoli, 2014, pp. 141-64.
- SORDI, M., *Dittatura sillana e triumvirato rei publicae constituendae*, in A. GARA, D. FORABOSCHI (a cura di), *Il triumvirato costituente alla fine della repubblica romana*, New Press, Como, 1993.
- SORELL, T., *Hobbes's UnAristotelian Rhetoric*, in *Philosophy and Rhetoric*, 23, 1990, pp. 96-108.
- SORGI, G., *Research Note: Thomas Hobbes – A page in the History of Sport Philosophy. A Race as a Metaphor*, in *Hobbes Studies*, 21, 2008, pp. 84-91.
- SORRENTINO, V., *Le ricerche di Michel Foucault*, in M. FOUCAULT, *Antologia. L'impazienza della libertà*, Feltrinelli, Milano, 2008.
- SPINOZA, B., *Trattato Politico*, cap. II, § 13-17, in ID., *Opere*, Mondadori, Milano, 2007.

- STARK, R.J., *Rhetoric, Science, and Magic in Seventeenth-century England*, The Catholic University of America Press, Washington, 2009.
- STEADMAN, J.M., *Leviathan and Renaissance Etymology*, in *Journal of History of Ideas*, 28, 1967, pp. 575-6.
- STILLMAN, R.E., *Hobbes's Leviathan: Monsters, Metaphors, and Magic*, in *ELH*, 62 (4), 1995, pp. 791-819.
- STIMILLI, E., *Il debito del vivente. Ascesi e capitalismo*, Quodlibet, Macerata, 2011.
- STOLFI, E., *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, il Mulino, Bologna, 2010.
- STONE PETERS, J., *Law, Literature and the Vanishing of the Real. On the Future of an Interdisciplinary Illusion*, in *PMLA*, 120 (2), 2005, pp. 442-453.
- STRATHAUSEN, C., *Myth or Knowledge? Reading Carl Schmitt's Hamlet or He-cuba*, in *Telos*, 153, 2010, pp. 7-29.
- STRAUMANN, B., *Crisis and Constitutionalism. Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
- STRAUSS, L., *Diritto naturale e storia*, il Melangolo, Genova, 1990.
- STRAUSS, L., *Gerusalemme e Atene. Studi sul pensiero politico dell'Occidente*, Einaudi, Torino, 1998.
- STRAZZERI, M., *Walter Benjamin e la funzione della violenza nella creazione giuridica*, in *Sociologia*, XLIV, 1, 2010, pp. 17-22.
- STRUMMIELLO, G., *Il logos violato. La violenza nella filosofia*, Dedalo, Bari, 2001.
- STURM, F., *Rudolf von Jhering: scienza ed insegnamento del diritto romano*, in *Studi Senesi*, LXXXIII, 1971, p. 23 e ss.
- TARIZZO, D., *Soggetto, moltitudine, popolo. A proposito dell'«Italian Theory»*, in *Filosofia politica*, 35 (3), 2011, pp. 431-446.
- TAUBES, J., *In divergente accordo. Scritti su Carl Schmitt*, Quodlibet, Macerata, 1996.
- TAUBES, J., *La teologia politica di San Paolo*, Adelphi, Milano, 2008.
- TEDESCHI, M., *Sul contrasto tra norme di diritto positivo e religiose di Adolf Merkel*, in L. D'AVACK, F. RICCOBONO (a cura di), *Equità e ragionevolezza nell'attuazione dei diritti*, Guida Editore, Napoli, 2004.
- TERRILL, R.-J., *William Lambarde: Elizabethan Humanist and Legal Historian*, in *The Journal of Legal History*, 6, 2, 1985, pp. 157-178.
- THOMAS, D.H., *Revelation 19 in Historical and Mythological Context*, Peter Lang, New York, 2008.

- THOMAS, Y., *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medioevali*, Quodlibet, Macerata, 2016.
- TIERNO GALVÁN, E., *Los supuestos escotistas en la teoría política de Jean Bodin*, in *Anales Universidad de Murcia*, I, 1950-1951, pp. 87-112.
- TODESCAN, F., *Diritto e realtà. Storia e teoria della fictio iuris*, CEDAM, 1979.
- TOMBA, M., *La giustizia come vero a priori del tempo*, in AA. VV., *Le vie della distruzione. A partire da "Il carattere distruttivo" di Walter Benjamin*, Quodlibet, Macerata, 2010, pp. 171-88.
- TOMBA, M., *Walter Benjamin: di che cosa la "violenza divina" è il nome?*, in W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, Alegre, Roma, 2010, pp. 9-53.
- TRAVERSINO, M., *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della 'potentia Dei absoluta' in Giordano Bruno*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2015.
- TROELTSCH, E., *Lo storicismo e i suoi problemi. Sul concetto di sviluppo storico e sulla storia universale*, II, Guida, Napoli, 1991.
- TRONTI, M., *Il nano e il manichino. La teologia come lingua della politica*, Castelvecchi, Roma, 2015.
- TROPER, M., *Le droit et la nécessité*, PUF, Paris, 2011.
- TROPER, M., *Per una teoria giuridica dello Stato*, Guida, Napoli, 1998.
- TUKIAINEN, A., *The Commonwealth as a Person in Hobbes's Leviathan*, in *Hobbes Studies*, 7, 1994, pp. 44-55.
- TURNER, V., *The Ritual Process. Structure and Anti-Structure*, Cornell University Press, Ithaca, 1969.
- TURRI, M.G., *Gli dei del capitalismo. Teologia economica nell'età dell'incertezza*, Mimesis, Milano 2014.
- TUSHNET, M., *Misleading Metaphors in Comparative Constitutionalism: Moments and Enthusiasm*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2005, pp. 262-8.
- ULMEN, G., *Carl Schmitt and Donoso Cortés*, in *Telos*, n. 125, 2002, pp. 69-79.
- VAIHINGER, H., *La filosofia del come se*, Ubaldini Editore, Roma, 1957.
- VAN HOECKE, M. (a cura di), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- VANO, C., *Il 'Grand Tour' del giurista. Spunti per una riflessione sull'Italia di Rudolf von Jhering*, in *Index*, XXIII, 1995, p. 193 e ss.
- VARGANI, M., *Jacques Derrida*, Bruno Mondadori, Milano, 2000.
- VATTER, M., *Political ontology, constituent power, and representation*, in *Critical*

- Review of International Social and Political Philosophy*, 18 (6), 2015, pp. 679-86.
- VERBEKE, G., *The Meaning of Potency in Aristotle*, in LLOYD P. GERSON (a cura di), *Graceful Reason. Essays in Ancient and Medieval Philosophy*, Pontifical Institute of Mediaeval Studies, Toronto, 1983, pp. 55-74.
- VERSNEL, H.S., *Triumphus. An Inquiry into the Origin, Development and Meaning of the Roman Triumph*, Brill, Leiden, 1970.
- VERVAET, F.J., *The lex Valeria and Sulla's empowerment as dictator (82-79 BCE)*, in *Cahiers du Centre Gustave Glotz*, 15, 2004, pp. 37-84.
- VESPAZIANI, A., *Per un'ermeneutica della metafora giuridica*, in A. CERRI (a cura di), *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber Amicorum per Angelo Antonio Cervati*, Aracne, Roma, 2010.
- VEYNE, P., *Foucault révolutionne l'histoire*, in ID., *Comment On Écrit L'histoire?*, Editions du Seuil, Paris, 1979.
- VEYNE, P., *Foucault. His thought, his character*, Polity Press, Cambridge, 2010.
- VILLACAÑAS, J.L., *Teologia economica. Analisi critica di una categoria*, in *Filosofia politica*, 3, 2012, pp. 409-30.
- VINCENTI, U., *Diritto senza identità. La crisi delle categorie giuridiche tradizionali*, Laterza, Roma-Bari, 2007.
- VIOLA, F., *R. von Jhering e la conoscenza del diritto*, in F. VIOLA, V. VILLA, M. URSO, *Interpretazione e applicazione del diritto tra scienza e politica*, CELUP, Palermo, 1974.
- VIRDIS, M., *Allegorice loqui*, in P. SERRA (a cura di), *In altre parole. Forme dell'allegoria nei testi medioevali*, Franco Angeli, 2015.
- VIRNO, P., *Grammatica della moltitudine. Per una analisi delle forme di vita contemporanee*, DeriveApprodi, Roma, 2002.
- VON JHERING, R., *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1990.
- VON JHERING, R., *La lotta per il diritto e altri saggi* (a cura di R. Racinaro), Giuffrè, Milano, 1989.
- VON JHERING, R., *Lo scopo nel diritto* (a cura di M.-G. Losano), Einaudi, Torino, 1972.
- VON JHERING, R., *Lo spirito del diritto romano nei diversi gradi del suo sviluppo*, I, Pirotta, Milano, 1855.
- WAGENWOORT, H., *Roman Dynamism*, Blackwell, Oxford, 1947.
- WALL, I., *Notes on an "Open" Constituent Power*, in *Law, Culture and the Humanities*, 11 (3), 2015, pp. 378-92.

- WARD, I., *Law and Literature. Possibilities and Perspectives*, Cambridge University Press, Cambridge, 1995.
- WATT, J.A., *The Theory of Papal Monarchy in the Thirteenth Century. The Contribution of the Canonists*, in *Traditio*, 20, 1964, pp. 179-317.
- WATT, J.A., *The Use of the Term 'plenitudo potestatis' by Hostiensis*, in *Proceedings of the 2nd Int. Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano, 1965, pp. 162-87.
- WEBER, M., *Economia e società*, I, Edizioni di Comunità, Milano, 1961.
- WEBER, M., *La scienza come professione*, in ID., *La scienza come professione. La politica come professione*, Mondadori, Milano, 2006.
- WEBER, S., *Genealogy of Modernity: History, Myth and Allegory in Benjamin's Origin of the German Mourning Play*, in *MLN*, 106 (3), 1991, pp. 465-500.
- WEIBEL, P., *Teorie della violenza. Benjamin, Freud, Schmitt, Derrida, Adorno*, in M. PONZI, B. WITTE (a cura di), *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, Nino Aragno, Torino, 2006, pp. 379-96.
- WEINRICH, H., *Metafora e menzogna: la serenità dell'arte*, il Mulino, Bologna, 1976.
- WEISS, E., *Paul Federn*, in F. ALEXANDER, S. EISENSTEIN, M. GROTHJAHN (a cura di), *Psychoanalytic Pioneers*, Transaction Publishers, Edison (NJ), 1995, pp. 142-59.
- WHITE, J.M., *The Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Little, Brown, Boston, 1973.
- WHITMAN, J., *Interpretation and Allegory: Antiquity to the Modern Period*, Brill, Boston, 2000.
- WIEACKER, F., *Rudolph von Jhering*, Stuttgart, 1968.
- WIEACKER, F., *Storia del diritto privato moderno*, II, Giuffrè, Milano, 1980.
- WIGMORE, J.H., *A List of Legal Novels*, in *University of Illinois Law Review*, 2, 1908, pp. 574-96.
- WIGMORE, J.H., *A Panorama of the World's Legal Systems*, West Publishing Company, Saint Paul, 1928.
- WILKENS, M., *Toward a Benjaminian Theory of Dialectical Allegory*, in *Literary History*, 37 (2), 2006, pp. 285-98.
- WILKS, M., *The Problem of Sovereignty in the Later Middle Ages. The Papal Monarchy with Augustinus Triumphus and the Publicists*, Cambridge University Press, Cambridge, 1963.
- WILLIAMS, M.C. (a cura di), *Realism Reconsidered. The Legacy of Hans Morgenthau in International Relations*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

- WILLSON-QUAYLE, J., *Resolving Hobbes's Metaphorical Contradiction: The Role of the Image in the Language of Politics*, in *Philosophy & Rhetoric*, 29 (1), 1996, pp. 15-32.
- WILSON, T., *A complete Christian Dictionary*, E. Cotes, London, 1661.
- WINTGENS, L.-J., *Legisprudence. Practical Reason in Legislation*, Ashgate, Farnham, 2012.
- WOHLFARTH, I., *Nibilismo contra nihilismo*, in M. PONZI, B. WITTE (a cura di), *Teologia e politica. Walter Benjamin e un paradigma del moderno*, Nino Aragno, Torino, 2006.
- WORTHINGTON, S., *Equity*, Oxford University Press, Oxford, 2003.
- YOUNG, F., 'Creatio ex nihilo': a Context for the Emergence of the Christian Doctrine of Creation, in *Scottish Journal of Theology*, 44, 1999, pp. 139-51.
- ZACCARIA, G., *La comprensione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2012.
- ZAGREBELSKY, G., *Manuale di diritto costituzionale*, I, *Il sistema delle fonti del diritto*, UTET, Torino, 1994.
- ZAKIN, E., *The Image of the People: Freud and Schmitt's Political Anti-Progressivism*, in *Telos*, 157, 2011, pp. 84-107.
- ŽIŽEK, S., *A Permanent Economic Emergency*, in *New Left Review*, 64, 2010, pp. 85-95.
- ŽIŽEK, S., *For They Know Not What They Do*, Verso, London, 1991.
- ŽIŽEK, S., *The Fragile Absolute*, Verso, London, 2000.
- ZWEIGERT, K., KÖTZ, H., *An Introduction to Comparative Law*, II ed., vol. I, Oxford University Press, Oxford, 1998.

RINGRAZIAMENTI

Un libro come questo non si può scrivere da soli. Nell'osservare il profilo di queste pagine, la forma complessiva e il peso che esse compongono, non posso non esprimere i miei più sinceri ringraziamenti nei confronti delle persone che hanno saputo guidarmi, consigliarmi ed esortarmi nel corso di questi intensi anni.

Primo fra tutti, il Prof. Pier Giuseppe Monateri, che ha avuto la pazienza e la gentilezza di farmi dono di consigli e suggerimenti, di critiche e motivazioni costanti senza cui – semplicemente – non mi sarebbe stato in alcun modo possibile raggiungere questo obiettivo.

Un'intensa ed affettuosa riconoscenza va inoltre alla Prof.ssa Cristina Costantini per i suoi continui incoraggiamenti, confronti e momenti di riflessione maturati nelle occasioni più disparate, nella frenesia ineludibile della vita accademica, ma sempre forti, incisivi, vitali, diretti al punto.

Un particolare ringraziamento va anche al Prof. Mauro Grondona e al Prof. Roberto Pardolesi per la lettura attenta e scrupolosa di questo scritto, nonchè per gli importanti suggerimenti di cui hanno saputo omaggiarmi.

Impossibile dimenticare, inoltre, gli innumerevoli pomeriggi trascorsi in biblioteca, all'Università, o semplicemente in cerchio attorno ad una pila di libri, insieme ai miei più cari amici: Davide, Giovanni, Alberto, Antonio, Carlo, Giulio, Veronica, Danilo, Claudio. Anche (e soprattutto) senza il loro supporto, nessuna di queste pagine avrebbe mai potuto vedere la luce.

Da ultimo, esprimo la mia più profonda gratitudine nei confronti dei miei genitori, che mi hanno permesso dedizione totale allo studio e alla ricerca. Molto spesso, se non sempre, la pratica della scrittura è esercizio di una solitudine del corpo e della mente che solo la placida tranquillità domestica, o l'affetto delle persone più care, sono in grado di poter curare. A loro va ogni mia riconoscenza.

*Finito di stampare
nel mese di luglio 2017
da Digital Team - Fano (PU)*

Mauro Balestrieri è dottore di ricerca presso la Scuola di Scienze Umane e Sociali dell'Università degli Studi di Torino, ove si occupa di Diritto Civile, Diritto Comparato, Globalizzazione giuridica e Diritto e Letteratura. È autore di numerosi articoli e monografie su argomenti di carattere specialistico e interdisciplinare. Nel medesimo Ateneo, presso il Dipartimento di Giurisprudenza, collabora altresì quale cultore della materia con le cattedre di Diritto Civile e di Diritto e Letteratura.

La Collana *The Cardozo Electronic Law Bulletin Monograph Series* si propone di investigare i molteplici rapporti che congiungono lo studio del diritto alle esperienze culturali delle Scienze Umane. Attraverso un ripensamento generale della metodologia comparatistica, nell'intersezione dei campi e delle pratiche del sapere, i volumi qui raccolti contribuiranno a una rinnovata percezione del fenomeno giuridico e degli orizzonti conoscitivi che esso contempla.

Mimesis Edizioni
The Cardozo Electronic
Law Bulletin Monograph Series
www.mimesisedizioni.it
32,00 euro

