

**SAGGI
ITINERARI**
per la storia del pensiero giuridico moderno
ARCHIVIO APERTO

Pietro Costa

**Saggi di storia
della cultura
giuridico-politica**

X. Secolarizzazione, storia
della storiografia, diritto e arti



Quaderni fiorentini *Archivio APERTO*_saggi-itinerari
Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno

Open Access Publication <https://www.quadernifiorentini.eu/archivio/>
Creative Commons Attribution ShareAlike 4.0 International Licence (CC-BY-NC-4.0)

Archivio APERTO 2024/11_Costa
DOI: 10.69134/QFArchivio_24_11

Recommended citation:

Pietro Costa, *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchivio_24_11

PIETRO COSTA

SAGGI DI STORIA DELLA CULTURA

GIURIDICO-POLITICA

Prefazione

È tradizione diffusa che uno studioso raccolga i suoi saggi, scritti in un lungo arco di tempo e dispersi nelle più varie riviste e opere collettanee. È una tradizione che intendo seguire. Non posso escludere che ad aderire a essa mi solleci un inconfessato narcisismo, ma confido che la motivazione prevalente sia un'aspettativa più disinteressata: l'aspettativa che rendere agevolmente disponibili scritti difficilmente accessibili contribuisca (sia pure in modo infinitesimale) allo scambio delle idee e allo sviluppo della ricerca.

In questa prospettiva, appare molto promettente una delle risorse messe a disposizione dalla 'rete': la possibilità di pubblicare i risultati delle proprie ricerche in 'open access', affidandoli a testi cui il lettore accede senza vincoli e restrizioni. Mi sembra quindi quanto mai opportuno che il Centro di studi dell'università di Firenze (dedicato alla storia del pensiero giuridico moderno) abbia deciso di creare al suo interno una Sezione che reca il significativo nome di Archivio aperto. Questa Sezione, infatti, è programmaticamente interessata a ospitare documenti diversi per struttura (volumi compiuti ma al contempo liberamente rivedibili e trasformabili, non meno di progetti di ricerca, di interventi puntuali, di scritti in itinere) e tuttavia accomunati dall'obiettivo di facilitare e incrementare il dialogo endo- ed interdisciplinare.

Ospitata nella nuova sezione del Centro fiorentino, la raccolta dei miei saggi vede la luce come un insieme di testi liberamente fruibili dai visitatori del sito e organizzati nella forma dell' 'auto-archiviazione'. La raccolta degli scritti, infatti, è, sì, organizzata in undici 'volumi', ma ciascuno di essi è, più che un vero e proprio 'libro', piuttosto un 'archivio': un assemblaggio di testi, che può essere, nel corso del tempo, modificato, incrementato, alleggerito, con una libertà e facilità di intervento improponibili per un 'libro' (anche in versione digitale).

I saggi sono 'archiviati' senza alcuna modifica (né nel testo né nelle note) rispetto alla loro versione originaria. Di ciascun saggio vengono indicati gli estremi bibliografici della prima pubblicazione. Ciascuno dei volumi (più esattamente, dei 'volumi-archivio') è corredato da un contrassegno DOI, che lo rende perfettamente individuato e inconfondibile.

Proprio perché i 'volumi-archivio' sono strutturalmente aperti e modificabili, sono gradite le proposte e i suggerimenti che i volenterosi 'utenti' vogliono proporre

per favorire la fruibilità della raccolta. Per quanto riguarda i suoi contenuti, invece, ho rinunciato a qualsiasi velleità di revisione e miglioramento: posso soltanto ripetere (con il famigerato procuratore romano) “quod scripsi, scripsi” e affidarmi all’indulgenza dei lettori.

INDICE GENERALE

Vol. I

Scritti metastoriografici

Vol. II

Storie di concetti: cittadinanza

Vol. III

Storie di concetti: diritti

Vol. IV

Storie di concetti: ordine, conflitti

Vol. V

Storie di concetti: sovranità

Vol. VI

Storie di concetti: Stato di diritto, Stato totalitario

Vol. VII

Storie di concetti: popolo, nazione, rappresentanza

Vol. VIII

La pena di morte

Vol. IX

Diritto e interpretazione

Vol. X

Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti

Vol. XI

Ritratti

Volume X

Secolarizzazione, storia della storiografia,
diritto e arti

Indice del volume

PARTE I: SECOLARIZZAZIONE.....	1
ORDINE, MUTAMENTO, SECOLARIZZAZIONE: UN'IPOTESI INTERPRETATIVA	2
1. Cenni introduttivi.....	2
2. Dalla civitas terrena alla civitas Dei.....	4
3. Il modello giusnaturalistico e il problema della 'secolarizzazione'	6
4. Dall'ordine al mutamento: l'orizzonte del futuro.....	9
5. La rappresentazione del mutamento e il suo investimento 'religioso'	12
IMITATIO IMPERII E IMITATIO SACERDOTII: MORTE E TRASFIGURAZIONE DI UNA CELEBRE FORMULA	17
1. L'orizzonte storico del 'principio di laicità': la distinzione-conessione fra il 'temporale' e lo 'spirituale'	17
2. 'Imitatio imperii' e 'imitatio sacerdotii': sacralizzazione del potere e politicizzazione del sacro	19
3. La privatizzazione del sacro e l'autonomia del politico: l'Epistola de tolerantia di Locke	25
4. La secolarizzazione e la 'diaspora del sacro': fra 'religioni civili' e 'religioni politiche'	29
5. Dalla privatizzazione del sacro alla sfera pubblica 'religiosamente qualificata'? Il principio di laicità come dispositivo di legittimazione della pluralità	34
LA MODERNITÀ PENALE FRA SECOLARIZZAZIONE E PERMANENZA DEL 'SACRO'	43
1. L'impostazione del problema	43
2. Il 'dentro' e il 'fuori'	45
3. La violenza del 'sacro'	53
PARTE II: STORIA DELLA STORIOGRAFIA.....	61
STORIOGRAFIA GIURIDICA E STORIA MEDIEVALE: CONVERGENZE E DIVERGENZE	62

1. Cenni introduttivi.....	62
2. Convergenze e divergenze nell'impiego di uno strumento: l' "istituto giuridico"	63
3. Convergenze e divergenze nell'applicazione di «due principii»: «il principio latino e il principio germanico»	71
4. Convergenze e divergenze nella discussione di un problema: il Comune medievale.	79
5. Convergenze e divergenze nelle pratiche euristiche: gli storici del diritto di fronte alla "scuola economico-giuridica"	83
STORIA DEL DIRITTO E IDENTITÀ DISCIPLINARI: DAI PRIMI ANNI SETTANTA A OGGI	93
PARTE III: DIRITTO E ARTI	124
IL DIRITTO 'COME' LA MUSICA, LA MUSICA 'COME' IL DIRITTO: IL FASCINO DISCRETO DI UN'ANALOGIA	125
1. Cenni introduttivi.....	125
2. La dimensione 'performativa' della musica e del diritto.....	126
3. Diritto e musica fra 'interpretazione' ed 'esecuzione'	130
4. La musica «n'a pas le sens»: l'ermeneutica musicale e le sue aporie	147
5. Un'analogia problematica?	155
A PROPOSITO DI LAWART, 3 (2022)	158
«L'ONORE DI VIVERE»: POTERE E RESISTENZA IN 'PORTE APERTE' DI LEONARDO SCIASCIA	167
1. «La morte attraverso la scrittura»: il rifiuto della pena capitale.....	167
2. Una riforma impossibile? L' 'umanizzazione' della pena.....	174
LA 'LECTURA DANTIS' DI UN GIOVANE GIURISTA: HANS KELSEN.....	183
1. Cenni introduttivi.....	183
2. Lo 'Stato' di Dante fra 'Rechtsstaat' e 'Kulturstaat'	184
3. L'impero e il diritto: un Dante 'germanico'?	188
4. L'impero e la sua dimensione universalistica	191

Parte I: Secolarizzazione

ORDINE, MUTAMENTO, SECOLARIZZAZIONE:

UN'IPOTESI INTERPRETATIVA

1. *Cenni introduttivi*

Ordine, mutamento, secolarizzazione: i lemmi indicati nel titolo appartengono al lessico teorico di diverse tradizioni disciplinari (dalla filosofia alla sociologia, al diritto), sono posti al centro di dibattiti ormai pluridecennali ed evocano problemi di una portata e di una complessità tali da rendere irrimediabilmente ingenua (o, se si preferisce, temeraria) la pretesa di offrirne una attendibile tematizzazione nei confini di una breve relazione. Occorre quindi porre precisi limiti al mio intervento, sperando che la drastica, ma inevitabile, restrizione del campo di indagine mantenga ad esso una qualche residua plausibilità.

Vorrei in primo luogo proporre una determinazione 'stipulativa' del significato dei termini impiegati. Intendo per ordine la forma (la forma in senso forte, la forma strutturale, la *Gestalt*) di una determinata società. L'ordine è assetto, struttura, e proprio per questo è spesso descritto ricorrendo a metafore architettoniche: l'edificio, la piramide, la cattedrale. L'ordine, in quanto struttura, evoca la costanza, la fissità, l'immodificabilità, la regolarità. L'antonimo dell'ordine, dunque, se da un certo punto di vista è il disordine, il caos delle azioni molteplici e imprevedibili, da un altro punto di vista è il movimento: il movimento come messa in discussione dell'assetto, il movimento come mutamento delle regole del gioco, come sfida nei confronti delle forme, delle strutture consolidate ed ordinanti.

Ogni società si ordina, si dà una specifica forma di convivenza, e al contempo si interroga sull'ordine, tenta di esplicitarne le caratteristiche e i fondamenti: si chiede che cosa rende possibile la convivenza, che cosa dà forma ad essa, come avviene il miracoloso passaggio dalla molteplicità delle azioni individuali all'unità dell'ordine. Ogni società si interroga sul suo assetto fondamentale e sui processi che lentamente o rapidamente ne modificano la morfologia; ogni società esiste in quanto rappresenta, rende comprensibili e comunicabili, legittima o condanna, il proprio stesso esserci. E ogni società, nel momento in cui tenta di tradurre in parola, in discorso, le nervature della propria identità collettiva, non può non coinvolgere, nel

P. Costa, *Ordine, mutamento, secolarizzazione: un'ipotesi interpretativa*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_11, pp. 2-16.

suo tentativo (inevitabilmente asintotico) di auto-rappresentazione, tutte le risorse cognitive di cui dispone, i valori generalmente condivisi, la visione nel mondo nella quale tende a riconoscersi. La cultura politico-giuridica che una società produce nel suo sforzo di rendere (relativamente) trasparenti e (tendenzialmente e provvisoriamente) accettabili le proprie regole di funzionamento è dunque composta da discorsi che non si esauriscono in una descrizione asettica di schemi istituzionali e di sistemi normativi, ma includono o presuppongono una visione complessiva dell'essere umano, dei suoi doveri, delle sue aspettative, delle sue paure, del suo destino.

In questa prospettiva è allora possibile chiedersi se e come il discorso politico-giuridico instauri, nelle forme proprie dell'una o dell'altra contestualità storica, un rapporto intrinseco e vitale con una significativa componente dell'esperienza umana, la dimensione religiosa o sacrale. È a questo problema che ha inteso dare risposta la categoria storico-teorica della 'secolarizzazione', proponendosi come una formula che, per un verso, vale come 'memento' dell'importanza ineludibile del problema stesso, ma, per un altro verso, ne prospetta anche precise soluzioni sostantive. Queste soluzioni sono magari opposte fra loro e tuttavia convergono nel sottolineare un passaggio, una trasformazione: da una sovrabbondanza ad una perdita, da una pienezza ad una 'eclissi'; l'eclissi di Dio, potremmo dire con Martin Buber¹, e più in generale l'eclissi del sacro, assunta come contrassegno della 'modernità'.

È possibile allora esplicitare i termini del nostro problema: si tratta di riflettere sulle rappresentazioni dell'ordine e del mutamento e di chiedersi se e in che modo il discorso politico-giuridico, nel momento in cui dà conto delle strutture portanti di una determinata società e del processo che ne induce la trasformazione, includa fra le proprie strategie retoriche uno specifico riferimento alla dimensione religiosa o sacrale, o se piuttosto la dimensione sacrale o religiosa coinvolga il discorso politico-giuridico solo in una sua determinata contestualità storica (nel medioevo 'cristiano') per divenire, nel 'secolarizzato' mondo moderno, un settore in qualche modo separato e 'specializzato' della cultura complessiva.

Per discutere con una qualche fondatezza il nostro problema occorrerebbe procedere, come si comprende facilmente, ad una complessa ricognizione storiografica. Nei limiti di un breve saggio potrò solo richiamare l'attenzione sul rapporto che la dimensione (*lato sensu*) 'sacrale' o 'religiosa' intrattiene con la rappresentazione dell'ordine e del mutamento nel discorso politico-giuridico

¹ M. BUBER, *L'eclisse di Dio*, Ed. di Comunità, Milano 1961.

dell'Europa occidentale fra medioevo ed età moderna² e tentare di avanzare qualche ipotesi interpretativa inevitabilmente sprovvista di un adeguato supporto probatorio.

2. *Dalla civitas terrena alla civitas Dei*

Che la cultura politico-giuridica medievale abbia un rapporto diretto e costitutivo con l'universo del sacro è un'affermazione tanto difficilmente contestabile da apparire ovvia. Conviene però elencare schematicamente alcune caratteristiche della visione medievale dell'ordine per cogliere in essa il preciso punto di innesto della dimensione religiosa.

La concezione medievale dell'ordine ruota intorno a due elementi essenziali: la gerarchia e la metafora del corpo. La gerarchia: non si dà unità, per l'uomo medievale, se non come connessione gerarchica di parti diseguali. L'eguaglianza, che per noi 'moderni' è un assioma familiare anche se complicato, per gli 'antichi' evoca piuttosto l'immagine del caos ed appare sostanzialmente incompatibile con l'ordine. Non si pensa l'ordine se non come una gerarchia; e la gerarchia non poggia sulle decisioni arbitrarie del potente, ma coincide con i gradini dell'essere: sono le differenziazioni ontologiche che impediscono il caos e fondano un ordine che è cosmico prima che sociale. L'ordine sociale è un momento di un ordine universale e ripete in se stesso la logica gerarchica della totalità. È Dio il vertice di una gerarchia che discende dagli angeli agli uomini e poi di nuovo si articola, nel mondo umano, nei due supremi poteri – il papa e l'imperatore – e procede verso il basso fino ad includere le più infime condizioni sociali. L'ordine dunque è una gerarchia di cui Dio è il fondamento e il culmine.

Se dunque la distribuzione diseguale delle parti nell'unità dell'ordine è una fondamentale struttura di senso dell'universo di discorso medievale, anche un'altra ricorrente metafora incide a fondo sul discorso politico-giuridico: la metafora del corpo, una metafora che viene applicata alle più diverse realtà sociali e istituzionali per sottolinearne il carattere unitario. È un corpo il collegio dei canonici di una cattedrale, è un corpo una corporazione di arti e mestieri, è un corpo la *civitas*, la *respublica*. L'ordine politico è gerarchia, unità di parti diseguali, ma queste parti

² Il più vicino terreno di verifica delle mie rapsodiche considerazioni è quel 'discorso della cittadinanza' in Europa fra medioevo ed età moderna che ho tentato di ricostruire in *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Laterza, Roma-Bari, 1999-2001, voll. 1-4. Ad esso mi permetto di rinviare.

sono anche momenti di un'indissolubile unità: parti di un corpo, appunto, che vive della disuguaglianza, ma anche della solidarietà dei suoi componenti.

Intrinsecamente religiosa è la visione della gerarchia, ma altrettanto intessuta di rinvii teologici è la metafora del corpo: come Kantorowicz ha dimostrato esemplarmente³, la metafora del corpo ha precise ascendenze nella tradizione classica, ma si rafforza e si diffonde attraverso la teologia del corpo mistico e l'immagine della Chiesa come corpo. Ed è questo afflato corporatista che, nella civiltà comunale, alimenta il senso di identità collettiva dei cittadini, il loro patriottismo civico, come è stato chiamato; un patriottismo che unisce in un nesso strettissimo, e per noi non facilmente comprensibile, la dimensione civica e la dimensione religiosa, il culto del santo patrono e l'orgoglio dell'appartenenza⁴.

La gerarchia, il corpo: due simboli, diversi ma complementari, di una rappresentazione dell'ordine dove la dimensione religiosa è una componente essenziale e contribuisce a rafforzare il senso della fissità, dell'immutabilità dell'ordine stesso.

L'ordine non può conoscere una modifica strutturale; può subire semmai provvisori processi di degenerazione, tanto al vertice quanto nei gradini intermedi o infimi della gerarchia: ecco le figure, diverse ma in qualche modo speculari, del tiranno e del *rebellis*, figure entrambi di illegittimità radicale perché impegnate, ciascuna a suo modo, a sovvertire le regole dell'ordine, a spezzare la concatenazione delle obbedienze e delle gerarchie.

Nessuno, nemmeno il sovrano, può intervenire dispoticamente sull'ordine. L'ordine non è deciso e contingente, quindi provvisorio, volontario, modificabile, ma è naturale, ontologicamente fondato, involontario, sottratto alla libera disposizione di chiunque. La fissità dell'ordine non significa però la sua sottrazione al tempo. Come esiste una teologia dell'ordine, esiste anche una teologia del mutamento; ed è una teologia iscritta nel *De civitate Dei* agostiniano, che si propone come uno dei grandi testi di riferimento della cultura medievale.

L'ordine si impone ai singoli come una realtà incontestabile, ma non per questo è sottratto alla storia: esso è parte di una storia della salvezza scandita dalla creazione, dal peccato originale, dall'incarnazione, dal giudizio finale. I singoli – il servo, il signore o il re – si trovano di fronte ad un ordine sulla cui struttura non

³ E.H. KANTOROWICZ, *The King's two Bodies. A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press, Princeton 1957.

⁴ Cfr. ad es. C. FRUGONI, *Una lontana città. Sentimenti e immagini nel medioevo*, Einaudi, Torino, 1983.

possono incidere, perché il tramite del mutamento non sono gli uomini, ma è Dio. L'ordine è indisponibile e immobile, ma è l'intero *saeculum*, di cui l'ordine è parte, ad essere una realtà provvisoria, la cui fine è già decisa. Tanto è immobile l'ordine nel tempo intermedio quanto è radicale e decisivo il mutamento 'ultimo': la *commutatio magna* che inaugura un nuovo cielo e una nuova terra, che introduce la nuova e splendente *civitas* sottratta alle incertezze e alle confusioni della *peregrinatio*.

Il medioevo tematizza il mutamento, ma lo legge nella luce splendente e terribile dell'*èschaton*; e quindi: non sono gli uomini ma è Dio il protagonista del mutamento; il mutamento non si pone sullo stesso piano dell'ordine; il mutamento sopravviene dall'esterno dell'ordine e lo sovrverte dalle radici; l'ordine non muta, ma collassa e dà luogo ad una nuova *civitas*, la *civitas Dei*, finalmente trionfante ed incommensurabile all'ordine mondano.

Il mutamento viene da Dio e gli uomini non possono accelerarlo o ritardarlo: possono soltanto prepararsi e temprarsi nell'attesa del regno. Certo, non mancano gli impazienti: non mancano i tentativi di trasformare l'attesa dell'*èschaton* in un'azione capace di realizzare qui e subito la città di Dio: si pensi, prima, ai movimenti ereticali di ispirazione evangelicamente egualitaria, come Fra Dolcino, e poi, dopo lo spartiacque della Riforma e alle soglie della 'modernità', agli anabattisti di Müntzer o ai movimenti radicali operanti nella cornice della prima rivoluzione inglese. Ciò che separa questi movimenti dall'escatologia agostiniana è la convinzione di poter introdurre con un'azione diretta la *commutatio magna*, ma ciò che ancora li collega alla tradizione è proprio la radicalità dell'aspettativa, l'immagine di un *novus ordo* che Dio stesso suscita dall'abbattimento del *mundus hic*⁵.

3. Il modello giusnaturalistico e il problema della 'secolarizzazione'

Perché mutino la rappresentazione dell'ordine e del movimento e, in essa, il ruolo della dimensione religiosa occorre che intervenga quel processo di costituzione della 'modernità' che va sotto il nome di 'secolarizzazione'. Si tratta di un processo assai

⁵ Sono suggestive (pur entro la sua peculiare filosofia della storia) le considerazioni di E. BLOCH, *Ateismo nel cristianesimo: per la religione dell'Esodo e del Regno*, Feltrinelli, Milano 1977; E. BLOCH, *Il principio speranza*, Garzanti, Milano 1994. Cfr. al proposito S. GANIS, *Utopia e Stato: teologia e politica nel pensiero di Ernst Bloch*, Unipress, Padova 1996

complicato: non posso certo discuterlo adeguatamente e mi riferirò ad esso solo nella misura in cui vi sarò costretto dallo svolgimento stesso del mio tema⁶.

Credo che sia ancora importante lo schema weberiano della *Entzauberung*. Il termine *Entzauberung* viene tradotto abitualmente con 'disincanto', ma il suo significato è più forte: è l'idea di un'azione che fa ormai a meno di ogni aureola, di ogni ridondanza magico-religiosa, per assumere una forma rigorosamente razionale, funzionale allo scopo.

È in questa cornice che si delinea, a partire dai grandi giusnaturalisti seicenteschi, un'idea di ordine profondamente diversa da quello medievale. L'ordine giusnaturalistico non presuppone le gerarchie e i corpi, ma postula al contrario una condizione umana originaria nella quale i soggetti si muovono eguali e liberi da qualsiasi soggezione e appartenenza; e sono questi soggetti liberi ed eguali gli inventori (per via di contratto) del sovrano, gli artefici di una sovranità geneticamente e funzionalmente legata ad essi.

L'ordine pensato secondo le coordinate del paradigma giusnaturalistico è un ordine di soggetti; e nell'ordine (prima naturale e poi civile) i soggetti si muovono all'insegna di quell'autonomia, di quella razionalità, di quel protagonismo riconducibili al clima 'entzaubert' di cui parlava Weber. Possiamo però dire che la nuova, moderna (o protomoderna), giusnaturalistica rappresentazione dell'ordine implica, *sic et simpliciter*, un'eclissi del sacro, una secca amputazione della dimensione religiosa? Possiamo dire che l'autonomia del soggetto, e la riconduzione dell'ordine al soggetto, ai soggetti, conduce necessariamente al distacco da qualsiasi orizzonte religioso?

Credo di no; e valgano alcuni rapidi cenni come argomenti probatori. Si pensi alla rappresentazione groziana oppure lockiana dell'ordine naturale: l'ordine è razionale e direttamente accessibile alla ragione umana (come la matematica o la geometria), ma non per questo l'immagine della divinità è rimossa o mantenuta soltanto per un omaggio di rito. In Locke in particolare (per non parlare dei

⁶ Sul problema della secolarizzazione cfr. il brillante contributo di G. MARRAMAO, *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari 1994. Cfr. anche H. LÜBBE, *La secolarizzazione: storia e analisi di un concetto*, il Mulino, Bologna 1970; L. LOMBARDI, *L'ORIZZONTE problematico. 'Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno'*, in L. LOMBARDI, G. DILCHER (a cura di), *Cristianesimo e diritto moderno*, Giuffrè, Milano 1981, vol. I, pp. 49 sgg.; F. D'AGOSTINO, *Diritto e secolarizzazione: pagine di filosofia giuridica e politica*, Giuffrè, Milano 1982; F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico*, I, cit., pp. 57 sgg.; O. TSCHANNEN, *Les théories de la sécularisation*, Droz, Genève 1992; H. BLUMENBERG, *La legittimità dell'età moderna*, Marietti, Genova 1992; D. CASTELLANO, G. CORDINI (a cura di), *Esperienza giuridica e secolarizzazione*, Giuffrè, Milano 1994.

giusnaturalisti continentali, da Pufendorff a Thomasius, a Wolff) il carattere obbligante della legge naturale consegue alla possibilità di ricondurre questa legge alla volontà di Dio; e l'autoconservazione, e quindi il fondamento stesso della proprietà, è un dovere-diritto che trova nella volontà di Dio la sua fonte ultima⁷.

In un orizzonte in qualche modo religioso si inquadrano dunque numerose versioni della rappresentazione proto-moderna, giusnaturalistica, dell'ordine e la dimensione religiosa non investe soltanto la comprensione dei fondamenti ultimi dell'ordine, ma connota anche i valori continuamente riproposti come il collante necessario dell'ordine stesso⁸. Si pensi al richiamo all'autodisciplina⁹, al controllo razionale delle passioni (e alla proprietà come espressione visibile di un autocontrollo riuscito ed efficace): certo, la autodisciplina la si esige in nome della ragione, ma non di rado la si rafforza in nome di una spontanea convergenza fra la ragione naturale e i dettami della tradizione cristiana. E si tratta di un connubio destinato a durare a lungo: non vale solo per un autore sei-settecentesco come Locke, ma si ritrova, diverso ma analogo, nell'Inghilterra vittoriana (si pensi alla popolare dottrina del *self-help*¹⁰).

Non posso sviluppare questi accenni e devo limitarmi a formulare l'ipotesi per me più convincente: il distacco dalla rappresentazione medievale dell'ordine, l'inaugurazione di nuove e moderne immagini dell'ordine implicano non tanto la *soppressione* della dimensione religiosa, quanto piuttosto la sua *dislocazione*. Muta la rappresentazione dell'ordine e muta simultaneamente l'immaginario religioso cui essa attinge. L'attenzione si concentra sul soggetto, sul protagonismo e sull'autonomia del soggetto, e la dimensione religiosa diviene, insieme, componente

⁷ Cfr. ad es. S. BUCKLE, *Natural Law and the Theory of Property. Grotius to Hume*, Clarendon Press, Oxford 1991, pp. 131 sgg.

⁸ Potrebbe essere ancora interessante l'idea di società 'cristiano-borghese' cui fa riferimento L. COLLETTI, *Ideologia e società*, Laterza, Bari 1970.

⁹ Il tema dell'autodisciplina, alle soglie dell'età moderna, è fortemente presente nel neo-stoicismo di Lipsius, ma costituisce un tema centrale in tutta la cultura dell'Europa moderna. Cfr. G. OESTREICH, *Filosofia e costituzione dello Stato moderno*, a cura di P. SCHIERA, Bibliopolis, Napoli 1989 e, più in generale, P. SCHIERA, *Disciplina, disciplinamento*, in «Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento», XVIII, 1992, pp. 315-334; P. SCHIERA, *Disciplina, Stato moderno, disciplinamento: considerazioni a cavallo fra la sociologia del potere e la storia costituzionale*, in P. PRODI (a cura di), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, il Mulino, Bologna 1993, pp. 21-46; P. SCHIERA, *Specchi della politica: disciplina, melancolia, socialità nell'Occidente moderno*, il Mulino, Bologna, 1999.

¹⁰ Cfr. ad es. S. COLLINI, *The Idea of Character in Victorian Political Thought*, in «Transactions of the Royal Historical Society», 5° serie, 35, 1985, pp. 29-50; R. BELLAMY, *Liberalism and Modern Society. An Historical Argument*, Polity Press, Oxford 1992, pp. 9 sgg. Per l'Italia cfr. A. CHEMELLO, *Mutualismo ed associazionismo nella letteratura del 'self-help' in Italia*, in R. CAMURRI (a cura di), *La scienza moderata: Fedele Lampertico e l'Italia liberale*, Angeli, Milano 1992, pp. 61-88.

e cassa di risonanza di questa nuova visione dell'ordine. Non basta allora dire – secondo una tesi 'classica' dell'ermeneutica della secolarizzazione – che gli antichi costrutti teologici si interrompono in superficie per continuare trasposti in un orizzonte de-teologizzato e de-cristianizzato. Occorre dire piuttosto che la nuova rappresentazione dell'ordine ha una sua storica specificità e originalità, una sua 'legittimità', per dirla con Blumenberg, e che proprio per questo essa ricrea dal suo interno un suo specifico orizzonte religioso.

4. *Dall'ordine al mutamento: l'orizzonte del futuro*

E il mutamento? si danno, nella fase inaugurale della modernità, una rappresentazione del mutamento ed una sua eventuale proiezione religiosa?

Non sembra in effetti che il giusnaturalismo sia come tale attrezzato per mettere a fuoco il movimento. L'ordine naturale è un ordine immutabile, eterno, che non conosce nemmeno l'*èschaton* celebrato dalla teologia agostiniana. Ciò non toglie però che ad una qualche idea di mutamento si perviene, nel corso del Settecento, attraverso un impiego peculiare ed interessante del paradigma giusnaturalistico.

In quel Settecento che Venturi chiamava 'riformatore'¹¹ l'ordine naturale viene infatti a svolgere un ruolo schiettamente normativo: sempre più insistentemente gli illuministi prendono a commisurare l'ordine naturale all'ordine effettivamente esistente per denunciare alla luce del primo le inadempienze e i difetti del secondo. La realtà politico-sociale non è come *dovrebbe* essere e tuttavia essa *potrebbe* essere diversa: potrebbe esserlo se solo si intervenisse su di essa per adeguarla al modello normativo, per riformarla.

'Riforma' è appunto una delle grandi parole d'ordine dell'illuminismo; e riformare l'ordine esistente significa trasformarlo, significa introdurre in esso il mutamento, il movimento: la legittimità dell'ordine non coincide più con la semplice conservazione della sua struttura, ma richiede un intervento di modificazione, che può essere parziale ma più spesso viene immaginata come radicale e globale.

Gli illuministi parlano di riforma e di riforme. È però la rivoluzione ad irrompere come un evento largamente impreveduto nella Francia di fine Settecento; ed è la rivoluzione che genera dal suo interno le premesse di un'impostazione profondamente diversa del rapporto fra ordine e mutamento.

¹¹ Il riferimento è alla grande opera di F. VENTURI, *Settecento riformatore, I., Da Muratori a Beccaria*, Einaudi, Torino 1969.

La rivoluzione si realizza, secondo la lucida premonizione di Sieyès, come un vero e proprio processo costituente, orgogliosamente consapevole di far discendere dal cielo alla terra l'ordine naturale celebrato dai filosofi illuminati. L'assemblea costituente si accinge a costruire un ordine di soggetti, un ordine che trova nei diritti degli individui – libertà e proprietà, innanzitutto – il proprio perno. Il nuovo ordine dei diritti non nasce però come un innocuo e indolore esperimento costituzionale: è il frutto di una rivoluzione, è un ordine che trae senso e forza dalla sua frontale contrapposizione con il passato. I diritti possono essere annunciati al mondo, come recita la Dichiarazione dell'89, in quanto sottratti all'oblio cui il dispotismo dei secoli bui li aveva condannati.

La rivoluzione, nel momento in cui crea l'ordine nuovo, crea simultaneamente, per così dire, anche l'ordine 'antico': la rivoluzione è in grado di comprendere se stessa solo in quanto contrappone fra loro due ordini, l'ordine del dispotismo e dell'ordine dei diritti, e al contempo assegna a ciascuno di essi una precisa collocazione temporale. L'autocomprensione della rivoluzione è impossibile senza un 'prima' e un 'dopo', senza una radicale distinzione fra il passato e il presente, fra l'ordine antico e l'ordine nuovo: non a caso è con la rivoluzione che quel regime che essa viene rapidamente scalzando prende a dirsi *ancien* – una terminologia che, da Constant e da madame de Staël in poi, non ci ha più abbandonato¹².

La rivoluzione introduce dunque una precisa scansione temporale – 'prima' e 'dopo', passato e presente – e ne fa la condizione obbligata della comprensione e della legittimazione del nuovo ordine. Si tratta di una svolta che non credo enfatico definire epocale. Sostanzialmente per la prima volta (un precedente senza paragone più debole può forse essere la *glorious revolution*) l'ordine si pone sulla stessa linea del movimento: si comprende e si legittima l'ordine nuovo in quanto 'nuovo', in quanto espressione di un mutamento, in quanto fase di un movimento che conduce dalle tenebre alla luce. Movimento e ordine si pongono ora sulla stessa linea e si sostengono a vicenda.

Il movimento è il passaggio dall'antico al nuovo regime, dal passato al presente. La rivoluzione però non concepisce se stessa come un atto istantaneo. Il processo di radicalizzazione cui essa va incontro, e il conflitto che la dilania, inducono i suoi protagonisti più intransigenti a proiettarsi verso il futuro: la lotta giacobina contro il nemico esterno e interno, la lotta del bene contro il male, è la lotta contro un passato

¹² Cfr. D. VENTURINO, *La naissance de l'«Ancien Régime»*, in C. LUCAS (a cura di), *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, vol. 2, *The Political Culture of the French Revolution*, Pergamon Press, Oxford 1988, pp. 11-40

che non vuol morire e inficia il presente, ed è quindi una lotta che non può che affidare al futuro la realizzazione di un ordine compiuto e perfetto. L'ordine presente ha senso soltanto in rapporto al 'prima' e al 'dopo': è un momento intermedio fra il passato e il futuro, è il termine di passaggio fra fasi diverse (rispettivamente declinate al passato e al futuro) di un processo, è (con apparente paradosso) un ordine *in movimento*: ordine e movimento si dispongono su una stessa linea e questa linea è, per così dire, tracciata da una freccia che punta verso l'alto, verso un progressivo e crescente rischiaramento.

È questa nuova visione della temporalità, e quindi questa nuova visione del rapporto fra ordine e movimento, uno dei grandi lasciti della rivoluzione francese alla cultura ottocentesca. Sto ovviamente facendo uso di schematizzazioni e di generalizzazioni. Credo però che non sia una forzatura eccessiva vedere nell'idea della storia come processo progressivo ed ascendente una convinzione capillarmente diffusa in tutta la cultura ottocentesca, un'idea-chiave suscettibile di essere tradotta e formulata nei più diversi idiomi filosofici¹³.

Quale che sia il lessico teorico adottato, torna sempre di nuovo una visione processuale della realtà, l'esigenza di intendere il presente rapportandolo ad un passato più imperfetto e ad un futuro sicuramente migliore. L'ordine non è una realtà autosufficiente: non è un dato irrelato, assoluto, una struttura comprensibile in sé senza tener conto dell'orizzonte temporale, senza raccorderla al movimento, senza instaurare una comparazione fra il 'prima' e il 'dopo': l'ordine è il fotogramma di un film e il senso di ciascun fotogramma dipende dai fotogrammi che lo precedono e da quelli che lo seguono; la realtà è processo, è movimento, e l'ordine è intelligibile come momento o fase di questa complessa sequenza temporale.

Non solo l'ordine e il movimento si pongono sulla stessa linea: cambia anche il rispettivo peso specifico nella decifrazione del senso dell'azione politica e nella valutazione della legittimità. Se l'ordine è il momento di un processo che viene da lontano e si proietta verso il futuro, la legittimità dell'ordine non può essere decisa guardando soltanto alle coordinate che lo determinano al presente: l'ordine è legittimo nella misura in cui si rende disponibile ad un mutamento destinato ad intervenire nel prossimo o nel remoto futuro. Il luogo di senso della politica deve essere collocato non nel presente o nel passato, ma nel futuro: è nel futuro che sboccia e si compie la teleologia interna del processo di cui l'ordine è parte; è il futuro (la aspettativa, la premonizione del futuro) che sorregge la valutazione e la

¹³ Cfr. R. KOSELLECK, CH. MEIER, *Progresso*, Marsilio, Venezia 1991.

trasformazione dell'ordine presente. I grandi movimenti politico-sociali di cui è intessuta la storia europea otto-novecentesca non sarebbero comprensibili se non si tenesse conto della loro costitutiva apertura al futuro: la forbice fra l'ordine effettivo e l'ordine alternativo, che costituisce la condizione di possibilità della loro retorica politica, non può che proiettarsi in un orizzonte temporale dove il presente vale come luogo di passaggio verso un futuro diverso e migliore.

Certo, le immagini sostantive dell'ordine, non meno che la rappresentazione del processo e dei suoi esiti, sono le più diverse. Cambiano (a seconda dei contesti, degli orientamenti filosofici, delle scelte ideologico-politiche) i giudizi sull'ordine presente e sul rapporto di contiguità o di radicale differenza che lo collega all'ordine futuro, concepito volta a volta come una parziale modificazione degli assetti esistenti oppure come un'alternativa radicale, incompatibile con essi. Cambia anche la rappresentazione del movimento, volta a volta immaginato come un processo graduale e continuo oppure come una linea spezzata da brusche rotture e scarti radicali. Resta comunque largamente condivisa l'esigenza di intendere e valutare l'ordine come parte di un movimento che si proietta verso il futuro e trae senso da esso.

5. *La rappresentazione del mutamento e il suo investimento 'religioso'*

La cultura otto-novecentesca, la cultura che ha alle spalle la rivoluzione francese, ridefinisce dunque l'ordine in funzione del movimento. È a questo punto, è a proposito di questa nuova prospettiva, che si propone di nuovo la nostra domanda: la rappresentazione, per intendersi, post-rivoluzionaria dell'ordine e del movimento si affida ad uno stile discorsivo perfettamente *entzaubert*, ormai modernamente depurato da ogni alone e da ogni entusiasmo religioso? È applicabile allora, e in che termini, alla visione otto-novecentesca dell'ordine e del mutamento, quella categoria di secolarizzazione già impiegata per intendere la svolta giusnaturalistica del primo Seicento?

La risposta, per così dire ormai classica, a questa domanda è offerta dalle pagine di Löwith¹⁴, la cui tesi di fondo voglio compendiare utilizzando una precisa formulazione di Giacomo Marramao: se l'idea di *éschaton* viene «fagocitata da un concetto assoluto e processuale di Storia», «una nuova idea, in tutto e per tutto immanente, di tempo secolare» risolve in sé «ogni trascendenza, e con essa ogni

¹⁴ K. LÖWITH, *Significato e fine della storia*, Ed. di Comunità, Milano 1963.

residuo dualismo di mondano e spirituale, terreno e divino, profano e sacro»¹⁵. Una volta che l'escatologia cristiana viene trasferita dal cielo alla terra, l'eclissi del sacro sembra, di nuovo, la conseguenza obbligata della nuova visione dell'ordine e del mutamento.

Possiamo però propriamente parlare di un esaurimento della dimensione religiosa del discorso politico otto-novecentesco? o piuttosto il senso del religioso, del numinoso, passa comunque attraverso la celebrazione 'mondana' del movimento e l'attesa secolarizzata del futuro? Ammettiamo pure che la celebrazione del mutamento, la riconduzione dell'ordine al movimento, sia lo sprofondamento nel *saeculum* dell'escatologia giudaico-cristiana: è però possibile sostenere che questa tesi, se ha una sua verità, non contiene *tutta* la verità.

In primo luogo, la rappresentazione dell'ordine e del mutamento, quando scende dal cielo alla terra, non resta identica a se stessa cambiando solo, per così dire, la sua ubicazione, ma subisce una trasformazione che incide tanto sul primo quanto sul secondo termine. Mentre, come ho già detto, nella prospettiva agostiniana il mutamento interviene *ex alto* e irrompe sull'ordine dall'esterno, nella prospettiva 'moderna' ordine e mutamento si pongono sulla stessa linea; di conseguenza, mentre nella visione 'antica' ordine e mutamento si definiscono indipendentemente l'uno dall'altro, nella visione 'moderna' l'ordine è legittimo in quanto compatibile con il movimento e con la sua direzione di senso.

In secondo luogo, ammettiamo pure di seguire la traccia di Löwith e ravvisare nella rappresentazione otto-novecentesca dell'ordine e del mutamento la traduzione secolare dell'escatologia giudaico-cristiana: non segue però obbligatoriamente da questo assunto la conseguenza dell'esaurimento di qualsiasi pathos religioso. La dimensione religiosa non è una pianta ormai disseccata, che può essere estirpata senza danno; assistiamo piuttosto alla germinazione di una pianta nuova e diversa, compatibile con la *humus* e il clima caratteristici dell'Europa post-rivoluzionaria. Si pensi – un esempio fra mille – all'enfasi religiosa di un Mazzini o di un Leroux (per non parlare dei simboli e dei riti della scuola sansimoniana e per non risalire al robespierriano culto dell'Essere Supremo) e avremo sparsi esempi di un fenomeno che vorrei chiamare la sovradeterminazione religiosa del discorso politico: un discorso politico che celebra il movimento e si proietta verso il futuro e al contempo rafforza e amplifica la sua tensione palingenetica avvalendosi esplicitamente e

¹⁵ G. MARRAMAIO, *Cielo e terra*, cit., p. 28.

consapevolmente di richiami e di simboli religiosi, rifiutandosi di esaurirsi in una fredda, razionale valutazione dei mezzi e dei fini.

Esiste dunque a mio avviso una dimensione religiosa che investe e rafforza, agli inizi della 'modernità', la rappresentazione giusnaturalistica dell'ordine così come esiste un afflato religioso che connota ed esalta molte delle ottocentesche celebrazioni del mutamento. La 'modernità' non coincide allora con l'eclissi di Dio o con l'eliminazione del sacro, del numinoso, ma si presenta piuttosto come il terreno di coltura di un nuovo immaginario religioso: la dimensione religiosa continua ad essere in tutto l'arco della modernità un luogo retorico molto frequentato, una componente importante della rappresentazione dell'ordine e del mutamento.

La secolarizzazione, ancora una volta, produce insomma non già l'amputazione della dimensione religiosa ma una sua trasformazione e riformulazione: l'immaginario religioso viene ora attratto dalla nuova rappresentazione del movimento, diviene un'importante componente retorica della sua celebrazione e produce un effetto in qualche modo inverso a quello che potremmo attenderci da un'interpretazione semplificata della *Verweltlichung*: produce l'effetto di una risacralizzazione dell'ordine e del mutamento volta a volta rappresentati.

Certo, non mancano, e anzi sono una componente di rilievo delle moderne filosofie del mutamento, tentativi di una radicale rescissione della dimensione religiosa (si pensi, esemplificando, ai dottrinari della socialdemocrazia tedesca, da Kautsky a Bebel, o ai protagonisti della rivoluzione comunista): in questi casi il discorso politico, lungi dall'avvalersi di simboli religiosi, trae forza proprio dalla netta condanna del fenomeno religioso come tale, presentato come espressione di un'alienazione che nella futura società comunista perderà finalmente le sue basi 'reali'.

Una siffatta strategia retorica deve essere presa sul serio e per essa vale certamente la tesi dell'incompatibilità fra la moderna filosofia del mutamento e la dimensione religiosa. Resta però aperto un problema ermeneuticamente delicato: il problema se sia possibile cogliere le tracce, in quella strategia retorica, di un *investimento* religioso, pur essendo omissso, anzi essendo respinto, uno specifico *immaginario* religioso. In questa prospettiva alcuni temi ed inflessioni potrebbero essere assunti come il sintomo di una tensione religiosa che continua a permeare sotterraneamente una strategia discorsiva che pure la rifiuta esplicitamente: si pensi, a guisa di esempio, al tema della disciplina e del sacrificio del sé, un tema importante nella tradizione comunista (in Gramsci, ma anche in Lukàcs e prima in Lenin). Può

allora essere avanzata l'ipotesi che in una siffatta costellazione ideologica la secolarizzazione dell'antica escatologia si traduca non già in una pura e semplice cancellazione della dimensione 'religiosa', priva di qualsiasi effetto di ritorno, ma in una sorta di 'rimozione', che come tale non riesce ad impedire il 'ritorno del rimosso': non riesce cioè ad evitare che il pathos religioso continui a scorrere come una corrente carsica per affiorare saltuariamente in superficie producendo un sovraccarico di significato e di tensione in alcuni punti nodali del discorso.

È il momento di concludere questa mia cursoria rassegna di ipotesi. La mia impressione è che il discorso politico-giuricidico occidentale, nel corso della sua lunga storia, mostri una rilevante e insistita connessione fra la rappresentazione dell'ordine e l'immaginario religioso. Nelle più diverse stagioni della cultura occidentale, insomma, la rappresentazione dell'ordine si avvale del pathos e della forza evocativa dei simboli religiosi: immaginario religioso e rappresentazione dell'ordine interagiscono costantemente e si ridefiniscono simultaneamente in rapporto alle esigenze volta a volta diverse delle molteplici culture e società. La modernità non emancipa la rappresentazione dell'ordine dalla dimensione religiosa, bensì ridefinisce originalmente le condizioni di possibilità di entrambi.

A partire dalla rivoluzione francese, la rappresentazione dell'ordine e del mutamento è inseparabile dall'orizzonte del futuro. L'ordine è la fase di una sequenza, il momento di un processo: provvisorio e trasformabile, l'ordine trova il fondamento della propria legittimità non nel presente ma nel futuro. L'apertura al futuro è il centro gravitazionale della rappresentazione moderna dell'ordine e del mutamento ed è da quel centro che anche l'immaginario religioso è attratto. In una cultura che celebra il movimento e la trasformazione il futuro acquista un ruolo strategico decisivo: è il futuro il luogo ultimo e indiscutibile di senso e proprio per questo esso è investito di connotazioni apertamente o implicitamente religiose.

Un siffatto investimento religioso nel futuro attraversa l'intera cultura ottonevicesca: si diparte dalla rivoluzione francese, percorre i molteplici socialismi ottocenteschi, si ritrova nelle aspettative che sorreggono la cultura antitotalitaria degli anni Trenta e Quaranta, circola nei documenti della resistenza antifascista, raggiunge le assemblee costituenti del secondo dopoguerra, influenza lo slancio palingenetico del '68.

È possibile trovarne tracce ancora nel nostro presente? oppure la convinzione di poter inventare il futuro appartiene ormai, se mi si passa il bisticcio, al nostro passato? Sarebbe temerario tentare di rispondere. Certo è però che, se così fosse, non

saremmo giunti alla ‘fine della storia’¹⁶, ma ci troveremmo comunque alla fine di *una* storia: di quella storia che ha giocato tutte le sue carte nel protendersi verso un futuro desiderato e immaginato come più civile, più umano, più giusto.

¹⁶ Il riferimento è a F. FUKUYAMA, *La fine della storia e l'ultimo uomo*, Rizzoli, Milano 1996.

IMITATIO IMPERII E IMITATIO SACERDOTII:

MORTE E TRASFIGURAZIONE DI UNA CELEBRE FORMULA

1. *L'orizzonte storico del 'principio di laicità': la distinzione-connessione fra il 'temporale' e lo 'spirituale'*

‘Sacerdozio’ e ‘impero’ sono i protagonisti di una storia ormai lontana e conclusa: non soltanto perché sono scomparse le istituzioni e le ideologie ad essi riconducibili, ma perché la stessa dualità da essi evocata – la distinzione fra il ‘potere temporale’ e il ‘potere spirituale’ – appare radicalmente trasformata nell’orizzonte della ‘modernità’. La fine della *respublica christiana*, le guerre di religione (le prime ‘guerre civili europee’), la legittimazione ‘secolarizzata’ (de-sacralizzata) del potere politico, le nuove forme statuali e la ridefinizione del rapporto fra ‘pubblico’ e ‘privato’, la ‘privatizzazione’ delle scelte religiose e il riconoscimento delle libertà individuali sono le principali scansioni di un processo che, pur complesso e travagliato nel suo svolgersi, ha prodotto quel ‘principio di laicità’ ormai iscritto nelle costituzioni materiali di tutte le società ‘occidentali’¹.

Con l’attuazione di questo principio sembra venir meno la possibilità tanto degli antichi conflitti quanto delle antiche commistioni. La geografia del sacro è ridisegnata a partire da una linea divisoria che separa nettamente la società dallo Stato (gli individui, i gruppi, le comunità dalle istituzioni politiche centrali e periferiche). Il sacro incide ancora sull’identità di numerosi individui e gruppi sociali, ma cessa di essere una condizione dell’unità dell’ordine politico-sociale per divenire un momento dell’autodeterminazione dei soggetti. Il tratto dominante appare allora la pluralità delle scelte individuali, mentre la legittimazione dello Stato, da sacrale e religiosa, diviene meramente funzionale: strumentale alla tutela delle libertà, delle scelte plurali e divergenti dei singoli e dei gruppi.

Di fronte a questo scenario, un compito non secondario è capire ‘come effettivamente sono andate le cose’. Siamo, come è ovvio, di fronte a una delle grandi direttrici della storia occidentale e ad una delle sue più singolari caratteristiche. Potremmo forse sostenere di trovarci di fronte a una gigantesca anomalia storica, se

¹ Cfr., per una sintesi recente, E. TORTAROLO, *Il laicismo*, Laterza, Roma-Bari 1998.

P. Costa, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_11, pp. 17-60.

Orig. in Stefano Canestrari, Luigi Stortoni (a cura di), *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, Bononia University Press, Bologna 2009, pp. 101-120.

è vero che in altre esperienze storico-culturali il regime dei rapporti fra politica e religione è stato dominato da una logica profondamente diversa o addirittura opposta.

Potremmo vedere nella libertà dei moderni l'esito ultimo di un processo che ha trovato nel cristianesimo (o meglio in una sua interpretazione 'occidentale') la sua principale forza propulsiva o almeno una sua imprescindibile condizione. Il punto di origine è la frase evangelica «date a Dio quel che è di Dio e a Cesare quel che è di Cesare» (*Mt* 22, 21): è questo principio la sorgente di quella distinzione fra 'temporale' e 'spirituale' che interrompe l'antica commistione fra la sfera del 'sacro' e la sfera della 'politica' e «rappresenta l'inizio e il fondamento persistente dell'idea occidentale di libertà». La Chiesa infatti «comprende se stessa come un'ultima istanza etica che però si basa sull'appartenenza volontaria e può comminare punizioni solo spirituali e non civili proprio perché non estende il suo dominio allo statale [...]», ma al contempo impedisce allo Stato di porsi come unico ('totalitario') punto di riferimento per il soggetto. Proprio per questo «la moderna idea di libertà è [...] un legittimo prodotto dello spazio vitale cristiano: essa non poteva svilupparsi in nessun altro ambito se non in esso»².

Certo, quando si passa dalla prospettiva di sintesi all'analisi storica si rendono necessari un imponente lavoro di ricostruzione e un difficile compito di valutazione dei singoli passaggi e momenti di discontinuità: in questa direzione, il riferimento obbligato è al grande affresco dipinto da Paolo Prodi³, impegnato a mostrare la tenuta del principio fondante pur nelle sue ripetute sconfessioni e nelle sue complicate trasformazioni. Il dibattito semmai può svilupparsi intorno alla valutazione delle discontinuità e in particolare di quella discontinuità epocale che coincide con il processo di secolarizzazione, con la ridefinizione del soggetto (dei suoi bisogni e dei suoi diritti) e con la creazione della statualità 'moderna': si tratta appunto di 'misurare' l'entità della frattura e decidere se sottolinearne la radicalità e la 'legittimità' oppure assumerla come segmento di una linea (complessivamente) unitaria⁴.

² J. RATZINGER, *Chiesa, ecumenismo e politica. Nuovi saggi di ecclesiologia*, Edizioni Paoline, Milano 1987, pp. 155-57

³ P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, il Mulino, Bologna 2000.

⁴ Spezza una lancia a favore della discontinuità V. FERRONE, *Chiesa cattolica e modernità. La scoperta dei diritti dell'uomo dopo l'esperienza dei totalitarismi*, in F. BOLGIANI, V. FERRONE, F. MARGIOTTA BROGLIO (a cura di), *Chiesa cattolica e modernità* [Atti del Convegno della Fondazione Michele Pellegrino, 6 febbraio 2004], il Mulino, Bologna 2004, pp. 17-131.

Non è però questo il tema al quale vorrei riferirmi. Intendo dare per acquisito, nelle sue grandi linee, quel processo fondativo della modernità che, muovendo dalla distinzione (evangelicamente ‘programmatica’) fra ‘Dio’ e ‘Cesare’, approda alla formulazione moderna del ‘principio di laicità’. Vorrei piuttosto richiamare l’attenzione su un’altra faccia del medesimo processo, su un suo aspetto apparentemente contraddittorio con il precedente, ma in realtà complementare o meglio speculare; sull’aspetto non già della programmatica e ‘fondante’ distinzione fra le due ‘sfere’, ma sulla loro ostinata connessione; e non mi riferisco soltanto ad un profilo storico-fattuale: non voglio dire che il temporale e lo spirituale sono stati sempre distinti nell’iperuranio dei principi, salvo dar luogo a continue sovrapposizioni, interferenze e commistioni nel mondo sublunare della politica e dei rapporti di forza; intendo piuttosto ricordare che, anche sul piano delle strategie culturali, accanto alla distinzione programmatica fra i due ambiti di realtà, si è fatta sentire (in modi diversissimi nell’arco di un plurisecolare processo storico) l’esigenza di un’altrettanto programmatica connessione e reciproca ‘imitazione’ fra essi.

Si tratta, a mio avviso, di un fenomeno che, per quanto noto e studiato, conviene prendere sul serio evitando due indebite semplificazioni: sottovalutarlo come un mero incidente di percorso oppure proiettarlo nelle nebbie di stagioni ‘pre-moderne’, come se il ‘moderno’ avesse eretto una palizzata resistente a qualsiasi possibile passaggio e comunicazione fra le due zone. È in una dinamica storica ‘di lungo periodo’ che occorrerebbe situare il problema della ‘laicità’ dello Stato: un problema posto al centro dell’odierno dibattito non già soltanto da preoccupazioni meramente congiunturali (e prevalentemente italiane), ma dall’esatta percezione del suo ruolo strategico nella definizione della ‘modernità’. È però appena il caso di avvertire che, in questa sede, potrò solo permettermi qualche rapsodico riferimento ad alcuni snodi di questo lungo e complicato processo, con l’unico scopo di richiamare l’attenzione sul radicamento storico e sulla complessità concettuale del ‘principio di laicità’.

2. ‘Imitatio imperii’ e ‘imitatio sacerdotii’: sacralizzazione del potere e politicizzazione del sacro

Se la distinzione fra ‘sacro’ e ‘profano’ è uno dei principi costitutivi della storia politico-culturale dell’occidente, altrettanto ricorrente è l’esigenza di reclamare una loro stretta connessione e interpenetrazione. Nell’ininterrotto, plurisecolare lavoro

ermeneutico esercitato sui testi scritturistici, il passo di Matteo (*Mt* 22, 21)⁵, seminale nel fondare la distinzione fra i poteri, viene insistentemente posto in correlazione con il testo paolino (*Rm* 13,1)⁶, efficace nel suggerire un collegamento fra la sfera del ‘potere’ e la sfera del ‘sacro’.

Il principio enunciato da papa Gelasio nel 494, nella sua lettera all'imperatore Anastasio, si connette idealmente con il brano matteo presentando la «potestas regia» e la «auctoritas sacrata» del pontefice come i due poteri destinati dalla divina provvidenza a reggere il mondo; ed è un principio che, se pure relativamente trascurato nell'alto medioevo, torna ad essere valorizzato dalla canonistica basso-medievale divenendo uno dei riferimenti obbligati della tradizione. Il brano gelasiano non raccomandava però una mera separazione fra ‘sacro’ e ‘profano’: nel momento in cui fissava la distinzione fra le due sfere, si preoccupava anche di indicare la necessità di una loro connessione, all'insegna della supremazia dello ‘spirituale’ sul ‘temporale’, analoga al primato direttivo che l'anima ha sul corpo⁷.

La distinzione fra le sfere implica la loro connessione e questa a sua volta esige la determinazione di un vertice che permetta la ‘chiusura’ ideale del sistema, la sua conclusiva *reductio ad unitatem*. Si moltiplicano, a partire dalla lotta per le investiture, le metafore che esprimono plasticamente, al contempo, la distinzione fra il temporale e lo spirituale, la loro necessaria connessione e il primato del secondo sul primo: come l'anima sul corpo, come il sole sulla luna, così la *auctoritas* spirituale prevale sulle potestà secolari e deve indirizzarle. Si cercano appigli testuali nella Scrittura per confermare la dualità e al contempo il dislivello gerarchico fra i due poteri⁸: l'episodio delle due spade mostrate dagli apostoli a Cristo nell'ultima cena⁹, interpretato allegoricamente, viene assunto come figura dei due poteri, non senza precisare, come fa Bernardo da Chiaravalle, che il guerriero impiega la spada secondo le direttive del sacerdote.

⁵ «Date a Dio quel che è di Dio e a Cesare quel che è di Cesare».

⁶ «Ogni anima sia sottomessa alle autorità superiori; non vi è alcuna autorità se non da Dio; quelle che esistono, infatti, sono ordinate da Dio». Cfr. il bel saggio di M. RIZZI, *Esegesi e teologia politica tra tardo antico e prima età moderna. Due modelli a confronto*, in G. FILORAMO (a cura di), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, Morcelliana, Brescia 2005, pp. 103-134.

⁷ Cfr. P.E. SCHRAMM, *Sacerdotium und Regnum im Austausch ihrer Vorrechte: 'imitatio imperii' und 'imitatio sacerdotii'. Eine geschichtliche Skizze zur Beleuchtung des 'Dictatus papae' Gregors VII.* (1947), ora in ID., *Beiträge zur allgemeinen Geschichte*, Vierter Teil, I. Hälfte, Anton Hiersemann, Stuttgart 1970, p. 65; H. FUHRMANN, “‘Il vero imperatore è il papa’: il potere temporale nel medioevo”, in *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo e Archivio Muratoriano*, vol. 92, 1985/86, pp. 369-70.

⁸ A. PARAVICINI BAGLIANI, *Il trono di Pietro. L'universalità del papato da Alessandro II a Bonifacio VIII*, Carocci, Roma 1996, p. 167.

⁹ *Lc* 22, 35-38.

La distinzione fra i due poteri è affermata e al contempo ricondotta a un'unità costruita intorno al primato del potere spirituale. Momenti complementari di un sistema unitario, il potere 'sacro' e il potere 'profano', lungi dall'essere monadi prive di porte e finestre, divengono i termini di un continuo scambio delle parti, in un gioco caratterizzato da un'indispensabile collaborazione e da una sempre risorgente competizione. È un gioco che Percy Ernst Schramm (ormai un cinquantennio fa) presentò icasticamente ricorrendo alla figura della duplice *imitatio: imitatio imperii e imitatio sacerdotii*, il tentativo del sacerdozio di inseguire l'impero sul suo terreno organizzandosi in termini rigorosamente gerarchici e potestativi e viceversa l'aspirazione del principe a rafforzare la propria legittimazione ricorrendo all'impiego di simboli sacrali¹⁰.

La *imitatio imperii* da parte della Chiesa è antica e perseguita tanto nella costruzione del suo apparato di potere quanto nella messa a punto delle sue strategie di legittimazione. Lo stesso simbolo del sole – una delle metafore correntemente impiegate, a partire dalla riforma gregoriana, per ribadire la supremazia del potere spirituale – è associato al principe, nella cultura imperiale romana, a partire dal I secolo; e *helios* è detto l'imperatore a Bisanzio in quanto personificazione di Cristo. Una forte spinta alla *imitatio* proviene poi dalla 'donazione di Costantino', redatta probabilmente a Roma fra l'VIII e il IX secolo¹¹, secondo la quale l'imperatore, nel momento di trasferire la residenza da Roma a Bisanzio, consegnava nelle mani del papa le principali prerogative imperiali e le insegne della sovranità, quali il *phrygium*, il *Camelaucium* (il copricapo bianco a punta), il mantello e la tunica di porpora.

Non stupisce dunque che, nel momento in cui il confronto con il potere secolare si fa sempre più serrato e competitivo, la simbologia imperiale venga rivendicata e valorizzata: a partire dalla proposizione ottava del *Dictatus papae* di Gregorio VII, del 1075, secondo la quale solo il papa può far uso delle insegne imperiali.

La costruzione del potere spirituale procede attraverso il sapiente uso di strutture e simboli che, appartenenti in origine alla tradizione imperiale romana, vengono ora 'traslati' al potere spirituale come espressione (e conferma) del suo ruolo di garante ultimo dell'unità dell'ordine. Viene invocata in questa direzione la figura biblica di Melchisedec, re e sacerdote, prefigurazione di Cristo, fondatore di una Chiesa che è

¹⁰ P.E. SCHRAMM, *Sacerdotium und Regnum im Austausch ihrer Vorrechte: 'imitatio imperii' und 'imitatio sacerdotii'. Eine geschichtliche Skizze zur Beleuchtung des 'Dictatus papae' Gregors VII.*, cit., p. 60.

¹¹ Cfr. G.M. VIAN, *La donazione di Costantino*, il Mulino, Bologna 2004, pp. 65-66.

al contempo un *regnum* sacerdotale e un *sacerdotium* regale¹². Comincia a diffondersi il termine di *vicarius*, non più semplicemente *Petri*, ma *Christi*. È ancora Bernardo da Chiaravalle a sostenere che Cristo ha indicato come suo unico vicario il papa, rappresentante diretto e immagine vivente di Cristo, partecipe metaforicamente della sua natura umana e divina¹³. Ed è anche grazie alla ricchezza e all'efficacia retorica dei simboli impiegati che diviene possibile sviluppare la teoria della *plenitudo potestatis* del pontefice: l'attribuzione al pontefice di un potere che sembra costituire un altro episodio di *imitatio imperii*, collegandosi idealmente a quella *iurisdictio plenissima* attribuita dai giuristi di *ius civile* all'imperatore romano, ma supera di slancio il modello imperiale proponendosi come un'immagine di potere originale e inedita; un potere eccedente la logica dell'ordinamento, non riconducibile alla semplice gerarchia delle *iurisditiones*. Come il figlio di Dio supera la natura («non solum praeter, sed et supra et contra humanam naturam conceptus et incarnatus est»), così il potere del pontefice ha una pienezza che trascende i limiti della 'normale' *iurisdictio*¹⁴: «[...] potest dici Papa uti plenitudine officii, quando secundum iura ius reddit, quando vero transcendit iura, tunc utitur plenitudine potestatis»¹⁵.

Si sviluppa insomma quello straordinario processo che, in un arco di tempo compreso fra Gregorio VII e Bonifacio VIII, conduce alla costruzione (istituzionale e dottrina) di una Chiesa che Maitland e Figgis, a fine Ottocento, presentavano come il primo 'Stato' moderno¹⁶: un processo dove il sacro si incarna e si organizza in una rete di efficaci istituzioni di governo, sostenuta da simboli suggestivi e da argomentazioni stringenti. Non è ruscata (nemmeno dall'*Unam sanctam* di

¹² A. HOF, 'Plenitudo potestatis' und 'imitatio imperii' zur Zeit Innocenz III., in *Zeitschrift für Kirchengeschichte*, vol. 66, 1954-55, pp. 41 e segg.

¹³ Sul titolo del papa come *vicarius Christi*, cfr. M. MACCARRONE, *Vicarius Christi: storia del titolo papale*, Facultas Theologica Pontificii Athenaei Lateranensis, Romae 1952 e A. PARAVICINI BAGLIANI, *Il trono di Pietro*, cit., pp. 27-28.

¹⁴ Enrico da Susa (Ostiense), *In quartam Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis 1581, ad cap. *Per venerabilem, Qui filii sint legitimi*.

¹⁵ Enrico da Susa (Ostiense), *Summa Aurea*, Venetiis, 1574, ad v. *Quid sit pallium, De autoritate et usu pallii*. Sul concetto di *plenitudo potestatis*, mi permetto di rinviare a P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Giuffrè, Milano 1969 (ristampa 2002) e, di recente, a A. PARAVICINI BAGLIANI, *Il corpo del Papa*, Einaudi, Torino 1994, pp. 82 e segg. e ID., *Il trono di Pietro*, cit., pp. 169 e segg. Sul primato dello 'spirituale' nell'arco della riflessione canonistica cfr. P. BELLINI, *Repubblica sub Deo. Il primato del Sacro nella esperienza giuridica della Europa preumanista*, Le Monnier, Firenze 1981. Una limpida ricostruzione complessiva in C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, il Mulino, Bologna 2003².

¹⁶ La tesi è divenuta popolare grazie al fortunato libro di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione: le origini della tradizione giuridica occidentale* (1983), il Mulino, Bologna 1998 (trad. di E. Vianello).

Bonifacio VIII) la distinzione gelasiana: lo ‘spirituale’ trionfante non assorbe il ‘temporale’; lo lascia sussistere come sfera distinta, ma ne ripete all’interno e anzi ne esalta la logica potestativa. Se è vero che temporale e spirituale restano ambiti concettualmente differenziati, è altrettanto vero che la Chiesa, per un verso, controlla e indirizza la sfera secolare, mentre, per un altro verso, la ‘imita’, la ripete al suo interno, ne riproduce la logica schiettamente politica.

Certo, il ‘mondo’ resta altro rispetto alla Chiesa. Ciò non significa però in nessun modo una semplice estromissione del sacro dalla sfera del temporale. Al contrario, una delle poste in gioco nel confronto (insieme collaborativo e competitivo) fra Chiesa e impero, fra Chiesa e *regna* ha proprio a che fare con l’accesso (monopolistico oppure dualistico) alla riserva del ‘sacro’.

La monopolizzazione ecclesiastica del sacro non è un’operazione scontata, se si tiene conto di plurisecolari tradizioni teologico-politiche dominate dall’attribuzione al sovrano di una dimensione o aura sacrale. Era figura divina o divinizzata l’imperatore romano, identificato nel Terzo Secolo come *Sol Invictus*, ‘cristianizzato’ in età costantiniana, ma pur sempre rappresentazione visibile della divinità, *eikon*, come vuole Eusebio di Cesarea, dell’imperatore dell’universo¹⁷.

Certo, l’Occidente si distacca (non senza fatica) dal modello bizantino, ma non bastano i successi della Chiesa basso-medievale per recidere alle radici l’antica vocazione dell’impero alla sacralizzazione del proprio apparato di potere. Al contrario, è in nome della propria intrinseca sacertà che l’impero gioca la sua partita: l’*imperium*, con Federigo I, prende a dirsi *sacrum* e l’imperatore viene detto *lex animata, imago dei, typus Christi*¹⁸; tornano, riferiti all’imperatore, quegli stessi simboli di legittimazione sacrale del potere – quale la simbologia solare – originariamente impiegati dalla cultura imperiale romana, assunti in proprio dalla Chiesa e infine riconquistati dal nuovo (e sacro) impero medievale: nell’alveo dell’immutata distinzione gelasiana, le scambievoli *imitationes (sacerdotii e imperii)* procedono senza soluzione di continuità.

Occorre tener presente, insomma, che la rappresentazione dell’ordine complessivo, se pure presuppone la distinzione del temporale e dello spirituale, si avvale di simboli sacrali che investono entrambi le sfere facendo dipendere da essi

¹⁷ Cfr. E. PATLAGEAN, *Théologie politique de Byzance. L’empereur, Le Christ, le patriarche*, in G. FILORAMO (a cura di), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, Morcelliana, Brescia 2005, pp. 149-161. Cfr. anche A. PERTUSI, *Il pensiero politico bizantino*, Patron, Bologna 1990.

¹⁸ J. SCHATZ, *Imperium, Pax et Iustitia. Das Reich – Friedensstiftung zwischen Ordo, Regnum und Staatlichkeit*, Duncker & Humblot, Berlin 2000, pp. 141 e segg.

la loro legittimazione. Occorre almeno menzionare, in questa prospettiva, la difficile questione della 'regalità' medievale e del suo carattere sacro¹⁹; una questione posta magistralmente sul tappeto dalle opere 'fondative' di Bloch e di Kantorowicz²⁰, ma aperta a valutazioni diverse a seconda che si insista sul carattere intrinsecamente sacro della regalità medievale o piuttosto si riconduca la sua sacertà al sapiente impiego di una liturgia di consacrazione amministrata da una Chiesa pronta ad affermare, anche per questa via, il suo primato e il suo ruolo direttivo²¹.

Quale che sia la soluzione del problema, sia in grado la regalità medievale di sprigionare dal suo interno una sacralità sufficiente per una sua autonoma legittimazione oppure abbia bisogno di un supporto esterno, di una consacrazione-legittimazione eteronoma, certo è comunque che la rappresentazione e la legittimazione del potere (o, se si preferisce, dei poteri) sta e cade con il ricorso ad un *thesaurus* di simboli religiosamente pregnanti tanto più conteso quanto più ritenuto (per entrambi i poteri) indispensabile: i riti dell'unzione regia, le cerimonie di incoronazione dei re e degli imperatori²² sono solo esempi suggestivi delle tante e

¹⁹ Sulla dimensione sacrale della regalità cfr. S. BERTELLI, *Il corpo del re: sacralità del potere nell'Europa medievale e moderna*, Ponte alle Grazie, Firenze 1990; S. BERTELLI, C. GROTTANELLI (a cura di), *Gli occhi di Alessandro. Potere sovrano e sacralità del corpo da Alessandro Magno a Ceausescu*, Ponte alle Grazie, Firenze 1992; A. BOUREAU, C.S. INGERFLOM (a cura di), *La royauté sacrée dans le monde chrétien*, Éditions de l'École des Hautes Études en Science Sociale, Paris 1992.

²⁰ Mi riferisco a M. BLOCH, *I re taumaturghi. Studi sul carattere sovranaturale attribuito alla potenza dei re particolarmente in Francia e in Inghilterra* (1924), Einaudi, Torino 1973 (trad. di S. Lega) e a E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re: l'idea di regalità nella teologia politica medievale* (1957), Einaudi, Torino 1989 (trad. di G. Rizzoni).

²¹ «Le sacre quindi più che determinare un sostanziale equilibrio tra i due poteri, riproponeva tutta l'ambiguità di un rapporto mai chiarito nel corso del Medioevo tra potere politico e potere ecclesiastico; di un rapporto sostanzialmente conflittuale che la Chiesa spesso giocava sapientemente sul terreno della liturgia, nell'elaborazione della quale [...] essa era stata fin dalle origini maestra» (Ch. MERCURI, *La costruzione in Francia di una liturgia regia tra X e XIII secolo. Un esempio di teologia politica*, in G. FILORAMO (a cura di), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, cit., p. 192. Cfr. anche Ch. MERCURI, *Corona di Cristo. Corona di re. La monarchia francese e la corona di spine nel medioevo*, Edizioni di storia e letteratura, Roma 2004).

Cristiano Grottanelli fa notare, instaurando un interessante 'corto circuito' fra testi biblici e tradizione medievale, che «quello che nei testi biblici era ancora uno sforzo di ridimensionamento della figura reale, inizialmente sottoposta all'autorità divina nelle forme, politicamente autonome, del profeta, del testo ispirato e dei suoi custodi, diviene, in queste nuove strutture medioevali dell'obbedienza al testo sacro e dell'unzione consacrate, una potenziale sudditanza del sovrano ai comandi di un'istituzione, la Chiesa, che cerca di sottomettere imperi e stati alla propria autorità per costruirsi un'egemonia universale» (CR. GROTTANELLI, *Teologia politica: Bibbia, Egitto, Europa*, in G. FILORAMO (a cura di), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, cit., p. 56).

²² Cfr. M. CAVINA, *Imperator romanorum triplici corona coronatur. Studi sull'incoronazione imperiale nella scienza giuridica italiana fra Tre e Cinquecento*, Giuffrè, Milano 1991.

varie liturgie e simbologie costruite dai due poteri nel processo (collaborativo-competitivo) delle reciproche *imitationes*.

3. *La privatizzazione del sacro e l'autonomia del politico: l'Epistola de tolerantia di Locke*

La teologia politica medievale presuppone la distinzione fra il temporale e lo spirituale, fra l'impero e la Chiesa, ma al contempo rende possibile la sacralizzazione del potere non meno della politicizzazione del sacro: la politica mondana è immersa in un orizzonte sacrale, mentre la Chiesa, se per un verso imita l'impero riproducendo (sviluppando, perfezionando) le strutture potestative e i simboli dell'ordine politico, per un altro verso 'chiude' verso l'alto la rappresentazione dell'ordine complessivo in nome della supremazia dello spirituale sul temporale.

La teologia politica cristiana ha cancellato la *theologia civilis* degli antichi, ha spezzato l'inerenza della religione nella *civitas* rendendo possibile la distinzione, e la tensione, fra temporale e spirituale: fra una città terrena e una città di Dio ad essa incommensurabile, proiettata verso la fine dei tempi, refrattaria a qualsiasi identificazione con l'uno o con l'altro ordinamento mondano. Al contempo, però, la teologia politica medievale si è sviluppata in una direzione apparentemente contraria, ma in realtà complementare: ha 'ricuperato' il temporale, lo ha salvato dalla sua nuda mondanità situandolo in un orizzonte sacrale che assegna ad esso i fini ultimi e le condizioni di legittimità. Il temporale non può evitare di assumere il sacro come un indispensabile polo di gravitazione, così come la Chiesa non può fare a meno di controllare, indirizzare (legittimare o delegittimare) le potenze mondane. Le connessioni e le reciproche *imitationes* sono semplicemente l'altra faccia della costitutiva distinzione fra temporale e spirituale.

Se dunque questo gioco delle parti trova la sua caratteristica collocazione storica nella medievale *respublica christiana*, sembrerebbe ragionevole concludere che con la fine del medioevo e con l'avvento della 'modernità' inizia (anche da questo punto di vista) un'altra storia: nasce una diversa topografia del sacro e del profano; si dissolve l'atmosfera sacrale che avvolgeva tanto la Chiesa quanto i poteri mondani (pur nella permanente distinzione dei due ordini) e l'ambito della politica si dispiega in tutta la sua 'laica' mondanità: le antiche connessioni fra sacro e profano scompaiono, la sovranità rinuncia a qualsiasi suggello divino e si afferma quel 'principio di laicità' destinato a divenire un tratto caratteristico del costituzionalismo otto-novecentesco.

Ora, non dico che questo quadro sia falso; esso anzi è coerente con quel processo di secolarizzazione che costituisce una delle condizioni imprescindibili della ‘modernità’²³. Dico però che sarebbe troppo facile intenderlo come una mera liquidazione del passato: un brusco atto di congedo che non trattiene niente di quelle antiche aspettative e strategie che per molti secoli si erano realizzate nella forma delle medievali commistioni e *imitationes* fra ‘temporale’ e ‘spirituale’. Dovremmo quanto meno sollevare un problema di periodizzazione e chiederci quando (in merito al nostro problema) finisca il medioevo e inizi la modernità. Se infatti per l’Europa riformata la cesura appare più forte e più netta, per i paesi cattolici il momento di rottura del tradizionale rapporto fra potere spirituale e temporale e l’avvento di una geografia del sacro radicalmente alternativa sono meno facilmente individuabili, tanto che un acuto osservatore come Jemolo fu indotto a porsi il problema della sacertà del potere politico medievale dalla lettura dei giurisdizionalisti italiani del Settecento²⁴, inclini a sostenere che «i sovrani e in particolare l’imperatore non sono meri laici, in quanto unti e consacrati nella cerimonia dell’incoronazione»²⁵ (e l’incoronazione, sia pure reinterpretata come ‘auto-incoronazione’, è una cerimonia al cui fascino cederà persino Napoleone, per non parlare dei fasti della Restaurazione).

Potremmo quindi parlare di un ‘lungo medioevo’, che coesiste con (piuttosto che essere spazzato via da) gli squilli di tromba della modernità. È però impossibile, in questa sede, anche solo avventurarsi in un qualche tentativo di analisi. Trascuriamo pure, allora, quell’amplissima ‘zona grigia’ entro la quale il ‘moderno’ è variamente commisto con forme e simboli fortemente ‘tradizionali’. Guardiamo al ‘moderno’ in una delle sue più precoci ma anche più limpide epifanie. Soffermiamoci su un testo che segna un’indiscutibile cesura nei confronti del passato e propone un’impostazione che vorrei dire ‘classicamente’ moderna del rapporto fra potere politico e autorità religiosa: l’*Epistola de tolerantia*, pubblicata da John Locke nel

²³ Sul problema della secolarizzazione cfr. il brillante contributo di G. MARRAMAO, *Cielo e terra. Genealogia della secolarizzazione*, Laterza, Roma-Bari 1994. Cfr. anche H. LÜBBE, *La secolarizzazione: storia e analisi di un concetto* (1965), il Mulino, Bologna 1970; L. LOMBARDI, G. DILCHER (a cura di), *Cristianesimo e diritto moderno*, Giuffrè, Milano 1981, vol. I, pp. 49 sgg.; O. TSCHANNEN, *Les théories de la sécularisation*, Droz, Genève 1992; H. BLUMENBERG, *La legittimità dell’età moderna*, Marietti, Genova 1992 (trad. di C. Marelli).

²⁴ A.C. JEMOLO, *Stato e Chiesa negli scrittori italiani del Seicento e del Settecento* (1914), Morano, Napoli 1972². Sull’itinerario di Jemolo cfr. C. FANTAPPIÈ, “Riforma religiosa e laicità in Arturo Carlo Jemolo”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXII, 1, 2002, pp. 183-210.

²⁵ A.C. JEMOLO, *Il carattere quasi-sacerdotale dell’imperatore attraverso alcuni commenti alle decretali ‘Venerabilem’ e ‘Quum venisset’* (1919), in ID., *Scritti vari di storia religiosa e civile*, a cura di F. Margiotta Broglio, Giuffrè, Milano 1965, p. 5.

1689. Leggiamola e interroghiamoci sui rapporti fra ‘sacro’ e ‘profano’ da essa delineati.

Mi sembra che i suoi principali passaggi argomentativi siano i seguenti. In primo luogo, la difesa della libertà di coscienza e l’incoercibilità della scelta di fede: occorre prendere ad esempio la mitezza evangelica e far sì che le verità di fede si affermino con la forza della predicazione e dell’esempio e non già con il ricorso alla coazione e alla violenza; occorre rinunciare, in nome dell’autenticità dell’atto di fede, all’ingombrante aiuto del ‘braccio armato’ dello Stato²⁶.

In secondo luogo, l’autonoma legittimità, l’autosufficienza dell’ordine politico-sociale. Nell’*Epistola* Locke si limita a un cenno e a un rinvio alla tesi che occupa il centro del suo *Secondo Trattato sul governo*: la tesi secondo la quale si danno, prima della creazione della sovranità, regole e diritti fondamentali, imperniati intorno alla libertà-proprietà del soggetto, che gli esseri umani razionali sono in grado di riconoscere e rispettare. Esiste dunque un ordine pre-politico, fondato sulla libertà-proprietà, tutelato e rafforzato ‘dall’esterno’ dal sovrano²⁷. Un ordine siffatto è in sé compiuto, ha in se stesso le regole del suo funzionamento e non ha bisogno di ricevere ‘dall’alto’ il suo senso e la sua destinazione finale.

In terzo luogo, e di conseguenza, cade quel legame fra religione e potere politico (un legame antico e, in altre zone d’Europa, persistente) che faceva della prima la condizione indispensabile della legittimità del secondo. Data l’autosufficienza dell’ordine fondato sulla libertà-proprietà, cessa di essere richiesta all’autorità religiosa la sua tradizionale ‘prestazione’ – la legittimazione del potere politico – e di conseguenza le opzioni confessionali dei cittadini vengono dislocate in una zona decentrata, lontana dal palazzo del sovrano come dalle contrattazioni della Borsa²⁸:

²⁶ Cfr. J. WALDRON, *Locke, toleration, and the rationality of persecution* (1988), ora in ID., *Liberal rights. Collected Papers 1981-1991*, Cambridge University Press, Cambridge 1993, pp. 88-114; L. JAFFRO, *Deux modèles du pluralisme: le conceptions lockienne et néo-harringtonienne de l’ecclésiologie*, in G. PAGANINI, E. TORTAROLO (a cura di), *Pluralismo e religione civile*, Bruno Mondadori, Milano 2004, pp. 95-107.

²⁷ «Mi sembra che lo stato sia una società di uomini costituita per conservare e promuovere soltanto i beni civili. Chiamo beni civili la vita, la libertà, l’integrità del corpo, la sua immunità dal dolore, i possessi delle cose esterne, come la terra, il denaro, le suppellettili ecc. È compito del magistrato civile conservare in buono stato, con leggi imposte a tutti nello stesso modo, a tutto il popolo, preso collettivamente, e a ciascuno, preso singolarmente, la giusta proprietà delle cose che concernono questa vita» (J. LOCKE, *Epistola sulla tolleranza*, in ID., *Scritti editi e inediti sulla tolleranza*, a cura di C.A. Viano, Taylor, Torino 1961, p. 113).

²⁸ E infatti Voltaire, dal suo soggiorno inglese, osserva che alla Borsa di Londra «l’ebreo, il maomettano e il cristiano trattano l’un con l’altro come se fossero della stessa religione, e chiamano infedeli soltanto coloro che sono falliti». E quindi: «se ci fosse in Inghilterra una sola religione, si dovrebbe temere il dispotismo; se ve ne fossero due si taglierebbero la gola;

divengono scelte meramente private, pubblicamente, politicamente, indifferenti. Ed è appunto l'irrelevanza politica delle individuali scelte di fede che impone al magistrato civile (al potere politico) di astenersi dal disciplinare e regolamentare gli *interna corporis* dell'una o dell'altra associazione religiosa.

Siamo di fronte a un testo che fonda e illustra nella sua essenza concettuale il moderno principio di laicità: da un lato, la compiutezza e l'autonoma legittimità dell'ordine politico-sociale, dall'altro lato, la privatizzazione delle religioni e l'incoercibilità delle coscienze individuali. Si daranno, nel corso del tempo, varie interpretazioni di questo principio e diversissime applicazioni storico-istituzionali, ma le sue coordinate essenziali sono già messe a punto dal testo lockiano. La molteplicità delle fedi diviene possibile nella misura in cui lo spazio pubblico non trae da alcuna di esse la legittimazione necessaria per sostenersi.

Occorre però riflettere su un punto, non esplicitato dall'*Epistola sulla tolleranza*, ma messo a fuoco da altri testi lockiani. L'ordine naturale, retto da regole che la ragione umana è in grado di individuare, è, sì, un tutto che trae da se stesso il suo senso e la sua possibilità di funzionamento; i suoi principi costitutivi però, se pure hanno la stessa razionalità e autosufficienza dei teoremi della geometria, traggono la loro obbligatorietà da una fonte ad essi 'esterna': dalla volontà irresistibile di Dio. È frutto, dunque, di questa singolare combinazione di razionalismo e di volontarismo (adottata da Locke già nei *Saggi sul diritto naturale* e mantenuta come quadro di riferimento anche nel *Secondo Trattato sul governo*) la rappresentazione di un ordine i cui principi razionalmente evidenti assumono una valenza normativa e vincolante in quanto ricondotti alla volontà del Creatore.

Appare allora una conseguenza stringente di questo assunto, e non un incidente di percorso sulla via del 'moderno' trionfo della libertà di coscienza, il rifiuto lockiano di estendere la tolleranza agli atei²⁹: la negazione di un Dio creatore (comunque concepito) non può infatti essere considerata una scelta privata (e come tale 'tollerabile') proprio perché fa venir meno il carattere obbligatorio, la prescrittività, dei principi fondamentali dell'ordine politico-sociale. La negazione di

ma ve n'è una trentina e vivono in pace e felicemente» (VOLTAIRE, *Lettere filosofiche*, in ID., *Scritti politici*, a cura di R. Fubini, UTET, Torino 1964, p. 234).

²⁹ «Non devono essere assolutamente tollerati quelli che negano che ci sia una divinità. Infatti né una promessa, né un patto, né un giuramento, tutte cose che costituiscono i legami della società, di un ateo possono costituire qualcosa di stabile o di sacro; eliminato Dio, anche solo con il pensiero, tutte queste cose si dissolvono» (J. LOCKE, *Epistola sulla tolleranza*, cit., p. 142).

Dio ha una rilevanza non già privata, ma pubblica, perché incide sulla tenuta dell'ordine e quindi sulla possibilità stessa della convivenza.

Se l'*Epistola* lockiana è, come credo, il manifesto inaugurale del moderno 'principio di laicità', il quadro prima ipotizzato – la laicità come il prodotto di un'integrale de-sacralizzazione della sfera pubblica e di un'altrettanto integrale privatizzazione della dimensione religiosa – appare effettivamente troppo semplice e chiede, se non una brutale mano di vernice, almeno qualche ritocco.

4. *La secolarizzazione e la 'diaspora del sacro': fra 'religioni civili' e 'religioni politiche'*

Occorre prendere sul serio il fenomeno della secolarizzazione per comprendere a fondo la laicità moderna. L'antica distinzione gelasiana fra il temporale e lo spirituale ne è una condizione necessaria ma non sufficiente: essa infatti, se pure ha reso possibile una rappresentazione bipolare dell'ordine complessivo, apparteneva pur sempre a un universo che trovava nel sacro la sua sanzione definitiva. Il dualismo non poteva che essere 'imperfetto': occorre che la pluralità si componesse in unità e nel compiere questo percorso il 'corpo' doveva seguire le direttive dell' 'anima'. Il conflitto fra i poteri era in qualche modo già deciso dall'indiscutibile supremazia dello 'spirituale' sul 'temporale', mentre la distinzione fra essi era la condizione di una fitta rete di prestazioni scambievoli e di reciproche imitazioni. È la secolarizzazione moderna a scavare un fossato nuovo e profondo fra il potere politico e l'autorità religiosa bloccando il gioco delle prestazioni scambievoli.

Cessano le antiche *imitationes*, ma non per questo scompare l'esigenza di una sublimazione sacrale del potere politico (e di una rilevanza 'temporale' della religione). La secolarizzazione moderna non coincide con una semplice cancellazione del sacro, autorizzando la contrapposizione fra un medioevo cristiano e una modernità, nella sua essenza, de-sacralizzata (salvo l'accidentale insistere – nel cerchio del moderno – di spuri e inessenziali 'residui' pre-moderni). Essa piuttosto produce l'effetto, per un verso, di una ri-definizione del sacro, e, per un altro verso, di una sua diversa sistemazione nella 'topica sociale', di una sua dislocazione in 'luoghi' della vita collettiva diversi da quelli tradizionalmente previsti. La secolarizzazione detronizza il sacro, toglie ad esso la centralità, la visibilità, la pervasività di cui aveva goduto nell'esperienza medievale, ma non lo cancella semplicemente e nemmeno lo condanna a una freudiana *Verdrängung*:

piuttosto, lo decentra, ne moltiplica le forme di manifestazione, lo polverizza disperdendolo in diversificati ambiti di esperienza.

Giovanni Filoramo ha, suggestivamente, parlato di una diaspora del sacro, per l'età moderna e contemporanea, che accompagna, come un controcanto, il processo della secolarizzazione³⁰. Le più diverse esperienze possono essere oggetto di un investimento religioso, ravvisabile là dove emerge l'esigenza «di dare agli imperativi etici un fondamento trascendente», un «fondamento sacro»³¹. La sacralità diviene, nella società moderna-secolarizzata, «una delle modalità possibili per dare ordine e coerenza ai significati socialmente condivisi. Più precisamente, il processo di sacralizzazione scatta là dove singoli soggetti o gruppi umani, per dare senso alla loro esistenza individuale o collettiva, conferiscono a oggetti e simboli un valore assoluto (li consacrano, appunto, con ciò separandoli)»³².

Non possiamo allora chiudere nel perimetro del mondo antico e medievale l'esigenza di stabilire una qualche connessione fra la politica e il sacro. Conviene piuttosto parlare di una fase 'moderna' della teologia politica, se con questa espressione intendiamo riferirci a un discorso impegnato a tematizzare il rapporto fra politica e religione³³. Conviene cogliere nella modernità la prosecuzione di antiche strategie retoriche in un contesto nuovo (oppure, se si preferisce, la creazione di strategie retoriche nuove, ma non dimentiche di antiche esigenze). Conviene infine tener presente il celeberrimo *incipit* schmittiano («tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati»³⁴), sviluppandolo

³⁰ G. FILORAMO, *La sacralizzazione della politica tra teologia politica e religione civile*, in G. PAGANINI, E. TORTAROLO (a cura di), *Pluralismo e religione civile*, cit., p. 202.

³¹ G. FILORAMO, *Le vie del sacro. Modernità e religione*, Einaudi, Torino 1994, pp. 22-23. Cfr. anche G. FILORAMO, voce *Sacro*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1997, vol. VII, pp. 549-59 e G. FILORAMO, *Che cos'è la religione. Temi, metodi, problemi*, Einaudi, Torino 2004, p. 333 e segg.

³² Ivi, p. 28. In una prospettiva analoga scrive Claude Rivière che «il sacro moderno è il dominio del preservato, del riservato, dell'autorità imperativa, di ciò che si pretende legittimo e indubitabile. I riti [...] fanno intervenire nozioni come quelle di autorità e di verità, che consentono di trascendere i conflitti in relazione a un interesse superiore». Di conseguenza, «fra il rituale religioso e quello laico, la differenza è più ideologica che sociologica: il primo mette in gioco un altro mondo, il secondo semplicemente quello reale (trascendentalizzandolo, in effetti), ma tutti e due sottolineano forti relazioni degli uomini con la potenza di determinati valori spirituali, economici o politici» (Cl. RIVIÈRE, *Liturgie politiche* (1998), Red Edizioni, Como 1998, pp. 145-46).

³³ J. ASSMANN, *Potere e salvezza. Teologia politica nell'antico Egitto, in Israele e in Europa* (2000) Einaudi, Torino 2002, p. 19. Sui possibili significati di 'teologia politica' cfr. M. NICOLETTI, *Il problema della 'teologia politica' nel Novecento. Filosofia politica e critica teologica*, in L. SARTORI, M. NICOLETTI (a cura di), *Teologia politica* [Atti del convegno tenuto a Trento il 17-18 maggio 1989], Centro editoriale devoniano, Bologna 1991, pp. 17-67.

³⁴ C. SCHMITT, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in ID., *Le categorie del 'politico'* (1922), il Mulino, Bologna 1972, p. 61.

però non già nella direzione di una teologia ‘militante’ o ‘normativa’ (per usare le espressioni di Assmann³⁵), bensì nella direzione di una ricerca ‘archeologica’: di una ricerca delle *archai*, dei punti di origine e dei passaggi principali della moderna sacralizzazione della politica.

Non potrò ovviamente percorrere o ripercorrere questa strada tortuosa e accidentata e mi limiterò a rapidi cenni, funzionali a richiamare l’attenzione su un punto: l’opportunità di cogliere, entro lo stesso dispiegarsi della laicità moderna, l’insistente affiorare di una dimensione sacrale della politica.

Un profilo centrale di una moderna sacralizzazione della politica è offerto dal concetto di ‘religione civile’. Il ‘nome’ (e in buona parte anche la ‘cosa’) conducono a Rousseau, che nel *Contratto sociale* parla di una «una professione di fede puramente civile»: una fede che, senza identificarsi con l’una o con l’altra confessione cristiana, include alcune elementari credenze (l’esistenza della divinità, l’attesa di una vita futura, «la santità del contratto sociale e delle leggi») che alimentano «quei sentimenti di socievolezza, senza cui è impossibile esser buoni cittadini o sudditi fedeli»³⁶.

Certo, la valorizzazione della religione come strumento di coesione sociale e di rafforzamento dell’ordine politico è antica. Valga solo il riferimento a Machiavelli, che, con la sua consueta lucidità, aveva sottolineato l’importanza della religione per la tenuta delle repubbliche³⁷ (e aveva contrapposto la vocazione ‘patriottica’ delle religioni antiche al cristiano *contemptus mundi*). Machiavelli continuava però a muoversi in una prospettiva, in qualche modo ‘classica’, che, assumendo come modello di riferimento Numa Pompilio, richiamava il sovrano all’opportunità di rafforzare l’obbedienza dei sudditi con un oculato ‘uso politico’ della religione.

In Rousseau un impiego meramente strumentale (politico) delle religioni esistenti è in sostanza impedito dalla nuova e moderna topografia del sacro: le religioni consolidate escono fuori dallo spazio pubblico e proprio per questo possono coesistere nella loro innocua pluralità, mentre è la *respublica* che dal suo interno sprigiona un alone sacrale indispensabile per la sua esistenza. La tenuta dell’ordine

³⁵ J. ASSMANN, *Potere e salvezza*, cit., p. 6.

³⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Contratto sociale o principi del diritto politico*, in ID., *Scritti politici*, a cura di M. Garin, Laterza, Bari 1971, Lib. IV, cap. VIII, p. 204. Cfr. M. VIROLI, *La teoria della società ben ordinata in Rousseau*, il Mulino, Bologna 1993; A. BESUSSI, “Religione civile e condivisione politica”, in *Filosofia politica*, vol. IX, 2, 1995, pp. 207-30. Una diversa interpretazione in G. Silvestrini, “Religione civile e repubblicanesimo: una rilettura del modello roussoiano”, in G. PAGANINI, E. TORTAROLO (a cura di), *Pluralismo e religione civile*, cit., pp. 139-184.

³⁷ N. MACHIAVELLI, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, in ID., *Opere*, a cura di R. Rinaldi, Utet, Torino 1999, vol. I, T. 1°, L. I, xi-xv, p. 492 e segg.

ha bisogno (come già aveva sostenuto Locke) di un fondamento sacro ed è intorno a questo nucleo che può svilupparsi, per Rousseau, una vera e propria religione: una ‘religione nei limiti della ragione’, una religione civile che, occupando interamente lo spazio pubblico e escludendo da esso le religioni tradizionali, è la condizione, insieme, della privatizzazione e della tolleranza delle diverse confessioni.

Con il concetto di ‘religione civile’ Rousseau ha richiamato l’attenzione su un fenomeno di cui solo in tempi relativamente recenti si è cominciato ad apprezzare l’importanza e la diffusione. È stato il sociologo Robert Bellah che, indotto dall’insegnamento durkheimiano a prendere sul serio il sacro (e i simboli e i riti che lo incarnano) come espressione e al contempo supporto dell’unità e dell’identità di un ordine sociale, ha sottolineato nel 1967 la dimensione sacrale-religiosa della dinamica politico-costituzionale americana, a partire dalla Dichiarazione d’Indipendenza (e dai suoi richiami al «Dio della natura», creatore dei diritti fondamentali) fino alla guerra civile e al superamento della sua traumatica rottura in nome dei simboli (tipicamente religiosi) del ‘sacrificio’ e della ‘rinascita’³⁸.

Non è peraltro necessario essere durkheimiani per accorgersi della rilevanza del sacro nella fenomenologia politica otto-noventesca. Non sono soltanto le rivoluzioni tardo-settecentesche, in America come in Francia, ad esigere, per il nuovo ordine, un fondamento assoluto e trascendente (sia questi il Dio di Jefferson – memore della lockiana divinità che impone il rispetto dei diritti fondamentali non meno che del biblico Dio d’Israele che conduce il popolo eletto alla terra promessa – oppure l’Essere supremo di Robespierre, custode di una rivoluzione che ha rotto i ponti con il moderatismo e l’epicureismo dei *philosophes*). È anche la grande epopea ‘nazionalistica’, sviluppatasi nel corso dell’Ottocento, a trovarsi esposta al fascino di una sacralizzazione capace di trasformare in ‘destino’ un ordine politico-statuale. Sono, infine, i nuovi regimi – il fascismo, il nazionalsocialismo – edificati sulle ceneri di un liberalismo travolto dal terremoto della Prima guerra mondiale a fare della sacralizzazione della politica una componente centrale della loro ideologia e della loro retorica. Ed è proprio in rapporto ai totalitarismi novecenteschi che Erich

³⁸ R. N. BELLAH, *La religione civile in America* (1967) ora in ID., *Al di là delle fedi. Le religioni in un mondo post-tradizionale*, Morcelliana, Brescia 1975, p. 185 segg. Cfr. C. CAMPANI, *Antifascismus als Zivilreligion*, (Dissertazione dottorale inedita), Frankfurt a.M. 1993. Sulla ‘religione civile’ e l’Italia si interrogano C.T. ALTAN, *Soggetto, simbolo e valore. Per un’ermeneutica antropologica*, Feltrinelli, Milano 1992; G.E. RUSCONI, *Possiamo fare a meno di una religione civile?*, Laterza, Roma-Bari 1999. Cfr. in termini generali A. ALDRIDGE, *La religione nel mondo contemporaneo*, il Mulino, Bologna 2000, p. 198 e segg.

Voegelin ha parlato, nel 1938, di religioni politiche³⁹: religioni dell'immanenza, accomunate dall'attribuire all'ente collettivo (il popolo-razza, lo Stato-nazione, il socialismo realizzato) la stessa assoluta sacertà dell'escatologico regno di Dio della tradizione cristiana.

Religioni civili, religioni politiche: siamo di fronte a fenomeni e a orientamenti che non potrebbero essere più diversi⁴⁰. Nel primo caso, la religione sorregge e 'consacra' un assetto fondato sui diritti dei soggetti, presuppone la separazione fra la sfera pubblica e la sfera privata, rende possibile la pluralità delle opinioni e delle fedi; nel secondo caso, ad essere sacralizzati sono regimi, diversi fra loro, ma impegnati comunque ad annullare la pluralità, escludere la tolleranza, realizzare la più intransigente omogeneità. Proprio per questo, se volessimo instaurare vertiginosi raffronti fra grandezze (per troppi aspetti) incomparabili sarebbe d'obbligo la massima cautela. Quando però si faccia leva su uno specifico profilo dell'esperienza, non sembra improprio ricorrere a dati anche fortemente eterogenei, ma convergenti nel confermare l'assunto. E, nel nostro caso, l'assunto sembra ormai acquisito: l'assunto di una modernità politica non già sottratta alla dimensione religiosa e sacrale, ma attraversata al suo interno da continue sollecitazioni ad attingere a un fondamento trascendente e indiscutibile dei suoi principi costitutivi.

È su questo sfondo che, a mio avviso, deve essere collocato un tentativo di comprensione storicamente fondata del moderno principio di laicità: un principio che, se per un verso, dipende dalla moderna versione del rapporto fra temporale e spirituale – una versione fondata sulla autonoma legittimità dell'ordine politico, sulla privatizzazione delle religioni e quindi sulla loro politica innocuità – per un altro verso non presuppone la relegazione del sacro nella *turris eburnea* delle imperscrutabili coscienze individuali, ma si sviluppa sullo sfondo di una ricorrente tendenza dell'ordine politico-sociale a sviluppare dal suo interno una sua specifica dimensione sacrale.

³⁹ E. VOEGELIN, *Le religioni politiche* (1938), in ID., *La politica: dai simboli alle esperienze*, Giuffrè, Milano 1993, pp. 20-76. Cfr. S. FORTI, *Totalitarismo e religioni politiche*, in G. PAGANINI, E. TORTAROLO (a cura di), *Pluralismo e religione civile*, cit., pp. 213-229.

⁴⁰ Cfr. E. GENTILE, *Le religioni della politica. Fra democrazie e totalitarismi*, Laterza, Roma-Bari 2001. Cfr. anche, per la 'religione del fascismo', E. GENTILE, *Il culto del littorio: la sacralizzazione della politica nell'Italia fascista*, Laterza, Roma-Bari 1993.

5. *Dalla privatizzazione del sacro alla sfera pubblica 'religiosamente qualificata'? Il principio di laicità come dispositivo di legittimazione della pluralità*

Le connessioni e le commistioni fra la politica e il sacro non sono un fenomeno 'arcaico', ma si presentano come un'esigenza ricorrente, soddisfatta nelle forme più varie ma riconoscibile nella sua direzione di senso, e ancora oggi tanto rilevante da dover essere assunta, a mio avviso, come l'orizzonte entro il quale collocare l'attuale dibattito sul principio di laicità.

Non è peraltro solo il potere politico che, lungo tutto l'arco della modernità, ha perseguito con i propri mezzi una sua originale (se vogliamo giocare con l'antico termine) *imitatio sacerdotii*; non meno rilevante, infatti, è stata l'attenzione al 'temporale' dimostrata dalla Chiesa cattolica (per quanto riguarda le confessioni riformate il discorso sarebbe in parte diverso). Da questo punto di vista, la 'modernità' non costituisce per la Chiesa una cesura interna: la strategia adottata (mi riferisco al magistero ecclesiastico, che, ovviamente, non coincide con l'insieme, assai più complesso e variegato, della cultura cattolica) mostra una rilevante continuità nel ricondurre il 'temporale' entro un perimetro definito dallo 'spirituale'. La 'modernità' illuministica e poi liberale appare alla Chiesa più una ferita dalla quale difendersi che una trasformazione alla quale partecipare: per una lunga stagione storica la modernità appare accettabile soltanto come 'male minore' a una Chiesa che continua a sostenere il primato del potere spirituale in ragione del «*finis magis excellens*» da esso perseguito⁴¹.

Non siamo di fronte, ovviamente, a una storia 'immobile', se compariamo le condanne del liberalismo pronunciate da Pio IX con le più caute posizioni di Leone XIII. Con l'avvento del fascismo, però, si apriva in Italia una fase complessa dove, per un verso, il potere politico e la Chiesa sperimentavano un regime di legittimazioni incrociate, mentre, per un altro verso, nessuno dei due poteri intendeva rinunciare alla propria supremazia dando luogo in più occasioni a conflitti non irrilevanti. Per la Chiesa, era peraltro sufficiente riaffermare la sua antica strategia per porsi a distanza di sicurezza dal potere politico e rivendicare un primato ideale. Né questa strategia viene abbandonata nel momento in cui la Chiesa decide di sostenere il difficile transito dal 'totalitarismo' alla 'democrazia': valgono, come

⁴¹ S. BERLINGÒ, *La 'iusta libertas' dei laici (LG 37) e la fondazione del diritto secolare*, in G. FILORAMO (a cura di), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, cit., p. 249. Cfr. anche P. BELLINI, *La coscienza del principe. Prospettive ideologiche e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel governo della cosa pubblica*, Giappichelli, Torino 2000, vol. II, p. 1025 e segg.

riferimenti, i due celebri discorsi radiofonici di Pio XII, del Natale del 1942 del Natale del 1944, che denunciano i disastrosi effetti di una statolatria anticristiana e invocano i principi di un diritto naturale di cui la Chiesa si propone come tramite e interprete.

La Chiesa continua a protendersi verso il temporale per indirizzarlo e solleccitarlo ‘verso l’alto’, così come l’ordine politico non cessa di andare in cerca di vincoli forti e di suggelli indiscutibili. È una preoccupazione ancora ravvisabile nel secondo dopoguerra, se non nell’impianto complessivo delle nuove costituzioni, almeno in alcuni momenti del dibattito costituente: valga come esempio la proposta (avanzata nell’assemblea costituente italiana come nei dibattiti preparatori della Carta universale dei diritti dell’uomo) di inserire nelle carte costituzionali un riferimento a Dio (e peraltro nel *Grundgesetz* tedesco questo riferimento non manca). E anche quando la maggioranza assembleare ha preferito omettere un siffatto richiamo, temendo che esso si risolvesse in un elemento di divisione piuttosto che di rafforzamento dell’unità, come nel caso della Costituente italiana, è stata comunque autorevolmente manifestata l’esigenza di investire la costituzione di un solenne pathos religioso: è Calamandrei che con parole commosse ricorda il «popolo dei morti», quei morti «senza retorica» che hanno consacrato con il loro sacrificio la costituzione, ricordandoci che in essa c’è «qualcosa che va al di là delle nostre persone, un’idea che ci ricollega al passato e all’avvenire, un’idea religiosa [...]»⁴².

È dunque ricorrente l’esigenza di sospingere ‘verso l’alto’, di conferire una ‘profondità di campo’, un’indiscutibile sacertà, ai principi portanti dell’ordinamento. Ed è un’esigenza che sembra trovare una spiegazione nella tesi secondo la quale «lo Stato liberale, secolarizzato, vive di presupposti che esso stesso non può garantire»⁴³,

⁴² Intervento di Piero Calamandrei, 22 dicembre, in *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. V, cit., pp. 4591-92 e Intervento di Piero Calamandrei, 4 marzo 1947, in *La costituzione della repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. I, cit., p. 166. Rinvio in proposito a P. COSTA, *Cittadinanza e ‘simboli di fondazione’: una lettura del processo costituente in Italia (1946-47)*, in M. FIORAVANTI, S. GUERRIERI (a cura di), *La costituzione italiana* (Atti del convegno di Roma, 20-21 febbraio 1998), Res Cogitans, Roma 1998, pp. 99-136.

⁴³ E.-W. BÖCKENFÖRDE, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation* (1967), in Id., *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*, Suhrkamp, Frankfurt a. M., 1991, p. 112 («Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann»). E occorre quindi chiedersi, continua l’autore, se anche lo Stato secolarizzato non dipenda in ultima istanza dalla forza coesiva che promana dalla fede religiosa dei suoi cittadini così come questi, a loro volta, trovano in esso non un nemico, ma la possibilità di quella libertà che sono chiamati a realizzare (pp. 113-114). Si riferisce opportunamente a Böckenforde G.E. RUSCONI, *Come se Dio non ci fosse. I laici, i cattolici e la democrazia*, Einaudi, Torino 2000, p. 125.

soffre di una cronica, strutturale carenza di legittimazione che lo induce a cercare altrove supporti per il suo infondato potere.

Questa diagnosi è stata di recente rafforzata da argomentazioni che alzano il tiro sostenendo che non solo la tenuta dell'ordine politico-costituzionale, ma anche l'autonomia del sé (il perno della 'modernità' liberale) non trova in se stessa la possibilità di sussistere e deve porsi in relazione con un 'altro da sé' che si ponga come 'autorità' indisponibile e trascendente: «[...] il Sé può esistere come soggetto della decisione morale solo in presenza del trascendente [...]»⁴⁴, che, assunto come «il fondamento di un sacro non negoziabile», «pensato come qualcosa che esiste al di là di ogni costruzione sociale e al di là di ogni transazione»⁴⁵, è l'unico elemento capace di sottrarre il soggetto al «flusso di contrattazioni, transazioni e poteri in cui consiste, naturalmente, il suo agire all'interno della società»⁴⁶.

Quale che sia la valutazione di questa tesi, essa può essere comunque registrata come il segno di un'insoddisfazione e di una tendenza diffuse: l'insoddisfazione di fronte all'immagine di una sfera pubblica (data per) religiosamente asettica e integralmente de-sacralizzata e la tendenza a sostenere la necessità di una sua apertura verso il 'trascendente': verso un fondamento (meta-statuale e meta-politico) che sottragga i valori portanti dell'ordinamento dalla loro fragilità e provvisorietà.

Se il problema del fondamento dei principi-guida degli odierni ordinamenti democratico-costituzionali ha un'importanza e un'urgenza evidenti; se la sfera pubblica non può essere circondata da una sorta di cordone sanitario che la immunizzi dalla fascinazione della sacralità; se essa, in tutto il corso del suo moderno, secolarizzato sviluppo, è stata insistentemente segnata (per usare l'espressione di Filoramo) dal 'controcanto' del sacro ('disperso', ma ubiquitariamente presente), occorrerà allora ripensare la sfera pubblica: occorrerà ridefinirla come una «sfera di laicità religiosamente ispirata», caratterizzata da un'interazione fra soggetti «non già privati delle proprie appartenenze religiose, ma invece qualificati da tali appartenenze»⁴⁷. Certo, ridefinire il principio di laicità vedendo nella sfera pubblica il luogo di una fattiva interazione fra le diverse confessioni religiose è possibile a patto che ciascuna di esse percorra un itinerario

⁴⁴ A. B. SELIGMAN, *La scommessa della modernità. L'autorità, il Sé e la trascendenza* (2000), a cura di M. Bortolini e M. Rosati, Meltemi, Roma 2002, p. 98.

⁴⁵ Ivi, p. 93.

⁴⁶ Ivi, p. 95. Cfr. anche J. CASANOVA, *Oltre la secolarizzazione. Le religioni alla riconquista della sfera pubblica* (1994), Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 21-121.

⁴⁷ P. DONATI, *Pensare la società civile come sfera pubblica religiosamente qualificata*, in C. VIGNA, St. ZAMAGNI (a cura di), *Multiculturalismo e identità*, Vita e Pensiero, Milano 2002, p. 92.

che ne attenui le rigidità fideistiche e la predisponga a un confronto dialogico: occorre, per usare l'espressione di Donati, che le religioni passino «attraverso il crogiuolo dell'Illuminismo»⁴⁸, tentando di conciliare fede e ragione; serve addirittura, secondo Seligman, una fede post-illuministica: «una forma di scetticismo, che vorrei definire 'tolleranza scettica' – una modestia epistemica capace di prevenire, grazie alle sue incertezze, l'intolleranza dell'altro»⁴⁹.

In questa prospettiva, potrebbe allora profilarsi un'immagine diversa della sfera pubblica: una sfera pubblica che, da 'religiosamente neutralizzata', diviene 'religiosamente qualificata' e si propone come un luogo di integrazione di 'diversità': come spazio dove soggetti eterogenei cooperano nella creazione di legami sociali sostenuti da valori condivisi, dando luogo quindi a una 'laicità' concepita come una «pratica cooperativa istituzionalmente guidata a cui devono poter partecipare credenti e non credenti, gruppi e movimenti»⁵⁰.

Certo, perché questa operazione sia concepibile occorre che i soggetti (individui, gruppi, movimenti, Chiese ecc.) raccolgano, dal 'crogiuolo dell'illuminismo', due gemme, tanto preziose quanto difficili da maneggiare: la rinuncia, da parte di questi soggetti, a qualsiasi forma (diretta o indiretta) di coazione – quella rinuncia che nello schema lockiano si presentava come la 'privatizzazione' (de-politicizzazione) delle fedi – e l'accettazione di una perfetta eguaglianza (quindi l'integrale rispetto delle medesime 'regole del gioco').

Queste condizioni, peraltro, difficilmente immaginabili durante il lungo conflitto fra la Chiesa cattolica e la modernità illuministica e liberale, possono essere plausibilmente ipotizzate a partire dal Concilio Vaticano II, cui è difficile non attribuire effetti di rilevante discontinuità nei confronti di una lunga tradizione antecedente. È a partire dal movimento conciliare che maturano due rilevanti novità: per un verso, il moderno 'principio di laicità' viene accettato 'positivamente' (e non soltanto subito come 'minor male'), mentre, per un altro verso, acquista un crescente risalto quella che potrebbe dirsi una vera e propria 'teologia dei diritti umani', una 'teologia dei diritti fondamentali' della persona⁵¹.

⁴⁸ Ivi, p. 94.

⁴⁹ A. B. SELIGMAN, *La scommessa della modernità*, cit., p. 202.

⁵⁰ M. Rosati, "Critica del dogmatismo liberale. La laicità da ideologia a pratica cooperativa", in *Parolechiave*, vol. 33 (*Laicità*), 2005, p. 101.

⁵¹ Gian Enrico Rusconi afferma che oggi la Chiesa cattolica presenta «una religione dei diritti» in grado di offrire [...] la 'base trascendente' che sarebbe indispensabile a un autentico civismo»: "Come se Dio non ci fosse?" (Intervista di Massimo Rosati a Gian Enrico Rusconi), in *Reset*, vol. 65, 2001, p. 47.

In questa prospettiva, potrebbero allora manifestarsi significative e nuove convergenze fra la sfera della politica e la sfera del sacro. Da un lato, il politico non gioca a nascondino con il sacro: non millanta la sua autosufficienza, denuncia le carenze di fondamento degli ordini democratico-costituzionali, si muove in cerca di un fondamento forte e indiscutibile (trascendente) dei propri fondamenti; dall'altro lato, la Chiesa (le Chiese) si dispongono in condizioni di parità e, attraverso un dialogo aperto e collaborativo, contribuiscono a individuare e a rinsaldare i fondamenti 'trascendenti' dell'ordine civile.

Fra il politico e il sacro esisterebbe peraltro un punto di incontro sostantivo (e non meramente 'procedurale'): i diritti umani, i diritti fondamentali della persona, che possono vantare di essere, al contempo, la struttura portante degli ordini democratico-costituzionali e un capitolo fondamentale dell'odierna teologia morale (e politica). I diritti fondamentali sono al centro degli attuali ordinamenti (nazionali e internazionali) e tuttavia (se mi si passa il bisticcio) il loro 'fondamento' è altamente problematico; ed è appunto questo vuoto che una dimensione sacrale colmerebbe permettendo di affermarli come un 'assoluto' non negoziabile: assumendoli (come ipotizza Cesare Bori raccogliendo una suggestione di Taubes) come l'espressione non già di una scelta 'secolarizzata', ma di una 'teocrazia dal basso'⁵². Una nuova interpretazione della sfera pubblica, una sua esplicita e aperta connotazione religiosa permetterebbe di dare un fondamento forte e incrollabile ai diritti umani, sottraendo gli ordinamenti democratico-costituzionali alla loro pericolosa 'infondatezza'; e una nuova figura del rapporto fra temporale e spirituale emergerebbe all'interno della (e non contro la) modernità.

Occorre però chiedersi se un quadro siffatto rappresenti nella sua interezza il proprio oggetto oppure lasci in ombra qualche particolare non trascurabile. Quali che siano le considerazioni in proposito, conviene comunque preliminarmente avvertire (anche se la precisazione è forse superflua, data l'evidenza della cosa) che stiamo discutendo di modelli teorici, la cui distanza dalla politica quotidiana deve essere data per scontata, dal momento che nel mondo 'reale' frequentemente si svolge sotto i nostri occhi l'antico, ma ancora vitale, gioco delle legittimazioni incrociate fra diversi sistemi o sottosistemi della società e in particolare fra classe politica e autorità

⁵² È una siffatta tesi teologico-politica («non mistico contro politico, ma teocrazia dall'alto contro teocrazia dal basso») che «dà ragione della straordinaria e altrimenti inspiegabile e infondata assolutezza della pretesa contenuta nell'affermazione dei diritti umani» (P.C. BORI, *Teologia politica e diritti umani*, in G. FILORAMO (a cura di), *Teologie politiche. Modelli a confronto*, cit., p. 364).

religiosa. Si tratta di fenomeni di cui non intendo sottovalutare l'importanza, ma che vorrei affidare alla competenza dell'analista della politica.

Intendo piuttosto continuare a ragionare all'altezza dei 'modelli', come se ci movessimo nel migliore dei mondi possibili (o comunque in un mondo ragionevolmente migliore di quello 'reale'): un mondo caratterizzato da una sfera pubblica dove soggetti diversi interagiscono in condizione di perfetta eguaglianza convergendo nella condivisione di principi portanti (i diritti fondamentali della persona) e nell'individuazione di una loro fondante 'trascendenza'.

Vi sono almeno due tratti importanti di questo quadro o modello che trovo convincenti. In primo luogo, la presa d'atto del ricorrente protendersi degli ordinamenti verso fondazioni forti, verso principi (è il caso dire) 'sacri' e quindi il superamento di una rappresentazione datata e monca della secolarizzazione e della laicità. In secondo luogo, e di conseguenza, l'abbandono della singolare (anche se storicamente spiegabile) dissociazione (o pretesa dissociazione) fra il cittadino e il credente, come se l'opzione di fede potesse realmente esaurirsi in una 'privatezza' priva di qualsiasi incidenza pubblica e politica. Una sfera pubblica liberata dagli *idola* di una modernità inconsapevole della propria stessa complessità appare quindi uno spazio di confronto dove soggetti 'interi' esprimono fino in fondo la loro identità socio-culturale e, interagendo con gli altri in condizioni di perfetta libertà ed eguaglianza, concorrono a delineare le strutture portanti della polis.

Restano però sullo sfondo alcuni problemi che conviene, a mio avviso, esplicitare.

Occorre in primo luogo tener presente che il tema dei diritti umani o fondamentali è non tanto una piattaforma già data e praticabile, alla quale dare più robusti ('trascendenti') fondamenti, quanto piuttosto un oggetto complesso, suscettibile di diverse e spesso incompatibili interpretazioni. La definizione dei diritti fondamentali, la loro armonizzazione sistematica, la determinazione di un criterio di prevalenza là dove un diritto appaia in conflitto o in tensione con un altro diritto dipendono dalle visioni (filosofico-antropologiche, etiche, religiose) dei soggetti che agiscono nella sfera pubblica.

Se ciò è vero, la sfera pubblica è, sì, il luogo dove si formano e si consolidano i principi portanti dell'ordinamento, ma la modalità di questa formazione non è solo 'consociativa', ma è anche 'conflittuale'; e la dimensione conflittuale, innescata dalla compresenza di visioni in qualche misura non componibili, è tanto più rilevante quanto più articolata, pluralistica, culturalmente eterogenea è la società. È vero

dunque che una sfera pubblica ‘all’altezza dei tempi’ deve essere ‘religiosamente qualificata’, deve essere concepita come un luogo dove ciascun soggetto si confronta con ogni altro nella pienezza della sua identità. Occorre però completare il quadro sottolineando un profilo non trascurabile: la (ri-definita) sfera pubblica non può coincidere con la *concordia discors* dei soggetti impegnati nell’aprire verso il trascendente i principi portanti dell’ordinamento, dal momento che non potrà essere ignorata la presenza in scena di soggetti ostinatamente refrattari a una fondazione sacrale-religiosa dell’ordine democratico-costituzionale.

È quindi intrinseca e insuperabile l’eterogeneità dei soggetti interagenti nella sfera pubblica: che potrà essere pure presentata come ‘religiosamente qualificata’, per sottolineare l’opportunità che in essa i soggetti religiosamente motivati si esprimano nell’integralità delle loro motivazioni e idealità; a patto però che l’apertura al trascendente della sfera pubblica sia non già l’obbligatorio coefficiente di un’identità collettiva, ma solo una delle sue modalità di espressione.

Se dunque la sfera pubblica (ancorché ‘religiosamente qualificata’) è occupata da soggetti profondamente diversi (cattolici, valdesi, luterani, calvinisti, testimoni di Geova, ebrei, buddisti, induisti, zoroastriani, confuciani, islamici sunniti, islamici sciiti, deisti, paleo- e neo-positivisti, paleo- e neo-marxisti, relativisti di ogni indole e risma, ecc. ecc.), è inevitabile concludere che il tratto caratteristico di una siffatta sfera pubblica non può che essere il libero confronto-conflitto fra diversi. Ciò potrebbe essere evitato soltanto se i diritti fondamentali fossero assiomi evidenti; oppure se venisse riproposta l’antica tesi ancora coltivata dai messaggi radiofonici di Pio XII: la tesi di un diritto naturale di cui unica interprete possa dirsi la Chiesa.

Quando invece ciascun soggetto intervenga nella sfera pubblica con tutta la ricchezza della sua visione etica e/o religiosa, la dimensione della conflittualità deve essere assunta come una sua caratteristica strutturale. Non attribuisco nessuna valenza ‘drammatica’ a questa caratteristica, dal momento che ciascun soggetto (nella sfera pubblica moderna, comunque qualificata) ha rinunciato all’uso della forza. Dalla caratteristica strutturalmente conflittuale della sfera pubblica (anche ‘religiosamente qualificata’) scaturisce però una conseguenza: che, una volta percorse tutte le fasi del confronto, e là dove occorra comunque giungere a una decisione che mette in gioco interpretazioni diverse dei principi fondamentali, è

inevitabile ricorrere al criterio di maggioranza (nel rispetto – beninteso – dei principi costituzionalmente vincolanti)⁵³.

Non è dunque tanto l'amputazione del sacro a caratterizzare il moderno principio di laicità, se è vero che secolarizzazione e sacralità sono facce diverse del prisma 'modernità'. Il principio di laicità sembra piuttosto rinviare a un dispositivo che stimoli il confronto-conflitto fra tutti i soggetti compresenti sulla scena (nella loro interezza 'religiosamente qualificata'), ma permetta anche di pervenire a una 'decisione' vincolante. Esso quindi, se da un lato favorisce la pluralità e promuove il confronto, dall'altro lato prevede il ricorso al 'formalismo democratico' e al criterio di maggioranza, in assenza di una verità condivisa o di una sua determinazione autoritativa⁵⁴.

Non si danno, nell'odierna società multiculturale, assiomi evidenti. Si dispiegano piuttosto retoriche molteplici, alcune delle quali includono come propria componente la dimensione della sacralità. Si forma quindi uno spazio pubblico nel quale diversi soggetti agiscono mettendo in atto le più diverse tecniche persuasive (nel presupposto della condivisa rinuncia all'uso della forza). Vengono quindi a confrontarsi visioni molteplici dell'essere umano e si sviluppano difformi visioni dei diritti e dei loro sacrali o trascendenti fondamenti così come retoriche 'convenzionalistiche' e antimetafisiche, che rifiutano una fondazione sacrale dell'ordine a vantaggio di un suo negoziale e provvisorio assetto⁵⁵.

È indubbiamente vitale, per la tenuta dell'ordinamento, la formazione di una convergenza, la più ampia possibile, su un insieme di principi condivisi e assunti come stabili, imm modificabili, 'assoluti'. È probabile che retoriche aperte alla dimensione della sacralità dispongano di argomenti più efficaci in questa direzione di retoriche sostenute dalla convinzione del carattere storico, infondato e 'convenzionale' dell'ordine; ed è altrettanto probabile che la ricorrente tendenza alla

⁵³ Cfr., per una lucida impostazione del problema, F. RIMOLI, voce *Laicità* (dir. cost.), in *Enciclopedia Giuridica*, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma 1990, pp. 1-15 e F. RIMOLI, "Stato laico e integrazione nella prospettiva costituzionale", in *Parolechiave*, vol. 33 (*Laicità*), 2005, pp. 207-27. Cfr. anche, per un utile quadro definitorio-classificatorio, C. CARDIA, voce *Stato laico*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano 1990, vol. XLIII, pp. 87 ss.

⁵⁴ S. Forti, *Totalitarismo e religioni politiche*, cit., p. 225 e segg., sottolinea, con Lefort, il nesso strutturale fra conflitto e democrazia.

⁵⁵ Scrive Geminello Preterossi che «la laicità intesa come rispetto delle differenze e dell'autonomia della sfera pubblica e di quella religiosa, spirito critico, reciprocità, centralità del diritto formale e senso delle istituzioni 'di tutti', costituisce ancora un plusvalore di garanzia o, se si preferisce, un meta-valore, un contenitore che consente come nessun altro agli orientamenti più diversi di manifestarsi liberamente entro regole» (G. PRETEROSSO, *Contro le nuove teologie della politica*, in ID. (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Laterza, Roma-Bari 2005, p. 13).

sacralizzazione del politico nasca dalla diffusa esigenza di ‘fermare il tempo’, di sottrarre alcuni principi fondanti alla provvisorietà, alla contingenza, alla crisi. Certo, la modernità sembra votata a un ‘artificialismo’ che esclude il sostegno di un *ubi consistam* incrollabile⁵⁶; e tuttavia, proprio dall’interno della modernità, rinasce continuamente la speranza o la nostalgia del fondamento. In questo gioco (verosimilmente interminabile), il principio di laicità si accredita come ‘moderno’ nella misura in cui si rifiuta di chiudere autoritativamente il conflitto e lascia aperte tutte le possibilità.

⁵⁶ Cfr. C. GALLI, *Libertà e laicità*, in G. PRETEROSSO, *Le ragioni dei laici*, cit., pp. 28-42.

LA MODERNITÀ PENALE FRA SECOLARIZZAZIONE E PERMANENZA DEL 'SACRO'

1. *L'impostazione del problema*

Lo storico che volesse discutere esaurientemente il problema del rapporto fra secolarizzazione e diritto penale si troverebbe di fronte a un compito impegnativo: il processo di secolarizzazione, infatti, non solo incide a fondo sulla definizione stessa della modernità, ma investe nella sua interezza (nei suoi principi ispiratori e nelle sue strategie) il diritto penale degli ultimi due secoli.

È dallo slancio riformatore dell'illuminismo, e dalla sua *verve* antiteologica e antimetafisica, che esce una nuova geografia del penale. Un intero settore della vita sociale – l'insieme dei comportamenti legati alle appartenenze confessionali dei cittadini – viene sottratto al vaglio del giudice penale: per Locke, la società ha in se stessa – nei diritti, e nei principi, della libertà e della proprietà – il fondamento del proprio ordine, che il sovrano si limita a garantire 'dall'esterno'. Cade il fondamento sacrale dell'ordine e proprio per questo le scelte religiose perdono la loro rilevanza pubblica, politica, per essere assorbite nella sfera privata, e penalmente irrilevante, dei singoli. È dunque la de-sacralizzazione del potere che modifica i confini che separano il lecito dall'illecito penale.

Non cambia però soltanto la mappa dei comportamenti sanzionati: mutano al contempo il concetto di reato e il fondamento del diritto di punire. L'azione trasgressiva viene colpita senza prendere in considerazione le sue connotazioni etico-religiose, mentre l'intervento repressivo viene legittimato prescindendo dalla fondazione sacrale del potere. Il reato prende a separarsi dal peccato e ad essere punito non perché lesivo di un ordine che trova nella sacra maestà del principe il suo vertice e il suo emblema, ma perché incompatibile con l'interesse complessivo della società. La stessa razionalizzazione del diritto penale, l'instaurazione di una precisa corrispondenza fra la gravità del reato e la severità della pena – che nelle pagine di Montesquieu e di Beccaria vengono invocate facendo leva sulle ragioni dell'umanità come dell'efficienza – obbediscono a un'ispirazione schiettamente mondana e utilitaristica.

P. Costa, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_11, pp. 43-60.

Predisposto secondo una logica rigorosamente ‘razionale’ e ‘oggettiva’, il sistema dei delitti e delle pene si vuole tanto più giusto quanto più indifferente ai soggetti: capace di superare i privilegi di ceto e la differenziazione giuridica degli individui, di lasciarsi alle spalle la ‘cura d’anime’ e le sue preoccupazioni ‘pastorali’ e disciplinanti e trarre dalle norme un’impersonale e imparziale qualificazione giuridica delle azioni. Nasce, sull’onda del riformismo illuministico, un nuovo diritto penale (né importa ora insistere sul fatto che si tratta di un parto tutt’altro che rapido e indolore): un diritto penale che è nuovo perché è nuovo il soggetto che ne è il protagonista, posto al centro dell’ordine e capace di una piena e incontrastata autodeterminazione.

Il nuovo diritto penale è un diritto funzionale a quei soggetti liberi ed eguali che, secondo Blumenberg, incarnano la «legittimità» del moderno: la tendenza della modernità non tanto a ereditare e a trasformare quanto a dissolvere i contenuti teologico-religiosi della tradizione; una tendenza che conviene assumere (*contra* Blumenberg) non già come una sconfessione, ma come una «variante interna» di quel processo di secolarizzazione magistralmente descritto da Max Weber¹.

È nell’alveo di un weberiano disincanto che si muove il diritto penale della modernità: che si distacca dalle matrici etico-religiose dominanti nelle società di antico regime nel momento in cui si presenta come uno strumento costruito su misura per soggetti giuridicamente eguali. Parlare della secolarizzazione del diritto penale significa quindi, in una parola, ricostruire nel suo complesso il diritto penale della modernità; ed è in effetti in questa direzione che la storiografia e la cultura giuridico-penalistica si è mossa, offrendo un’analisi accurata e convincente del nesso ‘secolarizzazione-modernità penale’².

Vorrei dare per acquisiti questi risultati, ma al contempo suggerire qualche possibile complicazione di un quadro ormai assestato nelle sue grandi linee. Tenterò di svolgere due argomenti principali. In primo luogo, richiamerò l’attenzione non sui reati ma sui rei e sull’insistente ripresentarsi, anche nella modernità, di schemi

¹ G. Marramao, *Potere e secolarizzazione. Le categorie del tempo*, Editori Riuniti, Roma 1983, p. XX.

² È sempre un indispensabile punto di riferimento G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, il Mulino, Bologna 1976. Nel recente dibattito penalistico cfr. M. Romano, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati* in L. Lombardi Vallauri, G. Dilcher (a cura di), *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, Giuffrè, Milano 1981, pp. 1273-1308; R. Mazzola, *Le radici cristiane e laiche del diritto penale statale*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», 1998, pp. 1309-1347; S. Canestrari, *Laicità e diritto penale nelle democrazie costituzionali*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Giuffrè, Milano 2006, I, pp. 139-66.

dicotomici, di drastiche opposizioni fra soggetti 'dentro' e soggetti 'fuori', fra 'normali' e 'trasgressori'. In secondo luogo, tenterò di collegare queste ricorrenti dicotomie a uno strato di senso che possa dirsi (in un qualche significato del termine) sacrale o religioso. È però appena il caso di avvertire che dovrò limitarmi a formulare mere ipotesi di lavoro, mancando il tempo e la possibilità per qualsiasi verifica e approfondimento.

2. Il 'dentro' e il 'fuori'

Il diritto penale moderno, post-illuministico, secolarizzato, si impegna a fondo per rimanere fedele all'ispirazione impersonale ed egualitaria della legge: una legge – scrive Eligio Resta – «attenta alle azioni e non agli autori», che vengono valutati «*per quello che fanno* e non per la loro storia, le loro idee, la loro razza, la loro religione, il loro sesso, cioè, *per quello che sono*»³. È nella fedeltà a questo assunto 'oggettivistico' che si è sviluppata la dogmatica penalistica otto-novecentesca più sensibile alle istanze garantistiche e legalitarie, senza però che la dimensione 'soggettivistica' potesse essere definitivamente esclusa dal raggio d'osservazione del penalista⁴.

Quali che fossero le tensioni e le oscillazioni interne alla dogmatica penalistica, l'attenzione ai soggetti non era in realtà mai venuta meno ai due estremi dell'area del penale: nelle superne stanze della riflessione filosofico-giuridica, per un verso, e, per un altro verso, nella bassa cucina della politica criminale.

È infatti un luogo obbligato della filosofia del diritto penale il problema del fondamento del diritto di punire: un problema per affrontare e risolvere il quale è inevitabile fare entrare in scena i soggetti. Siamo di fronte al tema costitutivo della sovranità nella sua declinazione moderna: si tratta di attribuire al sovrano tutta la forza disponibile per garantire ai soggetti tutta la sicurezza possibile. A partire da Hobbes, il diritto di punire si iscrive in un orizzonte che ha a un suo estremo la sicurezza e all'alto estremo qualcosa o qualcuno che la minaccia: la legittimazione

³ E. Resta, *La secolarizzazione della colpa. Nota sugli autori del reato*, in L. Violante (a cura di), *La criminalità, Storia d'Italia, Annali 12*, Einaudi, Torino 1997, p. 122.

⁴ Sulla dialettica fra 'oggettivismo' e 'soggettivismo' cfr., nel dibattito attuale, le importanti riflessioni di M. Donini, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Giuffrè, Milano 2004; M. Donini, *Il diritto penale di fronte al nemico*, in «Cassazione penale», XLVI, 2006, 2, pp. 735-777; M. Donini, *'Fatto' e 'autore' nel diritto penale contemporaneo. Dialogo immaginario tra Giacomo Delitala e Franz von Liszt redivivi*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, cit., vol. II, pp. 1525-1543 e di A. Manna, *La giustizia penale tra Otto e Novecento. La disputa tra soggettivismo e oggettivismo*, in «L'indice penale», Nuova Serie, IX, 2006, 2, pp. 509-555.

della sovranità coincide con l'azione violenta che il sovrano è chiamato a svolgere difendendo qualcuno da qualcun altro. L'obiettivo, puramente mondano e secolare, dell'autoconservazione individuale, il conseguimento della sicurezza, passa attraverso la neutralizzazione di tutto ciò che, mettendo in questione il dispiegarsi della sovranità, si ritorce contro i soggetti stessi⁵.

Occorre difendere i soggetti e, per difenderli, occorre individuare le fonti del pericolo e intervenire per neutralizzarle. Le istanze di riforma e di razionalizzazione del diritto penale, che circolano nel secolo dei Lumi e trovano in Inghilterra un precoce e attento ascolto, non sono mai separate dall'esigenza di neutralizzare i pericoli che minacciano l'incolumità e i beni dei cittadini. Da Locke a Collins, a Hume, a Smith, a Blackstone, a Bentham, nella saggistica occasionale come negli scritti più meditati, la rappresentazione dei soggetti non è monistica, ma è dicotomica: all'insieme dei 'buoni cittadini' si contrappone una classe di soggetti pericolosi e aggressivi⁶. Non è in questione la loro salvezza eterna: il valore in gioco è piuttosto quella sicurezza che si sostanzia nell'indisturbato godimento di vita-libertà-proprietà.

Il nuovo diritto penale, razionalizzato e umanizzato, presuppone un ordine costruito intorno ai soggetti liberi, eguali e proprietari, ma si propone anche come strumento di difesa dei 'buoni' nei confronti di soggetti estranei e pericolosi. Nella sua fase originaria e fondante, il nuovo diritto penale, debitamente secolarizzato, non è soltanto, come dirà Liszt nel 1882, la *Magna Carta* del delinquente; è anche l'invisibile vallo difensivo che separa il cittadino da ciò che lo minaccia.

Occorre proteggere il (buon) cittadino 'gettando fuori' il criminale. Il delinquente, per Locke, «ha dichiarato guerra all'intero genere umano; e perciò può essere distrutto come un leone o una tigre, cioè come una di quelle bestie feroci con cui gli uomini non possono avere società o garanzia»⁷. La punizione del criminale coincide (essenzialmente o idealmente) con la sua estromissione dalla città, con la

⁵ Cfr. Th Hobbes, *Leviatano*, a cura di A. Pacchi, Laterza, Roma-Bari 1974 (Cap. XXVIII, Delle punizioni e delle ricompense). Cfr., sulla dialettica fra 'cittadino' e 'nemico', S. Mezzadra, *Nel Leviatano. Immagini del nemico all'origine della filosofia politica moderna*, in A. Dal Lago (a cura di), *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, Costa & Nolan, Genova-Milano 1998, pp. 36 sgg.

⁶ Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, Giuffrè, 1974; P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 1., Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999 e P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 2., L'età delle rivoluzioni*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

⁷ J. Locke, *Secondo Trattato sul governo*, in *Due Trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, UTET, Torino 1960, pp. 245-246.

sua espulsione. La pena medievale del *bannum* non viene riprodotta alla lettera nella moderna Inghilterra settecentesca e tuttavia il meccanismo espulsivo di cui il bando è l'espressione emblematica è ancora l'orizzonte di senso della nuova filosofia penale.

Per Anthony Collins espellere («cutting off from society») gli individui pericolosi e corrotti è giusto e conveniente perché essi sono «publick nuisances», sono socialmente dannosi e inadatti alla convivenza⁸. Estranei al consorzio civile (estranei alla *civitas*), i criminali non possono godere delle prerogative riservate ai cittadini *pleno iure*: per David Hume, nei confronti del trasgressore «le regole ordinarie della giustizia vengono [...] momentaneamente sospese ed allora diventa cosa giusta infliggergli per il bene della società ciò cui altrimenti non lo si sarebbe potuto sottoporre senza fargli torto ed offesa»⁹.

Gli esempi potrebbero essere moltiplicati a conferma della longevità di una dinamica espulsiva che, radicata nell'immaginario penale pre-moderno, non viene cancellata dall'avvento della penalistica moderna ('illuminata', secolarizzata, razionalizzata), ma continua a esprimersi al suo interno (e ad avvalersi anche delle antiche e tenaci metafore 'chirurgiche', che associano il criminale all'arto malato che occorre amputare per preservare l'intero organismo).

Non si pensi a un fenomeno arcaico che sopravvive per forza d'inerzia in una modernità ancora incerta di se stessa. Al contrario, tanto più forte è la consapevolezza del carattere liberamente 'deciso', contrattualistico, del vincolo sociale, tanto più netta si staglia la contrapposizione fra il cittadino e il criminale: fra il soggetto *intra moenia* e l'individuo relegato all'esterno. Per Rousseau, «[...] ogni malfattore che lede il diritto sociale diviene coi suoi misfatti un ribelle e un traditore della patria, cessa di essere membro violando le sue leggi, e addirittura le fa la guerra. Allora la conservazione dello Stato diventa incompatibile con la sua, bisogna che uno dei due perisca, e quando si fa morire il colpevole lo si mette a morte meno come cittadino che come nemico»¹⁰.

Il criminale è espulso perché egli *si è* espulso dalla comunità dei cittadini. La sua dislocazione *extra moenia* non è però un'innocua presa d'atto, che si limita a registrare la rottura di un vincolo e una sopravvenuta estraneità, ma è l'apertura delle

⁸ A. Collins, *An Essay concerning the Use of Reason in Propositions*, s.e., London 1709², p. 92.

⁹ D. Hume, *Ricerca sui principi della morale*, in D. Hume, *Opere*, a cura di E. Lecaldano e E. Mistretta, Laterza, Bari 1971, p. 192.

¹⁰ J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale o principi del diritto politico*, in J.-J. Rousseau, *Scritti politici*, vol. II, a cura di M. Garin, Laterza, Bari 1971, L. II, cap. V, p. 110.

ostilità, è la trasformazione dell'‘estraneo’ in ‘nemico’. Tornano a presentarsi, alle sorgenti stesse dell'immagine moderna della democrazia, antiche immagini e antiche distinzioni: il criminale come traditore (non più del monarca, ma del corpo sovrano) e il traditore come nemico; un nemico che, in Rousseau, tende a presentarsi, più che come nemico ‘interno’, come nemico *tout court*, dal momento che il suo tradimento lo ha già ‘posto fuori’ dall'orbita della *civitas*.

In modo sostanzialmente analogo Fichte (anch'egli un sostenitore della forza coesiva del contratto sociale) presenta l'azione criminale come una violazione del patto, con la conseguente perdita, per il colpevole, di «tutti i propri diritti come cittadino e come uomo»: «ogni trasgressione esclude dallo Stato» il responsabile, tanto che «il criminale diventa bandito»¹¹. L'antica pena del *bannum* viene esplicitamente evocata: quando vengano commessi delitti di particolare gravità, il reo deve essere privato dei più elementari diritti ed esposto alla violenza di chiunque¹². L'estromissione del criminale dalla cerchia dei cittadini ‘eguali’ trova una plastica espressione: il ‘dentro’ e il ‘fuori’ si fronteggiano definendo classi di soggetti reciprocamente incompatibili.

La pena realizza la sua immanente teleologia tanto più compiutamente quanto più efficacemente neutralizza l'aggressione alla sicurezza dei cittadini separando il grano dal loglio, i buoni dai cattivi, segnando differenze, erigendo confini; il criminale è prima un estraneo che un nemico; occorre innanzitutto espellerlo, dichiarare la sua estraneità alle regole e ai privilegi della *civitas*: la sua natura di nemico è la conseguenza oggettiva della sua estraneità e della sua pericolosità. L'antica espressione di nemico ‘interno’ può essere ancora impiegata non per attenuare la distanza che separa il criminale dal gruppo dei ‘buoni’, ma solo per distinguerlo da nemici appartenenti a ordinamenti politici diversi.

Il criminale è un nemico e perciò è un estraneo. È però vero anche il reciproco: i soggetti estranei, marginali e pericolosi rispetto all'asse portante della società, sono potenzialmente criminali (e, come tali, nemici). Non a caso nell'Europa dell'Ottocento le *élites* qualificavano le classi subalterne, composte di soggetti non proprietari, come *classes dangereuses*, come classi pericolose; pericolose perché composte da individui che, in quanto privi di proprietà, mostravano il segno di un'imperfetta razionalità e di una ridotta capacità di autocontrollo; pericolose perché estranee a una società organizzata intorno al nesso libertà-proprietà (il proletariato,

¹¹ J.G. Fichte, *Fondamento del diritto naturale secondo i principi della dottrina della scienza (Seconda parte)*, cit., p. 227.

¹² Ivi, pp. 242-44.

come scrive Marx, è una «classe della società civile la quale non [è] una classe della società civile»¹³).

L'estraneità trascolora in inimicizia e si traduce in una conflittualità che in diversi modi minaccia la sicurezza dei soggetti *intra moenia*. Occorre allora fronteggiare il pericolo adottando una strategia che Foucault ha chiamato governamentale¹⁴: governare una massa oggettivamente estranea e potenzialmente nemica rafforzando ed estendendo l'intervento dello Stato, creando le prime vestigia di quello che sarà lo Stato sociale, mirando a integrare le classi pericolose nell'unità della nazione.

A questo impegno governamentale le classi dirigenti dell'Europa ottocentesca si dedicano con crescente attenzione, miscelando sapientemente interventi assistenziali e solidaristici con il controllo e la neutralizzazione dei soggetti 'pericolosi'. È in questo contesto che la pena carceraria appare la sanzione più efficace e razionale. Accreditata come strumento di una 'riforma' morale del reo, di un mezzo funzionale alla sua rieducazione e al suo reinserimento nella comunità, la pena carceraria promette di conseguire due importanti obiettivi: non soltanto il controllo dei soggetti, ma anche la loro (tendenziale o simbolica) inclusione e integrazione nella solidale unità della società nazionale.

Il carcere non esaurisce però la sua funzione nell'indurre il criminale a tornare *intra moenia*, a compiere a ritroso il percorso che lo aveva condotto fuori dalla cerchia dei (buoni) cittadini. La reintegrazione del reo è soltanto l'ipotetico effetto futuro di una realtà carceraria che si presenta, nella sua immediatezza, come un luogo di separazione e di estraneità. Anche senza voler insistere sul divario (strutturale, più che congiunturale) che ha separato, in tutta la storia dell'istituzione penitenziaria, l'ideologia della 'rieducazione' dal concreto funzionamento dell'istituto carcerario¹⁵, restano comunque centrali, nell'immaginario penale, l'associazione fra la reclusione dei delinquenti e la sicurezza dei cittadini e la convinzione che la coesione della comunità richieda una costante neutralizzazione della minaccia e una

¹³ K. Marx, *Per la critica della filosofia del diritto di Hegel. Introduzione*, in K. Marx, F. Engels, *Opere*, III, 1843-1844, Editori Riuniti, Roma 1976, pp. 202-204.

¹⁴ Nel senso foucaultiano del termine: cfr. M. Foucault, *La 'governamentalità'*, in «Aut Aut», 167-168, 1978, pp. 12-29 e M. Foucault, *Biopolitica e liberalismo*, a cura di O. Marzocca, Medusa, Milano 2001. Cfr. anche G. Burchell, C. Gordon, P. Miller (a cura di), *Studies in Governmentality, with two lectures by and an interview with Michel Foucault*, Harvester Wheatsheaf, London 1991.

¹⁵ Cfr. D. Melossi, M. Pavarini, *Carcere e fabbrica: alle origini del sistema penitenziario, 16.-19. secolo*, Il Mulino, Bologna 1979; M. Ignatieff, *Le origini del penitenziario: sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese, 1750-1850*, A. Mondadori, Milano 1982; M. Pavarini, *I nuovi confini della penalità. Introduzione alla sociologia della pena*, Martina, Bologna 1996²; E. Santoro, *Carcere e società*, Giappichelli, Torino 2004².

politica di dislocazione *extra moenia* dei soggetti pericolosi. L'esigenza del gettar fuori, dell'espellere, dell'eliminare non è insomma cancellata alla radice e sostituita dall'umanitarismo eticistico della rieducazione. Se quest'ultima corrisponde alle esigenze di una governamentale 'riconduzione al centro' dei soggetti periferici, la prima resta viva e vitale in tutto l'arco della modernità perché l'integrazione di 'tutti' i soggetti è destinata a rimanere un obiettivo asintotico: cambiano le forme di vita e la fenomenologia del conflitto, mutano i confini dell'inclusione e dell'esclusione, ma non viene interrotta una volta per tutte la dinamica dell'espulsione e torna a proporsi sempre di nuovo la contrapposizione fra il 'dentro' e il 'fuori', fra la sicurezza e il rischio, fra l'incolumità e l'aggressione¹⁶.

La dinamica eliminatoria ed espulsiva appartiene all'immaginario penale moderno non meno delle ideologie della rieducazione e dell'integrazione. Sarebbe d'altronde difficilmente comprensibile la perdurante fascinazione della pena di morte, vigente in moltissimi paesi ancora nel secondo dopoguerra e anche oggi tutt'altro che scomparsa, nonostante i crescenti successi delle campagne abolizioniste (valgano solo alcuni dati esemplificativi: in Francia, l'abolizione della pena di morte è del 1981 e in Inghilterra l'ultima condanna a morte è del 1965; ed è appena il caso di ricordare che, fuori d'Europa, in un paese che sarebbe difficile considerare 'arcaico' – gli Stati Uniti d'America – la pena di morte continua ad essere prevista e il problema della sua abolizione è ancora sostanzialmente aperto). Nessuna pena meglio della morte, infatti, realizza il risultato dell'espulsione definitiva, della eliminazione *tout court*, del reo. Certo, è possibile optare per pene più miti. Non basta però la 'dolcezza' delle pene per rimuovere dal sistema penale (e dall'immaginario che lo sorregge e lo legittima) ogni valenza espulsiva: una valenza che si manifesta con chiarezza nella modernità penale *in statu nascenti*, ma non viene cancellata, bensì solo affiancata (o oscurata) dall'ideologia umanitaria e integrazionista della 'rieducazione'.

Nel nostro presente, peraltro, la dinamica espulsiva torna allo scoperto e si mostra con particolare evidenza. Le cause sono molteplici. Per un verso, la crisi dello Stato sociale ha dissuaso dal premere sul pedale dell'integrazione, introducendo una cesura in quella parabola 'governamentale' che dallo Stato amministrativo tardo-ottocentesco perveniva fino allo *welfare state* del secondo dopoguerra. Per un altro verso, è mutata la geografia dell'inclusione e dell'esclusione, dal momento che

¹⁶ Cfr. le importanti pagine di M. Pavarini, *Il 'grottesco' della penologia contemporanea*, in U. Curi, G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Donzelli, Roma 2002, pp. 255-303 (ivi bibl.).

l'imponente fenomeno dei migranti ha creato (al contempo) l'immagine di una nuova *classe dangereuse* e la realtà di un nuovo esercito industriale di riserva. Infine, se pure resistono ancora dottrine e pratiche ispirate all'ideale della rieducazione e risocializzazione dei soggetti¹⁷, acquista un rilievo crescente il tema della sicurezza e torna ad essere drammatizzata la contrapposizione fra il 'dentro' e il 'fuori', fra i cittadini *pleno iure* e i soggetti estranei e (potenzialmente o attualmente) pericolosi.

È in questo orizzonte che conviene collocare una recente e fortunata distinzione, che esprime plasticamente l'esistenza di due diverse strategie compresenti nel penale odierno: la distinzione fra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico. Per Günther Jakobs, l'ordinamento penale adotta strategie diverse a seconda dei soggetti con i quali viene a contatto: se li ritiene 'affidabili', responsabili e abitualmente rispettosi delle regole e dei valori socialmente condivisi, allora è disposto a considerare la loro trasgressione come un'occasionale *defaillance*; se invece li giudica infidi e pericolosi perché appartenenti a 'mondi di vita' incompatibili con l'assetto sociale esistente, non può applicare ad essi le regole del 'diritto eguale', pena la messa a rischio della sicurezza dei (buoni) cittadini¹⁸.

La distinzione di Jakobs sembra corrispondere, sul piano descrittivo, a una tendenza effettivamente diffusa. Sono ormai molti gli ordinamenti che ritengono necessario varare una legislazione di emergenza (volta a fronteggiare, non soltanto ma soprattutto, i fenomeni del terrorismo e dell'immigrazione) che esaspera le sanzioni, enfatizza i meri atti preparatori, impiega formulazioni normative

¹⁷ Cfr. L. Wacquant, *Parola d'ordine: tolleranza zero*, Feltrinelli, Milano 2000; A. De Giorgi, *Zero Tolleranza. Strategie e pratiche della società di controllo*, DeriveApprodi, Roma 2000; A. De Giorgi, *Il governo dell'eccedenza. Postfordismo e controllo della moltitudine*, Ombre Corte, Verona 2002 (ivi D. Melossi, *Discussione a mo' di prefazione: carcere, postfordismo e ciclo di produzione della 'canaglia'*, pp. 7-24); G. Portilla Contreras, *La configuración del 'homo sacer' como expresión de los nuevos modelos del Derecho penal imperial*, in *Serta. In memoriam Alexandri Baratta*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2004, pp. 1401-1423. Cfr. anche J. Young, *Demonization and the Creation of Monstrosity: Late Modernity and the Dynamics of Social Exclusion*, in A. De Giorgi (a cura di), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*, Pensa Multimedia, Lecce 2002, pp. 593-611.

¹⁸ G. Jacobs, *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo*, in G. Jacobs, M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Civitas Ediciones, Madrid 2003, pp. 19-56. Cfr. le considerazioni critiche di M. Cancio Meliá, *'Derecho penal' del enemigo?*, ivi, pp. 57-102, di E.D. Crespo, *Del 'derecho penal liberal' al 'derecho penal del enemigo'*, in *Serta*, cit., pp. 1027-1053, di M.L. Maqueda Abreu, *Política de seguridad y estado de derecho*, in *Serta*, cit., pp. 1287-1298 e degli autori dei saggi raccolti in «Questione giustizia», 4 (*Verso un diritto penale del nemico?*), 2006. Un'analisi interessante e originale della figura del 'nemico' nel quadro delle strategie penali è offerta dalla dissertazione dottorale (ancora inedita) di Federica Resta (F. Resta, *Reus, inimicus, hostis. Diritto penale e logiche dell'ostilità*). Devo la lettura del testo alla cortesia dell'autrice.

largamente indeterminate, riduce le garanzie¹⁹, adotta insomma la politica del doppio binario (un'edizione aggiornata di quel doppio livello di legalità già praticato dagli apparati di giustizia ottocenteschi²⁰): distingue rigidamente fra il 'fuori' e il 'dentro', individua i propri 'nemici', procede per via breve contro di essi, mette in parentesi l'ottocentesco ideale della rieducazione-integrazione e mira a neutralizzare il pericoloso 'estraneo' in funzione della sicurezza dei (buoni) cittadini²¹.

La distinzione fra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico sembra dunque corrispondere effettivamente a una politica criminale oggi diffusa in Occidente, anche se resta ovviamente impregiudicata la valutazione di essa alla luce dei principi di quel *Rechtsstaat* costituzionale che costituisce il modello di riferimento delle odierne democrazie. Ciò che preme ribadire è comunque che la distinzione fra il diritto penale del cittadino e il diritto penale del nemico non è l'ultimo grido della politica criminale, ma è al contrario soltanto la più recente manifestazione di una classificazione dicotomica dei soggetti e di una dinamica espulsiva profondamente iscritte nell'immaginario penale della modernità.

Certo, il penale moderno è una complicata galassia. Al centro di essa si colloca indubbiamente una grande dogmatica giuridica di ispirazione liberale e garantistica, per la quale veramente il codice è la *Magna Carta* del delinquente. Quando si guardi però all'area del penale nel suo complesso (dalla filosofia del diritto penale alla politica criminale, all'ordinamento penitenziario, fino al concreto e quotidiano governo dei soggetti) il quadro appare più aggrovigliato: ne vengono a far parte non solo norme, fatti e reati, ma anche soggetti; e con i soggetti tornano a farsi sentire le differenziazioni e i dispositivi di esclusione, i pre-giudizi antropologici e le metafore ossessive. L'area del penale finisce allora per essere attraversata da una ricorrente dicotomia; una dicotomia, se si vuole, elementare e formale, ma proprio per questo efficace e tendenzialmente ubiquitaria, disponibile ad accogliere contenuti volta a volta diversi: la contrapposizione fra i soggetti 'dentro' e i soggetti 'fuori', fra i

¹⁹ F. Resta, *Nemici e criminali. Le logiche del controllo*, in «L'indice penale», IX, 2006, 1, pp. 210 sgg.

²⁰ Cfr. M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in *Storia d'Italia. Annali*, 14: *Legge Diritto Giustizia*, a cura di L. Violante, Einaudi, Torino 1998, pp. 485-551; L. Lacchè, *La giustizia per i galantuomini. Ordine e libertà nell'Italia liberale*, Giuffrè, Milano 1990. Al problema della legalità penale è dedicato l'intero volume 36 (*Principio di legalità e diritto penale*), 2007, dei «Quaderni Fiorentini».

²¹ Cfr., su queste recenti tendenze, E. Santoro, *Le politiche penali dell'era della globalizzazione*, in «Rassegna penitenziaria e criminologica», 2002, 3, pp. 75-97; E. Santoro, *Carcere e società liberale*, cit.; S. Ciappi, C. Panieri (a cura di), *Idoli della tribù. Pratiche della sicurezza e controllo sociale*, Manni, San Cesario di Lecce 2004; T. Pitch, *La società della prevenzione*, Carocci, Roma 2006.

'cittadini' e gli 'estranei', fra i (buoni) 'cittadini' e i soggetti (potenzialmente o attualmente) 'nemici'.

Ciò non significa che la dogmatica penalistica non abbia combattuto e non combatta la sua buona battaglia per il trionfo di un diritto penale 'eguale' o che questa battaglia sia stata improduttiva di effetti. È però anche vero, a mio avviso, che la tensione egualitaria del discorso giuridico moderno non è un dato, ma è un progetto e un obiettivo e deve fare i conti con strategie di governo e con strutture dell'immaginario che, pur variando a seconda dei contesti, introducono sempre di nuovo contrapposizioni dicotomiche fra classi di soggetti incompatibili e reclamano, in nome della sicurezza dei 'buoni', l'applicazione di dispositivi la cui efficacia difensiva viene misurata sulla loro capacità di eliminare ed espellere i pericolosi 'altri'.

3. *La violenza del 'sacro'*

I soggetti non si distribuiscono in modo uniforme nello spazio sociale: si raggruppano e si contrappongono variamente, lungo linee determinate dal mobile gioco dei bisogni vitali, degli interessi, dei rapporti di forza non meno che dalle credenze religiose, dalle visioni antropologiche, dalle convinzioni etiche. In questa inesauribile dinamica interattiva si sviluppano strategie di riconoscimento o di disconoscimento dell'altro: l'altro appare volta a volta prossimo o lontano, familiare od estraneo, posto al centro dello spazio sociale e membro accettato e valorizzato della comunità oppure collocato ai margini, relegato alla periferia della 'città', o addirittura estromesso e condannato a uno spazio 'esterno'.

Tanto è varia la fenomenologia storica dei processi di riconoscimento/disconoscimento dei soggetti, quanto è ricorrente la formazione di una dicotomia, di una linea di confine (mobile ma onnipresente) che attraversa lo spazio sociale e separa i soggetti in due gruppi nettamente differenziati. È con questa complicata geografia sociale che anche la politica criminale dell'Europa moderna ha dovuto fare i conti, adottandola e riformulandola a suo uso e consumo. Da un lato i (buoni) cittadini, dall'altro lato una classe di soggetti estranei e (potenzialmente o effettivamente) pericolosi: si tratta di difendere i primi dai secondi colpendo i comportamenti criminali con una pena che, a partire dal primo Ottocento, si è anche proposta lo scopo della rieducazione e dell'integrazione, ma non ha mai perduto in

realtà la sua più antica valenza: la neutralizzazione del pericolo attraverso l'espulsione del corpo estraneo.

A rendere possibile questo complicato processo di controllo dei soggetti non basta una sofisticata ingegneria politico-sociale: altre componenti entrano in gioco, che eccedono la logica utilitaria e autoconservativa di un dato gruppo sociale e le strategie machiavelliche di una determinata classe politica e affondano le radici in un terreno di simboli e miti dal quale nemmeno la modernità si è compiutamente distaccata.

È a questa altezza che il problema della secolarizzazione del penale nell'età moderna può essere riproposto. Si tratta in sostanza di interrogarsi sulle caratteristiche profonde dell'*humus* dalla quale dipendono le due ricorrenti strategie del penale: la contrapposizione fra i soggetti 'dentro' e i pericolosi 'estranei' e la componente espulsiva ed eliminativa dell'intervento punitivo.

In prima approssimazione, potremmo cercare una risposta senza allontanarsi troppo dallo schema 'classico' attraverso il quale siamo abituati a pensare l'ingresso del penale nella modernità: potremmo sostenere cioè che quel processo di secolarizzazione, che ha trasformato i principali istituti e i concetti-chiave del sapere giuridico penalistico sospingendoli fuori dall'alveo della teologia cristiana, investe anche le componenti basilari dell'immaginario penale strappandole all'atmosfera religiosa nella quale esse erano precedentemente immerse.

In questa prospettiva, la dicotomia 'dentro/fuori' e le strategie 'espulsive' ancora presenti nella modernità penale potrebbero essere presentate come la sedimentazione secolarizzata, de-cristianizzata di quella retorica che nella tradizione cristiana opponeva all'unità e all'integrità della *Ecclesia* la scandalosa rottura dell'eresia. In quella tradizione, l'opposizione fra il 'dentro' e il 'fuori' non potrebbe essere più forte: fino dalla prima letteratura patristica fioriscono le metafore militari, nella drammatizzazione di una guerra che oppone il bene al male, la salvezza alla perdizione e coinvolge la vita secolare non meno che il destino ultimo degli esseri umani²². L'eretico è un criminale che spezza l'unità della Chiesa e la *excommunicatio*²³ è il provvedimento che 'getta fuori' il trasgressore, lo bandisce, lo relega in un luogo separato ed esterno. Né si pensi che la simbolica

²² R. Maceratini, *Ricerche sullo status giuridico dell'eretico nel diritto romano-cristiano e nel diritto canonico classico (da Graziano ad Ugucione)*, Cedam, Padova 1994; Id., *La glossa ordinaria al Decreto di Graziano e la glossa di Accursio al Codice di Giustiniano: una ricerca sullo status giuridico degli eretici*, Università degli Studi di Trento, Trento 2003.

²³ Cfr. J. Zeliauskas, *De excommunicatione vitata apud glossatores (1140-1350)*, Pas Verlag, Zürich 1967.

dell'estromissione del membro dal corpo resti chiusa entro il recinto della teologia. La teologia del corpo (della Chiesa come corpo) è al contempo ecclesiologia e teologia politica così come la pena canonica della *excommunicatio* e la pena civile del *bannum* presentano, sì, premesse e a sviluppi diversi, ma non appartengono a sfere di realtà prive di contatti e traggono entrambe alimento da un comune *thesaurus* di simboli. È in questa logica che, ad esempio, Tommaso d'Aquino fonda il diritto di punire: sostenendo il diritto della comunità di eliminare un proprio membro «periculosus» e «corruptivus» che metta a repentaglio l'integrità del corpo²⁴.

Eliminare il membro corrotto, o almeno 'gettarlo fuori' dalla comunità, è un gesto che nella tradizione medievale si nutre di associazioni schiettamente religiose e specificamente cristiane che la secolarizzazione moderna interrompe, pur accogliendo dal passato (potremmo dire) il nucleo 'razionale', il messaggio essenziale, della metafora antica. Si perde per strada l'antico simbolo degli eletti e dei salvati, si rinuncia all'associazione fra crimine e peccato, ma restano in piedi, riproposte in un contesto radicalmente 'laico', la contrapposizione fra due mondi (i buoni cittadini e i soggetti *extra moenia*) e la dinamica espulsiva della *excommunicatio*: salvo che il valore di riferimento per entrambe non è più la salvifica verità cristiana e la *debellatio* del peccato, ma è il valore meramente mondano della sicurezza e la neutralizzazione dell'aggressore.

In effetti, credo che un siffatto schema ricostruttivo sia plausibile nella misura in cui collega la secolarizzazione con la de-cristianizzazione, con la progressiva marginalizzazione dei simboli cristiani. È però sufficiente constatare questo passaggio per concludere che la secolarizzazione coincide non solo con la de-cristianizzazione ma anche con l'eclissi del sacro nella società moderna? Credo invece che convenga interrogarsi sulla tenuta di questa doppia equazione e chiedersi se il sacro non possa essere assunto come una struttura di senso produttiva di effetti non soltanto nel medioevo cristiano, ma anche nel secolarizzato orizzonte della modernità.

Per sviluppare questa ipotesi occorre prendere sul serio la riflessione durkheimiana, come suggerisce Massimo Rosati in un suo recente lavoro²⁵. Secondo Durkheim, l'esistenza della società, la sua unità e la sua coesione richiedono il riferimento a principî che rendono possibile l'accordo e la reciproca convergenza dei

²⁴ Uccidere è male, osserva Tommaso. Dato che però il criminale «decidit a dignitate humana», perde la sua 'dignitas', il suo valore di uomo, ucciderlo è «sicut occidere bestiam» (Tommaso d'Aquino, *Summa teologiae*, Editiones Paulinae, Roma 1962, II, II q. 64, a.2; II, II, q.11, a.3).

²⁵ M. Rosati, *Solidarietà e sacro*, Laterza, Roma-Bari 2002.

soggetti, ma non sono ‘decisi’ o concordati, bensì valgono per tutti i membri della società come le indiscusse coordinate del loro agire. Si danno dunque in ogni società convinzioni condivise che costituiscono l’alveo entro il quale l’interazione sociale si sviluppa e prende forma. Queste convinzioni non sono il frutto di calcoli utilitaristici o di dimostrazioni razionali né si prestano a essere verificate o falsificate, ma si impongono sui soggetti con la forza incondizionata e condizionante di una verità ‘sacra’. Il sacro diviene allora in questa prospettiva la «grammatica profonda della società»²⁶, la condizione che permette la trasmutazione di un pulviscolo di innumerevoli azioni individuali nell’unità coesa di una società organizzata.

Assunto il sacro come l’insieme delle convinzioni e rappresentazioni che impedisce la dissoluzione della società e imprime una struttura e un ordine all’interazione dei soggetti, il passaggio da un tipo di società a un altro, i cambiamenti intervenuti nei contenuti delle credenze non bastano a indebolire l’incidenza del sacro sulla dinamica sociale. Nemmeno la nascita della società moderna, pur con tutta la sua dirompente novità – il trionfo dell’individuo e dei suoi diritti – è per Durkheim un fenomeno capace di spezzare il cerchio di una sacralità che continua a investire i fondamenti del vivere comune non diversamente da quanto accadeva nelle società tradizionali. È vero che nella società moderna l’aura religiosa che circondava numerose istituzioni si è dissolta; ma è anche vero che in essa l’individuo «diventa oggetto di una specie di religione. Abbiamo per la dignità della persona un culto che – come ogni culto fortemente sentito – ha già le sue superstizioni»²⁷.

In una prospettiva durkheimiana, quindi, è corretto presentare la società moderna come una società secolarizzata in quanto largamente de-cristianizzata, a patto però di non far coincidere la secolarizzazione con l’esaurimento di quella valenza sacrale che si sprigiona dal fondo di ogni società, anche della società moderna, pur nel mutare dei simboli e dei contenuti. Non basta quindi, in questa prospettiva, registrare, weberianamente, il moderno ‘disincanto’ e nemmeno ipotizzare, come pure Weber non manca di fare, un possibile ‘ritorno degli dèi’ fra noi. Occorre piuttosto cogliere, pur nei secolarizzati simboli della modernità, quell’investimento religioso necessario a fare di essi l’indiscusso orizzonte di senso, e criterio di ordinamento, della dinamica sociale.

²⁶ Ivi, p. 75.

²⁷ E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, intr. di A. Pizzorno, Ed. di Comunità, Milano 1971, pp. 182-83. Cfr. M. Borlandi, A. Borsari (a cura di), *Emile Durkheim: società, sacro, individuo*, Bruno Mondadori, Milano 1998; R. Marra, *La religione dei diritti. Durkheim – Jellinek – Weber*, Giappichelli, Torino 2006, pp. 3-56.

Per un sociologo come Durkheim, così come per un'antropologa come Mary Douglas, il sacro è l'insieme dei principî ultimi intorno ai quali una società (la società arcaica come la società moderna) si struttura, prende forma, si organizza. È dalla «durata, imperatività, autoevidenza» dei suoi simboli 'sacri' che dipendono il funzionamento e l'effetto 'securizzante' delle istituzioni²⁸. Come scrive Mary Douglas, «il sacro promana da punti salienti allo scopo di difendere tutte le classificazioni e le teorie che sono alla base delle istituzioni»²⁹

Dell'effetto strutturante e rassicurante delle istituzioni, e dell'aura sacrale che le avvolge e le alimenta, l'area del penale offre precisi riscontri. Per Durkheim il sistema penale è un prezioso indicatore della dinamica sociale e svolge una funzione basilare nell'assicurarne la coesione e contrastare le spinte centrifughe. Proprio per questo egli relativizza l'opposizione (un *topos* della storiografia penale tradizionale) fra la pena come vendetta, appannaggio di una visione e di una pratica 'arcaica' della giustizia penale, e la pena come prevenzione, emblema di una modernità penale ispirata a un'asettica razionalità utilitaria. In realtà, anche nell'antica vendetta emergevano, per Durkheim, oscure istanze di 'autodifesa sociale', mentre permangono, nella moderna sensibilità penale, immagini di espiazione e vendetta, che, apparentemente irrazionali, non fanno in realtà che esprimere la convinzione collettiva che «la società è qualcosa di superiore all'individuo»³⁰.

Espressione dell'immanente sacertà del vincolo sociale, il penale (tanto arcaico quanto moderno) presenta la singolare caratteristica di difendere e rafforzare la coesione sociale sviluppandosi intorno a un'essenziale dicotomia: quell'opposizione fra il 'dentro' e il 'fuori', fra i (buoni) cittadini e i criminali che la modernità (come ricordavo) ha, in qualche momento, oscurato, ma non ha mai definitivamente rimosso. È questa opposizione costitutiva del penale l'*humus* sacrale dalla quale il meccanismo punitivo trae un'inesauribile forza.

Funzionale all'obiettivo della sicurezza, disegnato per bloccare la violenza distruttiva del *bellum omnium*, il penale, anche il penale moderno, rafforza la coesione sociale nella misura in cui 'getta fuori' (o almeno 'tiene a distanza') i trasgressori. Per René Girard è anzi proprio nel meccanismo espulsivo e sacrificale, piuttosto che nella fondazione di simboli coesivi, che il sacro manifesta la sua potenza. L'ordine viene a prodursi in quanto la violenza è posta ai margini facendo

²⁸ R. Escobar, *Metamorfosi della paura*, Il Mulino, Bologna 1997, p. 129.

²⁹ M. Douglas, *Come pensano le istituzioni*, Il Mulino, Bologna 1990, p. 169.

³⁰ E. Durkheim, *La divisione del lavoro sociale*, cit., p. 120. Cfr. E. Santoro, *Carcere e società*, cit., pp. 26 sgg.

ricorso a una vittima sostitutiva che concentri su di sé la violenza diffusa nella dinamica intersoggettiva. La dimensione espulsiva continua a costituire la teleologia profonda della pena. Quest'ultima infatti, nonostante le profonde, e certo non irrilevanti, trasformazioni culturali e istituzionali che hanno reso possibile l'introduzione di riti processuali formalizzati e razionalizzati, ripete in sé l'originario meccanismo vittimario: impiega la violenza per spostarla ai margini della società, esorcizzandola nel momento in cui conferisce ad essa la massima visibilità³¹.

La sacertà del vincolo che fa di una società un'unità coesa e solidale (nel senso durkheimiano del termine) interviene al contempo per segnare nette e inequivocabili linee di confine: è sacro (indiscusso e cogente) il vincolo che unisce un gruppo di soggetti non meno dell'interdetto che separa, espelle od elimina altri individui. Nella prospettiva antropologica di Mary Douglas, è il nesso, squisitamente religioso, fra contaminazione e tabù a intervenire nella dinamica sociale rendendo possibile, al contempo, l'ordine e l'esclusione. La società si pensa attraverso qualcosa che la delimita: si pensa attraverso i propri confini e i propri margini. Opponendo il puro all'impuro, l'integro al contaminato, la società si garantisce la propria coesione e il proprio funzionamento: «le idee di separazione, purificazione, demarcazione e punizione delle trasgressioni [svolgono] come funzione principale quella di sistematizzare un'esperienza di per sé disordinata»³². La società si struttura intorno a una immagine capace «di controllare o di spingere gli uomini all'azione. Questa immagine è dotata di forma, di confini esterni, di margini, di una struttura interna. Ogni esperienza che l'uomo ha di struttura, margini o confini è pronta ad essere adoperata come simbolo della società»³³.

L'ordine è garantito, al contempo, dalla fissazione dei confini (fra il puro e l'impuro, fra i buoni cittadini e i trasgressori, fra il 'dentro' e il 'fuori') e dai dispositivi che provvedono all'espulsione dei trasgressori. «Dove c'è lo sporco c'è

³¹ Cfr. R. Girard, *La violenza e il sacro*, Adelphi, Milano 1980 e R. Girard, *Il capro espiatorio*, Adelphi, Milano 2002³. Cfr. in proposito le osservazioni di L. Alfieri, *Dal conflitto dei doppi alla trascendenza giudiziaria. Il problema politico e giuridico in René Girard*, Giulio M. Chiodi (a cura di), *L'immaginario e il potere. Miti, simboli e politica*, Giappichelli, Torino 1992, pp. 21-58 e di M. Rosati, *Solidarietà e sacro*, cit., pp. 40 sgg. Cfr. anche R. Girard, *Origine della cultura e fine della storia. Dialoghi con P. Antonello e J.C. de Castro Rocha*, Raffaello Cortina, Milano 2003. Una suggestiva analisi del penale alla luce dell'antropologia girardiana in Ch. N. Robert, *L'impératif sacrificiel*, Editions d'en bas, Lausanne 1986. Sul nesso 'sovranità-sacertà-espulsione' è importante G. Agamben, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Einaudi, Torino 1995. Un'applicazione della teoria del capro espiatorio in G. Bonazzi, *Colpa e potere. Sull'uso politico del Capro Espiatorio*, Il Mulino, Bologna 1983.

³² M. Douglas, *Purezza e pericolo. Un'analisi dei concetti di contaminazione e tabù*, Il Mulino, 1975, p. 23.

³³ Ivi, p. 177.

il sistema. Lo sporco è il sottoprodotto di un'ordinazione e di una classificazione sistematica delle cose, così come l'ordine comprende il rifiuto di elementi estranei»³⁴.

La società produce i propri simboli di coesione non meno dei propri dispositivi di esclusione: produce, come scrive Eligio Resta, «la 'malattia' e il suo rimedio, il veleno e l'antidoto», la violenza e la cura violenta della violenza stessa. L'illuminismo penale non spezza questo cerchio e tuttavia si adopera per impedire che un eccesso di violenza punitiva trasformi il farmaco in veleno³⁵.

In questa prospettiva, l'illuminismo penale, e le trasformazioni da esso indotte nella dottrina e nella pratica penalistica, acquistano forse una maggiore profondità di campo e si sottraggono al rischio di un'ideologica apologia o di un'altrettanto ideologica denigrazione.

Illuminismo, secolarizzazione e modernità si connettono strettamente segnando un'indiscutibile cesura nella storia del penale. È in una congiuntura segnata dal nesso fra la (blumenberghiana) autodeterminazione dei soggetti e l'indebolimento delle appartenenze e delle obbedienze confessionali che si vengono formando e affermando i principi portanti del diritto penale moderno, dal principio di legalità all'eguaglianza giuridica dei soggetti. Al contempo, però, in un'area più vasta di quella controllata dalla dogmatica penalistica, nell'immaginario penale come nel quotidiano 'governo' della società, mantengono il loro vigore strutture dicotomiche e dispositivi di esclusione già operanti *ab antiquo*. Questi meccanismi profondi non vengono cancellati dalla modernità: vengono piuttosto accolti, trasformati e riproposti secondo gli schemi più congeniali a una società profondamente mutata. Su questi meccanismi la secolarizzazione-decristianizzazione non incide in modo determinante, dal momento che la loro 'sacertà' non dipende dall'adesione a uno specifico credo religioso, ma coincide con la grammatica profonda della società, con il fondamento non contrattuale della sua dinamica.

'Sacro' è in questa prospettiva tanto il vincolo che stringe i soggetti a una determinata forma di società quanto l'impulso a segnare confini, a sancire separazioni, a espellere e a eliminare gli elementi pericolosi, impuri, dis-ordinanti. È con questa dinamica profonda della società che l'illuminismo penale è chiamato a confrontarsi. Se l'illuminismo coincidesse con la de-cristianizzazione del penale esso sarebbe un capitolo storicamente concluso. Se invece riteniamo ancora aperta

³⁴ Ivi, p. 65.

³⁵ E. Resta, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 100-101. Cfr. anche E. Resta, *La certezza e la speranza*, Laterza, Roma-Bari 1996.

la partita che ha come posta in gioco il controllo ‘razionale’ della violenza, il suo impiego come farmaco sempre esposto al rischio di trasformarsi in veleno, l’illuminismo non è solo un ricordo, ma è anche un progetto: quel progetto di ‘incivilimento del penale’ imperniato, come voleva Mario Sbriccoli, sul rispetto delle libertà fondamentali e delle garanzie processuali e sulla realizzazione di un «sistema punitivo minimo»³⁶.

Solo se consapevole della ‘violenza del sacro’, delle sue perentorie dicotomie, delle sue antiche e sempre nuove strategie di vittimizzazione e di espulsione, l’illuminismo penale diviene capace di guardarsi allo specchio cogliendo, al contempo, l’importanza decisiva del suo progetto e la tragica fragilità dei suoi strumenti.

³⁶ M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi (a cura di), *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, Bologna-Berlin, Il Mulino-Duncker & Humblot 2001, p. 354.

Parte II: Storia della storiografia

STORIOGRAFIA GIURIDICA E STORIA MEDIEVALE:
CONVERGENZE E DIVERGENZE

1. *Cenni introduttivi*

Parlare dei rapporti fra storiografia giuridica e storia medievale (individuare i loro punti di intersezione e i loro confini) significa in sostanza interrogarsi sulle “identità” delle due discipline, sulla definizione del loro oggetto, sulle metodologie adottate: sulla costituzione di un sapere disciplinare incidono infatti in modo decisivo gli incontri e gli scontri con i saperi vicini. Non posso però propormi una ricostruzione esaustiva delle due discipline in un periodo decisivo per la loro formazione (il periodo compreso fra la nascita dello Stato italiano e la Prima guerra mondiale)¹. Mi limiterò quindi a richiamare l’attenzione su alcuni profili tematici in qualche modo esemplari: rappresentativi (*pars pro toto*) dei contatti e degli scambi intervenuti fra la storiografia giuridica e la medievistica.

Certo, parlare di identità per queste due discipline nei primi decenni postunitari può sembrare una forzatura anacronistica: la medievistica non ha ancora un suo preciso riconoscimento istituzionale e la storiografia giuridica lo viene trovando non senza difficoltà. E sappiamo dai lavori di Mauro Moretti² quanto sia stretto il rapporto fra l’identità culturale delle discipline e l’organizzazione della ricerca e della didattica. Cionondimeno, credo che sia comunque possibile cogliere, *in statu nascenti*, gli orientamenti che permetteranno alle due discipline di entrare in contatto.

Le novità relative all’organizzazione istituzionale dei saperi sono peraltro solo un aspetto della profonda trasformazione cui va incontro l’Italia a partire dalla fondazione del nuovo Stato. Come l’aspettativa dell’unificazione politica del paese aveva inciso profondamente, negli anni del Risorgimento, sulla rappresentazione del passato (e del suo rapporto con il presente), così il raggiungimento di quell’obiettivo non poteva lasciare indifferenti gli storici e i giuristi chiamati a definire, nel nuovo

¹ Sulla storia della storiografia giuridica si vedano B. Paradisi, *Il problema della storia del diritto*; B. Paradisi, *Gli studi di storia del diritto*; A. Mazzacane, *Scienza e nazione*.

² M. Moretti, *Note su storia e storici*, pp. 83 sgg.; M. Moretti, *Storici accademici e insegnamento superiore*; M. Moretti, *Carlo Cipolla, Pasquale Villari*; M. Moretti, *Scuola, scienza e università*.

P. Costa, *Storiografia giuridica e storia medievale: convergenze e divergenze*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_11, pp. 62-92.

Orig. in *Agli inizi della storiografia medievistica in Italia*, a cura di Roberto Delle Donne, Federico II University Press 2020, pp. 35-67.

scenario, le caratteristiche e il ruolo delle loro discipline. Non è quindi sorprendente che fra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del secolo successivo tanto la storiografia giuridica quanto la medievistica riflettessero intensamente sul metodo e sull'oggetto delle loro ricerche. Ciò che semmai può apparire singolare è che proprio i contatti fra i due saperi fornissero a entrambi un'occasione preziosa per mettere a punto le loro specificità.

2. *Convergenze e divergenze nell'impiego di uno strumento: l'“istituto giuridico”*

Una scelta condivisa precocemente dalla medievistica politica e dalla storiografia giuridica è la propensione ad assumere come profilo caratterizzante del lavoro storiografico lo studio dei dati testuali, la ricostruzione puntuale, filologica, delle risultanze documentali. È condivisa l'insofferenza nei confronti del recente passato, prodigo di narrazioni storiografiche pervase dal pathos etico-politico risorgimentale, ma sostenute da un insufficiente apparato probatorio; ed è condivisa l'ammirazione per la Scuola storica, per l'imponente lavoro di scavo e di edizioni di fonti stimolato da Savigny, da Eichhorn e dai loro allievi.

Per gli storici del diritto interviene però anche un più specifico motivo di disagio nei confronti del recente passato della disciplina e del ruolo ad essa attribuito nelle Facoltà giuridiche nei primi anni post-unitari.

Con la legge Casati del 1859 e con il regolamento attuativo varato dal ministro Mamiani nel 1860, la storia del diritto era insegnata in stretto collegamento con la filosofia giuridica e con la comparazione né le cose migliorano con la legge Matteucci (e con il successivo regolamento Natoli), che prevedeva un unico insegnamento di “Introduzione allo studio delle scienze giuridiche e storia del diritto”. Occorre attendere il regolamento Bonghi del 1875 e poi il regolamento Coppino del 1885 perché venga varato un autonomo corso storico-giuridico, con la dizione di “Storia del diritto italiano, dalle invasioni barbariche ai nostri giorni”³.

Il mutamento di denominazione non è casuale o irrilevante, ma è il riconoscimento istituzionale della fine di un legame, che la nuova storia giuridica considerava ormai pericoloso e soffocante, con un giusrazionalismo convinto di poter individuare, riflessi nelle più diverse epoche e contesti storici, i tratti universali e i principi immutabili del diritto. È di questa ingombrante eredità (prima ancora che delle ingenuità risorgimentali) che la nuova storiografia giuridica vuole sbarazzarsi

³ M. Martínez Neira, *Sobre los orígenes de la historia del derecho*, pp. 117-154.

ed il migliore antidoto è offerto da Savigny e dalla scuola storica (romanistica e germanistica). È ad essa che guardano gli storici del diritto, da Pertile a Schupfer, a Del Giudice e a tutti i loro allievi, unanimi nella convinzione di doversi dedicare, senza sommarie semplificazioni e frettolose generalizzazioni, ad una ricostruzione puntuale e documentata delle esperienze giuridiche trascorse.

Pur se con motivazioni almeno in parte diverse, dunque, la storiografia giuridica e la medievistica politica approdano al porto sicuro di un metodo storico-filologico i cui meriti erano comprovati dalle notevoli prestazioni della storiografia tedesca (e le università tedesche saranno una meta obbligata di apprendistato intellettuale per i giuristi come per gli storici almeno fino alla Prima guerra mondiale, e anche oltre⁴). Entrambe le discipline prestano quindi il fianco alla mordace critica di Croce: che dichiara di apprezzare la laboriosità e la probità degli storici dell'Italia post-unitaria, ma ne stigmatizza la timidità intellettuale, di contro all'audacia e al respiro ideale della cultura risorgimentale. «Sembra quasi – scriveva Croce – che a una generazione d'uomini gagliardamente pensanti sia succeduta una di non pensanti o poco pensanti, sebbene forniti di ordinate biblioteche e d'istrumenti da scrivere»⁵.

In realtà, Croce coglieva, sì, un tratto caratteristico (se si vuole, un punto debole) della storiografia postunitaria, ma finiva per ingigantirne la portata e per offrire un'immagine riduttiva di un ambiente culturale vario e vivace: un ambiente sempre più dominato da un orientamento – il positivismo – che, se per Croce era semplicemente la negazione della filosofia, era ricco di proposte che investivano ogni aspetto delle scienze umane e sociali. Gli storici che per Croce erano «non pensanti» erano al contrario “pensanti”: salvo che i loro “pensieri” erano intessuti di concetti che Croce avversava.

Certo, il messaggio che dalla galassia positivista perveniva agli storici era duplice o, se si vuole, ambivalente. Per semplificare il quadro, vorrei riferirmi a due significati di positivismo: vorrei dire, un significato “debole” e un significato “forte”.

Il positivismo in senso debole esalta, contro i voli pindarici della metafisica, l'empiria, la fattualità (e la certezza che ne consegue), ma tende a identificare il “fatto” con il “documento” e finisce semplicemente per confermare l'orientamento “filologico” della storiografia. Del significato “debole” è ancora un eloquente testimone Pietro Egidi quando, negli anni Venti del Novecento, delinea un nitido quadro della medievistica italiana. Anch'egli, come Croce, ricorda che il tratto

⁴ Si veda G. Cianferotti, *1914. Le università italiane e la Germania*, pp. 61-134.

⁵ B. Croce, *Storia della storiografia italiana*, vol. II, p. 97. Si vedano O. Capitani, *Croce e il Medioevo*; P. Cavina, *Di un “sottile equivoco”*.

dominante della storiografia, dagli anni Sessanta dell'Ottocento al 1890, è l'erudizione, l'analisi del documento, contro lo «spirito filosofico» dell'Italia pre-unitaria, e riconduce questa scelta non alla Scuola storica, ma al positivismo. La storia «diventa positivista. Gli studiosi si danno febbrilmente alla ricerca dei dati positivi, dei fatti, e cioè dei documenti che di essi sono i testimoni»⁶. Positivismo significa, sì, ricerca, del fatto, ma il fatto, a sua volta, sembra coincidere senza residui con il documento. Positivismo e filologismo finiscono per identificarsi.

Se Egidi imputa al positivismo, piuttosto che alla Scuola storica, il filologismo della storiografia, non pochi storici del diritto continuano a presentarsi come eredi dello storicismo savigniano e al contempo (e proprio per questo) dichiarano di trovarsi in sintonia con la nuova filosofia positiva. Valga l'esempio di un brillante storico del diritto, Biagio Brugi, che, dagli anni Ottanta ai primi decenni del Novecento, ha in più occasioni presentato il positivismo come lo sviluppo e il coronamento dello storicismo savigniano⁷. Certo, oggi sembrerebbe difficile sostenere la tesi di una sostanziale continuità fra Savigny e Comte, fra il *Volksgeist* e la *physique sociale*; e a maggior ragione un siffatto legame genealogico apparirebbe improbabile se tenessimo presenti gli esiti formalistici della riflessione savigniana di contro alla riduzione positivista del diritto a funzione sociale.

Se però ai nostri orecchi suona bizzarro presentare Savigny come un precursore di Comte o di Spencer, nella prospettiva della storiografia giuridica di fine Ottocento la tesi di un "inveramento" positivistico dello storicismo savigniano sta in piedi da due punti di vista: da un lato, perché lo storicismo e il positivismo vengono collegati fra loro in quanto alleati nella lotta contro il medesimo nemico – la metafisica, le astrazioni, gli immortali principî, i diritti naturali – e, dall'altro lato, perché viene utilizzato un significato "debole" di positivismo (cui anche Egidi si riferiva); il positivismo come celebrazione, sì, del "fatto", ma di un fatto che, per lo storico, non sembra distinguersi dal documento che ne rende possibile l'accertamento. Nell'avversione alla "metafisica" e nel culto del documento storicismo e positivismo (in senso debole) si danno quindi la mano e sembrano esaurirsi (come voleva Croce) nella messa al bando della filosofia, del "pensiero", dall'analisi storiografica.

Non è però soltanto il positivismo in senso debole ad essere accolto dalla storiografia. Esercita su di essa un crescente richiamo anche il positivismo in senso

⁶ P. Egidi, *La storia medioevale*, p. 4. Su Egidi si veda M. Moretti, *Appunti sulla storia della medievistica italiana*, pp. 156 sgg.

⁷ B. Brugi, *I romanisti della scuola storica*, pp. 151-67. Si vedano G. Marino, *Positivismo e giurisprudenza* e Francesco Marin, *'Germania docet'?*, pp. 133-59.

forte, che impedisce una troppo facile identificazione del fatto con il documento, della certezza con la filologia, e presenta il documento come uno strumento insostituibile della conoscenza storico-sociale, ma non come il suo oggetto primario. Sono i fatti (i fatti sociali, i rapporti intersoggettivi, il magma delle azioni e degli eventi) il continente sconosciuto da esplorare facendo tesoro delle testimonianze disponibili. Il positivismo in senso forte, insomma, trasforma la filologia da fine a mezzo e stimola la storiografia a riconcepirsi come uno degli organi di una nuova scienza della società.

Certo, il passaggio, entro la storiografia postunitaria, dal positivismo in senso debole al positivismo in senso forte non è un processo rapido e indolore: richiede, se non addirittura un mutamento di paradigma, certo un notevole sforzo di ripensamento del metodo e dell'oggetto della ricerca, ha bisogno di tempo per svilupparsi ed emerge in piena luce a cavallo dei due secoli. Non mancano però precoci dichiarazioni programmatiche, che attribuivano alla storiografia un nuovo e impegnativo statuto epistemologico.

Basti un richiamo al celebre saggio di Pasquale Villari, pubblicato nel 1866 nel «Politecnico». In esso viene evocato il nemico giurato di ogni storicismo e positivismo (debole e forte) – la metafisica – ma viene anche sviluppata una *pars construens*, fondata sul ruolo dell'esperimento. Se le scienze naturali hanno conseguito clamorosi successi, di contro alla sterile ripetitività delle logomachie filosofiche, grazie all'adozione del metodo galileiano, occorre che anche le scienze morali si aprano a una dimensione “sperimentale” e questa, per esse, coincide con il «metodo storico»: il positivismo «si riduce all'applicazione del metodo storico alle scienze morali, dando ad esso l'importanza medesima, che ha il metodo sperimentale nelle scienze naturali»⁸. Erano dunque indicati obiettivi ambiziosi, il cui raggiungimento postulava il superamento del “filologismo” deprecato da Croce, pur se in un'ottica – centrata sull'idea della storia come scienza, come conoscenza sperimentalmente comprovata della dinamica sociale – diametralmente opposta a quella crociana⁹.

È alla storiografia *tout court* che guardava il manifesto di Villari, ma in qualche misura le sue aspettative potevano essere indirizzate anche alla più appartata storiografia giuridica. Sono orientamenti condivisi l'avversione alla ‘metafisica’,

⁸ P. Villari, *La Filosofia Positiva ed il metodo storico*, p. 139.

⁹ Si vedano P. Villari, *La storia è una scienza?* e B. Croce-P. Villari, *Controversie sulla storia*. Salvemini (su cui si veda M. Moretti, *Il giovane Salvemini*) affronterà a sua volta il problema (G. Salvemini, *La storia considerata come scienza*), cui risponderà B. Croce, *La storia considerata come scienza*.

l'adesione allo storicismo della Scuola storica e infine la tendenza a un graduale passaggio dal positivismo in senso debole al positivismo in senso forte; ed è proprio questo passaggio che favorisce, almeno sul piano delle intenzioni programmatiche, il contatto fra discipline diverse: fra il sapere giuridico e le nuove scienze sociali e infine fra la storiografia giuridica e la medievistica politica.

Lo scrive, a chiare lettere, Antonio Pertile in un trattato generalmente presentato come uno dei principali atti di fondazione di una storiografia giuridica ormai lontana dai modelli risorgimentali: la «storia civile» (come egli chiama la storiografia che diremmo “politica”) è indispensabile allo storico del diritto perché «ci addomestica colle condizioni generali de' tempi, e ci dà i criteri per giudicare i fatti su cui la nostra scienza lavora; anzi una storia del diritto non è possibile senza un'esatta conoscenza della storia civile»¹⁰. È però vero anche il reciproco: alla storia «civile» serve la storia del diritto; serve «come di base e di complemento, investigando nella vita interiore e come a dire nei lari domestici, le condizioni de' popoli, di cui la storia civile descrive le gesta esteriori. Le quali investigazioni sono tanto più importanti, quanto queste gesta medesime bene spesso trovano in esse la loro ultima spiegazione»¹¹.

Integrare fra loro i diversi saperi per rendere possibile una conoscenza empiricamente fondata dei fenomeni storico-sociali: è questo uno dei punti di forza dell'agenda positivistica e la storiografia comincia a prenderlo sul serio. Divengono ricorrenti i richiami all'utilità degli scambi fra la «storia giuridica» e (per usare l'espressione di Pertile) la «storia civile». Al di là delle dichiarazioni programmatiche, occorre però chiedersi quale sia stato l'effettivo terreno d'incontro fra le due discipline.

Conviene muovere dalle penetranti osservazioni di Giovanni Tabacco¹² e di Enrico Artifoni¹³. Secondo Tabacco, ciò che sembra distinguere la storiografia giuridica dalla medievistica politica è che la prima, a differenza della seconda, «si atteggiava ad analisi di ciò che noi oggi diremmo le ‘strutture’ profonde del divenire di un popolo» e finiva per tradursi «in uno studio globale e puntuale di tutte le forme di vita pubblica e di vita privata, in tutti gli ambienti territoriali e sociali del medioevo italiano (...)»¹⁴. Nel corso del tempo però la distanza fra le due tradizioni storiografiche si riduce notevolmente proprio per l'azione stimolante esercitata sulla

¹⁰ A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. I, p. 13.

¹¹ *Ibidem*, p. 7.

¹² G. Tabacco, *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*, Torino 1979.

¹³ E. Artifoni, *Giovanni Tabacco*, pp. 47-62.

¹⁴ G. Tabacco, *Egemonie sociali*, pp. 33-34.

medievistica politica dalla storiografia giuridica, fino all'*exploit* della cosiddetta scuola economico-giuridica. E proprio uno dei suoi protagonisti, Gioacchino Volpe, riconosce l'importanza, per la medievistica, dei contributi degli storici del diritto: da Solmi a Salvioli, a Leicht, a Roberti, a Pivano¹⁵.

Le due tradizioni disciplinari non si limitano quindi a condividere i medesimi assunti (per intenderci, storicistici e poi positivistici, nei vari sensi del termine) e a procedere per linee parallele, ma si incontrano e si incrociano. Che cosa ciò rappresenti per la medievistica lo ha già detto Tabacco: uno stimolo per cogliere le "strutture profonde" della dinamica politica. Resta da chiedersi, in primo luogo, in che modo la storiografia giuridica abbia sollecitato in questa direzione la medievistica politica e, in secondo luogo, quali siano stati i limiti e gli esiti di questa operazione di *transplantating* interdisciplinare.

Mi sembra ipotizzabile una risposta che faccia leva sul concetto (semiotico) di *tematizzazione* e sulla nozione (giuridica) di *istituto*. Come è noto, non è possibile organizzare un discorso, e quindi anche una narrazione storiografica, senza attivare un implicito e/o esplicito processo di "tematizzazione": senza l'indicazione di un "che cosa", di un centro capace di ricondurre a sé, organizzare e gerarchizzare il flusso degli enunciati. Nemmeno la medievistica politica sfuggiva a questa regola e, necessariamente, "tematizzava" il flusso delle informazioni raccolte e trasmesse. È però anche vero che la sua tendenza alla celebrazione del documento come tale era inversamente proporzionale alla necessità di una stringente "tematizzazione". In sostanza, la crescente insoddisfazione verso il "filologismo" nasceva dal bisogno di porre al passato domande che ne favorissero l'esplorazione e rafforzassero la portata cognitiva della storiografia e la sua legittimazione culturale.

Da questo punto di vista, la condizione della storiografica giuridica era, almeno in parte, diversa. Finché essa si occupava di "storia delle fonti", non emergevano rilevanti differenze dal *modus procedendi* della medievistica politica. Accanto alla storia delle fonti, però, un oggetto di primaria importanza per lo storico del diritto era la storia degli *istituti*. Da Savigny lo storico del diritto non soltanto aveva appreso la lezione 'anti-metafisica' e il culto del documento, ma anche aveva tratto l'idea

¹⁵ G. Volpe, *Per la storia giuridica ed economica*, p. 6. In altra occasione Volpe auspica con forza il contatto e l'integrazione fra storici e giuristi, di contro all'attuale separazione che induce gli storici «dell'antichità classica e dei tempi più recenti» a «disinteressarsi delle costituzioni politiche e dei sistemi amministrativi o della struttura economica dei popoli (...) come se tutto questo non fosse parte integrale della ricerca storica, non fosse la storia stessa!» (G. Volpe, *Insegnamento superiore della storia*, p. 15).

dell'istituto giuridico¹⁶. Per Savigny, dal popolo promana il diritto e il diritto è una totalità complessa. Le sue articolazioni sono sub-sistemi normativi che trovano il loro punto di riferimento nei rapporti intersoggettivi che sono chiamati a regolare. La storia del diritto è innanzitutto storia di questi snodi, di queste articolazioni; è storia di istituti: storia di regole e, al contempo, di azioni regolate.

Di questa eredità savigniana si appropria il positivismo di fine secolo imprimendo ad essa una peculiare torsione: sottolineando il nesso inseparabile fra regole e azioni, fra norme e rapporti intersoggettivi, fra forma giuridica e sostanza economico-sociale. È in questo contesto che fioriscono gli studi storico-giuridici, ricordati da Volpe, che mettono a fuoco la proprietà fondiaria, le immunità, i contratti agrari; studi che “tematizzano” l'esperienza giuridica del passato, la organizzano intorno al concetto di istituto e al contempo richiamano l'attenzione sui rapporti economico-sociali gravitanti su di esso.

Tematizzare il passato facendo leva sul concetto di istituto: è questa la finestra attraverso la quale la storiografia giuridica fa intravedere alla medievistica coeva la possibilità di mettere a fuoco quelle che Tabacco ha chiamato «le “strutture” profonde del divenire di un popolo». Scatta la scintilla di un felice incontro interdisciplinare. La medievistica politica trova nell'analisi storico-giuridica degli istituti uno stimolo per rinnovare ed allargare le proprie strategie di tematizzazione del passato, mentre la storiografia giuridica, sensibilizzata dalla nuova filosofia positiva, è invitata a soffermare la sua attenzione sui fondamenti e sugli effetti socio-economici delle norme giuridiche.

La fecondità del contatto fra le due tradizioni disciplinari è indubbia. Conviene però anche interrogarsi sui precisi confini dell'area dell'*overlapping consensus*. È ancora il concetto di istituto a farceli intravedere.

Per il medievista, l'istituto è un utile strumento concettuale per mettere a fuoco (per tematizzare) uno snodo dell'interazione sociale allo scopo di descriverne la dinamica. Egli non ignora la dimensione normativa dell'istituto, ma ne sottolinea (in spontanea sintonia con la filosofia positiva) il carattere funzionale e sposta l'accento dalle regole alle azioni regolate. Anche lo storico del diritto, nel clima dell'imperante positivismo, è disposto a riconoscere lo stretto rapporto che intercorre fra le “forme” e le “forze” sociali (tanto per usare il titolo di uno scritto orlandiano), ma deve a sua volta fare i conti con un lascito determinante per l'identità della sua disciplina: lo storicismo di Savigny. Questi è, sì, il fondatore della Scuola storica, ma il suo

¹⁶ G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, p. 178.

storicismo ha molte facce: spazza via lo stato di natura e i diritti dell'uomo, ma non rinuncia affatto alla costruzione del sistema e anzi trova in esso il suo esito. Proprio per questo, l'istituto (per Savigny e per gli storici del diritto che non ne dimenticano la lezione) è una realtà complessa: è il prodotto e l'espressione del *Volk* e della sua storia, ma è al contempo lo snodo di un *sistema* giuridico coerente e compatto che si rispecchia nel sapere specialistico dei giuristi. La storia di un istituto non è un capitolo autosufficiente di una disinteressata ricostruzione del passato, ma è un momento di una *scientia iuris* che ricomprende in se stessa l'esperienza giuridica del passato e del presente.

Si annuncia a questo punto un'inevitabile biforcazione fra la medievistica politica e la storiografia giuridica. La prima può trovare il suo principale polo di gravitazione nella dinamica socio-politica e assumere come momento e funzione di essa le forme giuridiche e gli assetti istituzionali. La storiografia giuridica (di ispirazione positivista) è invece sollecitata in due direzioni, non facilmente conciliabili: da un lato, verso l'illustrazione (potremmo dire) della "funzione" dell'istituto, del suo funzionamento nel vivo dell'interazione sociale; dall'altro lato, verso l'analisi della "struttura" dell'istituto, della sua intrinseca tessitura giuridico-normativa e della sua collocazione nel complesso del sistema giuridico.

Posto di fronte al bivio, lo storico del diritto fa i suoi debiti sforzi per salvare il salvabile di un'analisi funzionalistica del diritto, ma non accetta che le acque limacciose della sociologia impediscano di scorgere le pure forme del "sistema" cui l'istituto deve essere ricondotto. Potremmo dire, celiando: «amicus Spencer, sed magis amicus Savigny»; un amico, quest'ultimo, che per decenni continua a esercitare sul sapere giuridico un richiamo sottile, ma irresistibile.

La lunga onda savigniana portava peraltro acqua a un mulino cui tutti gli storici del diritto davano importanza: la funzione non solo cognitiva, ma anche pratica della storiografia giuridica. È una tesi limpidamente enunciata da Pertile nel suo trattato (in qualche modo fondativo della storiografia giuridica postunitaria) e continuamente confermata: lo storico del diritto non ambisce soltanto alla conoscenza del passato, ma persegue anche «lo scopo pratico, di preparare allo studio del diritto attuale e di servire alla retta intelligenza ed applicazione del diritto medesimo»¹⁷. Non la pensa diversamente Arrigo Solmi, che, pur disposto a prendere in considerazione le radici socio-economiche degli istituti, ritiene che la storiografia giuridica debba assumere i fatti storici «come un mezzo per la spiegazione e

¹⁷ A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. I, p. 6.

l'interpretazione delle forme del diritto odierno»¹⁸. Essa non si esaurisce dunque nell'analisi di un determinato contesto storico, ma mostra il nesso fra il passato e il presente, indica le radici superficiali e profonde di quest'ultimo, ricostruisce l'inconsueta tunica della "tradizione". È di una lunga, secolare "tradizione" che la storiografia giuridica si vuole interprete e custode: ancora una volta, lo storicismo savigniano continua a circolare sottotraccia nella cultura storico-giuridica postunitaria.

Gettando un ponte fra il passato e il presente la storiografia giuridica riesce a promuovere una doppia legittimazione del proprio ruolo: accredita se stessa come uno strumento indispensabile per la conoscenza "scientifica" del diritto vigente e al contempo offre al nuovo Stato un solido fondamento presentandolo come la tappa obbligata di un lungo itinerario. Non è un caso che nell'organizzazione delle Facoltà giuridiche la storia del diritto ottenga finalmente lo *status* di un importante insegnamento biennale e si fregi del titolo di "Storia del diritto *italiano*": una storia teleologicamente orientata ad illustrare la genesi di quella comune identità di cui il nuovo Stato vuol essere espressione e custode.

3. Convergenze e divergenze nell'applicazione di «due principii»: «il principio latino e il principio germanico»

La storiografia postunitaria – la storiografia giuridica come la medievistica politica – sembra difficilmente riducibile a una congerie di ricerche erudite, incapaci di spingersi oltre i confini dell'esegesi e dell'edizione di un documento. Il crescente successo del positivismo era comunque destinato a sollecitare l'apertura di più ampi orizzonti: la nuova filosofia, vedendo nella storiografia una componente indispensabile della "scienza della società", da un lato, favoriva il dialogo interdisciplinare e, dall'altro lato, stimolava la stessa storiografia a proporsi obiettivi più ambiziosi.

È questo il clima che ha favorito l'incontro fra la medievista politica e la storiografia giuridica. La storia degli istituti è stato un terreno dove le traiettorie della storiografia giuridica e della medievistica politica, pur rimanendo distinte e riconoscibili, si sono intrecciate, producendo effetti che emergeranno in tutta la loro portata fra Otto e Novecento. Non occorre tuttavia aspettare il passaggio al nuovo secolo per registrare l'esistenza di un ulteriore punto di contatto fra la storiografia

¹⁸ A. Solmi, *Storia del diritto italiano*, p. 5. In modo analogo si esprime Federico Patetta (F. Patetta, *Storia del diritto italiano*, p. 8).

giuridica e la medievistica. È ancora la filosofia positiva a favorirlo, esortando ad individuare le leggi dei fenomeni, i “fattori” (come venivano chiamati) responsabili delle trasformazioni storiche. Non basta l’esegesi dei documenti: occorre indicare le chiavi esplicative della storia, e quindi anche della storia italiana nel momento in cui essa sembra trovare nel nuovo Stato il suo esito più alto e la promessa di un nuovo inizio. Di questa storia, uno dei “fattori” costitutivi appare il conflitto, o comunque l’interazione, fra due fattori o elementi: l’elemento germanico e l’elemento latino.

Nel 1861 Pasquale Villari, nel saggio *L’Italia, la civiltà latina e la civiltà germanica*¹⁹, delinea un’interpretazione complessiva della storia d’Italia fondata sul contrasto fra le stirpi latine e germaniche: «Le genti latine e germaniche, in sul principio del medio evo, mantengono l’Europa in un moto così disordinato e così incomposto d’uomini e d’eventi, che altro non possiamo osservare, se non che due razze si agitano su questo mobile terreno, l’una vinta, l’altra vincitrice»²⁰.

Che il conflitto fra “etnie” o “razze” venga assunto come il motore della storia non è sorprendente. Se già nella cultura risorgimentale un’idea etico-politica dell’identità nazionale si incrociava (con un “dosaggio” variabile a seconda degli autori) con la celebrazione del “sangue” e delle “origini”²¹, nell’Europa del secondo Ottocento acquisiranno una crescente importanza e incisività (nell’orizzonte di un incontenibile espansionismo coloniale) molteplici teorie della “razza”, a molte delle quali l’antropologia positivista offrirà i suoi servizi²².

Per Villari, i fenomeni e i conflitti principali della società medievale (il feudalesimo e i Comuni; l’Impero e la Chiesa) e i valori (a partire dalla libertà) che in quei conflitti entrano in gioco devono essere ricondotti al contrasto fra germanesimo e latinità: quest’ultima informa di sé l’esperienza dei Comuni e della Chiesa, mentre il primo si riflette nell’organizzazione feudale e nell’idea imperiale: «la storia della libertà italiana sta principalmente nella storia del Comune, il quale sorge per legittima difesa contro i barbari divenuti baroni»; e, in generale, nei vari conflitti che contrappongono i Comuni all’impero, i guelfi ai ghibellini, «è facile

¹⁹ Ne offre un’approfondita e convincente lettura M. Moretti, *Pasquale Villari storico e politico*, pp. 79 sgg.

²⁰ P. Villari, *L’Italia, la civiltà latina*, pp. 12-13.

²¹ Si vedano A.M. Banti, *L’onore della nazione e Immagini della nazione*.

²² Si pensi alla *renaissance* di Gobineau a fine secolo e al cosiddetto darwinismo sociale. Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Civitas*, vol. III. Non mancherà qualche voce critica: si vedano ad esempio le riserve espresse da Fedele Lampertico su Villari (F. Lampertico *Il Gervinus e il Villari*).

vedere che il sangue latino si trova in guerra col sangue germanico e co' suoi fautori»²³.

La voce di Villari non è affatto isolata. A breve distanza dal suo saggio, uno storico del diritto, Francesco Schupfer, destinato a divenire uno dei punti di riferimento della nuova storiografia giuridica, pubblica, nel 1863, una monografia sulle istituzioni longobarde²⁴, che procede sulla base del medesimo presupposto: «Due principii diversi tengono il campo della storia: il principio latino e il principio germanico: che mossi ambidue dalle stesse origini, riescono nondimeno a fini opposti»²⁵. Ed è ancora questo lo schema che Schupfer adotta nella redazione del suo celebre manuale: il periodo barbarico inizia «con un'aspra lotta dei fattori del nostro incivilimento». È «il caos di tutti gli elementi»²⁶, che però gradualmente troveranno un loro assetto con l'affermazione «tanto negli ordinamenti politici quanto nelle istituzioni private, dell'elemento germanico»²⁷.

Tanto Villari quanto Schupfer sono dunque convinti che la storia – anche la storia d'Italia – sia segnata da un contrasto radicale e fondante: il conflitto fra le stirpi romana e germanica. Da questo comune punto di partenza si diramano però due percorsi diversi. La domanda che impegna (e divide) la storiografia giuridica è: in che modo e con quali caratteri si è venuto formando in Italia, in un processo secolare, un sistema normativo capace di disciplinare i rapporti intersoggettivi? Scoppia una pluriennale contesa che, anche grazie ai toni accesi, ha goduto di una notevole celebrità nell'orticello della storiografia giuridica; una contesa che è stata spesso descritta, con una qualche semplificazione, come la contrapposizione fra chi affermava (come Schupfer) la preponderanza dell'elemento germanico²⁸ e i ben più numerosi difensori dell'irriducibile vitalità dell'elemento latino²⁹.

²³ P. Villari, *L'Italia, la civiltà latina*, pp. 19-20.

²⁴ F. Schupfer, *Delle istituzioni politiche*.

²⁵ *Ibidem*, p. 3. Schupfer, in un precedente lavoro (F. Schupfer, *Degli ordini sociali*) si dedica a un'analisi delle condizioni giuridiche e sociali dei longobardi vincitori e dei latini sottomessi, ma non utilizza, come chiave interpretativa generale, il conflitto fra le 'stirpi'.

²⁶ F. Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano*, p. 4.

²⁷ *Ibidem*, p. 3.

²⁸ A questa tesi (il passaggio dal caos originario – provocato dal conflitto fra i contrastanti "fattori" – a un assetto formatosi intorno alla prevalenza dell'elemento germanico) Schupfer resterà fedele in tutto l'arco della sua lunga ed operosa esistenza, dando origine a ripetute e veementi polemiche con altri storici del diritto, da Tamassia a Ciccaglione, a Leicht, a Ercole. È emblematico il titolo della sua opera più celebre: F. Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici*. Su Schupfer si vedano E. Capuzzo, *Per una rilettura di Francesco Schupfer*; E. Conte, voce *Schupfer, Francesco*. Su Leicht si veda E. Artifoni, *Per un profilo medievistico di Pier Silverio Leicht*.

²⁹ Si veda G. Cianferotti, *1914. Le università italiane e la Germania*, pp. 135-177.

Sarebbe un fuor d'opera commentare da vicino questa vicenda. Conviene semmai spendere qualche parola per ricordare che, nel quadro di questa lunga partita a ping-pong fra "germanisti" e "romanisti", il concetto cui arrise il maggior successo fu il concetto di "diritto volgare"³⁰.

Questo concetto viene messo a punto nel 1880 da Heinrich Brunner, che, sulla falsariga dell'analogia (già savigniana) fra lingua e diritto, ipotizza l'esistenza di un parallelo processo di trasformazione, rispettivamente, della lingua e del diritto di Roma: come nelle provincie si parlava un «Vulgarlatein», antenato delle future lingue romanze, così viene sviluppandosi «ein Vulgarrecht, welches weniger der juristischen Logik als den praktischen Lebensbedürfnissen angepasst war und sich als eine Fortbildung oder, wenn man will, als eine Entartung der reinen römischen Rechtes darstellt»³¹. È a questo concetto che si rivolgono (sia pure con diversi accenti e differenti gradazioni di entusiasmo) gli storici del diritto: che continuano a presupporre (e a condividere con la cultura del tempo) l'idea del conflitto fra etnie, razze, civiltà; continuano a vedere in esso la matrice della storia italiana; contendono sulla matrice germanica o romana dell'uno o dell'altro istituto, ma dispongono ora di un concetto, che, debitamente sviluppato, può offrire la chiave della sottostante unità dell'esperienza giuridica di cui si vuol narrare lo sviluppo.

Già nel 1891 i sobri cenni contenuti nel manuale di Carlo Calisse indicano i passaggi obbligati che torneranno a presentarsi (con molteplici variazioni) nella storiografia successiva. Anche Carlo Calisse sottolinea il parallelismo fra lingua e diritto, muove dalla constatazione del "caos", del conflitto disordinato fra fattori incompatibili³², ammette la forte influenza del diritto germanico e approda infine all'idea del diritto romano volgare: un diritto nuovo, come nuove sono le lingue volgari, e un diritto vivo, «adattato alle nuove condizioni della società»³³. Anche più esplicita appare, nel manuale di Federico Ciccaglione, del 1901, la funzione attribuita al concetto di diritto volgare; la funzione di spostare l'attenzione dalle componenti al composto, dal conflitto dei "fattori" al graduale ri-ordinarsi dell'esperienza: il diritto volgare è il diritto che, plasmato dall'apporto di stirpi

³⁰ Ne è consapevole Francesco Calasso, che, se da un lato presenta come datata e superata questa celebre tenzone (F. Calasso, *Medioevo del diritto*, pp. 119-20), dall'altro lato è disposto a considerare «il fenomeno che è stato definito della volgarizzazione del diritto romano» come «uno dei problemi più complessi della storia del diritto» (*ibidem*, p. 57).

³¹ H. Brunner, *Zur Rechtsgeschichte*, p. 113. Si veda D. Liebs, *Roman Vulgar Law*.

³² C. Calisse, *Storia del diritto italiano*, vol. I, p. 29: «Le condizioni del diritto nell'epoca barbarica sono in tutto, come effetto a causa, conformi e collegate con quelle della società: lo stesso miscuglio di elementi, la stessa lotta fra questi, la stessa reciproca penetrazione e conseguente modificazione».

³³ *Ibidem*, p. 114.

diverse (e diversamente influenti a seconda delle epoche), si allontana dalla sua forma originaria mutando al contatto con nuovi bisogni e nuove realtà³⁴. Lo stesso Schupfer (che pure finirà per criticare l'impiego del concetto di diritto volgare) non esita a riconoscere la potenziale fecondità di una nozione che richiami l'attenzione sulle forme giuridiche «che i bisogni pratici avevano fatto sbocciare spontaneamente», al di là del «diritto ufficiale»³⁵.

Nel frattempo, un altro studioso tedesco, Ludwig Mitteis, aveva, per così dire, alzato il tiro, continuando a far leva sul concetto di un diritto popolare irriducibile al diritto ufficiale, ma affermando che la discrasia fra il diritto scritto e il diritto vivente non aveva atteso il medioevo per manifestarsi, ma si era già presentata durante il pieno fiorire dell'impero romano, quando, almeno nelle provincie orientali, i diritti locali, preromani, avevano vittoriosamente resistito al diritto dei conquistatori³⁶.

Mitteis si richiama al concetto brunneriano di *Vulgarrecht*, ma si propone, al contempo, di correggerne la portata e di estenderne la valenza. Il diritto volgare per Brunner è in sostanza il diritto romano “corrotto” e trasformato sulla spinta delle nuove realtà e delle nuove esigenze; il diritto volgare resta, al fondo, diritto romano: «das Vulgarrecht ist daher entartetes römisches Recht». Se ci arrestassimo a questi rilievi, arriveremmo a presentare come un esempio di “diritto volgare” persino il fenomeno della *Rezeption* del diritto romano in Germania, perdendo di vista l'apporto decisivo delle forze vive della nazione tedesca. Dobbiamo quindi coniugare il concetto di «Vulgarrecht» (un diritto romano “volgarizzato”) con il concetto di «Volksrecht» (che non è più affatto diritto romano, ma è una creazione nuova), salvo aggiungere che spesso quest'ultimo non emerge allo stato puro, ma passa attraverso la metabolizzazione di elementi preesistenti³⁷.

È la proposta di Mitteis, più della ipotesi brunneriana, più prudente, a sedurre gli storici del diritto italiano. Ne fa tesoro Enrico Besta, in un saggio del 1905³⁸, per sostenere la tesi che il diritto volgare è un fenomeno di lunghissima durata, che coesiste con lo sviluppo del diritto romano classico e prosegue ben oltre il crollo dell'impero romano: lungi dall'essere stati travolti dal diritto di Roma, i diritti delle popolazioni italiche mantengono una loro sotterranea vigenza, nonostante la

³⁴ F. Ciccaglione, *Manuale di storia del diritto italiano*, vol. I, pp. 24-25; pp. 100-101.

³⁵ F. Schupfer, *Manuale di storia del diritto*, p. 34.

³⁶ L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht*.

³⁷ *Ibidem*, pp. 5-7.

³⁸ E. Besta, *La persistenza del diritto volgare*. Besta confermerà la sua posizione anche nel dopoguerra. Si vedano E. Besta, *Avviamento*, pp. 35 sgg.; E. Besta, *In difesa del diritto volgare italico*, pp. 245-53.

pressione del “centro”. Ciò che è avvenuto quando l’impero era nel suo pieno vigore, a maggior ragione ha luogo dopo il suo collasso: il diritto romano, nelle sue rarefatte geometrie, non coincide con il diritto vigente nella penisola italiana dal mondo antico al medioevo. Dovremo allora parlare, per l’Italia, non di un diritto volgare romano (di un diritto derivante dalla “volgarizzazione” del diritto romano), ma di un diritto italiano: di un *Volksrecht*, prima che di un *Vulgarrecht* (come avrebbe detto Mitteis), che riconduce a se stesso spezzoni di diritto romano e di diritto germanico (con modalità e intensità diverse a seconda delle epoche) e trova la sua unità e continuità nel popolo (il popolo italiano) di cui è espressione.

Riprende e utilizza questo spunto Arrigo Solmi nel suo manuale. Accanto ai “fattori” consueti (l’elemento germanico e l’elemento romano, oltre all’elemento ecclesiastico), occorre valorizzare un quarto elemento, che riconduce ad unità i precedenti: «l’elemento volgare o indigeno, schiettamente italiano, prodotto dello spirito e del genio nazionale»³⁹. Questo “fattore” è la matrice di un diritto nuovo ed originale, «che ha ragione di essere designato come diritto italiano», che non è né romano né germanico, ma ha «caratteri e vita suoi propri, che gli danno figura a sé»; è questo “fattore” che, già operante nell’alto medioevo, emerge con forza nell’autonomia dei Comuni cittadini e nella scienza giuridica medievale, «passa più tardi a formare il diritto comune delle nazioni occidentali e, nelle sue linee principali, intesse il fondo della legislazione e della codificazione dei nostri giorni»⁴⁰.

L’idea del “diritto volgare” (ripensato *à la* Mitteis e trasformato in diritto “indigeno”, autoctono e originale) risponde pienamente alle aspettative più tipiche (direi, alle esigenze “paradigmatiche”) della disciplina storico-giuridica fra Otto e Novecento e, al contempo, segna il punto a partire dal quale le traiettorie della storiografia giuridica e della medievistica politica divergono. Le due discipline infatti condividono la convinzione che la storia d’Italia sia percorsa da un conflitto radicale e fondante, ma traggono, da questo comune assunto, strategie euristiche divergenti perché diverse sono le implicite, ma determinanti, domande da cui esse muovono.

Villari, nel saggio del ’61, e poi anche nelle lezioni dedicate alla storia di Firenze⁴¹, presenta il conflitto (fra le stirpi) come il motore della storia e proprio per

³⁹ A. Solmi, *Storia del diritto italiano* (1908), p. 2.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 3. Peraltro Solmi aveva già manifestato l’esigenza di pensare la storia del diritto in Italia come un fenomeno che dovrà dirsi né romano né germanico ma «italiano (...) perché prodotto di un nuovo popolo (...)» (A. Solmi, *La funzione pratica della storia del diritto giuridiche*, p. 268).

⁴¹ P. Villari, *I primi due secoli*.

questo ritiene di doverlo assumere come il filo conduttore della narrazione storiografica. Ciò che rende, a suo avviso, spesso insoddisfacente (perché parziale e dominata da “pre-giudizi” etico-politici) la soluzione offerta al problema delle origini dei Comuni è la volontà di attribuire all’una o all’altra stirpe il ruolo e i meriti predominanti, senza voler accettare che «nel Medio Evo, come in tutta quanta la storia moderna, si trova sempre l’azione vicendevole, continua di due popoli, latini e germanici»⁴², in un inesauribile, mobile, incerto gioco di acquisizioni e rinunce scambievoli.

Se il conflitto fra le stirpi è la forza trainante del mutamento, è del conflitto che lo storico deve dar conto, descrivendo gli strumenti cui esso volta a volta ricorre, ricostruendone la dinamica nei singoli contesti, vedendo all’opera i protagonisti. In un siffatto orizzonte storiografico, il conflitto tende a coincidere con l’oggetto della disciplina o almeno a valere come il suo principale centro di gravitazione: conflitto e mutamento si implicano a vicenda ed è di questo fenomeno che la medievistica politica vuol dar conto. Il «medioevo delle antitesi»: trovo icastica l’espressione impiegata da Enrico Artifoni nel titolo di un suo saggio e convincente l’ipotesi interpretativa in esso svolta⁴³.

Dal gioco delle antitesi la medievistica otto-novecentesca non intende uscire. Cambia piuttosto la rappresentazione dei termini opposizionali: inizia un graduale, e innovativo, spostamento d’accento dalle “stirpi” alle “classi”, viene promossa una sempre più accurata tematizzazione della dinamica economico-sociale, prende forma un processo che trova i suoi primi segnali già in Villari⁴⁴ e manifesta tutta la sua carica innovativa nella cosiddetta scuola economico-giuridica. Cambiano i contenuti del conflitto, ma è il conflitto ancora e comunque al centro dell’attenzione della medievistica politica, convinta che esso offra un’attendibile chiave esplicativa dello sviluppo storico.

La storiografia giuridica e la medievistica politica condividono il punto di partenza (il contrasto fra la latinità e il germanesimo come filo conduttore della civiltà medievale), procedono per qualche tempo lungo linee parallele, ma finiscono per imboccare strade divergenti. Potremmo indicarne la direzione ricorrendo a due formule semplificatorie: alla medievistica politica interessa ricostruire il movimento e cercarne le cause, le scansioni, le manifestazioni; alla storiografia giuridica preme

⁴² *Ibidem*, p. 17.

⁴³ E. Artifoni, *Medioevo delle antitesi*.

⁴⁴ E. Artifoni, *Medioevo delle antitesi*, pp. 190 sgg.; M. Moretti, *Pasquale Villari*, pp. 108 sgg.

concentrarsi sull'assetto, più che sul movimento, sulla statica, più che sulla dinamica, sull'ordine, più che sul conflitto. Il concetto di 'diritto volgare' (reinterpretato *ad hoc*) ha successo anche perché induce a spostare l'attenzione dal contrasto fra i "fattori" – dal «caos degli elementi», per dirla con Schupfer – al loro comporsi in un'esperienza giuridica unitaria.

Cogliere il passaggio dal conflitto all'ordine e assumere quest'ultimo come l'oggetto privilegiato, se non esclusivo, dell'oggetto della disciplina: questa scelta, in qualche misura "paradigmatica", della storiografia giuridica viene rafforzata da un'esigenza ulteriore, che potremmo dire meta-storiografica; l'esigenza di sottolineare la portata formativa ed educativa della storiografia giuridica, per gli studenti di giurisprudenza come per l'opinione pubblica postunitaria. La storiografia giuridica è chiamata a illustrare lo sviluppo di un diritto che è intrinsecamente unitario perché è l'espressione di un popolo – il popolo italiano – che nel corso di una storia millenaria è stato in grado di ricondurre a unità i più diversi "fattori" o "elementi". È questa la posta in gioco della lunga contesa fra "germanisti" e "romanisti". Per vincerla, è possibile ricorrere ad argomenti diversi, ad esempio rivendicando il primato o comunque la finale vittoria del diritto romano sulla barbarie germanica⁴⁵, ma è comprensibile che la soluzione più appagante sembri offerta dall'impiego *ad hoc* del concetto di "diritto volgare".

Dal caos all'ordine, dal conflitto dei "fattori" all'unità di un ordinamento che li neutralizza transcendendoli: è questa la direttrice lungo la quale si muove la storiografia giuridica, nel momento in cui la medievistica politica si adopera per risolvere il conflitto "etnico" in conflitto economico-sociale. Le due storiografie, pur partendo dal medesimo presupposto, prendono strade diverse, ma non per questo

⁴⁵ È la linea argomentativa preferita dai sostenitori – contro Schupfer – della prevalenza della "latinità" sul "germanesimo". L'esponente più noto è Nino Tamassia, di cui sono celebri due prolusioni, del 1888 e del 1906: N. Tamassia, *Il diritto nella vita italiana* e N. Tamassia, *L'elemento latino*. Tamassia viene indicato come il fondatore di una «scuola nazionalista» da M. Roberti, *Il metodo storico di Nino Tamassia*, p. 6. Una perorazione duramente nazionalistica, sulla falsariga dell'opposizione fra germanesimo e latinità, è pronunciata da Patetta in un discorso torinese del 1915: F. Patetta, *Civiltà latina e civiltà germanica*. A queste semplificazioni continuerà a opporsi con veemenza Schupfer: F. Schupfer, *I semplicisti*, pp. 93 sgg. In ogni caso, si ricorra o meno al concetto di diritto volgare, la preoccupazione dominante è dimostrare che il diritto che si viene sviluppando in Italia dall'alto medioevo alle moderne codificazioni ha un'unitarietà che deriva dal suo radicamento in un popolo "da sempre" definibile come "italiano". È questa la tesi che un giurista dell'autorità di Chiovena sostiene affrontando il problema del rapporto fra germanesimo e latinità nella storia del processo civile: che per lui non è «né longobardo né romano-canonico, ma italiano», espressione di «un elemento nuovo e diverso, amalgamante e produttivo insieme, che merita d'esser chiamato a caratterizzare il prodotto processuale di quel tempo. Il quale è tutto improntato di genialità italiana» (G. Chiovena, *Romanesimo e germanesimo*, pp. 328-29).

entrano in rotta di collisione. Ne offre un esempio istruttivo una recensione di Arrigo Solmi allo studio di Gioacchino Volpe su *Lambardi e Romani*⁴⁶. L'autore – scrive Solmi – sostiene che «il contrasto etnico (...) fra elemento germanico ed elemento romano in Italia, è più immaginario che reale»⁴⁷ ed il recensore trova la tesi sostanzialmente plausibile (salvo qualche dissenso su alcuni aspetti del fenomeno delle “professioni di leggi”): il termine “Lambardi” non testimonia l'esistenza di «una classe etnicamente unitaria», ma sta a indicare una classe sociale, descrivibile come una «media e piccola aristocrazia fondiaria»⁴⁸. È plausibile per Solmi la risoluzione del conflitto etnico in conflitto economico-sociale: lo è perché coerente con gli assunti positivistici che egli stesso sottoscrive; ma lo è anche perché compatibile con la rappresentazione storico-giuridica dell'ordine. Allo storico del diritto preme tener conto dei conflitti nella loro più aggiornata rappresentazione storiografica, ma preme ancor più evitare che la tematizzazione del conflitto finisca per mettere in questione il ruolo ordinante del diritto e la possibilità di valorizzarlo come un decisivo contrassegno della nazione italiana e della sua storia plurisecolare.

Ordine, conflitto, mutamento sono termini che indicano fenomeni su cui la medievistica politica e la storiografia giuridica lavorano con eguale intensità, trovando in essi un comune terreno di incontro. Non sono però identiche, perfettamente sovrapponibili, le aspettative e le domande circolanti nelle due discipline e non sono di conseguenza intercambiabili, pur se fortemente intrecciate, le rispettive narrazioni storiografiche.

4. Convergenze e divergenze nella discussione di un problema: il Comune medievale

La generazione dei «non pensanti», di crociana memoria, coltivava in realtà esigenze ed inquietudini che avrebbero presto dato i loro frutti. La cesura fra le generazioni fiorite nel clima risorgimentale e le generazioni successive, peraltro, era, sì, netta, ma non impediva passaggi e travasi dal 'prima' al 'dopo'. Non mancavano i lasciti e non mancava l'intenzione di raccogliarli, salvo la decisione di spenderli in direzioni almeno parzialmente nuove.

La fortuna postrisorgimentale dell'opposizione “latinità/germanesimo” ha offerto un esempio eloquente in questo senso. Un tema già emerso prima dell'unità d'Italia

⁴⁶ G. Volpe, *Lambardi e Romani*.

⁴⁷ A. Solmi, recensione a G. Volpe, *Lambardi e Romani*, pp. 183-84.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 185.

torna a impegnare la storiografia giuridica e la medievistica politica, svolgendo in entrambe un'importante funzione: uno stimolo ad alzare il tiro, ad aggiungere all'acribia della documentazione lo sforzo di un'interpretazione complessiva dello sviluppo storico. Ed è una sfida che entrambe le discipline hanno accolto, scambiandosi le carte a loro disposizione e tuttavia mantenendo distinti i tavoli da gioco.

Una vicenda analoga si svolge intorno a un tema di capitale importanza: il tema dei Comuni medievali. Al dibattito da esso provocato potrò fare solo cursori riferimenti, con l'unico scopo di segnalare qualche punto di confluenza e di discrepanza fra la storiografia giuridica e la medievistica politica.

Anche in questo caso siamo di fronte a un tema che viene da lontano e suscita appassionate discussioni nell'Italia (anzi nell'Europa) del primo Ottocento. Non erano discussioni gratuite e disinteressate: erano discussioni immerse in un *Erwartungshorizont* (per dirla con Koselleck), in un'atmosfera vibrante di aspettative, che induceva a interrogare il passato a partire da un futuro che in quel passato affondava le radici, ma si annunciava diverso e migliore. Certo, quale sarebbe stata la forma del futuro era oggetto di fiere contese: il futuro che Sismondi auspicava (e il passato che egli raccontava) non erano identici a quelli immaginati da Gioberti o da Balbo. Era però per tutti indubbia l'esistenza di un forte collegamento, storico e ideale, fra la civiltà comunale e il futuro Stato nazionale (salvo poi dividersi su come interpretare il periodo intermedio, fra l'involuzione delle libertà cittadine e la futura riscossa della nazione)⁴⁹.

Per la generazione postunitaria le prospettive cambiano: è diverso l'orizzonte delle aspettative ed è diversa la temperie culturale, che reclama, contro troppo facili cortocircuiti fra passato e presente, un'ascetica dedizione alla "filologia". Cambiano le prospettive, ma non per questo vengono meno l'esigenza di una tematizzazione e la convinzione di poter trarre, da un'analisi ravvicinata dell'esperienza comunale, suggestioni interpretative di carattere generale.

Il saggio di Villari del '61 è eloquente anche a questo proposito: tanto nel confermare il collegamento fra i due nuclei tematici (fra la contrapposizione "latinità-germanesimo" e lo sviluppo delle realtà comunali)⁵⁰, quanto nel sottolineare come il contrasto fra le stirpi si traduca nel conflitto fra la Chiesa e l'Impero e fra i Comuni e la feudalità. Studiare la civiltà comunale e gli scontri che la pervadono

⁴⁹ Si vedano G. Milani, *I comuni italiani*, pp. 159 sgg.; E. Occhipinti, *I comuni medievali*.

⁵⁰ Si veda S. Soldani, *Il Medioevo del Risorgimento*.

non è soffermarsi su un momento qualsiasi del passato; è tentare di sciogliere un nodo da cui dipende un'interpretazione di lungo periodo della storia italiana.

Intorno a questo nodo problematico si intrecciano, di nuovo, gli apporti della storiografia giuridica e della medievistica politica, nel tentativo di offrire una rappresentazione il più possibile analitica del Comune medievale: nel tentativo (probabilmente incompiuto, ma indubbiamente generoso) di trasformare il Comune da “mito” (per usare l'espressione di Massimo Vallerani⁵¹) a “oggetto” storiografico.

La storiografia giuridica dà un contributo rilevante in questa direzione⁵². Se già la *Storia della legislazione italiana* di Federigo Sclopis⁵³ era un precedente non trascurabile, il trattato di Antonio Pertile conferma anche in questo caso il suo carattere inaugurale della fase postunitaria della storiografia giuridica. La limpida analisi che Pertile dedica al Comune medievale, con la sua attenta ricostruzione delle fasi che ne scandiscono la vita politico-istituzionale⁵⁴ (cui aderiscono i manuali successivi, a partire dal manuale di Salvioli⁵⁵), è un contributo tranquillamente utilizzabile da una medievistica politica sempre più interessata a mettere a fuoco i principali snodi del movimento storico. E Pertile è solo un anello, pur importante, di una lunga catena di studi storico-giuridici presente già nell'Italia preunitaria e destinata a svolgersi anche nei decenni postunitari.

Del quadro d'insieme delineato dalla storiografia giuridica la medievistica politica può sicuramente giovare. Non per caso i principali esponenti della cosiddetta scuola economico-giuridica, da Salvemini a Volpe, a Luzzatto mostrano interesse e considerazione nei confronti di Schupfer, di Tamassia, di Besta, di Solmi, di Salvioli, che a loro volta leggono e recensiscono, in genere con favore, i loro scritti. Le intersezioni sono numerose e le reciproche integrazioni sono rilevanti. La storiografia giuridica e la medievistica politica possono collaborare proficuamente nel tentativo, condiviso da entrambe, di studiare da vicino, analiticamente, il Comune medievale, senza imboccare le scorciatoie della retorica etico-politica.

Su questo terreno, il contatto fra le due discipline è facile e proficuo; e tuttavia affiorano anche segnali della loro diversità “paradigmatica”, della divergente definizione del loro rispettivo oggetto. Si presenta anche in questa area tematica una divaricazione analoga a quella registrata a proposito della questione dei “fattori” (germanici o romani) costitutivi della storia d'Italia: se con crescente consapevolezza

⁵¹ M. Vallerani, *Il comune come mito politico*.

⁵² Si veda M. Vallerani, *Comune e comuni*.

⁵³ F. Sclopis, *Storia della legislazione italiana*. La prima edizione esce nel 1840.

⁵⁴ A. Pertile, *Storia del diritto italiano*, vol. II, Parte I, pp. 32 sgg.

⁵⁵ G. Salvioli, *Manuale di storia del diritto*.

e raffinatezza di strumenti la medievistica politica guarda alla dinamica socio-economica e alla conflittualità (di uomini, gruppi, partiti, interessi) che la caratterizza, lo storico del diritto concentra la sua attenzione, più che sul movimento, sull'assetto, più che sulle "forze", sulle "forme".

Sono costretto a ripetere monotonamente la formula già impiegata: la storiografia giuridica e la medievistica politica insistono su un'area comune, ma la percorrono lungo direttrici diverse, guardando prevalentemente al conflitto (delle stirpi, prima, e, successivamente, delle classi) oppure all'assetto ordinante. Ciò non significa, beninteso, che il fenomeno giuridico esce dall'area di osservazione della medievistica politica o che la dinamica sociale diviene estranea all'orizzonte della storiografia giuridica. Entrambi i fenomeni sono presi in considerazione da entrambe le discipline, ma vengono raggiunti a partire da prospettive euristiche diverse, che inducono a sottolineare, dei medesimi fenomeni, profili differenti e non sempre sovrapponibili.

L'analisi del Comune, condotta da entrambe le discipline, ci offre un esempio di questa divergente convergenza, se mi è concesso l'ossimoro. Alla storiografia giuridica appare di grande importanza un problema che la medievistica politica non colloca al primo posto della sua agenda: la qualificazione del tipo di potere esercitato dai Comuni. È possibile parlare di sovranità? O piuttosto il concetto di sovranità non è riferibile a un ente che deve fare i conti con l'impero? Dovrà allora essere preferito il concetto di autonomia, per sottolineare, insieme, la capacità di autogoverno del Comune e il mantenimento di un suo, almeno ideale, collegamento con un potere sovrastante⁵⁶?

Queste domande turbavano i sonni non tanto della medievistica politica quanto della storiografia giuridica, perché erano diversi i rispettivi presupposti meta-storiografici: perché lo schema teorico da cui la storiografia giuridica muoveva era la teoria stato-centrica elaborata dalla giuspubblicistica coeva, mentre, a stare alla testimonianza di Salvemini⁵⁷, era la forte conflittualità sociale dell'Italia di fine secolo a richiamare l'attenzione della più avvertita medievistica politica alle lotte divampate nell'Italia medievale. Di nuovo, la storiografia giuridica privilegiava l'assetto, l'ordinamento (e i rapporti fra gli ordinamenti), mentre la medievistica politica non intendeva certo trascurare le istituzioni, ma finiva per guardarle, per così

⁵⁶ Mi permetto di rinviare a P. Costa, *"Così vicino, così lontano"*.

⁵⁷ G. Salvemini, *La dignità cavalleresca*, p. 223.

dire, dal basso, come le punte emergenti di un'interazione sociale che trovava nel conflitto una sua insopprimibile espressione.

5. *Convergenze e divergenze nelle pratiche euristiche: gli storici del diritto di fronte alla "scuola economico-giuridica"*

La storiografia giuridica e la medievistica politica, fra Otto e Novecento, trovano proficui punti di contatto, ma al contempo sviluppano sensibilità e direzioni di ricerca autonome e divergenti. Certo è comunque che il terreno del loro incontro non è ubicato nelle periferie delle due discipline: al contrario, è un'area centrale, dove vengono messi a punto passaggi importanti delle loro strategie di ricerca. È condivisa l'impostazione di fondo: un positivismo che, da mera celebrazione della "certezza" del documento, evolve verso l'ambizioso progetto di una "scienza della società" fondata sull'apporto di molteplici discipline. Ed è in questo clima che la storiografia giuridica, impegnata nell'analisi degli "istituti", per un verso, è indotta a prendere in considerazione la loro dimensione funzionale, a interrogarsi sugli effetti socio-economici degli assetti normativi, e, per un altro verso, offre alla medievistica politica l'esempio di una "tematizzazione" volta a mettere a fuoco gli snodi principali dell'interazione sociale, le strutture profonde – per ripetere ancora l'espressione di Tabacco – del movimento storico.

Come è a tutti noto, sono alcuni giovani storici (che verranno raggruppati sotto la bandiera della cosiddetta scuola economico-giuridica) a rinnovare profondamente, in questa prospettiva, i metodi e l'oggetto della medievistica italiana fra Otto e Novecento. Non sta a me parlarne diffusamente⁵⁸ e devo limitarmi a registrare qualche punto di contatto con la storiografia giuridica. Ho già ricordato la testimonianza di Volpe e il suo apprezzamento nei confronti di alcuni storici del diritto. Altri storici ascrivibili all'orientamento 'economico-giuridico' hanno avuto un rapporto anche più stretto con la storiografia giuridica: penso a Gino Luzzatto, che ascolta a Padova le lezioni di Tamassia, si laurea in storia a Padova, ma prende anche una seconda laurea in giurisprudenza (a Urbino) con un lavoro su *Le origini dell'organizzazione finanziaria dei Comuni italiani* e, anche quando concentrerà i

⁵⁸ Si vedano I. Cervelli, *Gioacchino Volpe*; O. Capitani, *Gioacchino Volpe*; V. D'Alessandro, *La medievistica italiana*; Gaetano Salvemini *fra politica e storia*; E. Artifoni, *Salvemini e il Medioevo*; Gaetano Salvemini *metodologo*; P. Cavina, L. Grilli, *Gaetano Salvemini e Gioacchino Volpe*.

suoi interessi sulla storia economica, continuerà a tener presente, sullo sfondo, i risvolti giuridico-istituzionali dei fenomeni sociali⁵⁹.

È peraltro caratteristico di tutta la nuova medievistica lo sforzo di considerare congiuntamente, entro un tessuto discorsivo unitario e coerente, azioni e regole, conflitti e istituzioni, società e diritto. In questa difficile impresa, non ci sono metodologie rigidamente prefissate e “ortodossie” da rispettare. Ognuno si muove originalmente, tentando a suo modo di tradurre in indagini mirate e specifiche gli orientamenti che erano venuti gradualmente maturando nella disciplina. Certo, l'economia stava assumendo un'importanza crescente, sull'onda del successo della teoria marx-engelsiana. La sua recezione in Italia, però, lungi dallo scardinare la *vulgata* positivista, continuava (nonostante i generosi, ma isolati, sforzi di Antonio Labriola) a muoversi nel suo alveo, come dimostra la grande, anche se effimera, notorietà arrisa ai farraginosi scritti di Achille Loria⁶⁰. Ciò che preme alla nuova storiografia però è non tanto adottare una rigida teoria socio-economica, quanto trarre dalla cultura del tempo gli stimoli necessari e sufficienti per dilatare lo spettro dell'analisi: che infatti resta (salvo eccezioni) aliena da ricostruzioni deterministiche e attenta alla mutua implicazione fra le istituzioni e l'interazione socio-economica.

L'esempio forse più riuscito di una ricognizione storiografica capace di rappresentare, in sostanziale equilibrio, momenti diversi dell'esperienza collettiva, collegando fra loro strategie politiche e interessi economico-sociali, istituzioni e norme è offerto dal libro dedicato da Salvemini alla storia di Firenze: *Magnati e popolani*, del 1899⁶¹. Non sorprende quindi l'accoglienza entusiastica o comunque largamente positiva da parte di numerosi storici del diritto (da Salvioli a Solmi, a Besta), pronti a lodare la felice connessione fra la storia politica e la storia del diritto⁶² e la «ricostruzione coscienziosa degli organismi costituzionali fiorentini»⁶³.

Gli storici del diritto entrano facilmente in sintonia con l'opera di Salvemini grazie alla sua capacità di ricostruire anche dall'interno la logica delle istituzioni analizzate. Qualche difficoltà però emerge di fronte a un'opera pur vicina (nel tempo e nell'ispirazione di fondo) al lavoro di Salvemini: il libro dedicato da Volpe alle istituzioni comunali pisane⁶⁴. Nino Tamassia lo recensisce con favore, ma non omette

⁵⁹ Si vedano M. Berengo, *Profilo*; P. Cammarosano, *Gino Luzzatto*; G.M. Varanini, *Gino Luzzatto*.

⁶⁰ R. Faucci, *Revisione del marxismo*.

⁶¹ G. Salvemini, *Magnati e popolani*.

⁶² A. Solmi, *Le classi sociali*, p. 190.

⁶³ E. Besta, recensione a Salvemini, *Magnati e popolani*, p. 389.

⁶⁴ G. Volpe, *Studi sulle istituzioni comunali*.

di segnalare un punto critico: il rapporto fra economia e istituzioni. Per Volpe, nel Comune consolare «si scorge un vivo riflesso della semplice struttura del popolo, del prevalente valore sociale di certe attività, di certi interessi, di certe categorie di persone». È nella dinamica sociale che è riposto il segreto delle istituzioni; e proprio per questo devono essere scartati «i metodi ed i criteri puramente giuridici con cui nel nostro secolo furono esaminati gli istituti comunali, rimasti perciò come sospesi fra cielo e terra, isolati dal mezzo storico donde invece avean tratto e traevano vital nutrimento»⁶⁵. Una volta iniziato l'affascinante percorso nei meandri della dinamica e dei conflitti socio-economici, la storia giuridica degli istituti è esposta al sospetto di ridursi a una rappresentazione di forme che si pretendono autosufficienti. È comprensibile quindi la risposta piccata di Tamassia, che respinge «questo grave appunto al metodo storico-giuridico. Questo non è d'altro colpevole che di avere indotto la storia civile a tenersi strettamente all'evoluzione degli istituti giuridici (...)». Certo, Tamassia ammette che studiare un istituto è ricostruire uno «scheletro; ma la vita, il ricambio fecondo degli elementi che la compongono, ora e sempre, sarà addossata a quel povero scheletro»⁶⁶.

In questo breve scambio di battute traluce tutta l'ambivalenza del concetto di "istituto": un concetto che, per un verso, ha contribuito a suggerire alla medievistica un allargamento del proprio spettro tematico, ma, per un altro verso, ha mantenuto una pregnanza e uno spessore di carattere giuridico-formale non facilmente componibili con la fluidità della dinamica sociale.

La singolarità del lavoro di Salvemini, da questo punto di vista, consiste proprio nella sua capacità di collocarsi al centro dell'area dell'*overlapping consensus* fra medievistica politica e storiografia giuridica: che si proclamavano entrambe favorevoli a un'analisi capace di rappresentare, congiuntamente, le "forme" e le "forze", le norme e le azioni, l'ordine e il conflitto. In realtà, una siffatta integrazione interdisciplinare doveva proporsi come un ideale regolativo o un obiettivo asintotico, piuttosto che tradursi in concrete e diffuse pratiche di ricerca. Il paradigma delle due discipline (la definizione dell'oggetto e del metodo) restava diverso e proiettava inevitabili "zone d'ombra" sulla realtà che esse si proponevano di ricostruire. Quando l'oggetto era la rappresentazione della dinamica politica e socio-economica, gli assetti normativi rischiavano di essere ridotti a pallide larve, a meri epifenomeni, della dinamica "reale"; e quando la preoccupazione principale era l'analisi della

⁶⁵ *Ibidem*, p. 238.

⁶⁶ N. Tamassia, Recensione a G. Volpe, *Studi sulle istituzioni comunali*, p. 467. Sulla 'fortuna' di Volpe si veda C. Violante, *Gioacchino Volpe e gli studi storici su Pisa*.

compagine giuridico-normativa degli istituti, rischiavano di essere relegati *extra moenia* le azioni e gli attori, gli interessi e i conflitti, o di essere al più raggiunti da richiami solo estrinseci ed occasionali⁶⁷.

Conviene però menzionare un altro episodio di *overlapping consensus* fra medievistica e storiografia giuridica: un consenso *ad excludendum*, in questo caso; un fronte comune nei riguardi di un'ambiziosa monografia pubblicata nel 1905 da Gino Arias e dedicata ad un'analisi socio-economica dell'Italia dei Comuni⁶⁸. Immerso nella cultura positivista del momento, folgorato dall'insegnamento lorianiano, con un breve passato (nonostante la giovane età) di storico del diritto vicino a Calisse e a Schupfer e un crescente interesse verso l'economia (cui finirà per dedicarsi)⁶⁹, Arias sembra in sintonia con la *nouvelle vague* medievistica. Ne è una conferma il tema di fondo del suo libro: l'interrelazione fra le istituzioni e la dinamica socio-economica. I guai nascono dal fatto che egli si propone un obiettivo ulteriore: «assodare la legge regolatrice unica di tanti e tanto disparati fenomeni», individuare (Loria *docet*) uno strato profondo della realtà sociale che riconduca a sé, in una ferrea dipendenza gerarchica, i più diversi fenomeni. È di fronte a questa pretesa che scatta il celebre attacco di Volpe, che è disposto a riconoscere qualche merito alla ricerca, ma ne contesta alla radice il metodo, compromesso da «troppo apriorismo, troppo dogmatismo, troppo sistema, troppa geometria, troppo formulario!»⁷⁰. Costretta nel letto di Procuste della teoria sociologica, la fenomenologia politica e sociale (infinitamente varia, legata a un contesto, segnata da imprevedibili casualità) subisce intollerabili deformazioni e impoverimenti: il «ramoso e chiomato albero della storia» è stato sfrondato al punto che «l'albero non è più ... albero, ma un pezzo di legno»⁷¹. Né vale il richiamo, da parte di Arias nella sua replica⁷², ai nomi di Calisse e di Schupfer, che anche Volpe chiama in causa, ma solo per contrapporre alla loro «prudenza», «finezza» e «odio alle chiacchiere» il «dottrinarismo vacuo» del suo interlocutore⁷³. E in effetti, né Calisse né Schupfer

⁶⁷ Già in Volpe, rispetto a Salvemini, l'attenzione al momento giuridico-istituzionale sembra minore. Bruno Paradisi ha parlato, forse in modo troppo *tranchant*, di un interesse solo "incidentale" di Volpe per la dimensione giuridica (B. Paradisi, *Il problema della storia del diritto*, p. X, nota 7).

⁶⁸ G. Arias, *Il sistema della costituzione economica*.

⁶⁹ Si veda O. Ottonelli, *Gino Arias*.

⁷⁰ G. Volpe, recensione a Gino Arias, *Il sistema della costituzione economica*, p. 35.

⁷¹ *Ibidem*, p. 49.

⁷² G. Arias, *Di una ideale storia economica e giuridica*.

⁷³ G. Volpe, *La storiografia semplicistica*, p. 397. Nella versione destinata a una sua raccolta di scritti, la risposta di Volpe ad Arias subisce qualche modifica, che esplicita meglio il senso del contrasto fra gli storici del diritto e Arias: alla «ritrosia alle generalizzazioni»,

potevano essere precettati come avvocati d'ufficio dell'imputato Arias. Basti, a conferma, l'inequivocabile intervento di un altro autorevole storico del diritto, Enrico Besta, che si muove in piena sintonia con le critiche di Volpe, è disposto ad ammettere la «colleganza intima» fra i fenomeni sociali, ma rifiuta l'ipotesi di una loro intrinseca gerarchizzazione e condanna il «semplicismo troppo poco persuasivo» di una spiegazione monocausale dei processi storici⁷⁴.

È interessante constatare che l'oggetto della *conventio ad excludendum* siglata da medievisti e da storici del diritto riguarda un problema di fondo dell'ermeneutica storiografica: l'impiego di costrutti teorici nella rappresentazione del passato. Certo, l'applicazione che Arias aveva fatto della teoria rendeva facile il compito ai suoi oppositori, che avevano buone ragioni nel denunciare le forzature di una narrazione storiografica ridotta a mera cassa di risonanza di una teoria "previa". Per Volpe invece la storiografia è chiamata a rappresentare il sempre vario e mutevole affollarsi e intrecciarsi di una molteplicità aperta di eventi ed azioni, non riconducibile agli astratti schemi di una sociologia troppo sicura di sé. Da questo punto di vista, la critica volpiana al "sistematismo" non è troppo lontana dal "concretismo" di Salvemini (o di Luzzatto) e può forse essere presentata anche come implicitamente sintonica con la visione crociana della storiografia come conoscenza dell'individuale, dell'*individuum omnimode determinatum*.

Nel rifiuto del "sistematismo" dei sociologi la storiografia giuridica può agevolmente trovarsi sulla stessa lunghezza d'onda di Volpe. Ciò di cui essa può però assai meno facilmente fare a meno è un'altra "teoria": non la teoria dei sociologi, ma la teoria dei giuristi; quella teoria (quella "dogmatica") che nello storicismo savigniano aveva trovato (con apparente paradosso) non una pietra tombale, ma un fertile terreno di coltura.

Torniamo, per questa via, ancora una volta a Savigny e al concetto di "istituto giuridico": a quello che è forse il punto focale delle convergenze e delle divergenze fra la medievistica politica e la storiografia giuridica nei primi decenni post-unitari.

È dalle mani di Savigny che la storiografia giuridica riceve il concetto di istituto giuridico e lo custodisce gelosamente pur accettando di passare su di esso tutte le mani di vernice reclamate dalla cultura positivista. L'istituto giuridico è un Giano bifronte: guarda verso il basso, verso il *Volk*, ma guarda anche verso l'alto, verso il sistema giuridico di cui è parte; appartiene a un contesto storico determinato, ma è

caratteristica dei due storici del diritto, viene contrapposto il «sistematismo» di Arias (G. Volpe, *La storiografia semplicistica*, in G. Volpe, *Medio evo italiano*, p. 318).

⁷⁴ E. Besta, Recensione a Gino Arias, *Il sistema della costituzione economica*, pp. 156-57.

al contempo momento di una tradizione che congiunge il passato con il presente; guarda alle azioni e alle interazioni che ne sono il presupposto, ma finisce per identificarsi con le regole che lo compongono; si riferisce alla prassi, agli interessi, ai bisogni, ma si condensa in concetti e in valori.

Se la connessione fra regole disciplinanti e azioni disciplinate permetteva alla storiografia giuridica (nel clima del dominante positivismo) di riconoscere l'importanza della dinamica sociale e di incontrare su questo terreno la medievistica politica, lo spessore normativo e la valenza sistematica dell'istituto la sollecitavano a porsi a distanza di sicurezza dall'interazione sociale e a guardare verso l'alto, verso gli assetti, la tradizione, il sistema. Come la medievistica politica, fra Otto e Novecento, privilegiava il conflitto (il «medioevo delle antitesi»), così la storiografia giuridica, per motivi eguali e contrari, valorizzava l'ordine e lo rappresentava nella luce di una statualità di cui illustrava la genesi e fondava la legittimazione.

Bibliografia

- G. Arias, *Il sistema della costituzione economica e sociale italiana nell'età dei Comuni*, Torino-Roma 1905
- G. Arias, *Di una ideale storia economica e giuridica liberata dalle leggi economiche*, in «Giornale degli Economisti», serie 2, XVII (1906), pp.157-66
- E. Artifoni, *Medioevo delle antitesi. Da Villari alla "Scuola economico-giuridica"*, in «Nuova Rivista Storica», LXVIII (1984), pp. 367-80
- E. Artifoni, *Salvemini e il Medioevo. Storici italiani fra Otto e Novecento*, Napoli, 1990
- E. Artifoni, *Giovanni Tabacco storico della medievistica*, in *Giovanni Tabacco e l'esegesi del passato* (Quaderni dell'Accademia delle Scienze di Torino, 14), Torino 2006, pp. 47-62
- E. Artifoni, *Per un profilo medievistico di Pier Silverio Leicht*, in «Reti Medievali Rivista», 16 (2015), pp. 301-316
- A.M. Banti, *L'onore della nazione: identità sessuali e violenza nel nazionalismo europeo dal 18. secolo alla grande guerra*, Torino 2005
- M. Berengo, *Profilo di Gino Luzzatto*, «Rivista Storica italiana», LXXVI (1964), pp. 879-925
- E. Besta, recensione a Salvemini, *Magnati e popolani in Firenze dal 1280 al 1295*, Firenze 1899, in «Archivio giuridico», LX (1900), pp. 382-389
- E. Besta, *La persistenza del diritto volgare italico nel medio evo*, in «Rivista di legislazione comparata», 3 (1905), pp. 5-21
- E. Besta, Recensione a Gino Arias, *Il sistema della costituzione economica e sociale italiana nella età dei Comuni*, in «Archivio storico italiano», serie V, XXXIX (1907), pp. 144-158
- E. Besta, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova 1926
- E. Besta, *In difesa del diritto volgare italico*, in *Scritti di diritto e di economia in onore di Flaminio Mancaleari* [Studi sassaresi, 38], Sassari 1938, pp. 245-53

- B. Brugi, *I romanisti della scuola storica e la sociologia contemporanea*, in «Circolo giuridico», 14 (1883), pp. 151-67
- H. Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden, I: Die Privaturkunden Italiens, das angelsächsische Landbuch, die fränkische Privaturkunde*, Berlin 1880 (ed. anast. Aalen 1961)
- F. Calasso, *Medioevo del diritto, I, Le fonti*, Milano 1954
- C. Calisse, *Storia del diritto italiano, vol. I, Le Fonti*, Firenze 1891
- P. Cammarosano, *Gino Luzzatto e la storia economica*, «Quaderni storici», XXXVIII (1993), 1, pp. 125-39
- O. Capitani, *Gioacchino Volpe, storico del Medioevo*, in O. Capitani, *Medioevo passato prossimo. Appunti storiografici: tra due guerre e molte crisi*, Bologna 1979, pp. 191-209
- O. Capitani, *Croce e il Medioevo*, in «La Cultura», XXXI (1993), pp. 263-282
- E. Capuzzo, *Per una rilettura di Francesco Schupfer storico del diritto*, in «Clio. Rivista trimestrale di studi storici», XXII (1986), pp. 647-665
- P. Cavina, *Di un "sottile equivoco": Benedetto Croce e la medievistica*, in «Annali dell'Istituto Italiano per gli Studi Storici», XIV (1997), pp. 445-4
- P. Cavina, L. Grilli, *Gaetano Salvemini e Gioacchino Volpe dalla storia medievale alla storia contemporanea*, Pisa 2008
- I. Cervelli, *Gioacchino Volpe*, Napoli 1977
- G. Chioyenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», XXXIII (1902), pp. 305-344
- G. Cianferotti, *1914. Le università italiane e la Germania*, Bologna 2016
- F. Ciccaglione, *Manuale di storia del diritto italiano, vol. I*, Milano 1901
- E. Conte, voce *Schupfer, Francesco*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, a cura di I. Birocchi et al., Bologna 2013, vol. II, pp. 1829-31
- P. Costa, *Civitas, Storia della cittadinanza in Europa, vol. III, La civiltà liberale*, Roma-Bari 2001
- P. Costa, «Così vicino, così lontano»: *il Comune medievale e la sua 'autonomia'*, in «Quaderni Fiorentini», 43 (2014), pp. 689-782
- B. Croce, *Storia della storiografia italiana nel secolo decimonono*, Bari 1964⁴, vol. II
- B. Croce, *La storia considerata come scienza* in «Rivista Italiana di Sociologia», VI (1902), pp. 273-276.
- B. Croce, P. Villari, *Controversie sulla storia*, a cura di R. Viti Cavaliere, Milano 1998
- V. D'Alessandro, *La medievistica italiana fra Otto e Novecento*, in *La cultura storica italiana tra Otto e Novecento, I*, a cura di G. Di Costanzo, Napoli 1990, pp. 75-114
- P. Egidi, *La storia medioevale*, Roma 1922
- R. Faucci, *Revisione del marxismo e teoria economica della proprietà in Italia, 1880-1900: Achille Loria (e gli altri)*, in «Quaderni Fiorentini» 5-6 (1976-77) (*Itinerari moderni della proprietà*), pp. 587-680
- Gaetano Salvemini fra politica e storia*, a cura di G. Cingari, Roma-Bari 1986
- Gaetano Salvemini metodologo delle scienze sociali*, a cura di D. Antiseri, Soveria Mannelli 1996
- F. Lampertico, *Il Gervinus e il Villari*, in «Archivio storico italiano», serie III, I (1865), 2, pp. 95-108
- D. Liebs, *Roman Vulgar Law in Late Antiquity*, in *Aspects of Law in Late Antiquity. Dedicated to A. M. Honoré on the Occasion of the Sixtieth Year of his Teaching in Oxford*, a cura di B. Sirks, Oxford 2008, pp. 35-53

- Immagini della nazione nell'Italia del Risorgimento*, a cura di A.M. Banti e R. Bizzochi, Roma 2002
- F. Marin, 'Germania docet'? *Modello tedesco e scienza italiana nell'opera di Biagio Brugi*, in «Annali dell'Istituto italo-germanico in Trento», 28 (2002), pp. 133-59
- G. Marini, *Friedrich Carl von Savigny*, Napoli 1978
- G. Marino, *Positivismo e giurisprudenza*, Napoli 1986
- M. Martínez Neira, *Sobre los orígenes de la historia del derecho en la universidad italiana*, in «Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija», 7 (2004), pp. 117-154
- A. Mazzacane, *Scienza e nazione. Le origini del diritto italiano nella storiografia giuridica di fine Ottocento*, in *La cultura storica italiana tra Otto e Novecento, I*, a cura di G. Di Costanzo, Napoli 1990, pp. 115-132
- G. Milani, *I comuni italiani: secoli XI-XIV*, Roma-Bari 2005
- L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs: mit Beiträgen zur Kenntnis des griechischen Rechts und der Spätromischen Rechtsentwicklung*, Leipzig 1891
- M. Moretti, *Note su storia e storici in Italia nel primo venticinquennio postunitario*, in *Gustav Schmoller e il suo tempo: la nascita delle scienze sociali in Germania e in Italia*, a cura di P. Schiera e Fr. Tenbruch, Bologna 1989, pp. 55-94
- M. Moretti, *Il giovane Salvemini fra storiografia e "scienza sociale"*, in «Rivista Storica Italiana», CIV (1992), pp. 203-245
- M. Moretti, *Storici accademici e insegnamento superiore della storia nell'Italia unita. Dati e questioni preliminari*, in «Quaderni storici», XXVIII (1993), 82, pp. 61-98
- M. Moretti, *Carlo Cipolla, Pasquale Villari e l'Istituto di Studi superiori di Firenze*, in *Carlo Cipolla e la storiografia italiana fra Otto e Novecento*, a cura di G. M. Varanini, Verona 1994, pp. 33-81
- M. Moretti, *Pasquale Villari storico e politico*, Napoli 2005
- M. Moretti, *Appunti sulla storia della medievistica italiana fra Otto e Novecento: alcune questioni istituzionali*, in «Revista de Historia. Jerónimo Zurita», 82 (2007), pp. 155-174
- M. Moretti, *Scuola, scienza e università*, in *Storia d'Italia, Annali 26, Scienze e cultura dell'Italia unita*, a cura di F. Cassata e C. Pogliano, Torino 2011, pp. 975-1010
- E. Occhipinti, *I comuni medievali nella storiografia italiana del Risorgimento*, in «Nuova Rivista Storica», XCI (2007), pp. 466-68
- O. Ottonelli, *Gino Arias (1879-1940). Dalla storia delle istituzioni al corporativismo fascista*, Firenze 2012
- B. Paradisi, *Gli studi di storia del diritto italiano dal 1896 al 1946 (1946-47)*, ora in B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, pp. 105-172
- B. Paradisi, *Il problema della storia del diritto nel contesto della storiografia contemporanea*, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze 1966, pp. VII-XLVII.
- F. Patetta, *Civiltà latina e civiltà germanica*, in «Riforma sociale», Terza Serie, XXVI (1915), pp. 838-871
- F. Patetta, *Storia del diritto italiano. Introduzione*, a cura di L. Bulferetti, Torino 1947
- A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. I, *Storia del diritto pubblico e delle fonti*, Padova 1873
- Antonio Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, vol. II, Parte I, Padova 1880
- M. Roberti, *Il metodo storico di Nino Tamassia*, in «Rivista di storia del diritto italiano», V (1932), pp. 5-18

- G. Salvemini, *Magnati e popolani in Firenze dal 1280 al 1295* [*Opere di G. Salvemini, I, Scritti di storia medievale, 1*], a cura di E. Sestan, Milano 1966
- G. Salvemini, *La dignità cavalleresca nel comune di Firenze e altri scritti* [*Opere di G. Salvemini, I, Scritti di storia medievale, 2*], a cura di E. Sestan, Milano 1972
- G. Salvemini, *La storia considerata come scienza* (1902), in *Opere di G. Salvemini, VIII, Scritti vari*, a cura di G. Agosti e A. Galante Garrone, Milano 1978, pp. 107-35
- G. Salvioli, *Manuale di storia del diritto italiano dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, Torino 1892
- F. Schupfer, *Degli ordini sociali e del possesso fondiario appo i Longobardi. Investigazioni storiche*, Wien 1861
- F. Schupfer, *Delle istituzioni politiche longobardiche*, Firenze 1863
- F. Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti. Legge e scienza*, Città di Castello-Roma-Torino-Firenze 1904³
- F. Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, voll. I-IV, Città di Castello-Roma-Torino-Firenze 1907-1909
- F. Schupfer, *I semplicisti della storia del diritto*, Roma 1916
- F. Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, Vol. I, *Origini*, Torino 1863²
- S. Soldani, *Il Medioevo del Risorgimento nello specchio della nazione*, in *Arti e Storia nel Medioevo, IV, Il Medioevo al passato e al presente*, a cura di E. Castelnuovo e G. Sergi, Torino 2004, pp. 149-186
- A. Solmi, *Le classi sociali in Firenze e gli ordinamenti di giustizia (a proposito di recente pubblicazione)*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», XXX (1900), pp. 189-205
- A. Solmi, *La funzione pratica della storia del diritto italiano nelle scienze giuridiche*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 35 (1903), 250-291
- A. Solmi, recensione a G. Volpe, *Lambardi e Romani nelle campagne e nelle città*, Pisa, Spoerri, 1904, in «Archivio Storico Italiano», Quinta Serie, XXXVIII (1906), pp. 183-88.
- A. Solmi, *Storia del diritto italiano*, Milano 1908
- A. Solmi, *Storia del diritto italiano*, Milano 1930³
- G. Tabacco, *Egemonie sociali e strutture del potere nel medioevo italiano*, Torino 1979
- N. Tamassia, *Il diritto nella vita italiana* (1888), ora in N. Tamassia, *Scritti di storia giuridica*, Padova 1964, vol. I, pp. 15-29
- N. Tamassia, Recensione a G. Volpe, *Studi sulle istituzioni comunali a Pisa* (Pisa, Nistri, 1902), in «Archivio storico italiano», serie V, XXXI (1903), pp. 464-469
- N. Tamassia, *L'elemento latino nella vita del diritto italiano* (1906-1907), ora in N. Tamassia, *Scritti di storia giuridica*, Padova 1964, vol. I, pp. 31-47
- M. Vallerani, *Il comune come mito politico. Immagini e modelli tra Otto e Novecento*, in *Arti e Storia nel Medioevo, IV, Il Medioevo al passato e al presente*, a cura di E. Castelnuovo e G. Sergi, Torino 2004, pp. 187-206
- M. Vallerani, *Comune e comuni: una dialettica non risolta*, in *Sperimentazioni di governo nell'Italia centro-settentrionale nel processo storico dal primo comune alla signoria* [Atti del convegno di studio, Bologna 3-4 settembre 2010], a cura di M.C. De Matteis e B. Pio, Bologna 2011, pp. 9-34
- G.M. Varanini, *Gino Luzzatto. Alle origini della storia economica italiana*, in «Storia economica», 17 (2014) (*Le radici della Storia economica in Italia. La costruzione di un metodo*, a cura di L. Di Matteo, A. Guenzi e P. Pecorari), pp. 413-426
- P. Villari, *L'Italia, la civiltà latina e la civiltà germanica*, Firenze 1862²
- P. Villari, *I primi due secoli della storia di Firenze. Ricerche*, Firenze 1893

- P. Villari, *La Filosofia Positiva ed il metodo storico*, in P. Villari, *Teoria e filosofia della storia*, a cura di M. Martirano, Roma 1999, pp. 111-148
- P. Villari, *La storia è una scienza?*, Soveria Mannelli 1999
- C. Violante, *Gioacchino Volpe e gli studi storici su Pisa medioevale*, in G. Volpe, *Studi sulle istituzioni comunali a Pisa. Città e contado, consoli e podestà. Secoli XII-XIII*, Firenze 1970, pp. IX-LVIII
- G. Volpe, *Studi sulle istituzioni comunali a Pisa. Città e contado, consoli e podestà. Secoli XII-XIII* [Annali della R. Scuola Normale Superiore di Pisa, Vol. XV], Pisa 1902
- G. Volpe, *Lambardi e Romani nelle campagne e nelle città. Per la storia delle classi sociali, della Nazione e del Rinascimento italiano (Secoli XI-XV)* (1904), ora in G. Volpe, *Origine e primo svolgimento dei comuni nell'Italia longobarda: studi preparatori*, Roma 1976, pp. 3-168
- G. Volpe, *Per la storia giuridica ed economica del Medio Evo* [1905], ora in G. Volpe, *Medio evo italiano*, Firenze 1961, pp. 3-54
- G. Volpe, recensione a Gino Arias, *Il sistema della costituzione economica e sociale italiana nell'età dei Comuni*, Torino-Roma, Roux e Viarengo, 1905, in «La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia», 4 (1906), pp. 33-52
- G. Volpe, *La storiografia semplicistica e il prof. Arias*, in «La Critica. Rivista di Letteratura, Storia e Filosofia», 4 (1906), pp. 389-397
- G. Volpe, *La storiografia semplicistica e il prof. Arias*, in Id., *Medio evo italiano*, Firenze 1961, pp. 285-309
- G. Volpe, *Insegnamento superiore della storia e riforma universitaria* [1907], ora in G. Volpe, *Storici e maestri*, Firenze 1924, pp. 9-27.

STORIA DEL DIRITTO E IDENTITÀ DISCIPLINARI:
DAI PRIMI ANNI SETTANTA A OGGI

Presentare la storiografia giuridica italiana dagli anni settanta a oggi è, in sostanza, un'impresa impossibile. Lo è per motivi quantitativi: i ricercatori arruolati nel ministeriale *Ius 19* sono centocinquantesette (senza tener conto dei docenti a riposo) e per illustrare adeguatamente le loro ricerche occorrerebbe scrivere un libro; e lo è per motivi qualitativi: mancano le condizioni minime di quel distacco che permette una rappresentazione criticamente decantata dell'oggetto. Non potrò quindi offrire una ricognizione attendibile dello stato dell'arte. Potrò soltanto comunicare semplici impressioni o note di viaggio.

Che il viaggio sia fatto iniziare con gli anni settanta (come hanno suggerito gli organizzatori del seminario) è indubbiamente plausibile: proprio allora si concretizzano infatti le inquietudini che già serpeggiavano nei tardi anni sessanta. Era in atto un cambiamento epocale, con l'ondata industrialista, l'abbandono di ciò che restava della civiltà contadina e l'impennata dei consumi. Drastici mutamenti investivano gli stili di vita, i valori condivisi, le identità di genere e tutto ciò non poteva non incidere anche sull'assetto della cultura accademica: si pensi, ad esempio, al rapido affermarsi delle sociologie, dopo il lungo ostracismo decretato dalla dominante tradizione storicistica. Persino i giuristi percepiscono il mutamento del clima. Ne sono consapevoli innanzitutto i giudici: è a cavallo degli anni sessanta e settanta che la magistratura, in alcune delle sue componenti più innovative, 'scopre' la costituzione e attribuisce a ciascun giudice l'onere di ripensare e trasformare l'ordinamento alla luce della superiore norma costituzionale. E avvertono il cambiamento anche alcuni giuristi accademici: basti ricordare le prolusioni di Stefano Rodotà e di Nicolò Lipari¹.

I vecchi strumenti e i vecchi stili sembrano ormai insufficienti. Prendono a vacillare convinzioni tenaci: la certezza che la forma giuridica basti a se stessa e la conseguente aspettativa che il giurista esaurisca la sua funzione commentando testi

¹ Stefano Rodotà, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile* (Prolusione letta a Macerata il 18 dicembre 1966), in «Rivista di diritto commerciale», LXV, 1, 1967, pp. 83-125; Nicolò Lipari, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. Riflessioni sul metodo* (Prolusione letta a Bari il 16 marzo 1968), in «Rivista di diritto civile», 1968, pp. 297-338.

P. Costa, *Storia del diritto e identità disciplinari: dai primi anni Settanta a oggi*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_11, pp. 93-123.

Orig. in Italo Birocchi, Massimo Brutti (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 149-78.

normativi e costruendo dogmi. Sembra urgente formare una nuova figura di giurista, disposto non già ad occultare il conflitto politico-sociale, ma a farsene interprete.

A questo nuovo clima nemmeno la storiografia giuridica poteva restare indifferente. Forte di un lungo e paziente lavoro di scavo sulle fonti soprattutto medievali, la nostra disciplina non si mostrava in realtà troppo incline ad audaci sperimentazioni. Al contempo, però, la semplice conferma degli stili consolidati rischiava di condannarla a uno sterile isolamento dal dibattito culturale più vivo del suo tempo. Fu Paolo Grossi – nel 1972 trentanovenne docente nell’Ateneo fiorentino – a raccogliere la sfida e a presentare alla comunità scientifica un programma di lavoro che si tradusse, prima, nel varo di una rivista – i «Quaderni Fiorentini» – e poi di un Centro Studi e di una collana di pubblicazioni.

Il programma di Grossi si imperniava su tre punti. In primo luogo, era un invito a prendere sul serio i giuristi: a valorizzare la valenza teorica e cognitiva dei loro scritti dottrinali, a studiarli come interpreti insostituibili della società del loro tempo e non come servi del potere e tecnici culturalmente marginali, secondo i canoni concretamente applicati, se non teorizzati, dai diversi e imperanti storicismi.

L’invito a studiare i giuristi come – potremmo dire – intellettuali a tutto tondo aveva una validità generale, ma diveniva urgente per l’età moderna e contemporanea. Se infatti il grande spessore culturale dei giuristi medievali era già stato evidenziato e valorizzato dalla storiografia più avvertita – si pensi, ad esempio, al magistero di Calasso – niente di paragonabile era ancora avvenuto per l’età moderna e contemporanea. Di qui il secondo punto del programma: concentrare gli sforzi sul pensiero giuridico moderno e contemporaneo. Non si trattava ovviamente di sancire risibili ‘primati’ (della modernità sul medioevo), ma di esortare a lavorare su un terreno per troppo tempo trascurato.

Nasce infine da questi due assunti programmatici il terzo obiettivo: il dialogo con i giuristi. Valorizzare lo spessore culturale delle opere dei giuristi dal medioevo all’età contemporanea non permette soltanto di colmare una grave lacuna storiografica, ma facilita e arricchisce l’incontro fra gli storici del diritto e i giuristi: questi ultimi trarranno dalla storia il concreto senso della storicità – della relatività storico-sociale – delle loro categorie concettuali, mentre i primi guarderanno al passato arricchiti dalla partecipazione piena alla cultura giuridica del loro tempo. Cadranno per entrambi rassicuranti schermi protettivi: per il giurista, l’idea di un sapere giuridico autosufficiente, che possa prescindere dai mutamenti socio-culturali e dai condizionamenti politici; per lo storico del diritto, l’idea (paleo-positivistica,

ma resistente nel tempo) che si possa comprendere il passato senza un adeguato impiego e un'attenta sorveglianza critica delle categorie linguistico-culturali del presente.

Era lo *Zeitgeist* a sollecitare una revisione dell'oggetto e del metodo delle discipline. Fuori dai confini del territorio storico-giuridico, un trentasettenne filosofo del diritto, Giovanni Tarello, aveva lanciato, nel 1971, una nuova rivista – i «Materiali per una storia della cultura giuridica» – anch'essa intenzionata a richiamare l'attenzione dei filosofi e dei giuristi sulla dimensione, insieme, storica e culturale del pensiero giuridico, nella convinzione che una sua integrale ricognizione storiografica contribuisse alla responsabilizzazione politica del giurista demolendo la pretesa neutralità del sapere giuridico. Erano diversi i punti di vista del filosofo e dello storico del diritto, ma erano condivise da entrambi l'intenzione di valorizzare lo spessore concettuale dei testi giuridico-dottrinari e l'aspettativa che un'aggiornata storia delle dottrine potesse dare un importante contributo all'autocomprensione critica del giurista odierno.

Nemmeno all'interno della disciplina storico-giuridica l'invito di Grossi sarebbe rimasto l'espressione di una *vox clamantis in deserto*. Nel 1976 Raffaele Ajello (già presente con un suo scritto nel volume di esordio dei «Quaderni Fiorentini») consegnava al saggio di apertura del suo *Arcana Juris*² un programma di ricerca che si sarebbe sostanziato non soltanto nello svolgimento della sua successiva produzione scientifica, ma anche nel varo di imprese collettive, quali la fondazione della collana *Storia e diritto*, destinata ad arricchirsi di numerosi e importanti contributi.

Il programma di Ajello era per vari aspetti diverso dalla proposta di Grossi. Insofferente, come Tarello, nei confronti dello sterile tecnicismo dei giuspositivisti, Ajello invitava a studiare la cultura giuridica mettendola in rapporto con il gioco degli interessi socio-politici e con le spinte auto-conservative dei ceti e a cogliere, per questa via, il punto di origine della lunga, ma ormai declinante, stagione del formalismo giuridico (un punto di origine a suo avviso collocabile nella fase compresa fra il tardo *ius commune* e il riformismo settecentesco).

Le prospettive di Grossi e di Ajello non sono sovrapponibili e diversa è la loro visione del rapporto fra la dinamica storico-politica e la cultura giuridica. Non mi è possibile dedicarmi a un'analisi approfondita delle proposte che si venivano

² Raffaele Ajello, *Arcana Juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, Jovene, 1976.

moltiplicando nel corso degli anni settanta e posso soltanto rinviare ai preziosi e acuti interventi di storia della storiografia redatti, in tempi diversi, da Berlinguer, Mazzacane, Ascheri, Cortese, Cavanna, Ghisalberti³. In ogni caso, ciò che preme sottolineare, nell'ottica di chi guardi alla complessiva produzione storico-giuridica dell'ultimo quarantennio, è che gli anni Settanta sono importanti, per la nostra disciplina, non soltanto per ciò che è stato *detto* (a sostegno dell'una o dell'altra visione della storia, del diritto e dei loro rapporti reciproci), ma anche e soprattutto per ciò che, in quel periodo, è stato *progettato*, per i semi gettati, per le direttrici di indagine destinate ad essere percorse nei decenni successivi.

Valorizzazione della portata cognitiva e dello spessore intellettuale delle dottrine giuridiche; necessità di una loro stringente storicizzazione; concentrazione degli sforzi sulla storia (troppo a lungo trascurata) della cultura giuridica moderna e contemporanea; rifiuto di confinare la storia giuridica nel ghetto delle curiosità erudite e rilancio della sua importanza per le discipline vicine (per il sapere giuridico come per la storiografia cosiddetta 'generale'): sono queste le parole d'ordine intorno alle quali si forma un ampio consenso e si prende a lavorare fattivamente.

Occorre però evitare un equivoco. La diffusione di queste linee programmatiche non dice nulla sulle modalità della loro realizzazione. Se confondessimo le linee programmatiche con le concrete ricerche che pure ad esse si ispirano rischieremmo di offrire rappresentazioni opposte, ma entrambi caricaturali, dell'ultimo quarantennio della storiografia giuridica: presentandola come un coro di cantori che intonano, a diverse altezze di suono, la stessa melodia oppure, al contrario, come un coacervo di temi dissonanti, privi di una condivisa base armonica.

Nessuna delle due versioni sarebbe credibile. Tento di spiegarmi facendo leva su un caso probante nella sua semplicità. I «Quaderni Fiorentini», come ricordavo, nascono intorno a un programma imperniato su alcuni assunti: prendere sul serio il pensiero giuridico, studiarlo nella sua traiettoria moderna e contemporanea, rompere l'isolamento disciplinare assumendo il sapere giuridico odierno, e più in generale la cultura a noi contemporanea, come una componente indispensabile del lavoro dello

³ Cfr. Luigi Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in «Studi storici», 15, 1974, pp. 3-56; Aldo Mazzacane, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in «Studi storici», 17, 3, 1976, pp. 5-24; Mario Ascheri, *Berichte und Kritik. Bemerkungen zu neueren Fragestellungen in der italienischen Rechtsgeschichte (1973-1975)*, in «Zeitschrift für Historische Forschung», IV, 2, 1977, pp. 147-153; Ennio Cortese, *Storia del diritto italiano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 785-858; Adriano Cavanna, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano, Giuffrè, 1983; Carlo Ghisalberti, *Storiografia giuridica*, in *La storiografia italiana degli ultimi vent'anni*, a cura di Luigi De Rosa, vol. II, *L'età moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 447-90.

storico. *Che cosa fare* era detto a chiare lettere: *come farlo* era in tutto e per tutto affidato alle inclinazioni e alle scelte del singolo ricercatore.

Ora, a queste parole d'ordine si è ispirato in tutta la sua attività uno studioso caro a tutti noi: Mario Sbriccoli. E della fecondità di questo programma ha offerto inesauribili testimonianze, come è ovvio, lo storico che lo ha formulato: Paolo Grossi. Entrambi impegnati nella realizzazione del medesimo programma, Grossi e Sbriccoli tuttavia procedevano a concretizzarlo sulla base di assunti teorici e di scelte etico-politiche diverse, che conducevano a narrazioni storiografiche non sovrapponibili: se per Grossi importanti suggestioni provengono dall'idea del diritto come 'esperienza giuridica' – un termine caro al Capograssi teorico dell'anti-formalismo – per Sbriccoli è la visione marxiana e soprattutto gramsciana della storia ad acuire la sua sensibilità alla dimensione politica e potestativa del pensiero giuridico.

Vorrei utilizzare questo esempio per formulare un rilievo di carattere generale: nel corso degli anni settanta, a partire da sollecitazioni e aspettative diverse, si diffondono programmi, non dogmi, vengono formulate nuove domande, non tracciati i binari entro cui costringere le risposte, vengono insomma formulate strategie euristiche che, pur se iscritte nel medesimo orizzonte, si tradurranno in diverse e anche contrastanti narrazioni storiografiche.

Non poteva né voleva essere un 'dogma' nemmeno il più semplice dei nuovi punti programmatici: l'invito a coltivare la storia giuridica moderna e contemporanea. Interpretarlo come un mandato a 'dimenticare il medioevo' sarebbe stato davvero una curiosa espressione di analfabetismo storiografico. E infatti è continuata, e continua fino ad oggi, una robusta tradizione di studi medievistici; una tradizione che è stata sempre uno dei punti di forza della nostra disciplina, particolarmente apprezzata anche dalla medievistica 'generale'. Proporsi di studiare la modernità non poteva significare l'oblio del medioevo. Significava semmai, come ha notato acutamente Cavanna, un invito a ripensare il pensiero giuridico come fenomeno storico-culturale, nelle sue manifestazioni tanto medievali quanto moderne⁴. Questo invito non è andato perduto. Per rendersene facilmente conto disponiamo oggi, per così dire, di una scorciatoia: la manualistica. Si sono moltiplicate le opere di sintesi e le visioni che esse offrono dell'età di mezzo, dell'età moderna oppure di entrambe mostrano una complessità, un'apertura culturale e un grado di sofisticazione

⁴ Adriano Cavanna, *La storia del diritto moderno*, cit., pp. 12-13.

difficilmente immaginabili senza la dilatazione degli orizzonti promossa negli anni settanta.

A me sembra che nell'ultimo trentennio molti dei semi sparsi nel decennio precedente abbiano dato i loro frutti: la nostra disciplina è ormai attestata (tacitamente, più che per solenni dichiarazioni di principio) su una *communis opinio* i cui capisaldi appaiono i seguenti:

a) risulta superata la tensione fra 'diritto' e 'storia'; una tensione ricorrente nella disciplina storico-giuridica, che si vedeva costretta a scegliere fra un uso pandettistico e dogmatico dei testi del passato e uno storicismo che presentava il sapere giuridico come un coacervo di 'pseudo-concetti'. È ormai acquisito che i testi giuridici sono una pedina fra le tante nella complessa partita dell'interazione sociale in un contesto dato ed è altrettanto acquisito che quella pedina ha caratteristiche proprie e inconfondibili e un ruolo socialmente essenziale.

b) Come non è proponibile un'alternativa fra 'diritto' e 'storia' così non ha senso un conflitto fra 'storia' e 'teoria': per comprendere un testo occorre studiarlo filologicamente, accertarne il tessuto linguistico in tutte le sue sfumature, e occorre al contempo servirsi del linguaggio e degli schemi teorici del nostro tempo, ineliminabile componente di ogni operazione ermeneutica.

c) Non sembra possibile introdurre artificiose gerarchie all'interno di un universo complessivamente contrassegnabile come 'giuridico': un universo che si articola in testi normativi, pratiche giurisprudenziali, testi dottrinari, dispositivi istituzionali. Nessuna di queste articolazioni è autosufficiente e nessuna è secondaria. Il pensiero giuridico non è l'universale che esaurisce in sé l'esistente (come vorrebbe un datato idealismo) e nemmeno è una pallida larva da lasciar perdere a vantaggio delle norme e dei dispositivi istituzionali (come vorrebbe un ingenuo empirismo). Pensiero, prassi, regole, istituzioni sono momenti interagenti di un plesso unitario: siamo tutti consapevoli ormai tanto della relativa autonomia di ciascuno di questi momenti quanto dell'incapacità di ciascuno di essi di costituire da solo la cifra dell'universo giuridico.

d) Caduto l'approccio formalistico e giuspositivistico al diritto, è (o dovrebbe essere) superata la ricorrente tentazione della disciplina storico-giuridica all'isolamento: la tendenza a stendere cordoni sanitari per difendersi dal contagio, volta a volta, della filosofia, della sociologia, dell'antropologia, della storia generale. Una storiografia giuridica sicura del proprio oggetto e del proprio metodo si mostra consapevole della necessità di mutuare da molteplici discipline schemi teorici,

concetti, linguaggi che vengano a irrobustire, là dove necessario, il proprio strumentario ermeneutico.

A me sembra che questi assunti siano ormai largamente condivisi: tanto condivisi quanto variamente e originalmente applicati dagli studiosi nelle loro ricerche sul campo. Di nuovo, l'unità dell'ispirazione di fondo non può che coesistere con la varietà dei concreti risultati euristici. Una disciplina vitale è appunto caratterizzata da una siffatta *concordia discors*: una sostanziale concordia sulle prospettive di fondo (la cui messa in discussione suonerebbe oggi, se non mi sbaglio, forzata e artificiosa) e un'aperta varietà, e anche un franco disaccordo, nelle concrete ricognizioni storiografiche.

Le manifestazioni della varietà degli approcci sono state e sono molteplici, hanno dato luogo a polemiche di diversa intensità e sono evidenti per tutti. Non è forse altrettanto evidente (ma, a mio avviso, dovrebbe essere sottolineata con forza) l'ormai compiuta formazione di un 'paradigma' disciplinare, di un *idem sentire* nei confronti dell'oggetto e del metodo della disciplina. Certo, gli elementi 'paradigmatici' della nostra disciplina non sono ancora stati esplicitati e analizzati con l'attenzione che richiederebbero; forse essi sono stati occasionalmente oscurati dal fuoco delle polemiche settoriali o, peggio, dal fumo degli attriti accademico-concorsuali. E tuttavia è proprio dalla coesistenza fra disaccordi localizzati e un paradigma condiviso che nasce, a mio avviso, la ricchezza attuale della disciplina; una disciplina che ha prodotto nell'ultimo trentennio una massa di ricerche considerevoli per quantità e qualità.

È amplissimo il ventaglio tematico aperto dall'attuale storiografia giuridica, che ha continuato a sviluppare filoni di ricerca già inaugurati in stagioni precedenti e ha al contempo messo a fuoco nuovi obiettivi. Come dicevo, non posso dar conto in modo soddisfacente di una produzione così ricca. Mi limiterò a una scarna elencazione: menzionerò solo i temi che mi sembrano più importanti, potrò ricordare solo lavori monografici, sacrificando gli apporti – pure spesso rilevanti – della pubblicistica periodica e delle opere collettanee e in ogni caso non potrò evitare di offrire un panorama incompleto e lacunoso delle ricercatrici e dei ricercatori impegnati nell'area della storiografia giuridica.

Il medioevo non è stato, per fortuna, dimenticato. Nel 1995 esce *Il diritto nella storia medievale*, di Ennio Cortese⁵: un'opera monumentale, destinata ad essere un

⁵ Ennio Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, I. *L'alto Medioevo*, II. *Il basso Medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995.

sicuro riferimento per gli studiosi. Sempre nel '95 viene pubblicato. *L'ordine giuridico medievale* di Grossi⁶, ricco di penetranti e originali riflessioni sulle radici profonde – socio-antropologiche – della civiltà giuridica medievale. E ancora, fra il '97 e il '98, escono i tre volumi – *Medioevo edito e inedito* – che raccolgono saggi di Manlio Bellomo⁷ collocati nelle direttrici principali della sua intensa attività di studioso.

A occuparsi di medioevo non sono comunque soltanto studiosi formati prima della svolta 'modernista' degli anni settanta. Al contrario, studiosi giovani e meno giovani continuano a occuparsi di temi essenziali della civiltà medievale. Penso ad esempio al tema della città e della sua organizzazione politica e giuridica: la città-Stato, per usare l'espressione cara a Mario Ascheri, che ha dedicato tante energie a mettere a fuoco le sue peculiari caratteristiche⁸. Si tratta di un tema fondamentale, dove lo scambio fra la disciplina storico-giuridica e la medievistica generale è da sempre intenso e fecondo; ed è un tema sul quale gli storici del diritto continuano a lavorare con profitto. Penso ad esempio all'importante studio di Sara Menzinger, dedicato al comune di popolo a Siena, Perugia e Bologna; e ancora ai lavori di Maura Mordini su Grosseto e sulla sua area e di Pierpaolo Bonacini sulle terre emiliane⁹.

Nello straordinario microcosmo della città medievale il momento giuridico è essenziale e trova negli statuti la sua principale espressione. Ne era stato lucidamente consapevole, sul finire degli anni sessanta, Mario Sbriccoli¹⁰ e nel corso del tempo la fecondità del tema (la legislazione statutaria) è stata ampiamente confermata: come hanno dimostrato le ricerche di Claudia Storti su Bergamo e sugli statuti lombardi, di Vito Piergiovanni su Genova, di Emanuela Fugazza su Piacenza e infine di Michele Rosboch¹¹. Né è venuta meno l'attenzione a una struttura portante del

⁶ Paolo Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995.

⁷ Manlio Bellomo, *Medioevo edito e inedito*, voll. I-III, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1997-1998.

⁸ Mario Ascheri, *Siena e la città-Stato del Medioevo italiano*, Siena, Betti, 2003; Id., *Le città-stato*, Bologna, il Mulino, 2006.

⁹ Sara Menzinger, *Giuristi e politica nei comuni di Popolo. Siena, Perugia e Bologna, tre governi a confronto*, Roma, Viella, 2006; Maura Mordini, *Le forme del potere in Grosseto nei secoli XII-XIV. Dimensione archivistica e storia degli ordinamenti giuridici*, Borgo San Lorenzo, All'Insegna del Giglio, 2007; Pierpaolo Bonacini, *Terre d'Emilia. Distretti pubblici, comunità locali e poteri signorili nell'esperienza di una regione italiana (secoli VIII-XII)*, Bologna, Clueb, 2001.

¹⁰ Mario Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto: contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano, Giuffrè, 1969.

¹¹ Claudia Storti, *Diritto e istituzioni a Bergamo dal comune alla signoria*, Milano, Giuffrè, 1984; Ead., *Scritti sugli statuti lombardi*, Milano, Giuffrè, 2007; Vito Piergiovanni, *Gli statuti civili e criminali di Genova nel Medioevo. La tradizione manoscritta e le edizioni*, Genova, Ecig, 1980; Emanuela Fugazza, *Diritto, istituzioni e giustizia in un comune*

mondo medievale – il diritto feudale – con i lavori di Mario Montorzi e di Cristina Danusso (attraverso la lettura di Baldo)¹².

Accanto agli ordinamenti e alle norme, il pensiero giuridico. Numerosi studi sono stati dedicati a specifici istituti: Umberto Santarelli ha lavorato sul comodato¹³, Giovanni Chiodi sull'interpretazione del testamento¹⁴, Andrea Padovani sulla dottrina delle sostituzioni¹⁵, Ferdinando Treggiari sul testamento fiduciario¹⁶, Giovanni Rossi sull'usufrutto¹⁷, Fulvio Mancuso sulla simulazione¹⁸, Raffaele Volante sul contratto¹⁹, Emanuele Conte sul servaggio²⁰. Altri studi affrontano temi di carattere più generale: penso ai lavori di Franco Migliorino su fama e infamia²¹, di Massimo Meccarelli sul concetto di *arbitrium*²², di Beatrice Pasciuta sulla normazione²³, di Diego Quaglioni sul concetto di giustizia e di sovranità²⁴, in una prospettiva di lungo periodo capace di collegare l'eredità medievale con l'avvento della modernità. Né sono mancati interventi importanti sul terreno dello studio e dell'edizione di antiche fonti, grazie alle ricerche di Luca Loschiavo²⁵, di Emanuele

dell'Italia padana. Piacenza e i suoi statuti (1135-1323), Padova, Cedam, 2009; Michele Rosboch, *Invalidità e statuti medievali: Pisa, Bologna, Milano e Ivrea*, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, 2003.

¹² Mario Montorzi, *Diritto feudale nel basso Medioevo: materiali di lavoro e strumenti critici per l'esegesi della glossa ordinaria ai Libri feudorum*, Torino, Giappichelli, 1991; Cristina Danusso, *Ricerche sulla 'Lectura feudorum' di Baldo degli Ubaldi*, Milano, Giuffrè, 1991.

¹³ Umberto Santarelli, *Commodo utentis datum: ricerche sul contratto di comodato nella dottrina del diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1972.

¹⁴ Giovanni Chiodi, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milano, Giuffrè, 1997.

¹⁵ Andrea Padovani, *Studi storici sulla dottrina delle sostituzioni*, Milano, Giuffrè, 1983.

¹⁶ Ferdinando Treggiari, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario. I. Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2002.

¹⁷ Giovanni Rossi, «*Duplex est usufructus*». *Ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto comune*, Padova, Cedam, 1996.

¹⁸ Fulvio Mancuso, *La teorica della simulazione nell'esperienza dei glossatori. Da Irnerio ad Accursio e da Graziano a Giovanni Teutonico*, Bologna, Monduzzi, 2004.

¹⁹ Raffaele Volante, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 2001.

²⁰ Emanuele Conte, *Servi medievali. Dinamiche del diritto comune*, Milano, Giuffrè, 2003.

²¹ Francesco Migliorino, *Fama e infamia: problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli 12. e 13.*, Catania, Giannotta, 1985.

²² Massimo Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998.

²³ Beatrice Pasciuta, *Placet regie maiestati. Itinerari della normazione nel tardo medioevo siciliano*, Torino, Giappichelli, 2005.

²⁴ Diego Quaglioni, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2004, Id., *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

²⁵ Luca Loschiavo, *Summa Codicis Berolinensis» Studio ed edizione di una composizione 'a mosaico'*, Frankfurt a. M., Klosterman, 1996.

Conte e Sara Menzinger (con l'imponente lavoro su Rolando da Lucca)²⁶ e di Francesca Macina²⁷.

Se dunque gli studi medievistici continuano a godere di ottima salute, per l'era moderna e contemporanea assistiamo a un'impressionante dilatazione delle ricerche. Certo, non mancavano, anche prima degli anni settanta, importanti esplorazioni, che sarebbero proseguite negli anni successivi²⁸; e persino per il fascismo disponevamo del lavoro di Paolo Ungari su Rocco²⁹ (una sorta di *apax legòmenon* nel panorama storiografico dell'epoca). Nell'ultimo quarantennio però a dissodare terreni per lungo tempo trascurati è intervenuto lo sforzo dell'intera disciplina.

Le varie e complesse vicende degli ordinamenti pre-unitari sono state intensamente studiate. Il regno di Napoli è stato oggetto di numerose e preziose ricognizioni, grazie ai lavori di Armando De Martino, Aurelio Cernigliaro, Pier Luigi Rovito, Giorgia Alessi, Massimo Tita, Carmela Spadaro, Francesco D'Ippolito, Francesco Mastroberti, Federico Roggero, Ileana Del Bagno³⁰. Per la Sicilia, disponiamo degli studi di Giacomo Pace, di Beatrice Pasciuta e di Francesco

²⁶ Emanuele Conte, Sara Menzinger, *La Summa Trium Librorum di Rolando da Lucca* (1195-1234). *Fisco, politica, scientia iuris*, Roma, Viella, 2012.

²⁷ Francesca Macina, *Sulle tracce delle Istituzioni di Giustiniano nell'alto medioevo. I manoscritti dal VI al XII secolo*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 2008.

²⁸ Si pensi, esemplificativamente, ai lavori di Guido Astuti, di Domenico Maffei, di Vincenzo Piano Mortari. Cfr. Ennio Cortese, *Storia del diritto italiano*, cit., pp. 793-95.

²⁹ Paolo Ungari, *Alfredo Rocco e l'ideologia giuridica del fascismo*, Brescia, Morcelliana, 1963.

³⁰ Armando De Martino, *Antico regime e rivoluzione nel Regno di Napoli: crisi e trasformazioni dell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1972; Id., *Tra legislatori e interpreti: saggio di storia delle idee giuridiche in Italia meridionale*, Napoli, Jovene, 1975; Raffaele Feola, *Dall'Illuminismo alla Restaurazione: Donato Tommasi e la legislazione delle Sicilie*, Napoli, Jovene, 1977; Pier Luigi Rovito, *Respublica dei togati: giuristi e società nella Napoli del Seicento*, Napoli, Jovene, 1981; Aurelio Cernigliaro, *Sovranità e feudo nel Regno di Napoli (1505-1557)*, Napoli, Jovene, 1983; Armando De Martino, *La nascita delle intendenze: problemi dell'amministrazione periferica nel Regno di Napoli, 1806-1815*, Napoli, Jovene, 1984; Raffaele Feola, *La monarchia amministrativa il sistema del contenzioso nelle Sicilie*, Napoli, Jovene, 1984; Aurelio Cernigliaro, *Patriae leges privatae rationes. Profili giuridico-istituzionali del Cinquecento napoletano*, Napoli, Jovene, 1988; Pier Luigi Rovito, *La rivolta dei notabili: ordinamenti municipali e dialettica dei ceti in Calabria Citra, 1647-1650*, Napoli, Jovene, 1988; Giorgia Alessi, *Giustizia e polizia. Il controllo di una capitale. Napoli 1779-1803*, Napoli, Jovene, 1992; Massimo Tita, *Sentenze senza motivi. Documenti sull'opposizione delle magistrature napoletane ai dispacci del 1774*, Napoli, Jovene, 2000; Pier Luigi Rovito, *Il vicereame spagnolo di Napoli: ordinamento, istituzioni, culture di governo*, Napoli, Arte tipografica, 2003; Carmela Spadaro, *I conti della città. Il Tribunale napoletano della Revisione (1542-1802)*, Napoli, Jovene, 2003; Francesco D'Ippolito, *L'amministrazione produttiva. Crisi della mediazione togata e nuovi compiti dello Stato nell'opera di Giuseppe Zurlo (1759-1828)*, Napoli, Jovene, 2004; Francesco Mastroberti, *Da Baiona a Tolentino. Costituzioni e costituzionalismo nel regno di Napoli durante il decennio napoleonico*, Taranto, Mandese, 2008; Federico Roggero, *"Universitates", censi e imposte dirette nel Regno di Napoli (sec. XVII)*, Roma, Viella, 2008; Ileana Del Bagno, *Theatrum justitiae. Atti di un'accademia legale nella Napoli del tardo Settecento*, Salerno, Laveglia & Carlone, 2010.

Mastroberti³¹; lo Stato della Chiesa è stato studiato da Gabriella Santoncini³²; hanno lavorato sulla Toscana Bernardo Sordi, Luca Mannori, Mario Montorzi e Chiara Galligani³³, su Genova Rodolfo Savelli, Vito Piergiovanni, Riccardo Ferrante, Lorenzo Sinisi, Roberta Braccia³⁴, su Venezia Giorgio Zordan e Victor Crescenzi³⁵, sui domini estensi Elio Tavilla³⁶, sui territori lombardi Ugo Petronio e Elisabetta Fusar Poli³⁷, sui domini sabaudi Enrico Genta, Gian Savino Pene Vidari, Alberto Lupano, Giuseppina De Giudici, Elisa Mongiano³⁸.

³¹ Giacomo Pace, *Il governo dei gentiluomini. Ceti dirigenti e magistrature a Caltagirone tra medioevo ed età moderna*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1996; Beatrice Pasciuta, *In regia curia civiliter convenire. Giustizia e città nella Sicilia tardomedioevale*, Torino, Giappichelli, 2003; Francesco Mastroberti, *Tra scienza e arbitrio. Il problema giudiziario e penale nelle Sicilie dal 1821 al 1848*, Bari, Cacucci, 2005.

³² Gabriella Santoncini, *Sovranità e giustizia nella Restaurazione pontificia*, Torino, Giappichelli, 1996.

³³ Bernardo Sordi, *L'amministrazione illuminata: riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991; Luca Mannori, *Il sovrano tutore: pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici, secc. 16.-18.*, Milano, Giuffrè, 1994; Mario Montorzi, *Giustizia in contado: studi sull'esercizio della giurisdizione nel territorio pontederese e pisano in età moderna*, Firenze, Edifir, 1997; Mario Montorzi, *Crepuscoli granducali: incontri di esperienza e di cultura giuridica in Toscana sulle soglie dell'età contemporanea*, Pisa, ETS, 2006; Chiara Galligani, *L'ordine delle famiglie. I consorzi gentilizi nella Lucca del Seicento tra maggiorascato e primogenitura*, Pisa, ETS, 2009.

³⁴ Rodolfo Savelli, *La repubblica oligarchica. Legislazione, istituzioni e ceti a Genova nel Cinquecento*, Milano, Giuffrè, 1981; Vito Piergiovanni, *Lezioni di storia giuridica genovese: il Medioevo*, Genova, E.C.I.G., 1984; Riccardo Ferrante, *La difesa della legalità. I sindacatori della Repubblica di Genova*, Torino, Giappichelli, 1995; Lorenzo Sinisi, *Formulari e cultura giuridica notarile nell'età moderna. L'esperienza genovese*, Milano, Giuffrè, 1997; Lorenzo Sinisi, *Giustizia e giurisprudenza nell'Italia preunitaria. Il Senato di Genova*, Milano, Giuffrè, 2002; Roberta Braccia, *Diritto della città. Diritto del contado. Autonomie politiche e autonomie normative di un distretto cittadino*, Milano, Giuffrè, 2004.

³⁵ Giorgio Zordan, *Il Codice per la Veneta mercantile marina*, Padova, Cedam, 1981-87; Victor Crescenzi, *Esse de Maiori Consilio. Legittimità civile e legittimazione politica nella Repubblica di Venezia (secc. XIII-XVI)*, Roma, Istituto storico italiano per il Medioevo, 1996; Giorgio Zordan, *L'ordinamento giuridico veneziano*, Padova, Imprimerie, 2005.

³⁶ Elio Tavilla, *Riforme e giustizia nel Settecento estense. Il Supremo Consiglio di Giustizia (1761-1796)*, Milano, Giuffrè, 2000; Id., *Diritto, istituzioni e cultura giuridica in area estense. Lezioni e percorsi di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2006.

³⁷ Ugo Petronio, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano, Giuffrè, 1972; Elisabetta Fusar Poli, *Il buon governo del Territorio di Brescia. "Ordini e Provvisioni del capitano Antonio Grimani" (1614-1615)*, Brescia, Fondazione Civiltà Bresciana, 2001.

³⁸ Enrico Genta, *Senato e senatori di Piemonte nel secolo XVIII*, Torino, Deputazione subalpina di storia patria, 1983; Gian Savino Pene Vidari (a cura di), *Les sénats de la maison de Savoie: ancien régime, restauration*, Torino, Giappichelli, 2001; Alberto Lupano, *Verso il giurisdizionalismo subalpino. Il "De regimine Ecclesiae" di Francesco Antonio Chionio nella cultura canonistica torinese del Settecento*, Torino, Deputazione subalpina di storia patria, 2001; Giuseppina De Giudici, *Il governo ecclesiastico nel Regnum Sardiniae. Aspetti e problemi nella prima età sabauda (1720-1730)*, Cagliari, Edizioni AV, 2002; Elisa Mongiano, *Immunità e giurisdizione negli Stati sabaudi tra XVI e XVIII secolo*, Torino, Giappichelli, 2008.

Mi scuso per questo freddo (e incompleto) elenco di nomi e di opere, che serve solo a dare il senso dell'impegno profuso nell'analisi degli ordinamenti preunitari. E ciò che è avvenuto per la storia degli ordinamenti è avvenuto parallelamente anche per la storia del pensiero giuridico. Peraltro, la distinzione fra i due filoni di ricerca è rozza e solo indicativa: molti degli studi sugli ordinamenti sono anche studi sul pensiero, e viceversa; ed è infatti a questo doppio livello che fa riferimento l'opera di Mario Caravale dedicata alla monarchia meridionale dai Normanni ai Borboni³⁹.

Già nel 1971 esce un importante lavoro di Aldo Mazzacane sulla cultura giuridica tedesca del Cinquecento⁴⁰ e nel 1974 Mario Sbriccoli pubblica il *Crimen laesae*⁴¹, che resta fino ad oggi un punto di riferimento obbligato per gli storici (non solo per gli storici del diritto) dell'età moderna. Disponiamo di puntuali e affidabili ricostruzioni del pensiero giuridico dal Cinquecento al Settecento grazie al lavoro di Italo Birocchi⁴², di riflessioni complessive sull'ordine giuridico moderno nell'opera di Dario Luongo⁴³, delle originali tematizzazioni di elementi costitutivi della modernità sviluppate da Giorgia Alessi⁴⁴ e altresì di interessanti esplorazioni di singoli temi poco frequentati (come il lavoro di Carlo Bersani su *status* e *ceti*⁴⁵ e di Lucia Bianchin sulla censura⁴⁶). L'illuminismo giuridico (negli anni sessanta ancora relativamente trascurato dagli storici del diritto, se non per l'eccellente lavoro di Giuliana D'Amelio⁴⁷) è stato fatto oggetto di numerosissime ricerche: basti ricordare (*pars pro toto*) l'imponente serie di lavori sulla Leopoldina venuti alla luce grazie all'iniziativa di Luigi Berlinguer e di Floriana Colao⁴⁸.

Quando poi si guardi all'Ottocento e al Novecento, il contrasto con il lontano passato della storiografia giuridica è ancora più forte. Si pensi soltanto al fatto che

³⁹ Mario Caravale, *La monarchia meridionale: istituzioni e dottrina giuridica dai Normanni ai Borboni*, Roma-Bari, Laterza, 1998.

⁴⁰ Aldo Mazzacane, *Scienza, logica e ideologia nella giurisprudenza tedesca del sec. 16.*, Milano, Giuffrè, 1971.

⁴¹ Mario Sbriccoli, *Crimen laesae maiestatis: il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

⁴² Italo Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002.

⁴³ Dario Luongo, *Consensus gentium. Criteri di legittimazione dell'ordine giuridico moderno*, Napoli, Arte tipografica, 2007-2008.

⁴⁴ Giorgia Alessi, *Il soggetto e l'ordine. Percorsi dell'individualismo nell'Europa moderna*, Torino, Giappichelli 2006.

⁴⁵ Bersani Carlo, *Nonnulla distinctio. Status e ceti nel secolo d'oro delle Province Unite*, Roma, Viella, 2009.

⁴⁶ Lucia Bianchin, *Dove non arriva la legge: dottrine della censura nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 2006.

⁴⁷ Giuliana D'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano, Giuffrè, 1965.

⁴⁸ *La 'Leopoldina'. 'Criminalità' e giustizia criminale nelle riforme del 700 europeo*, Milano, Giuffrè, 1988 ss.

la pandettistica tedesca – un tornante decisivo della cultura giuridica moderna – attendeva ancora quell'analisi approfondita della sua genesi e dei suoi presupposti storico-teorici finalmente compiuta nel fondamentale lavoro di Paolo Cappellini⁴⁹; né manca un'attenta ricostruzione della recezione italiana della cultura tedesca del primo Ottocento grazie agli studi di Laura Moscati⁵⁰ e di Cristina Vano⁵¹.

L'Ottocento preunitario e poi la formazione dello Stato nazionale sono stati ricostruiti in molti passaggi decisivi: penso ai lavori curati da Italo Birocchi e Antonello Mattone sul diritto patrio⁵², ai lavori di Luca Mannori su Romagnosi⁵³, ai saggi promossi da Giovanni Cazzetta sulla costruzione dell'identità nazionale⁵⁴, al lavoro di Elisa Mongiano sui plebisciti⁵⁵, alla monografia di Irene Stolzi sulle inchieste parlamentari⁵⁶.

Nemmeno il Novecento resta escluso dalla *reconquista* storico-giuridica di territori troppo a lungo abbandonati. Paolo Grossi ha proposto una magistrale visione d'insieme del sapere giuridico otto-novecentesco⁵⁷, indispensabile per i giuristi come per gli storici del diritto. Anche il fascismo ha finalmente ottenuto la necessaria attenzione: Aldo Mazzacane ha promosso una raccolta di saggi su diritto, economia e istituzioni⁵⁸ e Irene Stolzi ha scritto quella che ad oggi è la più approfondita e compiuta ricostruzione del corporativismo giuridico⁵⁹. Anche le leggi razziali e le persecuzioni antisemite sono state analizzate dalle convincenti ricerche di Giuseppe

⁴⁹ Paolo Cappellini, *Systema iuris*, voll. I-II, Milano, Giuffrè, 1984-85.

⁵⁰ Laura Moscati, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma, Carucci, 1984; Ead., *Italienische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, Viella, 2000.

⁵¹ Cristina Vano, *Il nostro autentico Gaio. Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000.

⁵² *Il Diritto patrio tra diritto comune e codificazione*, a cura di Italo Birocchi e Antonello Mattone, Roma, Viella, 2006.

⁵³ Luca Mannori, *Uno Stato per Romagnosi*, Milano, Giuffrè, 1984.

⁵⁴ Giovanni Cazzetta (a cura di), *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, Bologna, il Mulino, 2013.

⁵⁵ Elisa Mongiano, *Il "voto della Nazione". I plebisciti nella formazione del Regno d'Italia (1848-60)*, Torino, Giappichelli, 2003.

⁵⁶ Irene Stolzi, *Le inchieste parlamentari: un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)*, Milano, Giuffrè, 2015.

⁵⁷ Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico: 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁵⁸ Aldo Mazzacane, (a cura di), *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002.

⁵⁹ Irene Stolzi, *L'ordine corporativo: poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007.

Speciale⁶⁰ e di Saverio Gentile⁶¹, mentre Silvia Falconieri ed Ernesto De Cristofaro hanno studiato a fondo le ideologie razziali⁶².

Un tema classico della storia giuridica fra Settecento e Novecento – i processi di ‘codificazione’ del diritto – è stato affrontato approfonditamente sia nei suoi profili generali che nelle sue specifiche manifestazioni da numerosi storici del diritto. Penso a Carlo Ghisalberti, a Stefano Solimano, a Ugo Petronio, a Paolo Cappellini e a Bernardo Sordi, a Severino Caprioli, a Roberto Isotton, a Enrico Spagnesi⁶³, a Gigliola di Renzo Villata per Parma, ad Alberto Sciumè per il Regno italiano, a Francesco Mastroberti per la Sicilia, a Franca Mele per il progetto di codice penale di Mancini, a Marco Miletta per il codice di procedura penale del 1913, a Paolo Rondini per la Lombardia, a Gian Savino Pene Vidari per il Piemonte, a Francesco Aimerito per il Regno di Sardegna, a Daniele Edigati per la Toscana⁶⁴.

Dal medioevo al presente: in questa lunga traiettoria non ci sono momenti esclusi da un’attenta ricognizione storico-giuridica. Per cogliere l’impressionante espansione degli studi storico-giuridici non basta però far leva sull’asse della diacronia: occorre servirsi anche di un diverso, ma concorrente, punto di osservazione, che faccia riferimento alle discipline.

⁶⁰ Giuseppe Speciale, *Giudici e razza nell’Italia fascista*, Torino, Giappichelli, 2007; Giuseppe Speciale (a cura di), *Le leggi antebraiche nell’ordinamento italiano. Razza diritto esperienze*, Bologna, Patron, 2013.

⁶¹ Saverio Gentile, *La legalità del male. L’offensiva giuridica mussoliniana contro gli ebrei nella prospettiva storico-giuridica (1938-1945)*, Torino, Giappichelli, 2013.

⁶² Ernesto De_Cristofaro, *Codice della persecuzione: i giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008; Silvia Falconieri, *La legge della razza: strategie e luoghi del discorso giuridico fascista*, Bologna, il Mulino, 2011.

⁶³ Carlo Ghisalberti, *Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia: la codificazione del diritto nel Risorgimento*, Roma-Bari, Laterza, 1979; Stefano Solimano, *Verso il Code Napoléon: il progetto di Codice civile di Guy Jean-Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, Giuffrè, 1998; Ugo Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2000; Stefano Solimano, *Il letto di Procuste, diritto e politica nella formazione del codice civile unitario*, Milano, Giuffrè, 2003; Severino Caprioli, *Codice civile: struttura e vicende*, Milano, Giuffrè, 2008; Riccardo Ferrante, *Codificazione e cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2011; Roberto Isotton, *Tra autorità e libertà. Saggi di storia delle codificazioni penali*, Torino, Giappichelli, 2012; Enrico Spagnesi, *Il codice della navigazione*, Pisa, Il Campano, 2014.

⁶⁴ Gigliola Di Renzo Villata, *La codificazione civile parmense*, Milano, Giuffrè, 1979; Alberto Sciumè (a cura di), *I progetti del Codice di commercio del Regno italiano: 1806-1808*, Milano, Giuffrè, 1999; Francesco Mastroberti, *Codificazione e giustizia penale nelle Sicilie dal 1808 al 1820*, Napoli, Jovene, 2001; Franca Mele, *Un codice unico per un’Italia nuova. Il progetto di codice penale di Pasquale Stanislao Mancini*, Roma, Carocci, 2002; Marco Miletta, *Un processo per la Terza Italia. Il codice di procedura penale del 1913. I: L’attesa*, Milano, Giuffrè, 2003; Paolo Rondini, *Il Progetto di codice penale per la Lombardia austriaca di Luigi Villa (1787). Pietra scartata o testata d’angolo?*, Padova, Cedam, 2006; Gian Savino Pene Vidari, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino, Giappichelli, 2007; Francesco Aimerito, *La codificazione della procedura civile nel Regno di Sardegna*, Milano, Giuffrè, 2008; Daniele Edigati, *Il codice mancato. Tentativi di codificazione e riforma della giustizia criminale nella Toscana ottocentesca*, Roma, Aracne, 2013.

È sul terreno delle discipline che è possibile toccare con mano il ruolo svolto dal riferimento programmatico al 'sapere giuridico' come oggetto di ricognizione storiografica. La moltiplicazione delle ricerche ha avuto una portata qualitativa e quantitativa tale da far pensare alla nascita di veri e propri sub-settori della storiografia giuridica. La storia del diritto è ormai composta di numerose storie, al plurale, che fanno riferimento a tutti i principali ambiti del sapere giuridico. Pensiamo alla storia costituzionale e alla storia amministrativa. Agli inizi degli anni settanta disponevamo soltanto della, pur preziosa, *Storia costituzionale d'Italia* di Carlo Ghisalberti⁶⁵, ma nei decenni successivi il tema costituzionale diviene l'oggetto di numerose ricostruzioni storiografiche, che lo affrontano in uno scenario internazionale e in un'ottica di lungo periodo. È in questa prospettiva che Maurizio Fioravanti ha scritto opere di grande importanza sull'intero sviluppo del costituzionalismo moderno e Luigi Lacchè ha potuto non soltanto pubblicare in proprio saggi di notevole rilievo, ma addirittura promuovere una nuova rivista tematica, il «Giornale di storia costituzionale», di grande vivacità intellettuale e apertura internazionale. Il dialogo con i giuristi, raccomandato da Grossi nei lontani anni settanta, si realizza nel concreto dispiegarsi di questa nuova storia disciplinare: si pensi, ad esempio, al lavoro dedicato da Massimiliano Gregorio al tema del partito nella cultura giuridica otto-novecentesca⁶⁶; un tema decisivo per il dibattito giuspubblicistico e politologico contemporaneo.

Qualcosa di analogo è avvenuto per la disciplina amministrativistica: un territorio negletto dalla storiografia giuridica e ora esplorato da contributi illuminanti. Bernardo Sordi ha conseguito importanti risultati lavorando prima sull'amministrativistica italiana dell'Ottocento⁶⁷ e poi sulla cultura giuridica di lingua tedesca del primo Novecento⁶⁸ e ha infine redatto, insieme a Luca Mannori, un'indispensabile e fortunatissima *Storia del diritto amministrativo*⁶⁹. Giulio Cianferotti ha dedicato un monumentale volume alla ricognizione analitica della scienza amministrativa italiana del primo Ottocento⁷⁰, mentre Stefano Mannoni si è

⁶⁵ Carlo Ghisalberti, *Storia costituzionale d'Italia: 1849-1948*, Roma-Bari, Laterza, 1974.

⁶⁶ Massimiliano Gregorio, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

⁶⁷ Bernardo Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. la formazione della nozione di interesse legittimo*, Milano, Giuffrè, 1985.

⁶⁸ Bernardo Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987.

⁶⁹ Luca Mannori, Bernardo Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁷⁰ Giulio Cianferotti, *Storia della letteratura amministrativistica italiana, I: Dall'Unità alla fine dell'Ottocento: autonomie locali, amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998.

occupato dell'amministrazione francese (sul piano tanto istituzionale quanto dottrinario) dall'antico regime all'Ottocento⁷¹. Non sembra dunque una forzatura parlare della formazione di due vere e proprie sub-discipline storico-giuridiche. Non sarebbe però stato possibile tutto ciò se fosse mancata un'approfondita ricostruzione della teoria otto-novecentesca dello Stato e del diritto. Non è un caso dunque che il primo lavoro di Maurizio Fioravanti sia un'originale e approfondita ricostruzione della giuspubblicistica tedesca dell'Ottocento⁷² e che il primo libro di Giulio Cianferotti sia dedicato a Vittorio Emanuele Orlando⁷³ (al fondatore, in Italia, della moderna teoria dello Stato) e sia al contempo un'attenta ricognizione della giuspubblicistica dell'Italia unita.

Altrettanto impressionante è lo sviluppo assunto dalla storia del penale. Purtroppo, non possiamo disporre di quella storia complessiva della penalistica cui ha lavorato fino alla sua prematura scomparsa Mario Sbriccoli: lo storico che ha dato contributi decisivi alla comprensione del penale in tutto l'arco del suo sviluppo introducendo nel dibattito prospettive di analisi cui ancora tutti facciamo riferimento. Ne sono una straordinaria testimonianza i suoi *Scritti editi e inediti*, raccolti a cura di Luigi Lacchè⁷⁴. Manca dunque tuttora una complessiva storia del penale, ma disponiamo di numerosi e importanti lavori di analisi. Nella Macerata di Mario Sbriccoli, Luigi Lacchè, Monica Stronati, Ninfa Contigiani, Marco Boari hanno scavato a fondo sulle teorie e sulla prassi penali dal medioevo all'età contemporanea⁷⁵. Al maggiore penalista del Cinquecento, Tiberio Deciani, Michele Pifferi ha dedicato un'analisi approfondita e originale⁷⁶. Gian Paolo Massetto si è occupato del penale nella Lombardia fra Cinquecento e Settecento⁷⁷. Per il

⁷¹ Stefano Mannoni, *Une et indivisible: storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, Milano, Giuffrè, voll. I-II, 1994-96.

⁷² Maurizio Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè, 1979.

⁷³ Giulio Cianferotti, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980.

⁷⁴ Mario Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009.

⁷⁵ Marco Boari, *Qui venit contra iura. Il furiosus nella criminalistica dei secoli XV e XVI*, Milano, Giuffrè, 1983; Luigi Lacchè, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Milano, Giuffrè, 1998; Monica Stronati, *Il governo della 'grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana (1848-1913)*, Milano, Giuffrè, 2009; Ninfa Contigiani, *Uccidere in famiglia. La lesione dei vincoli di parentela e la difesa dell'ordine civile nella riflessione dottrinale italiana del primo Ottocento*, Macerata, Eum, 2008.

⁷⁶ Michele Pifferi, *Generalia delictorum. Il Tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006.

⁷⁷ Gian Paolo Massetto, *Saggi di storia del diritto penale lombardo (secoli XVI-XVIII)*, Milano, Led, 1994.

Settecento, ho già ricordato la serie di studi intitolati a “La Leopoldina”, promossa da Luigi Berlinguer e Floriana Colao. Sempre per il Sette-Ottocento Mario da Passano ha scritto opere importanti, soffermandosi anche, con particolare sensibilità, su un tema rivelatore come la pena di morte⁷⁸. Per l’Otto-Novecento disponiamo dei lavori di Floriana Colao e di Angela Santangelo⁷⁹. Né peraltro la storicizzazione del penale è stata condotta con il paraocchi di improponibili formalismi giuspositivistici. Di questa storicizzazione fanno parte integrante, come già spiegato magistralmente da Mario Sbriccoli, i saperi antropologico-criminologici emersi proprio in Italia nel clima del dominante positivismo filosofico. E anche su questo fronte la nostra disciplina sembra avere le carte in regola. Paolo Marchetti, Luigi Lacchè e Monica Stronati hanno promosso saggi e hanno scritto pagine importanti sulla criminologia ottocentesca⁸⁰, Michele Pifferi ha studiato, da questo punto di vista, il rapporto fra cultura italiana e cultura nord-americana⁸¹, mentre Francesco Rotondo si è occupato di Pietro Gori in Argentina⁸².

Sul terreno del rapporto fra privati, Paolo Grossi ha delineato un quadro ricchissimo della storia della proprietà in una fitta serie di studi che dal medioevo arrivano fino al nostro presente⁸³, ha lavorato sulla civilistica dell’Otto-Novecento⁸⁴, ha presentato una visione di insieme, come ricordavo, della scienza giuridica in quel

⁷⁸ Mario Da Passano, *Delitto e delinquenza nella Sardegna sabauda (1823-1844)*, Milano, Giuffrè, 1984; Id., *Il diritto penale toscano dai Lorena ai Borbone (1786-1807). Dalla “mitigazione delle pene” alla “protezione che esige l’ordine pubblico”*, Milano, Giuffrè, 1988; Id., *Emendare o intimidire? La codificazione del diritto penale in Francia e in Italia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, Giappichelli, 2000.

⁷⁹ Floriana Colao, *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento: da delitto fittizio a nemico dello Stato*, Milano, Giuffrè, 1986; Angela Santangelo, *Alla vigilia del Codice Zanardelli. Antonio Buccellati e la riforma penale nell’Italia postunitaria*, Milano, Giuffrè, 2008; Ead., *Le retoriche dei penalisti a cavallo dell’Unità nazionale. Le Letture dell’Istituto Lombardo Accademia di Scienze e Lettere*, Milano, Giuffrè, 2011.

⁸⁰ Paolo Marchetti, *L’armata del crimine. Teoria e repressione della recidiva in Italia: una genealogia*, Ancona, Cattedrale, 2008; Luigi Lacchè, Monica Stronati (a cura di), *Una ‘tribuna’ per le scienze criminali. La cultura delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata, Eum, 2012.

⁸¹ Michele Pifferi, *L’individualizzazione della pena. Difesa sociale e crisi della legalità penale fra otto e novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

⁸² Francesco Rotondo, *Itinerari alla periferia di Lombroso. Pietro Gori e la Criminologia Moderna in Argentina*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

⁸³ Paolo Grossi, *Le situazioni reali nell’esperienza giuridica medievale*, Padova, Cedam, 1968; Id., *Un altro modo di possedere. L’emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977; Id., *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*, Milano, Giuffrè, 1992; Id., *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998; Id., *La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006.

⁸⁴ P. Grossi, *La scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo (1893-1896)*, Milano, Giuffrè, 1988 e Id., *La cultura del civilista italiano: un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002.

periodo⁸⁵ e, a partire da questa lunga serie di ricerche sul campo, è riuscito infine a offrire una rappresentazione complessiva dello sviluppo storico⁸⁶ e a mettere a punto un'originale, personalissima interpretazione della modernità giuridica e del ruolo del giurista⁸⁷.

Non mancano, per la privatistica, analisi rilevanti di specifici temi e istituti⁸⁸. È però più intensamente frequentata l'area della commercialistica, dove gli studi spaziano dal tema dell'usura, su cui hanno svolto considerazioni interessanti, di recente, Carlo Gamba, Andrea Landi e Massimo Tita⁸⁹, alla genesi e allo sviluppo dell'intero diritto commerciale: penso ai lavori di Alberto Sciumè, Umberto Santarelli, Vito Piergiovanni, Maura Fortunati, Francesco Migliorino, Ferdinando Mazzarella, Pierpaolo Bonacini e Nicoletta Sarti, Alessia Legnani Annichini e Massimo Tita⁹⁰.

⁸⁵ Paolo Grossi, *Scienza giuridica italiana*, cit.

⁸⁶ Si pensi a Paolo Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007; Id., *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012.

⁸⁷ Si pensi a Paolo Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006⁶; Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè 2007³.

⁸⁸ Ad esempio Giovanni Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico, 1865-1914*, Milano, Giuffrè, 1991; Paolo Cappellini, *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010; Antonio Cappuccio, "Rien de mauvais". *I contratti di gioco e scommessa nell'età dei codici*, Torino, Giappichelli, 2011; Sara Parini, *Transactionis causa. Studi sulla transazione civile dal tardo diritto comune ai codici. Parte prima, la dottrina dei secoli XV e XVI*, Milano, Giuffrè, 2011; Giovanna Sciuto, *L'interdizione giudiziale e le logiche del Code civil: i buoni costumi, lo spirito pubblico, la forza dell'anima*, Roma, Bonanno, 2011; Caterina Bonzo, *L'inevitabile superamento della tradizione. Il destino del fedecommesso nel XIX secolo*, Napoli, Jovene, 2014.

⁸⁹ Carlo Gamba, *Licita usura: giuristi e moralisti tra Medioevo ed età moderna*, Roma, Viella, 2003; Andrea Landi, *Ad evitandas usuras. Ricerche sul contratto di censo nell'Usus modernus Pandectarum*, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano, 2004; Massimo Tita, *Processi per usura. Ideologie giuridiche e soluzioni giudiziarie tra Sette e Ottocento*, Napoli, Esi, 2008.

⁹⁰ Alberto Sciumè, *Ricerche sul fallimento nel diritto moderno*, Milano, Giuffrè, 1985; Umberto Santarelli, *Mercanti e società tra mercanti. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1987; Vito Piergiovanni (ed.), *The Courts and the Development of Commercial Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; Vito Piergiovanni (ed.), *The Growth of the Bank as Institution and the Development of Money-Business Law*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993; Maura Fortunati, *Scrittura e prova. I libri di commercio nel diritto medievale e moderno*, Roma, Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del diritto italiano, 1996; Francesco Migliorino, *Mysteria Concursus. Itinerari premoderni del diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1999; Ferdinando Mazzarella, *Nel segno dei tempi. Marchi, persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale*, Milano, Giuffrè, 2005; Vito Piergiovanni (ed.), *From lex mercatoria to commercial law*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005; Pierpaolo Bonacini, Nicoletta Sarti (a cura di), *Diritto particolare e modelli universali nella giurisdizione mercantile (secc. XIV-XVI)*, Bologna, Bononia University Press, 2008; Alessia Legnani Annichini, *La Mercanzia di Bologna. Gli statuti del 1436 e le riformazioni quattrocentesche*, Bologna, Bononia University Press, 2008; Massimo Tita, *Il giudizio dei pari. La giurisdizione commerciale a Napoli e a Roma tra Sette e Ottocento*, Ripalimosani, Agr, 2012; Alessia Legnani Annichini, "Proxeneta est in tractando". *La professione ingrata del mediatore di commercio (secc. XII-XVI)*, Bologna, Bononia University Press, 2013.

Prende forma una vera e propria storia della disciplina commercialistica, così come sta avvenendo con la giuslavoristica: un settore per lungo tempo trascurato dalla storiografia giuridica⁹¹ è ora valorizzato dagli imprescindibili studi di Giovanni Cazzetta, che ne ha acutamente messo in evidenza il ruolo decisivo per la comprensione dello Stato e del diritto moderni⁹². È un terreno su cui è ancora proficuo lavorare, come dimostrano i recenti, documentati lavori di Paolo Passaniti⁹³.

Il tema della famiglia è stato accuratamente studiato. Se ne era ampiamente occupato, per la società medievale, Manlio Bellomo⁹⁴ e gli studi sono proseguiti mettendo in luce molteplici aspetti del diritto di famiglia nell'età moderna e contemporanea. Marco Cavina ha scritto importanti lavori (tanto di analisi quanto di sintesi) sul potere paterno e sui conflitti famigliari⁹⁵, Andrea Romano, Paolo Passaniti ed Elisa Mongiano hanno messo in luce vari aspetti dell'evoluzione del diritto di famiglia in Italia⁹⁶, Chiara Valsecchi ha scritto un ampio, esaustivo lavoro sul tema cruciale del conflitto fra divorzisti e antidivorzisti nell'Italia contemporanea⁹⁷, mentre Marianna Pignata si è soffermata con successo sugli aspetti giurisprudenziali dei conflitti famigliari⁹⁸.

Disponiamo anche di un contributo dedicato al diritto tributario⁹⁹, mentre un settore che merita ancora un lavoro di approfondimento da parte degli storici del diritto è il diritto internazionale. Sono rimasti a lungo privi di seguito gli studi di Bruno Paradisi¹⁰⁰ e solo di recente hanno visto la luce eccellenti esplorazioni storico-

⁹¹ Si tenga però presente l'importante *Introduzione* di Severino Caprioli all'edizione, da lui curata, di Enrico Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri* (1906), Torino, Giappichelli, 1992.

⁹² Giovanni Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007.

⁹³ Paolo Passaniti, *Storia del diritto del lavoro, I, La questione del contratto di lavoro nell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 2006; Id., *Filippo Turati giuslavorista. Il socialismo nelle origini del diritto del lavoro*, Manduria, Lacaita, 2008.

⁹⁴ Manlio Bellomo, *Problemi di diritto familiare nell'età dei Comuni: beni paterni e pars filii*, Milano, Giuffrè, 1968.

⁹⁵ Marco Cavina, *Il potere del padre*, voll. I-II, Milano, Giuffrè, 1995; Id., *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'Antichità a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2007; Id., *Nozze di sangue. Storia della violenza coniugale*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

⁹⁶ Andrea Romano, *Famiglia, successioni e patrimonio familiare nell'Italia medievale e moderna*, Torino, Giappichelli, 1994; Paolo Passaniti, *Diritto di famiglia e ordine sociale. Il percorso storico della società coniugale in Italia*, Milano, Giuffrè 2011; Elisa Mongiano, *Famiglia e patrimonio. Profili storico-giuridici*, Torino, Giappichelli, 2015.

⁹⁷ Chiara Valsecchi, *In difesa della famiglia? Divorzisti e antidivorzisti in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁹⁸ Marianna Pignata, *Legami in crisi. I 'rimedi' della giurisprudenza italiana tra Otto e Novecento*, Torino, Giappichelli 2012.

⁹⁹ Gianfranco Liberati, *La formazione dell'ordinamento tributario. Le tasse sugli affari*, Napoli, Jovene, 1983.

¹⁰⁰ Bruno Paradisi, *Civitas maxima: studi di storia del diritto internazionale*, voll. I-I, Firenze, Olschki, 1974.

giuridiche in questo settore. Sulla scienza internazionalistica fra Otto e Novecento ha scritto un libro brillante Stefano Mannoni¹⁰¹ e più di recente Luigi Nuzzo ha dedicato una monografia di grande spessore alle origini della ‘scienza’ internazionalistica¹⁰², mentre Eliana Augusti ha studiato approfonditamente l’impero ottomano nel diritto internazionale ottocentesco¹⁰³.

Guardare oltre i confini degli Stati nazionali significa per lo storico del diritto confrontarsi con questioni decisive, troppo a lungo trascurate dalla disciplina. Penso soprattutto al tema, di importanza epocale, della colonizzazione. Al suo momento originario (alla conquista spagnola delle Americhe) hanno dedicato lavori di notevole rilievo Aldo Andrea Cassi e Luigi Nuzzo¹⁰⁴ e finalmente anche fasi successive della colonizzazione cominciano ad essere prese in considerazione dalla storiografia giuridica. Aldo Mazzacane ha promosso un convegno sul tema del colonialismo¹⁰⁵ e anche i «Quaderni Fiorentini» hanno dedicato al diritto coloniale un numero monografico¹⁰⁶. Per la colonizzazione italiana possiamo contare sui fondamentali lavori di Luciano Martone¹⁰⁷ e, per la colonizzazione francese nelle Antille, sull’intelligente e accurata ricognizione di Marco Fioravanti¹⁰⁸.

Anche altri temi, riconducibili all’ambito dei rapporti fra diversi ordinamenti, cominciano ad essere presi in considerazione dalla storiografia giuridica. Un tema cruciale come la guerra è stato pionieristicamente affrontato da Giulio Cianferotti, che nel 1984 ha studiato le posizioni assunte dai giuristi italiani nei confronti della guerra di Libia¹⁰⁹. Più di recente, Aldo Andrea Cassi ha dedicato iniziative e studi importanti al problema della guerra, fra Vitoria e la dottrina giusinternazionalistica

¹⁰¹ Stefano Mannoni, *Potenza e ragione: la scienza del diritto internazionale nella crisi dell’equilibrio europeo, 1870-1914*, Milano, Giuffrè, 1999.

¹⁰² Luigi Nuzzo, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt a. Main, Klostermann, 2012.

¹⁰³ Eliana Augusti, *Questioni d’Oriente. Europa e impero ottomano nel diritto internazionale dell’Ottocento*, Napoli, Esi, 2013.

¹⁰⁴ Aldo Andrea Cassi, *Ius commune tra Vecchio e Nuovo Mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004; Luigi Nuzzo, *Il linguaggio giuridico della Conquista. Strategie di controllo nelle Indie Spagnole*, Napoli, Jovene, 2004.

¹⁰⁵ A. Mazzacane (a cura di), *Oltremare. Diritto e istituzioni dal Colonialismo all’età postcoloniale*, Napoli, Cuen, 2006.

¹⁰⁶ «Quaderni Fiorentini», 33, 2004-2005 (*L’Europa e gli ‘altri’. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*).

¹⁰⁷ Luciano Martone, *Giustizia coloniale. Modelli e prassi penale per i sudditi d’Africa dall’età giolittiana al fascismo*, Napoli, Jovene, 2002; Id., *Diritto d’oltremare. Legge e ordine per le Colonie del Regno d’Italia*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁰⁸ Marco Fioravanti, *Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione*, Roma, Carocci, 2012.

¹⁰⁹ Giulio Cianferotti, *Giuristi e mondo accademico di fronte all’impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984.

moderna e contemporanea¹¹⁰. Sulle radici storiche e le dinamiche del processo di costruzione dell'ordinamento europeo possiamo fare riferimento a un volume monografico dei «Quaderni Fiorentini»¹¹¹ e agli scritti, di grande rilievo, di Antonio Padoa Schioppa¹¹². Comincia ad essere affrontato anche il delicato problema del rapporto fra cittadini e stranieri: se ne occupa approfonditamente Claudia Storti, lavorando su un lungo arco di tempo, dal medioevo all'età preunitaria¹¹³. Sui fenomeni migratori Massimo Meccarelli ha promosso un interessante seminario¹¹⁴ e Michele Pifferi (insieme con Orsetta Giolo) ha delineato un convincente quadro storico-comparativo delle politiche adottate nei confronti degli immigrati¹¹⁵.

Il terreno internazionalistico comincia dunque ad essere dissodato dagli storici del diritto, ma molto resta ancora da fare. Assai più nutrito appare l'intervento della disciplina storico-giuridica sul fronte delle esperienze processuali. Disponiamo innanzitutto dell'acuta e brillante visione d'insieme messa a punto da Giorgia Alessi¹¹⁶ e poi di numerosi studi dedicati a diversi momenti della storia del processo. Del processo nel medioevo si sono occupati con profitto Luciano Martone, Andrea Errera, Luca Loschiavo, Daniela Tarantino¹¹⁷. Studi accurati sono stati dedicati da Rosalba Sorice alla Sicilia cinquecentesca¹¹⁸ e da Daniele Edigati alla Toscana

¹¹⁰ Aldo Andrea Cassi (a cura), *Guerra e Diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età contemporanea*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009; Francisco Suarez, *Sulla Guerra*, a cura e con un saggio introduttivo di Aldo Andrea Cassi, Macerata, Quodlibet 2014.

¹¹¹ «Quaderni Fiorentini», 31, 2002 (*L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive*).

¹¹² Antonio Padoa Schioppa, *Verso la federazione europea? Tappe e svolte di un lungo cammino*, Bologna, il Mulino, 2014.

¹¹³ Claudia Storti, *Ricerche sulla condizione giuridica dello straniero in Italia dal tardo diritto comune all'età preunitaria. Aspetti civilistici*, Milano, Giuffrè, 1990.

¹¹⁴ Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, EUM, 2012.

¹¹⁵ Orsetta Giolo, Michele Pifferi (a cura di), *Diritto contro. Meccanismi giuridici di esclusione dello straniero*, Torino, Giappichelli, 2009.

¹¹⁶ Giorgia Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2004.

¹¹⁷ Luciano Martone, *Arbiter-Arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli, Jovene, 1984; Andrea Errera, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei Glossatori*, Bologna, Monduzzi, 1995; Id., *Processus in causa Fidei. L'evoluzione dei manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino*, Bologna, Monduzzi, 2000; Luca Loschiavo, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Milano, Giuffrè, 2004; Daniela Tarantino, *La fides instrumentorum. Il valore probatorio dei documenti nei processi civile e canonico dal tardo diritto comune ai codici (Biblioteca della rivista di storia del diritto italiano, Fondazione Sergio Mochi Onory per la Storia del Diritto Italiano, Roma 2010.*

¹¹⁸ Rosalba Sorice, '... quae omnia bonus iudex considerabit...'. *La giustizia criminale nel regno di Sicilia. (secolo XVI)*, Torino, Giappichelli, 2010.

settecentesca¹¹⁹. Ettore Dezza e Loredana Garlati hanno scritto lavori importanti sulla storia processuale italiana¹²⁰. Floriana Colao ha scritto un'originale e innovativa storia del processo (che è al contempo una storia politico-costituzionale) nell'Italia repubblicana¹²¹. Agli studi monografici si sono aggiunte anche importanti raccolte di studi, grazie alle iniziative promosse da Marco Miletto, Floriana Colao, Luigi Lacchè, Claudia Storti, Loredana Garlati, Monica Stronati, Marco Cavina¹²².

Il processo peraltro è un capitolo di un più ampio, e affascinante, orizzonte di ricerca che potremmo intitolare alla 'storia della giustizia'. Proprio sulla necessità di mettere a fuoco, unitariamente, questo vastissimo campo di indagine hanno opportunamente richiamato l'attenzione Luigi Lacchè e Massimo Meccarelli dedicandovi un seminario¹²³. Possiamo già contare su lavori importanti riconducibili a questa grande area tematica. Sul momento giurisprudenziale nell'antico regime ha scritto pagine imprescindibili Mario Ascheri¹²⁴ e ai Grandi Tribunali Mario Sbriccoli e Antonella Bettone avevano dedicato un apposito convegno¹²⁵. Sul Ducato di Milano disponiamo, oltre al già ricordato lavoro di Ugo Petronio, dell'ampia ricerca di Annamaria Monti¹²⁶. Per il periodo di svolta fra Sette e Ottocento i diversi aspetti del tema 'giustizia' sono affrontati dagli studi di Paolo Alvazzi Del Frate¹²⁷. Grazie

¹¹⁹ Daniele Edigati, *Gli occhi del Granduca. Tecniche inquisitorie e arbitrio giudiziale tra stylus curiae e ius commune nella Toscana secentesca*, Pisa, Ets, 2009; Daniele Edigati, *Prima della Leopoldina. La giustizia criminale toscana tra prassi e riforme legislative nel XVIII secolo*, Napoli, Jovene, 2011.

¹²⁰ Ettore Dezza, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, Giuffrè, 1989; Loredana Garlati, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano, Giuffrè, 1999; Ettore Dezza, *Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione*, Padova, Cedam, 2001.

¹²¹ Floriana Colao, *Giustizia e politica: il processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013.

¹²² Marco Nicola Miletto, *Riti, tecniche, interessi: il processo penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2006; Floriana Colao, Luigi Lacchè e Claudia Storti (a cura di), *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, Bologna, il Mulino, 2008; Loredana Garlati (a cura di), *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, Milano, Giuffrè, 2010; Luigi Lacchè, Monica Stronati (a cura di), *Beyond the Statute Law: the "Grey" Government of Criminal Justice Systems. History and Theory in the Modern Age*, Macerata, Eum, 2011; Marco Cavina (a cura di), *La giustizia criminale nell'Italia moderna (XVI-XVIII sec.)*, Bologna, Pàtron, 2012.

¹²³ Luigi Lacchè, Massimo Meccarelli (a cura di), *Storia delle giustizia e storia del diritto: prospettive di ricerca in ambito europeo*, Macerata, Eum, 2012.

¹²⁴ Mario Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna, il Mulino 1989.

¹²⁵ Mario Sbriccoli, Antonella Bettone (a cura di), *Grandi tribunali e Rote nell'Italia di Antico Regime*, Milano, Giuffrè, 1993.

¹²⁶ Ugo Petronio, *Il Senato di Milano*, cit.; Annamaria Monti, *Iudicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹²⁷ Paolo Alvazzi Del Frate, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'Ancien Régime alla Restaurazione*, Roma, Viella, 1999; Id., *Giurisprudenza e référé législatif in*

agli approfonditi lavori di Massimo Meccarelli e di Orazio Abbamonte abbiamo un quadro completo della storia della Cassazione in Italia dall'Unità al fascismo¹²⁸. Antonio Padoa Schioppa, Gigliola Di Renzo Villata, Aurelio Cernigliaro, Maria Rosa Di Simone hanno organizzato importanti convegni sulla storia della giustizia¹²⁹. Un campo sterminato è rappresentato, come è facile intendere, dal concreto operare delle Corti di giustizia. Molto resta da fare, ma già ricerche interessanti si muovono in questa direzione, come i lavori di Marco Miletta sul Regno di Napoli¹³⁰ e di Angela Santangelo sulla Rota romana¹³¹. Non sono mancati nemmeno studi di carattere prosopografico, anche se purtroppo interrotti dalla morte prematura del loro autore: gli studi che Pietro Saraceno ha dedicato con esemplare acribia alla ricostruzione delle carriere e delle figure dei magistrati italiani dall'unità al fascismo¹³².

Il giudice è una figura ovviamente essenziale per il funzionamento della giustizia, ma agisce non da solo, bensì in dialettica connessione con altre figure professionali quali l'avvocato. E infatti che l'avvocatura debba essere oggetto di accurate ricostruzioni storiografiche è ormai acquisito dalla nostra disciplina, che ha moltiplicato gli studi su questo tema, anche in questo caso seguendo una traiettoria che dal medioevo arriva al nostro presente. Di avvocatura medievale si sono occupati Nicoletta Sarti e Simone Bordini¹³³, sul foro lombardo hanno promosso ricerche

Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico, Torino, Giappichelli, 2005; Id., *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, Giappichelli, 2011.

¹²⁸ Massimo Meccarelli, *Le Corti di cassazione nell'Italia unita. Profili sistematici e costituzionali della giurisdizione in una prospettiva comparata (1865-1923)*, Milano, Giuffrè, 2005; Orazio Abbamonte, *La politica invisibile. Corte di Cassazione e magistratura durante il Fascismo*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹²⁹ Antonio Padoa-Schioppa (ed.), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; Maria Gigliola Di Renzo Villata (a cura di), *Il diritto tra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Napoli, Jovene, 2003; Aurelio Cernigliaro (a cura di), *Themis. Tra le pieghe della giustizia*, Torino, Giappichelli, 2009; Maria Rosa Di Simone, *La giustizia dello Stato pontificio in età moderna*, Roma, Viella, 2011.

¹³⁰ Marco Miletta, *Stylus judicandi, Le raccolte di «decisiones» del Regno di Napoli in età moderna*, Napoli, Jovene, 1998.

¹³¹ Angela Santangelo, *La giurisprudenza della Rota Romana nel secolo XIV*, Milano, Giuffrè, 2001.

¹³² Pietro Saraceno, *Alta magistratura e classe politica dalla integrazione alla separazione: linee di una analisi socio-politica del personale dell'alta magistratura italiana dall'unità al fascismo*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1979; Id. (a cura di), *I magistrati italiani dall'unità al fascismo: studi biografici e prosopografici*, Roma, Carucci, 1988; Id., *La magistratura del Regno di Sardegna: lezioni del corso di Storia dell'amministrazione dello Stato italiano*, Roma, Pioda, 1993.

¹³³ Nicoletta Sarti, Simone Bordini, *L'avvocato medievale tra mestiere e scienza giuridica. Il Liber cautele et doctrine di Uberto da Bobbio (...1211-1245...)*, Bologna, il Mulino, 2011.

Cristina Danusso, Claudia Storti e Maria Gigliola Di Renzo Villata¹³⁴, mentre su Venezia ha lavorato Silvia Gasparini¹³⁵. Il meridione preunitario è studiato dai saggi raccolti a cura di Aurelio Cernigliaro e dalla monografia di Stefania Torre¹³⁶, mentre la Toscana della restaurazione è presente nel volume curato da Floriana Colao¹³⁷. Per l'Italia dell'Ottocento disponiamo dell'originale lavoro di Pasquale Beneduce¹³⁸, della monografia dedicata da Roberta Braccia a Stefano Castagnola¹³⁹, degli studi promossi da Antonio Padoa Schioppa, da Gian Savino Pene Vidari e da Stefano Borsacchi¹⁴⁰. Non mancano nemmeno analisi dedicate a un profilo peculiare e interessante quale la 'deontologia' dell'avvocato, grazie ai lavori di Stefano Vinci e Genuzio Bentini e di Raffaella Bianchi Riva¹⁴¹.

Giudici e avvocati sono figure professionali la cui dimensione storico-sociale è comprensibile fino in fondo solo studiando la genesi e le caratteristiche della loro cultura di ceto. Coerentemente, quindi, si sono moltiplicati i lavori che mettono a fuoco il tema della formazione del giurista: si pensi agli studi, di taglio comparatistico, promossi da Aldo Mazzacane¹⁴², ai saggi raccolti a cura di Maria Gigliola Di Renzo Villata per il Sette-Ottocento lombardo¹⁴³ e alla stimolante

¹³⁴ Cristina Danusso, Claudia Storti (a cura di), *Figure del foro lombardo tra XVI e XIX secolo*, Milano, Giuffrè, 2006; Maria Gigliola Di Renzo Villata (a cura di), *L'arte del difendere. Allegazioni avvocati e storie di vita a Milano tra Sette e Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2006.

¹³⁵ Silvia Gasparini, *Tra fatto e diritto. Avvocati e causidici a Venezia nell'età moderna*, Padova, Imprimerie, 2005.

¹³⁶ Aurelio Cernigliaro (a cura di), *Avvocati napoletani e del Mezzogiorno continentale*, Bologna, il Mulino, 2012; Stefania Torre, *I "Principi del Foro". L'avvocatura napoletana dai Borboni all'Unità d'Italia*, Napoli, ESI 2013.

¹³⁷ Floriana Colao (a cura di), *Avvocati del Risorgimento nella Toscana della restaurazione*, Bologna, il Mulino, 2006.

¹³⁸ Pasquale Beneduce, *Il corpo eloquente. Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, il Mulino, 1996.

¹³⁹ Roberta Braccia, *Un avvocato nelle istituzioni. Stefano Castagnola giurista e politico dell'Italia liberale*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁴⁰ Antonio Padoa Schioppa (a cura di), *Avvocati e avvocatura nell'Italia dell'Ottocento*, Bologna, il Mulino, 2009; Stefano Borsacchi, Gian Savino Pene Vidari (a cura di), *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologna, il Mulino, 2011; Stefano Borsacchi, Gian Savino Pene Vidari (a cura di), *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna, il Mulino, 2014.

¹⁴¹ Stefano Vinci, Genuzio Bentini, *La deontologia dell'avvocato penalista*, Taranto, Cressati, 2007; Raffaella Bianchi Riva, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna. Parte prima. Il medioevo*, Milano, Giuffrè, 2012.

¹⁴² Aldo Mazzacane (a cura di), *La formazione dei giuristi in Europa e negli Stati Uniti d'America*, Napoli, Editoriale scientifica, 2001.

¹⁴³ Maria Gigliola Di Renzo Villata (a cura di), *Formare il giurista. Esperienze nell'area lombarda tra Sette e Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2004.

raccolta di scritti con i quali Antonio Padoa Schioppa mostra tutta l'attualità e l'urgenza di questo problema¹⁴⁴.

Tramite importante della formazione del giurista è (almeno nell'Europa continentale) l'università (che è comunque di per sé un fenomeno storico-culturale e istituzionale di grande interesse). Sono benvenuti, dunque, i lavori storico-giuridici che ne ricostruiscono la storia. Manlio Bellomo studia l'università medievale¹⁴⁵, Enrico Spagnesi si occupa dell'antico Studio fiorentino,¹⁴⁶ Giovanni Minnucci e Paolo Nardi dell'università di Siena¹⁴⁷, Maria Rosa Di Simone della 'Sapienza' romana¹⁴⁸ e Francesco Cammisa dell'università di Napoli¹⁴⁹ nel Settecento, mentre al rapporto fra università e professioni giuridiche nell'Ottocento sono dedicati i saggi curati da Aldo Mazzacane e Cristina Vano¹⁵⁰.

Che lo si guardi nello specchio della sua formazione o nell'esercizio della sua attività dottrina o forense, il giurista è un oggetto privilegiato della ricerca storico-giuridica. Sono numerosi gli studi che si concentrano su singole personalità, dal medioevo ai nostri giorni. Su Irnerio ha lavorato a lungo Enrico Spagnesi¹⁵¹, Giacomo Pace ha studiato Riccardo da Saliceto e Martino Semeraro Osberto da Cremona¹⁵², Diego Quaglioni ci ha dato preziose indicazioni sul pensiero giuridico-politico di Bartolo¹⁵³, Chiara Valsecchi ha lavorato su Oldrado da Ponte¹⁵⁴, Giovanni

¹⁴⁴ Antonio Padoa Schioppa, *Ri-formare il giurista, un percorso incompiuto*, Torino, Giappichelli, 2014.

¹⁴⁵ Manlio Bellomo, *Saggio sull'università nell'età del diritto comune*, Roma, Il cigno Galileo Galilei, 1992.

¹⁴⁶ Enrico Spagnesi, *Utiliter edoceri: atti inediti degli ufficiali dello Studio fiorentino, 1391-96*, Milano, Giuffrè, 1979.

¹⁴⁷ Giovanni Minnucci, *Le lauree dello Studio senese alla fine del secolo XV*, Milano, Giuffrè, 1981; Paolo Nardi, *L'insegnamento superiore a Siena nei secoli XI-XIV. Tentativi e realizzazioni dalle origini alla fondazione dello studio generale*, Milano, Giuffrè, 1996; Id., *Maestri e allievi giuristi nell'Università di Siena. Saggi biografici*, Milano, Giuffrè, 2009.

¹⁴⁸ Maria Rosa Di Simone, *La "Sapienza" romana nel Settecento. Organizzazione universitaria e insegnamento del diritto*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1980.

¹⁴⁹ Francesco Cammisa, *L'Università di Napoli nella seconda metà del Settecento. Documenti e profilo delle riforme*, Napoli, Jovene 2001.

¹⁵⁰ Aldo Mazzacane, Cristina Vano (a cura di), *Università e professioni giuridiche in Europa nell'età liberale*, Napoli, Jovene, 1994.

¹⁵¹ Enrico Spagnesi, *Libros legum renovavit: Irnerio lucerna e propagatore del diritto*, Pisa, Il campano-Arnus University Books, 2013.

¹⁵² Giacomo Pace, *Riccardo da Saliceto. Un giurista bolognese del Trecento*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma, 1995; Martino Semeraro, *Osberto da Cremona: un giurista dell'età del diritto comune*, Roma, Viella, 2000

¹⁵³ Diego Quaglioni, *Politica e diritto nel Trecento italiano: il "De tyranno" di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357)*, Firenze, Olschki, 1983.

¹⁵⁴ Chiara Valsecchi, *Oldrado da Ponte e i suoi Consilia: un'auctoritas del primo Trecento*, Milano, Giuffrè, 2000.

Rossi si è occupato di Tiraqueau¹⁵⁵, Alberto Lupano di Cravetta¹⁵⁶, Christian Zendri e Cecilia Pedrazza Gorlero di Pierre Grégoire¹⁵⁷, ancora Christian Zendri di Zasio¹⁵⁸, Federico Gorla di Claude de Seyssel¹⁵⁹, Alessandro Dani di De Luca¹⁶⁰, Paola Casana di Pansoya¹⁶¹, Mario Piccinini di Henry Sumner Maine,¹⁶² Marco Sabbioneti di Saleilles¹⁶³. Sui giuristi del Novecento disponiamo ormai di un'abbondante letteratura storico-giuridica. Una preziosa silloge è data dai penetranti e vivaci *Profili di giuristi* redatti da Paolo Grossi in tempi diversi e ora raccolti in volume¹⁶⁴, cui aggiungere la ricognizione degli studi giuridici nella Firenze otto-novecentesca¹⁶⁵ e la promozione di una raccolta di saggi dedicati al pensiero di Costantino Mortati¹⁶⁶. Per Giorgio La Pira disponiamo ora della bibliografia degli scritti, curata da Giulio Conticelli¹⁶⁷.

Storie di ordinamenti, di saperi, di professioni, di biografie intellettuali, distribuite entro un amplissimo arco temporale: sono queste le principali linee di sviluppo dell'attuale storiografia giuridica. Conviene però menzionare ancora, *last but not least*, la presenza di temi di indagine tanto significativi quanto difficilmente riconducibili a una (o a una sola) disciplina.

Un tema che ha ottenuto di recente una peculiare attenzione è un fenomeno ricorrente nella storia della cultura e della prassi politico-giuridica moderna e

¹⁵⁵ Giovanni Rossi, *Incunaboli della modernità. Scienza giuridica e cultura umanistica in André Tiraqueau (1488-1558)*, Torino, Giappichelli, 2007.

¹⁵⁶ Alberto Lupano, *Aimone Cravetta giurista del diritto comune (1504-1569)*, Torino, Deputazione subalpina di storia patria, 2008.

¹⁵⁷ Christian Zendri, *Pierre Grégoire tra leges e mores. Ricerche sulla pubblicistica francese del tardo Cinquecento*, Bologna, Monduzzi, 2007; Cecilia Pedrazza Gorlero, *Immagini dell'ordo iuris. Ars e methodus nella riflessione di Pierre Grégoire (1540-1597)*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁵⁸ Christian Zendri, *Umanesimo giuridico ed ebraismo. La questione del battesimo 'in vitis parentibus' nel pensiero di Ulrich Zasius*, Padova, Cedam, 2011.

¹⁵⁹ Federico Gorla, *Fra rinnovamento e tradizione: lo Speculum feudorum di Claude de Seyssel*, Milano, Giuffrè, 2010.

¹⁶⁰ Alessandro Dani, *Giovanni Battista De Luca divulgatore del diritto. Una vicenda di impegno civile nella Roma barocca*, Roma, Aracne, 2012.

¹⁶¹ Paola Casana, *Tra rivoluzione francese e stato costituzionale. Il giurista Giovanni Ignazio Pansoya (Torino, 1784-1851)*, Napoli, Jovene, 2005.

¹⁶² Mario Piccinini, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry Sumner Maine*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹⁶³ Marco Sabbioneti, *Democrazia sociale e diritto privato. La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)*, Milano, Giuffrè, 2010.

¹⁶⁴ Paolo Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili dei giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁶⁵ Paolo Grossi, *Stile fiorentino: gli studi giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milano, Giuffrè, 1986.

¹⁶⁶ Mario Galizia, Paolo Grossi (a cura di), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, Milano, Giuffrè, 1990.

¹⁶⁷ Giulio Conticelli, Lorenzo Artusi, *Bibliografia degli scritti di Giorgio La Pira*, Firenze, Fondazione Giorgio La Pira, 1998.

contemporanea: la sempre rinnovata dialettica fra 'norma' ed 'eccezione'. È un tema che Carlotta Latini ha affrontato in profondità, per quanto riguarda la storia dell'Italia unita¹⁶⁸, e che un volume monografico dei «Quaderni Fiorentini» ha studiato in una prospettiva storico-comparativa¹⁶⁹. Di recente, Massimo Meccarelli¹⁷⁰ ha scritto e raccolto saggi interessanti su questo tema cogliendone tutta l'importanza per l'esperienza politico-giuridica del passato e del presente.

Un tema tanto affascinante quanto trascurato è il tema della lingua giuridica. Mi sembra che possiamo contare soltanto su due nomi: Piero Fiorelli, che, da solo, ha aperto la strada e Federigo Bambi che continua a muoversi, con eccellenti risultati, in questa direzione¹⁷¹.

Non manca la presenza di storici del diritto in un settore di ricerca affascinante e promettente – le interconnessioni fra 'diritto e 'letteratura' – finalmente coltivato anche in Italia: valgano gli eccellenti esempi offerti da Marco Cavina¹⁷² e da Aldo Mazzacane¹⁷³.

Di tutt'altro tipo, ma pur sempre 'di frontiera', è il tema dell'emarginazione, dei dispositivi di esclusione e della loro incidenza sul corpo e sulla mente dei soggetti: è un tema cui Franco Migliorino ha destinato (servendosi di *media* anche non convenzionali) affascinanti e innovative riflessioni¹⁷⁴.

Infine, conviene segnalare un *work in progress*, portato avanti da Massimo Meccarelli: un invito a riconsiderare la dimensione spaziale (e spazio-temporale) nella storia del diritto. È una direttrice di ricerca poco frequentata in Italia (all'importanza della dimensione spaziale aveva però già fatto efficacemente richiamo Paolo Marchetti¹⁷⁵), che permette di entrare in contatto, fra l'altro, con il

¹⁶⁸ Carlotta Latini, *Governare l'emergenza. Delega legislativa e pieni poteri in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2005; Ead., *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Firenze, Le Monnier, 2010.

¹⁶⁹ «Quaderni Fiorentini», 36, 2007 (*Principio di legalità e diritto penale. Per Mario Sbriccoli*).

¹⁷⁰ Massimo Meccarelli, Paolo Palchetti, Carlo Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, EUM, 2011.

¹⁷¹ Piero Fiorelli, *Intorno alle parole del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008; Federigo Bambi, *Una nuova lingua per il diritto. Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisorie fiorentine del 1355-57*, Milano, Giuffrè, 2009.

¹⁷² Marco Cavina, *Giuristi, letterati e dispute dei saperi in età moderna. Il caso della scienza dell'onore*, in *Diritto e letteratura. Prospettive di ricerca*, Bologna, Italian Society for Law and Literature, 2010, pp. 238-245.

¹⁷³ Aldo Mazzacane, *Diritto e romanzo nel secolo della borghesia. Le Colonel Chabert di Honoré de Balzac*, in «Giornale di Storia Costituzionale», 28, 2014, pp. 187-216.

¹⁷⁴ Francesco Migliorino, *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008; Id., *Aria. Voci scritte immagini dal manicomio criminale di Barcellona Pozzo di Gotto* (Documentario audiovisivo su supporto DVD), 2007.

¹⁷⁵ Paolo Marchetti, *De iure finium. Diritto e confini tra tardo medioevo ed età moderna*, Milano, Giuffrè, 2001.

fenomeno delle interazioni e ‘ibridazioni’ fra culture diverse; un fenomeno che costituisce, anche nel dibattito europeo, un tema tanto nuovo quanto affascinante.

Quali conseguenze trarre da questa cursoria e parziale rassegna di dati bibliografici? Come dicevo, devo limitarmi, in ragione dell’incompletezza della mia esposizione, a una semplice impressione; e l’impressione è che lo stato di salute della disciplina storico-giuridica sia ottimo. È possibile indicare qualche punto di criticità da superare o almeno qualche lacuna da colmare? Forse è possibile richiamare l’attenzione su tre profili, anche se in realtà per ciascuno di essi le zone illuminate sembrano sopravanzare nettamente le parti in ombra.

Il primo profilo riguarda la dimensione europea (e anche trans-europea) della ricerca storico-giuridica. È stato finalmente cancellato (anche se con grave ritardo) dalla denominazione della nostra disciplina l’aggettivo ‘italiano’, retaggio dell’originario collegamento della storiografia giuridica con la formazione dello Stato unitario (e successivamente delle chiusure provinciali provocate dal nazionalismo fascista). La storia del diritto non ha più una cogente determinazione spaziale (l’Italia) e si sono moltiplicati gli studi disposti a superare i confini dello Stato nazionale. La mia impressione è però che si possa, e forse si debba, fare qualcosa di più. Penso ad esempio ai paesi di *common law*, familiari a qualsiasi comparatista, ma assai meno agli storici del diritto. Certo, non mancano felici eccezioni: basti pensare a Mario Piccinini, che ha dedicato studi importanti a Maine e allo sviluppo costituzionale inglese¹⁷⁶, ad Ettore Dezza e alla sua ricostruzione del processo penale inglese¹⁷⁷, a Dolores Freda, che ha scritto lavori intelligenti e documentati sul *common law* inglese¹⁷⁸, a Michele Pifferi, che si è occupato originalmente della cultura penalistica nord-americana¹⁷⁹. Le eccezioni ci sono e dobbiamo solo augurarci che aumentino nel corso del tempo.

Il secondo profilo riguarda la disponibilità della storiografia-giuridica a guardare oltre i propri confini, a mutuare strumenti di lavoro da altre discipline, a confrontarsi con le principali proposte teoriche che alimentano il dibattito nell’ambito di quelle scienze ‘umane e sociali’ di cui anche la nostra disciplina fa parte. La mia impressione è che vi sia al riguardo una certa timidità o reticenza degli storici del

¹⁷⁶ Mario Piccinini, *Tra legge e contratto*, cit.; Id., *Per una storia dell’idea inglese di costituzione*, Torino, Giappichelli, 2007

¹⁷⁷ Ettore Dezza, *Breve storia del processo penale inglese*, Torino, Giappichelli, 2009.

¹⁷⁸ Dolores Freda, *La dottrina dei Lawyers. Le raccolte di giurisprudenza nell’Inghilterra dei Tudor*, Napoli, Satura, 2009; Ead., “Una dispotica creazione”. *Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell’Ottocento*, Torino, Giappichelli, 2012.

¹⁷⁹ Michele Pifferi, *L’individualizzazione della pena*, cit.

diritto (anche dei più giovani fra di loro; con il rischio che il ricambio generazionale non si traduca in un'occasione di rinnovamento della disciplina). Penso, ad esempio, alla scarsa attenzione riservata a un sociologo come Bourdieu, stimolante per chiunque si occupi di «champ intellectuel», e a una diffusa distrazione nei confronti di un filosofo come Foucault, universalmente letto e discusso, ma abbastanza trascurato dagli storici del diritto. Certo, anche in questo caso non mancano eccezioni. In anni ormai lontani Mario Sbriccoli aveva scritto un acuto intervento¹⁸⁰ su *Sorvegliare e punire*. Di recente, Ernesto De Cristofaro ha sviluppato una brillante analisi delle teorie di Foucault e di Luhmann¹⁸¹; e ricca di suggestioni foucaultiane è l'innovativa ricerca 'sul campo' di Franco Migliorino. Non mancano le eccezioni, dunque, ma, anche in questo caso, auspicherei la loro moltiplicazione.

Un terzo profilo (in parte connesso al precedente) riguarda gli 'studi di genere', che ormai in tutto il mondo si avvalgono addirittura di apposite cattedre e di corsi universitari. Certo, non mancano nella nostra disciplina gli studi dedicati all'uno o all'altro aspetto della condizione femminile¹⁸². A fronte di questa molteplicità di interventi sparsi, non sembra però altrettanto evidente la disponibilità della disciplina a fare degli studi di genere una propria, rilevante, componente e soprattutto a discutere del loro statuto teorico¹⁸³.

Guardando dunque, conclusivamente, alla disciplina storico-giuridica nel suo complesso, mi sembra possibile confermare l'impressione che essa possa vantare una massa imponente di temi affrontati e di risultati raggiunti. Al di là delle impressioni 'soggettive', disponiamo peraltro di riprove 'oggettive' della vitalità della nostra disciplina: sono nate nuove pubblicazioni periodiche (quali la «Rivista Internazionale di Diritto Comune», «Historia & Ius» e il «Giornale di storia costituzionale»), che si aggiungono a riviste già da tempo esistenti (quali la «Rivista di storia del diritto italiano», «Frontiere d'Europa», i «Quaderni Fiorentini») e hanno visto la luce due opere collettive – il *Dizionario dei giuristi italiani*, diretto da Italo

¹⁸⁰ Mario Sbriccoli, *La storia, il diritto, la prigionia. Appunti per una discussione sull'opera di Michel Foucault* (1977), ora in Id., *Storia del diritto penale*, cit., II, pp. 1077-1094.

¹⁸¹ Ernesto De Cristofaro, *Sovranità in frammenti. La semantica del potere in Michel Foucault e Niklas Luhmann*, Verona, Ombre Corte, 2007.

¹⁸² Fra le monografie possiamo ricordare i lavori di Giovanni Minnucci, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*, voll. I-II, Milano, Giuffrè, 1989-1994; Manlio Bellomo, *La condizione giuridica della donna in Italia*, Roma, Il cigno Galileo Galilei, 1997; Giovanni Cazzetta, *Praesumitur seducta. Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna*, Milano, Giuffrè, 1999; Simona Feci, *Pesci fuor d'acqua. Donne a Roma in età moderna: diritti e patrimoni*, Roma, Viella, 2004.

¹⁸³ Si tengano però presenti gli acuti interventi di Giorgia Alessi, *L'uso del diritto nei recenti percorsi della "gender history"*, in «Storica», 15, 1999, pp. 105-121; Ead., *Famiglia, famiglie, identità italiana*, in «Storica», 19, 2013, pp. 43-79.

Birocchi, Ennio Cortese, Antonello Mattone e Marco Miletto)¹⁸⁴ e il *Contributo italiano alla storia del pensiero*, per l'*Enciclopedia Treccani*, a cura di un gruppo di storici del diritto dell'ateneo fiorentino)¹⁸⁵ – che non sarebbero state concepibili e tanto meno realizzabili se nella disciplina non fossero state presenti energie, saperi, sensibilità molteplici, capaci di rispondere a inviti così impegnativi.

Mi sembra allora che si possa affermare che le istanze di rinnovamento formulate negli anni settanta non sono state vane e hanno prodotto effetti visibili fino ad oggi. Situazioni storiche e aree tematiche fino a quel momento rimaste ai margini dell'indagine storico-giuridica appaiono ormai saldamente annesse alla nostra disciplina. Al contempo, però, l'esigenza di una svolta non ha comportato iconoclastiche rotture con il passato, ma si è tradotta, da un lato, nella presa in carico del sapere accumulato dalla disciplina nei decenni precedenti e, dall'altro lato, nel ripensamento di quella eredità alla luce di nuove domande e di nuove urgenze.

Una di queste urgenze era quel 'dialogo con i giuristi' che Paolo Grossi aveva reclamato negli anni settanta e ha continuato a promuovere instancabilmente, con la sua attività di ricerca e con la direzione dei «Quaderni Fiorentini»¹⁸⁶. Su questo fronte, risultati importanti sono stati raggiunti ed è ormai pratica corrente l'organizzazione di convegni e iniziative dove giuristi e storici del diritto interagiscono proficuamente¹⁸⁷. Né è di minore importanza un altro risultato conseguito dalla disciplina storico-giuridica: la maggiore visibilità da essa ottenuta nell'ambito delle scienze storico-sociali. Se la medievistica generale era stata fino dalle sue origini interessata alle ricerche storico-giuridiche, solo in tempi più recenti la storiografia modernistica e la storiografia contemporaneistica hanno riservato una crescente attenzione al fenomeno giuridico; un'attenzione resa possibile da un processo di maturazione interna a quelle discipline, ma anche stimolata dalle nuove aperture e sensibilità interdisciplinari della storiografia giuridica.

¹⁸⁴ *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna, il Mulino, 2013.

¹⁸⁵ *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012.

¹⁸⁶ Un'occasione di riflessione è stata offerta di recente dal convegno organizzato (come direttore del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno) da Bernardo Sordi: B. Sordi (a cura di), *Storia e diritto. Esperienze a confronto*, Milano, Giuffrè, 2013.

¹⁸⁷ Esempi efficaci di un lavoro condotto in stretta collaborazione fra storici del diritto e giuristi sono offerti da alcune recenti iniziative ferraresi: Gian Guido Balandi, Giovanni Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2009; Daniele Negri, Michele Pifferi (a cura di), *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2011; Giuditta Brunelli, Giovanni Cazzetta (a cura di), *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013.

I risultati conseguiti dalla ricerca storico-giuridica sono dunque consistenti; e a renderli possibili ha concorso in modo determinante, a mio avviso, la natura composita della nostra disciplina; una disciplina nella quale si esprimono voci, stili, curiosità molteplici e al contempo vige un accordo sostanziale sulla definizione del suo oggetto; una disciplina dove tutti sono consapevoli che l'oggetto della ricerca – l'universo giuridico – non può essere identificato con nessuno dei livelli di cui si compone, ma esige di essere rispettato nella sua intrinseca complessità e multiforità. Di nuovo, dobbiamo essere convinti della fecondità di una siffatta *concordia discors* e dell'opportunità di mettere da parte qualsiasi velleità di 'disciplinare' la disciplina imponendo pretestuose 'gerarchie' di evi, metodi, temi. Dobbiamo continuare a sfruttare le ricchezze accumulate e a produrne di nuove nel quadro di una pluralità di approcci felicemente 'anarchistica' (nel senso feyerabendiano del termine).

Basterà tutto ciò a garantire alla nostra disciplina cattedre, dottorati, finanziamenti, insomma, un adeguato riconoscimento nella sempre più farraginoso macchina dell'organizzazione (nazionale e internazionale) della ricerca? Non ne sarei affatto sicuro e il pessimismo dell'intelligenza è d'obbligo. Valgono però anche per il nostro modesto orticello le parole dei Vangeli: «Cercate prima il regno di Dio e la sua giustizia, e tutte queste cose vi saranno date in aggiunta»¹⁸⁸.

¹⁸⁸ Matteo, 6, 33.

Parte III: Diritto e arti

IL DIRITTO ‘COME’ LA MUSICA, LA MUSICA ‘COME’ IL DIRITTO:

IL FASCINO DISCRETO DI UN’ANALOGIA

1. *Cenni introduttivi*

‘*Law and literature*’ è il nome attribuito nel mondo anglosassone a un’area di ricerca (ormai consolidata e frequentata ovunque), che trova uno dei suoi motivi di attrazione nel progetto di mettere in questione frontiere date per insuperabili: un tentativo tanto più apprezzabile quanto più rigidi tendono a presentarsi oggi gli specialismi disciplinari, di contro ai tentativi (di cui il secolo scorso era stato prodigo) di cogliere, al di là delle rilevanti, ma superficiali, distinzioni, le profonde interconnessioni dei saperi.

La stessa curiosità intellettuale che ha indotto a mettere in contatto il diritto con la letteratura ha sollevato il problema del rapporto fra il diritto e la musica. È comprensibile quindi che le indagini riconducibili all’uno o all’altro settore (‘*law and literature*’ e ‘*law and music*’, per intenderci) finiscano per includere programmi euristici relativamente analoghi, tanto da rendere applicabile a entrambi i settori una distinzione capitale: *law as literature* (o *music*) e *law in literature* (o *music*).

Anche se ricondotte alla medesima denominazione (‘*law and literature*’, ‘*law and music*’), le ricerche che studiano il diritto *nella* letteratura (o nella musica, o nel teatro, o nell’iconografia) e le ricerche che analizzano il diritto *come* letteratura (o come musica) hanno oggetti profondamente diversi. Nel primo caso, l’obiettivo è ricostruire la visione del diritto circolante in un determinato contesto storico e perseguire questo scopo interrogando molteplici formazioni discorsive: non solo (come è ovvio) le opere dei giuristi, ma anche testimonianze apparentemente eccentriche (i romanzi, il teatro di prosa, il teatro in musica, le immagini), in modo da guardare al fenomeno giuridico moltiplicando gli angoli prospettici, studiandolo in quanto riflesso in ‘specchi’ diversi, capaci di moltiplicarne le immagini. Nel secondo caso, l’obiettivo è diverso e, se si vuole, più ambizioso e più problematico: trovare nel diritto, nella letteratura o nella musica elementi, profili, manifestazioni a qualche titolo e in qualche modo confrontabili.

P. Costa, *Il diritto ‘come’ la musica, la musica ‘come’ il diritto: il fascino discreto di un’analogia*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_11, pp. 125-157.

Il diritto *come* la musica (e la musica *come* il diritto): l'interesse, le caratteristiche, le difficoltà dell'impresa sono racchiuse nel 'come'. La scommessa è mostrare l'esistenza di punti di contatto o di sovrapposizione fra esperienze che restano distinte e diverse. I tempi sarebbero forse maturi per una valutazione complessiva dei risultati conseguiti, ma mi guarderò bene dal perseguire un obiettivo così ambizioso, che richiederebbe un'attenta analisi critica dell'ormai ampia letteratura esistente. Mi limiterò a interrogarmi sul funzionamento del dispositivo analogico soffermandomi soltanto su alcuni dei tanti profili messi a fuoco dalla letteratura '*law as music*'.

2. La dimensione 'performativa' della musica e del diritto

Il diritto *come* la musica (e la musica *come* il diritto): quale è la portata, il limite, il senso della congiunzione? È evidentemente in gioco un programma euristico incentrato sul dispositivo dell'analogia; un dispositivo che, per un verso, conferma la diversità dei due settori, ma, per un altro verso, li collega, rintracciando profili presenti in entrambi.

Ora, il ricorso all'analogia è, sì, abituale nella riflessione su '*law and music*', ma le modalità del suo impiego sono molto diverse. L'analogia può infatti svolgere un ruolo retoricamente efficace, ma cognitivamente debole, limitandosi a evocare associazioni semplicemente suggestive, oppure può servire a porre in evidenza le similitudini strutturali di forme di esperienza per molti aspetti diverse.

Dal primo punto di vista, è stato ad esempio affermato che «ogni musica suggerisce la regolarità, dunque la regola» oppure che esiste un «ritmo» nella musica come nel diritto¹; che la musica, come il diritto, provoca reazioni emotive nei rispettivi destinatari; che esiste un'estetica del diritto come della musica; che il diritto è caratterizzato da alcuni grandi 'temi' elaborati da successive 'variazioni'; che il *common law process* è descrivibile come una «legal fugue», costruita intorno alla dialettica «of theme and countertheme»²; che esiste una precisa ritualità nei concerti come nei processi³. In questi esempi vengono indicati punti di contatto fra 'diritto' e 'musica', ma, per un verso, rimangono indeterminati i confini, i contenuti, le storiche

¹ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, Colin 1972, p. 169. Cfr. F. S. NISIO, *Jean Carbonnier*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 36-37.

² D. J. KORNSTEIN, *The Music of the Laws*, New York, Everest House Publishers, 1982, 18-19.

³ Su queste (e altre) metafore cfr. E. ARBAN, "Seeing Law in Terms of Music". *A Short Essay on Affinities between Music and Law*, in *Les Cahiers de droit*, 58, 2017, n. 1-2, 784-87.

specificità sia dell'uno che dell'altra (quale diritto intendiamo mettere in relazione con quale musica? Sembra improbabile rintracciare una 'fuga' nel Min'yō giapponese) e, per un altro verso, resta intentata una qualche analisi strutturale degli universi confrontati. Peraltro, la relativa indeterminatezza delle aree considerate favorisce la moltiplicazione degli ambiti di esperienza confrontabili: le metafore architettoniche, ad esempio, figurano largamente (forse più diffusamente delle metafore musicali) nella letteratura giuridica.

È chiaro il carattere essenzialmente retorico dell'operazione sorretta da un siffatto impiego dell'analogia. Occorre però subito fugare un possibile equivoco: l'uso retorico (persuasivo, suggestivo) dell'analogia non ha niente di 'disdicevole' né deve essere considerato una sorta di gradino inferiore rispetto ai gradini occupati dall'analisi 'rigorosa' in un'ipotetica ascesa al Parnaso della pura scienza. La retorica ha un ruolo socialmente e culturalmente importante. Semplicemente, conviene distinguere, entro una formazione discorsiva complessa e diversificata come la letteratura '*law and music*', strategie argomentative e programmi euristici differenti.

Certo, un uso cognitivo dell'analogia richiede un notevole impegno analitico: occorre, prima, individuare una serie di elementi come profili caratterizzanti del diritto e della musica e poi mettere a fuoco la somiglianza (strutturale e/o funzionale) di alcuni di essi. E non sarebbe concettualmente improponibile nemmeno il tentativo di procedere, oltre l'analogia, verso l'omologia, arrivando a mostrare (per usare le parole di Ferruccio Rossi-Landi) «che ciò che si presentava, o abitualmente si presenta come diviso, è in realtà unito geneticamente»⁴.

Non mancano comunque analisi che, anche senza passare attraverso la messa a punto di modelli eccessivamente sofisticati, riescono a illustrare un rapporto in qualche modo 'strutturale' fra musica e diritto: valgano come esempio le analisi⁵ che si concentrano su un preciso contesto storico (la modernità occidentale), ne tematizzano una caratteristica di grande portata (la tendenza alla – weberiana – razionalizzazione del sistema produttivo, degli apparati potestativi e in genere dell'interazione politico-sociale) e assumono questa caratteristica come l'asse lungo il quale condurre la comparazione.

⁴ F. ROSSI-LANDI, *Semiotica e ideologia*, Milano, Bompiani, 1972, 293. Cfr. l'interessante saggio di F. SPAMPINATO, *Analogia e omologia nell'analisi interartistica: accostamenti ricettivi e processi creativi*, in *De Musica*, 23, 2019, n. 1, 25-51.

⁵ Cfr. ad esempio N. ROULAND, *La raison, entre musique et droit: consonances*, in *Droit et musique*, Aix-en-Provence, Les Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2001 e M. P. MITTICA, *The Deception of Cadence: Toward a Dissonant Law*, in *Law and Humanities*, 7, 2013, n. 2, 151-69.

Caratterizzato dall'intenzione di individuare un profilo intrinseco al diritto come alla musica è un approccio che sottolinea come sia condiviso da entrambi l'elemento della 'performatività', al punto da considerare il nesso diritto-musica più forte e più significativo del più collaudato rapporto fra il diritto e la letteratura. «Law, like music or drama, is best understood as performance – the acting out of texts rather than the texts themselves [...]. Law and music require transforming the ink on the page into the enacted behaviour of others. In an important sense, there is only “law (or music, or drama) in action,” in contrast to poetry or fiction, whose texts do not require performance but can be read silently to one's self»⁶.

In questa prospettiva, il punto di contatto fra musica e diritto è l'elemento della 'performatività', il necessario risolversi della 'testualità' nell' 'esecuzione'. È una convinzione manifestata da Sara Ramshaw, che, in alcune sue pagine programmatiche, intende la congiunzione 'as' non come il tramite di un suggestivo accostamento fra diritto e musica, ma come l'espressione di una connessione strutturale⁷. L'improvvisazione, nella musica jazz e in particolare nel bebop (cui Ramshaw fa riferimento), è un vero e proprio 'modello' capace di farci intendere la logica profonda del *judge made law*: l'improvvisazione infatti, per un verso, coincide con una *performance* libera e imprevedibile, ma, per un altro verso, non si sviluppa nel vuoto assoluto di tracce e spunti precedenti, ma fa i conti con essi adattandoli e reinventandoli⁸. «Law – scrive Sara Ramshaw – is conceived [...] as improvisation, that is, the aporetic negotiation between text and performance, singularity and generality, the preexistent and the new»⁹; e a sua volta l'improvvisazione condivide con il diritto «an impossible openness to the unpredictable and uncertain other. However, to be recognised as improvisation, it must obey certain pre-existent structures or laws»¹⁰.

Creatività delle operazioni giurisprudenziali come dell'improvvisazione; tensione, in entrambe le esperienze, fra «généralité et singularité, répétition et

⁶ J.M. BALKIN, S. LEVINSON, *Interpreting Law and Music: Performance Notes on “The Banjo Serenade” and “The Lying Crowd of Jews”*, in *Cardozo Law Review*, 20, 1999, 1518-19. Cfr. anche M. BALKIN, S. LEVINSON, *Law, Music, and Other Performing Arts*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 139, 1991, 1597-1658.

⁷ S. RAMSHAW, *Justice as Improvisation. The Law of the Extempore*, Abingdon, Routledge, 2013, 1-14.

⁸ Cfr. le osservazioni di D. MANDERSON, *Towards Law and Music. Sara Ramshaw, Justice as Improvisation: The Law of the Extempore (Oxford: Routledge, 2013)*, in *Law Critique*, 25, 2014, 311-17.

⁹ S. RAMSHAW, *The Paradox of Performative Immediacy: Law, Music, Improvisation*, in *Law, Culture and the Humanities*, 12, 2016, n. 1, 6.

¹⁰ Ivi, 12.

altération»¹¹: l'improvvisazione in musica può accreditarsi come un 'modello' capace di rendere visibile la dinamica giuridica in alcuni suoi aspetti qualificanti. Per ottenere questo risultato, l'argomentazione deve muovere da alcuni assunti previ, che concernono la visione di entrambi gli elementi della relazione.

Per quanto riguarda la musica, si muove da una tesi di carattere generale (il carattere necessariamente performativo della musica; la musica come una delle *performing arts*, tendenzialmente coincidente con l'evento della sua esecuzione-rappresentazione-comunicazione), ma si procede alla costruzione del modello facendo leva soprattutto sul momento dell'improvvisazione, a sua volta preso in considerazione facendo riferimento a una specifica esperienza musicale (la musica jazz). Per quanto riguarda il diritto, l'assunto previo è una visione giusrealistica che induce a identificare il fenomeno giuridico con il *law in action* (per dirla con Pound), con la sua dimensione giurisprudenziale.

Diritto 'come' musica: la congiunzione è in questo caso stretta e non semplicemente allusiva o suggestiva, ma può esserlo a patto, da un lato, di delimitare e storicizzare gli oggetti della comparazione (non la musica come tale, ma una sua specifica espressione storica) e, dall'altro lato, di procedere alla comparazione e di rintracciare l'analogia a partire da una presupposta visione tanto della musica quanto del diritto: è una (previa) visione 'realistica' (antiformalistica) del diritto che rende percorribile il sentiero analogico. A partire da queste premesse (e lungo il binario da esse imposto) la congiunzione 'as' assume un significato preciso e stringente nel porre in collegamento diritto e musica.

Ovviamente, la congiunzione analogica fra 'diritto' e 'musica' non è l'unico rapporto immaginabile fra i due ambiti di esperienza. Anche quando 'diritto' e 'musica' continuano a venir trattati come sfere nettamente distinte, il loro rapporto può essere preso in considerazione non per rintracciare elementi di analogia strutturale, ma per individuare nessi di carattere funzionale: come avviene quando vengono studiati gli impieghi della musica nei processi di legittimazione di ordinamenti politico-giuridici (dagli inni di ieri o di oggi al melodramma

¹¹ V. NITRATO IZZO, *L'improvisation dans le jugement juridique: similitudes et différences entre musique et droit*, in P. SIGNORILE (dir.), *Entre normes et sensibilité. Droit et Musique. Hommage à Norbert Rouland*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, 95. Cfr. anche L. ORCIANI, *Verso una comune forma di improvvisazione. Intelletto, emozione, intuizione in ISLL Papers. The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature*, 7, 2014 (C. FARALLI, M.P. MITTICA eds.) (<https://www.lawandliterature.org/area/papers/Orciani%202014.pdf>)

ottocentesco nei processi di *nation-* e *state-building*)¹². Potremmo parlare in questo caso di musica «per» il diritto. Se invece parliamo di musica «come» diritto, alludiamo a un programma euristico votato alla scommessa di individuare connessioni strutturali fra i due ambiti.

È appunto quest'ultimo il programma cui attende il lavoro di Ramshaw. Ed è interessante constatare che la sua realizzazione presuppone, da un lato, una definizione previa degli 'oggetti' che si intendono mettere in relazione e, dall'altro lato, una tesi non esplicitata: che cioè nella musica (in generale) 'come' nel diritto (in generale) il momento 'performativo' possa darsi senza che emerga, in tutto il suo problematico spessore, un processo di 'interpretazione' – di attribuzione di senso – nei confronti dei testi destinati a trasformarsi nella loro 'messa in scena', nella loro 'esecuzione' (musicale – o, se si vuole, anche teatrale – e giuridica).

3. *Diritto e musica fra 'interpretazione' ed 'esecuzione'*

Musica 'come' diritto: l'analogia si regge sulla loro natura essenzialmente 'performativa'. Questa prospettiva emerge precocemente nella cultura nordamericana. La troviamo enunciata (nella sostanza, se non nella forma) da uno dei 'pionieri' della riflessione su 'musica e diritto': il giurista Jerome Franck. Giovandosi di una buona preparazione musicale, Franck esprime con efficacia l'insufficienza (direi l'impotenza) della musica e del diritto come testi semplicemente 'scritti'. La loro effettiva esistenza coincide con l'esecuzione del testo: tanto il compositore quanto il legislatore non sono autosufficienti. La musica esiste in quanto eseguita come il diritto esiste in quanto applicato dal giudice¹³.

L'attenzione alla correlazione analogica fra musica e diritto non è in Franck il frutto di una generica curiosità intellettuale, ma è una freccia della sua già ben munita faretra giusrealistica: è un buon argomento a favore dello spostamento d'accento dal

¹² Cfr. ad esempio P. HÄBERLE, *Nationalhymnen als kulturelle Identitätselemente des Verfassungsstaates*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007; G. RESTA, *Beethoven's Ninth and the Quest for a European Identity. A Law & Music Perspective*, in G. COLOMBO, F. ANNUNZIATA (eds.), *Law & The Opera*, Berlin, Springer, 2018, 361-75; C. SORBA, *Le "mélodrame" du Risorgimento. Théâtralité et émotions dans la communication des patriotes italiens*, in *Actes de la recherche en sciences sociales*, 186-187, 2011, n. 1, 12-29; E. CONTE, *Il popolo è una moltitudine che canta*, in *L'Indice*, 2019, 2, 6.

¹³ Franck cita Julian Herbage che, sul *Penguin Music Magazine* del 1946, aveva affermato che «music does not exist until it is performed» (J. FRANCK, *Words and Music: Some Remarks on Statutory Interpretation*, in *Columbia Law Review*, 47, 1947, n. 8, 1264).

'*law in book*' al '*law in action*'¹⁴. È quindi ragionevole pensare che anche in Franck sia una previa visione del diritto a sollecitare e a guidare l'instaurazione dell'analogia. È però presente in Franck anche la convinzione (trasfusa nel titolo stesso del suo saggio) che il carattere performativo della musica come del diritto sia soltanto uno degli elementi della loro correlazione analogica e che il finale della partita si giochi sul terreno dell'interpretazione.

È il problema dell'interpretazione il fulcro del suo dialogo con Ernst Krenek, che nel saggio citato da Franck¹⁵ discute il rapporto fra il compositore e l'esecutore: tenuto, secondo i 'puristi', a realizzare una «*authentic interpretation*» che rispecchi le 'intenzioni dell'autore' attraverso la riproduzione letterale della partitura, di contro alla libertà creativa che all'interprete attribuisce la «'romantic' school»¹⁶. Se pure a quest'ultima è imputabile un eccesso di 'soggettivismo', occorre trascendere, secondo Krenek, e secondo Franck, la lettera del testo per coglierne l'ispirazione complessiva e soprattutto occorre tener conto dell'insuperabile soggettività degli interpreti e della pluralità delle interpretazioni possibili.

Proprio agli esordi, negli Stati Uniti, della letteratura '*law and music*' vengono posti da Franck alcuni punti fermi potenzialmente capaci di sorreggere una rigorosa indagine sulla connessione fra diritto e musica: da un lato, la consapevolezza della loro essenziale destinazione performativa, dall'altro lato, la necessità di far riferimento all'interpretazione come al loro comune orizzonte. Quali sono le caratteristiche e i limiti che, a partire da queste coordinate, assume la correlazione analogica fra diritto e musica?

Perché sia possibile instaurare un'analogia occorre che in entrambi i settori siano individuabili, da un lato, un testo e, dall'altro lato, una serie di operazioni che lo interpretano-eseguono. L'interpretazione-esecuzione implica una precisa distinzione e una qualche distanza fra la formulazione del messaggio interpretando e lo svolgimento dell'operazione ermeneutica (un intervallo minimo, se immaginiamo un dialogo 'faccia a faccia', oppure uno scarto temporale maggiore nel caso di un dialogo 'a distanza'). Se ciò è vero, occorre allora richiamare l'attenzione su alcuni dati che inducono a precisare e a circoscrivere la correlazione analogica fra musica e diritto.

¹⁴ È soprattutto a questo obiettivo che è dedicato uno scritto, di poco successivo, di Franck: J. FRANCK, *Say it with Music*, in *Harvard Law Review*, LXI, 1948, n. 6, 921-957.

¹⁵ Franck rinvia a *The Composer and the Interpreter*, pubblicato da Krenek nel *Black Mountain College Bulletin*, 1944.

¹⁶ J. FRANCK, *Words and Music*, cit. 1260-62.

Per quanto riguarda il testo giuridico (che nel nostro caso è un testo prescrittivo: se fosse un testo dottrinario cadrebbe la dimensione ‘performativa’), la distanza temporale (oltre che sociale e culturale) fra l’autore del testo e l’interprete è, per così dire, ‘normale’ e ricorrente: la plurisecolare esperienza dello *ius commune* è stata possibile nella misura in cui l’*interpretatio doctorum* ha interpretato testi (assunti come) prescrittivi (raccolti nel *Corpus Iuris*) appartenenti a contesti molto lontani nel tempo; e anche nell’esperienza giuridica moderna e contemporanea la distanza fra il testo interpretando e il testo interpretante è spesso cospicua: un caso esemplare è offerto dalla costituzione degli Stati Uniti d’America, separata dal presente da più di due secoli.

Per quanto riguarda la musica, invece, la distanza fra il testo e il suo interprete è un fenomeno circoscritto e storicamente recente. Come è a tutti noto, fino al Sette-Ottocento la musica era strettamente legata al presente: era musica ‘contemporanea’; ed era creata da musicisti che ne erano gli interpreti e gli esecutori. Era assai improbabile che circolassero le musiche predilette da una precedente generazione. Proprio per questo appare singolare e innovativa, nella Vienna di Mozart, l’iniziativa del barone Gottfried van Swieten (direttore della biblioteca di Corte), che fa conoscere a Mozart le opere di Bach e di Händel e, negli anni Ottanta, fonda la *Gesellschaft der Associierten*, che organizza l’esecuzione di opere (quali il *Messia* di Händel) altrimenti ignorate (a pochi anni di distanza dalla morte dell’autore). E occorre attendere Mendelssohn e il 1829 perché venisse eseguita, a Berlino, la *Matthäus Passion* di Bach (e in ogni caso, tanto per Händel quanto per Bach, l’esecuzione era stata preceduta da interventi di adattamento e di ‘attualizzazione’ dei testi originali, cui avevano atteso, rispettivamente, Mozart e Mendelssohn stesso).

È dunque soltanto nel corso dell’Ottocento che diviene frequente l’esecuzione di musiche relativamente lontane nel tempo e aumentano i casi in cui l’autore di un testo musicale si affida, per la sua esecuzione, a un interprete. Assunta l’opera come il centro dell’esperienza musicale, essa si presta a essere concepita come l’espressione di un ideale estetico, maturato nel corso di una lunga e ininterrotta tradizione che occorre ripercorrere trasformando in musica ‘assoluta’ (eseguita per godere della sua pura bellezza) opere vocali o strumentali nate con una destinazione essenzialmente ‘funzionale’: «thus, when Mendelssohn introduced Bach’s *Matthew*

Passion into the modern repertoire he, to put the point crudely, took the music away from the church and put it into the concert hall»¹⁷

È a questo punto (e solo a questo punto) che il parallelismo fra 'musica' e 'diritto' diviene proponibile. Possiamo dunque accogliere da Franck l'invito a studiare l'analogia fra musica e diritto lavorando sul doppio binario della 'performatività' e dell'ermeneutica. Occorre però tener presente che le parabole della musica e del diritto si avvicinano (in rapporto a questi elementi) soltanto in un preciso tornante del loro sviluppo e che quindi la correlazione analogica che potremmo instaurare non investe la musica e il diritto 'come tali', bensì una loro specifica e determinata concrezione storica.

In ogni caso, pur con questo 'caveat', sembra aprirsi un promettente quanto impegnativo ambito di ricerca: se il diritto e la musica sono un insieme coerente di testi (diversi fra loro, ma) decifrati, compresi, interpretati da soggetti investiti del compito della loro esecuzione, è ragionevole attendersi che sia possibile individuare aree di interconnessione e di sovrapposizione fra i due ambiti.

In effetti, due grandi nodi problematici, intensamente dibattuti per decenni, rispettivamente, dai musicologi e dai giuristi, sono stati frequentemente richiamati come un terreno ideale per verificare le possibili sinergie fra musica e diritto: da un lato, l'interpretazione e l'esecuzione 'autentica', o storicamente informata, delle opere musicali (e in particolare delle opere appartenenti alla cosiddetta '*early music*') di contro a una lettura libera e 'creativa' del testo musicale e, dall'altro lato, l'interpretazione della costituzione americana e l'alternativa fra una sua lettura concentrata sull'accertamento del significato 'originario' del testo e una sua interpretazione 'evolutiva' e 'attualizzante'. Tanto per usare la lapidaria affermazione di Richard Posner, «the authentic-performance movement [...] is to musical interpretation what originalism is to legal interpretation»¹⁸. E non sono mancati esercizi di comparazione fra il dibattito sull'originalismo nell'interpretazione costituzionale, negli Stati Uniti d'America, e il dibattito sull'esecuzione 'autentica' delle opere musicali¹⁹.

Certo, è innegabile una qualche asimmetria fra i due dibattiti: la disputa musicologica ha una storia più che secolare alle spalle e ha al suo attivo una

¹⁷ L. GOEHR, *The Imaginary Museum of Musical Works. An Essay in the Philosophy of Music*, Oxford, Clarendon Press, 1992, 248.

¹⁸ R.A. POSNER, *Bork and Beethoven*, in *Stanford Law Review*, 452, 1990, n. 6, 1366.

¹⁹ Cfr. ad es. I. GALLACHER, *Conducting the Constitution: Justice Scalia, Textualism, and the Eroica Symphony*, in *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law*, 9, 2006, n. 2, 301-29.

letteratura quantitativamente e qualitativamente impressionante, mentre lo scontro sull'interpretazione della costituzione ha una portata più 'localizzata' e una minore estensione temporale. Resta comunque il fatto che in entrambi gli ambiti emerge un problema intuitivamente analogo: il problema (vorrei dire, facendo uso del termine introdotto dalla musicologia ottocentesca) della *Werktreue*; il problema della fedeltà all'opera, della comprensione del suo significato 'autentico'. Conviene accennare (sia pure soltanto per rapide e disordinate allusioni) alle linee lungo le quali questo problema è stato affrontato e discusso nella musicologia otto-novecentesca e nella cultura giuridica americana a partire dagli anni Settanta del Novecento.

3.1 *Il dibattito sullo 'early music revival'*

Nel mondo della musica il problema della *Werktreue* emerge non appena si prende a coltivare (nel corso del XIX secolo, come ricordavo) un (fino ad allora inedito) interesse nei confronti delle opere del passato (e non a caso è nell'orizzonte storicistico dell'Ottocento che, nasce, innanzitutto in Germania, la musicologia storica, la *Musikwissenschaft*). Le opere degli antichi maestri tornano in vita. Nel corso del tempo però appaiono sempre meno scontate e sempre più problematiche le modalità di questa 'resurrezione'. Che cosa significa essere 'fedeli all'opera'? È questa la domanda su cui ruota uno dei capitoli più interessanti della musicologia e della prassi esecutiva otto-novecentesche²⁰. In una parola, emerge in tutta la sua complessità (e diverrà centrale nel dibattito musicologico novecentesco) un problema di fondo dell'ermeneutica: la distanza fra l'interpretante e l'interpretando.

Mendelssohn, nel momento in cui promuoveva la rinnovata esecuzione della *Passione* bachiana, non esitava a riproporla con selezioni, tagli, interventi guidati da un preciso (e ancora, per così dire, 'innocente') senso della necessaria riconduzione dell'opera interpretata alle coordinate culturali ed esistenziali del suo interprete. È lungo questo binario che continuano a muoversi gli esponenti di una tradizione (romantica e postromantica) quando agiscono come interpreti-esecutori-mediatori di opere non solo 'antiche' (in sostanza, prebeethoveniane), ma anche più vicine al loro tempo: è esemplare in questo senso la famosa o famigerata esecuzione della Nona sinfonia di Beethoven diretta da Mahler nel 1900. Mahler non si perita di intervenire sul testo e sull'orchestrazione correggendo e integrando la partitura beethoveniana,

²⁰ Una documentata storia è offerta da H. HASKELL, *The Early Music Revival: A History*, New York, Thames and Hudson, 1988.

nella convinzione non già di fare violenza al testo, bensì di esplicitarne e rafforzarne il senso profondo.

Non mancano gli attacchi (molti dei quali però stimolati da conflitti e avversioni extra-musicali), ma in realtà Mahler non sta facendo niente di nuovo (anche François Fétis, il promotore dei famosi *Concerts Historiques*, aveva 'corretto' Beethoven) e fa sue alcune tesi già formulate da Wagner a proposito delle sinfonie beethoveniane²¹. Certo, nell'anno di grazia 1900 l' 'innocenza' mendelssohniana è ormai lontana: Arnold Dolmetsch (uno dei primi 'apostoli' dello *'early music revival'*) è già attivo – dal 1891 – in Inghilterra e Albert Schweitzer inaugura nel 1906 la sua ricerca organologica contribuendo alla *Orgelbewegung*, tanto per ricordare alcuni episodi che mostrano come ormai emerga una divaricazione destinata a crescere e ad esacerbarsi nel corso del Novecento: la divaricazione fra l'attualizzazione del testo 'antico' e la ricostruzione del suo messaggio 'originario'.

Non appena si acuisce la consapevolezza della distanza fra i due mondi – il mondo dell'interprete(-esecutore) e il mondo del testo interpretato(-eseguito) – il movimento di annessione e inclusione del secondo nel primo cessa di essere irriflesso e 'automatico' e impone di interrogarsi sulle condizioni che lo rendano possibile. Anche la riscoperta della musica 'antica' obbedisce a questa logica e va incontro alle difficoltà (o addirittura alle aporie) che si frappongono a ogni tentativo di recupero di realtà lontane nel tempo. È in questo orizzonte che si moltiplicano, nell'arco di un secolo, le iniziative che 'scommettono' sulla necessità e sulla possibilità di guardare alla musica 'antica' spostando il punto di osservazione: mettendo in questione (o in parentesi) la tradizione musicale dominante a vantaggio del senso (del suono) 'autentico', 'originario'.

Servono innanzitutto partiture filologicamente affidabili (e si moltiplicano infatti le iniziative editoriali impegnate nella pubblicazione dell'*Urtext* di un'opera). Dato il carattere performativo della musica, però, il testo è una condizione necessaria ma non sufficiente. Come passare dal testo alla *performance*? Occorre interrogarsi non solo sui 'segni' musicali ma anche sui 'suoni' ad essi collegati. Occorre prendere in considerazione gli strumenti musicali cui le opere antiche erano destinate e le

²¹ Cfr. l'accurata ricostruzione offerta da A. FICARELLA, *Mahler interprete 'wagneriano' di Beethoven: storia di una ricezione controversa*, in *Studi Musicali. Nuova serie*, II, 2011, n. 2, 375-412. Un interessante confronto fra Toscanini e Mahler (e fra interpretazione della 'lettera' e/o dello 'spirito' in G. PRATELLI, *Diritto e musica. Il terreno comune dell'interpretazione. L'esperienza di Arturo Toscanini e Gustav Mahler*, in *ISLL Papers. The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature*, 10, 2017 (C. FARALLI, M.P. MITTICA eds.) (<http://amsacta.unibo.it/5565/>).

pratiche esecutive dell'epoca: si riscoprono strumenti dimenticati (si pensi al clavicembalo, al clavicordo, alla viola da gamba, al flauto dolce), si prende nota delle profonde trasformazioni subite da strumenti ancora in vita quali l'organo (inizia in Germania agli inizi del Novecento, con la *Orgelbewegung*, la valorizzazione degli organi barocchi, così diversi dagli organi romantici di quel tempo); e ci si rende conto infine che nella 'early music' il passaggio dalla scrittura all'esecuzione era mediato da regole e convenzioni tacite che incidevano a fondo sulla 'messa in funzione' del testo (tanto per esemplificare, dal limitato e 'funzionale' uso del vibrato negli strumenti ad arco alla diversa altezza del suono – molto variabile, ma indicativamente riconducibile al La a 415 Hz di contro allo standard moderno del La a 440 Hz – alla *vexata quaestio* delle *notes inégales*; ma la lista è sterminata).

Scrupolosa ricostruzione dei testi; impiego degli strumenti d'epoca; rispetto della prassi esecutiva e delle convenzioni non scritte (ma largamente seguite) che ne dettavano le modalità: dall'applicazione congiunta di questi accorgimenti interpretativi-esecutivi gli adepti dello 'early music revival' si attendono quella 'autenticità' impedita dalla irriflessa incorporazione della musica 'antica' nell'orizzonte della modernità romantica e post-romantica.

Che cosa significa però 'autenticità'? Il famoso aforisma attribuito a Wanda Landowska ("You play Bach *your way*, I'll play Bach *his way*") offre una risposta icastica, ma lascia aperto il problema (né per attenuarne la portata basta sostituire il sintagma 'esecuzioni autentiche' con espressioni più prudenti, quali 'esecuzioni storicamente informate'²²). È possibile un'interpretazione 'autentica' della musica 'antica'? Per Richard Taruskin (uno dei più noti e virulenti critici dello 'early music revival') attribuire a un'esecuzione 'storicamente informata' la patente dell'autenticità è semplicemente fare uso di una tecnica persuasiva (con significative ricadute a vantaggio dell'industria discografica) che accredita come storicamente irrefutabile una strategia interpretativa anch'essa in realtà iscritta nella cultura ottonevicesca: semplicemente, all'inclinazione tardoromantica (wagneriana e mahleriana) per i grandi organici e le sonorità dense si è sostituito l'ideale (stravinskiano) di sonorità asciutte e tempi rigidamente scanditi, con il risultato di prosciugare la ricchezza emozionale della musica 'antica'²³.

²² P. KIVY, *Authenticities*, Ithaca, Cornell University Press, 1995; P. KIVY, *On the Historically Informed Performance*, in *British Journal of Aesthetics*, 42, 2002, n. 2, 128-144.

²³ «To put my thesis in a nutshell, I hold that "historical" performance today is not really historical; that a specious veneer of historicism clothes a performance style that is completely of our own time, and is in fact the most modern style around» (R. TARUSKIN, *The Pastness*

Per giungere a queste conclusioni Taruskin usa il neoclassicismo stravinskiano come uno specchio nel quale vedere riflesso lo *'early music revival'* nella sua interezza (dalle origini ai nostri giorni). In realtà, il filtro che egli impiega è pertinente (nella migliore delle ipotesi) solo se riferito a una fase specifica del *'revival'*: alla fase del secondo dopoguerra e dei primi anni Cinquanta, quando una sorta di «new puritanism» «led to performances of a peculiarly neutral character, so that it often seemed to make little difference whether they were playing Vivaldi or Webern»²⁴.

Il punto (per il nostro problema) essenziale è comunque un altro: la tesi (implicita nelle fluviali argomentazioni di Taruskin, anche se non teorizzata) secondo la quale la musica 'antica', oggetto delle rivisitazioni ermeneutico-esecutive, non è attingibile se non in quanto incorporata (risolta e dissolta senza residui) nell'universo culturale dell'interprete. Sembra dunque che ci troviamo di fronte a una contrapposizione priva di sfumature e mediazioni: da un lato, l'affermazione che i testi antichi sono interpretabili ed eseguibili solo in quanto liberamente 'riscritti' da un interprete prigioniero del suo presente; dall'altro lato, la convinzione che il passato possa essere compreso e 'messo in scena' nella sua oggettiva configurazione da parte di un interprete chiamato a niente di più di un puntiglioso rispetto dei segni e delle indicazioni presenti nei testi interpretati.

In realtà, sul fronte degli 'autenticisti' (come li chiama Taruskin), le pretese di una 'riproduzione' pura e semplice del passato, di una sua meccanica e indolore trasmissione al presente, sono tanto più marginali e rare quanto più ci si allontana dal 'letteralismo' dei primi anni Cinquanta (e restano al più confinate alle strategie persuasive adottate dall'industria discografica). Già negli anni Sessanta Robert Donington indicava autorevolmente le intenzioni e i limiti di un approccio 'storicamente informato' alla musica 'antica': non esiste – scriveva Donington – un'interpretazione esatta. «No one, not even the composer, plays a passage in exactly

of the Present and the Presence of the Past, in ID., *Text & Act. Essays on Music and Performance*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1995, 102). Sul dibattito le prese di posizione sono innumerevoli. Cfr. ad es. H. HASKELL, *The Early Music Revival*, cit; J. KERMAN et al., *The Early Music Debate: Ancients, Moderns, Postmoderns*, in *The Journal of Musicology*, 10, 1992, n. 1, 113-130; D. FABIAN, *The Meaning of Authenticity and The Early Music Movement: A Historical Review*, in *International Review of the Aesthetics and Sociology of Music*, 32, 2001, n. 2, 153-67; O. YOUNG, *Authenticity in Performance*, in B. GAUT, D. MCIVER LOPES (eds.), *The Routledge Companion to Aesthetics*, London-New York, Routledge, 2001, 383-394; A. EDIDIN, *Consequentialism about Historical Authenticity*, in *Performance Practice Review*, 13, 2008, n.1, 1-13.

²⁴ H. HASKELL, *The early music revival*, cit., 93.

the same way twice running»²⁵. Ogni interprete legge il testo attraverso il filtro della sua soggettività, ma lo spazio del suo intervento ‘creativo’ non è vuoto e indeterminato, ma è delimitato dall’insieme dei vincoli imposti tanto dal testo interpretato quanto dal contesto nel quale il testo ha concretamente ‘funzionato’²⁶.

Presentare gli ‘autenticisti’ come i sostenitori della perfetta e integrale ‘riproducibilità’ di un testo performativo ‘antico’ sembra dunque rispondere al bisogno di disporre di un bersaglio di comodo. È da tempo evidente per tutti che l’interpretazione-esecuzione di opere più o meno lontane nel tempo non aspira e non può aspirare all’azzeramento della distanza. A tacere di qualsiasi altra differenza, anche soltanto il passaggio dall’originaria destinazione ‘funzionale’ di tanta musica ‘antica’ alla sua (ottocentesca e odierna) fruizione come musica ‘assoluta’ sottolinea icasticamente la lontananza dei mondi che l’interpretazione-esecuzione mette in contatto. La consapevolezza della distanza fra il presente e il passato non si traduce però automaticamente nella tesi dell’irrelevanza dei vincoli che il testo interpretato e il suo contesto pongono all’interprete-esecutore. Di fronte alla tensione innescata dal contatto fra realtà temporalmente e contenutisticamente lontane appaiono insoddisfacenti le scorciatoie che tentano di eliderla con troppa disinvoltura, attribuendo alle ‘informazioni storiche’ la virtù magica di restituirci nella sua integralità il ‘mondo che abbiamo perduto’ oppure, all’opposto, facendo dell’interprete-esecutore il padrone assoluto e irresponsabile del testo interpretato.

3.2 *Il dibattito sull’interpretazione della costituzione*

Sono analoghe le difficoltà con le quali si è misurato e si misura, negli Stati Uniti d’America, il dibattito, ormai pluridecennale, sull’interpretazione della costituzione: occorre fare i conti con un testo prescrittivo (la costituzione) ormai lontano nel tempo, appartenente a un mondo in gran parte scomparso, e trarre da quel testo indicazioni capaci di rispondere a domande spesso estranee al contesto cui esso originariamente apparteneva. Certo, questo problema non accomuna soltanto l’ermeneutica giuridica e l’ermeneutica musicale, ma si ripropone dovunque si debba fare i conti con l’elemento della distanza storico-temporale, come avviene, emblematicamente, con la storiografia in generale (chiamata a sfidare le difficoltà – o le aporie – iscritte nel tentativo di gettare un ponte fra i punti estremi di un

²⁵ R. DONINGTON, *The Interpretation of Early Music*, London, Faber and Faber, 1963, 30-31.

²⁶ Ivi, 25-35. Cfr. anche R. DONINGTON, *A Performer’s Guide to Baroque Music*, London, Faber and Faber, 1973, 13-18.

intervallo temporale). Nel caso dell'interpretazione musicale e dell'interpretazione giuridica, però, il carattere performativo dei testi contribuisce a rendere più perentoria e cogente la connessione 'funzionale' del testo interpretato con il mondo dei soggetti interpretanti.

Resta comunque influente (sul dibattito tanto musicologico quanto giuridico) la riflessione storiografica: è l'impetuoso sviluppo della musicologia storica che ha reso possibile lo *'early music revival'*, così come la storiografia costituzionale ha esercitato una sicura influenza, se non sull'intera parabola, almeno su alcuni importanti momenti del dibattito sull'interpretazione della costituzione²⁷. E semmai è singolare che nel dibattito sull'originalismo i giuristi abbiano tratto dalla storiografia informazioni di carattere 'contenutistico', ma si siano rivolti altrove (ad altre scienze umane, dalla filosofia del linguaggio alla teoria della recezione)²⁸ per impostare il loro problema in termini concettualmente rigorosi. In altri termini, è stata raramente valorizzata la storiografia per trarre profitto dalla sua dimensione intrinsecamente ermeneutica, nonostante che la *quaestio disputata* ruotasse intorno all'interpretazione di un testo giuridico²⁹ collocato in un contesto storicamente distante.

È intorno a questo nucleo problematico che si è venuto sviluppando (a partire approssimativamente dagli anni Sessanta-Settanta del Novecento) un dibattito che, pur nel moltiplicarsi dei punti di vista e delle distinzioni e sotto-distinzioni, si è organizzato intorno a una dicotomia essenziale: da un lato, gli «originalists», che sostengono che «the meaning of the constitutional text is fixed and that it should bind constitutional actors»; dal lato opposto, i teorici del «living constitutionalism», che affermano che «constitutional law can and should evolve in response to changing circumstances and values»³⁰.

²⁷ Valgano come esempi R. BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of the Fourteenth Amendment*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1977 e G. S. WOOD, *The Creation of the American Republic, 1776-1787*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1969. Sui complessi, e variabili, rapporti fra storiografia e dibattito costituzionalistico cfr. L. E. SAWYER III, *Method and Dialogue in History and Originalism*, in *Law and History Review*, 37, 2019, n. 3, 847-60.

²⁸ Cfr. S. CORNELL, *Reading the Constitution, 1787-91: History, Originalism, and Constitutional Meaning*, in *Law and History Review*, 37, 2019, n. 3, 821-45.

²⁹ Come viene icasticamente osservato, la peculiarità dell'interpretazione costituzionale e delle sue specifiche difficoltà «is vastly overstated. The difficulty of applying old law to new facts is in no way unique to originalism. It is the stuff of first-year law classes the world over» (W. BAUDE, S. E. SACHS, *Originalism and the Law of the Past*, in *Law and History Review*, 37, 2019, n. 3, 817).

³⁰ L. B. SOLUM, *Originalism versus living Constitutionalism: The Conceptual Structure of the Great Debate*, in *Northwestern University Law Review*, 113, 2029, n. 6, 1244. Per una

Per gli originalisti, dunque, il significato del testo è dato e attende semplicemente di essere colto dall'interprete. L'analogia con gli 'autenticisti' attaccati da Taruskin sembra rilevante: come per gli 'autenticisti', il significato del testo appare trasparente e individuabile nella misura in cui l'interprete si avvicina ad esso libero da pregiudizi. Occorre però disporre di qualche parametro che permetta di individuare il punto di consolidazione del significato 'originario'. È un punto sul quale si innesta la principale distinzione interna all'approccio 'originalista': da un lato, la convinzione di dover individuare l'intenzione originaria dei costituenti (la tesi dominante nel cosiddetto '*old originalism*', nella fase compresa, all'incirca, fra gli anni Sessanta e gli anni Ottanta) e, dall'altro lato, il successivo spostamento d'attenzione (a partire dagli anni Ottanta, con il cosiddetto '*new originalism*') all'*original public meaning*, al significato assunto dal testo costituzionale nel contesto storico-culturale in cui è venuto alla luce. Di nuovo, qualche elemento di facile analogia con il dibattito musicologico emerge: non sono mancati, fra i sostenitori dello '*early music revival*', i riferimenti alle 'intenzioni originarie dell'autore', ma è presto divenuto predominante il richiamo alla oggettiva strutturazione del testo e al suo concreto funzionamento nel contesto suo proprio.

Intervenivano in entrambi i settori (musicale e giuridico) difficoltà ed esigenze analoghe: la crescente consapevolezza del carattere vago e sfuggente, in sostanza inafferrabile, delle 'intenzioni' e il conseguente bisogno di far leva su dati – i testi e il loro contesto – più solidi e decifrabili. In entrambi i settori, comunque, la partita decisiva iniziava nel momento in cui occorreva capire in che modo (con quali metodi, con quali risultati) il musicista o il giurista, nel momento in cui coglievano il senso del testo, procedevano a 'tradurlo' e a 'metterlo in scena' in un contesto distante da esso e a esso (più o meno radicalmente) estraneo.

È proprio la crescente consapevolezza delle tensioni innescate dalla distanza fra il testo e la sua interpretazione-esecuzione che ha indotto, in anni recenti, da un lato, a una più raffinata strumentazione del dibattito e, dall'altro lato, all'individuazione

storia e un'analisi complessiva del dibattito cfr. ad esempio J. O'NEILL, *Originalism in American Law and Politics*, Baltimore-London, The John Hopkins University Press, 2005; O. CHESSA, *I giudici del diritto. Problemi teorici della giustizia costituzionale*, Milano, FrancoAngeli, 2014, 141 ss.; M. ZIEGLER, *Original Talk: A Legal History*, in *Brigham Young University Law Review*, 2014, n. 4, 869-926; J.A. POJANOWSKI, K.C. WALSH, *Enduring Originalism*, in *The Georgetown Law Journal*, 105, 2016, 97-158; R.E. BARNETT, E.D. BERNICK, *The Letter and the Spirit: A Unified Theory of Originalism*, in *The Georgetown Law Journal*, 107, 2018, n. 1, 1-55; C.R. SUNSTEIN, *Originalism*, in *Notre Dame Law Review*, 93, 2018, 1671-1698.

di punti di contatto fra teorie che per lungo tempo si sono presentate come assolutamente (e, vorrei dire, meccanicamente) contrapposte e incompatibili³¹.

Sul fronte degli 'originalisti', un passo decisivo verso un'impostazione più duttile del problema è il riconoscimento dell'esistenza di polisemie, ambiguità, indeterminazioni semantiche del testo interpretando. Non si tratta di un cedimento alle strategie 'decostruzionistiche' o alle declinazioni più radicali del 'realismo giuridico'. È piuttosto l'adozione (singolarmente tardiva) di una distinzione limpida prospettata, in un saggio del 1958³² (prima che risuonassero le trombe della guerra 'originalistica'), da Herbert Hart. Il filosofo inglese aveva richiamato l'attenzione su ciò che egli chiamava la «penombra» di un'espressione lessicale. Ammettiamo— scrive Hart — che esista una norma giuridica che «forbids you to take a vehicle into the public park». L'espressione «vehicle» è solo apparentemente univoca. Essa mira a proibire l'uso di un'automobile; ma il divieto riguarda anche l'uso di una bicicletta, di un paio di pattini o di un'automobile-giocattolo? Nelle parole impiegate dal linguaggio prescrittivo, si dà «a core of settled meaning, but there will be, as well, a penumbra of debatable cases in which words are neither obviously applicable nor obviously ruled out». «We may call the problems which arise outside the hard core of standard instances or settled meaning “problems of the penumbra”»³³. Come opererà il giudice di fronte alla zona semanticamente in penombra di un'espressione? Non soltanto Jerome Franck, ma anche il 'formalista' e 'positivista' Austin sostengono che «in the penumbral situation judges must necessarily legislate»³⁴: i giudici devono essere consapevoli di non avere a che fare con uno *standard case*, ma di stare operando nella zona in penombra³⁵ e di dover guardare, in questo caso, ai «social aims» impliciti nel testo prescrittivo. Questi scopi non sono 'esterni' al diritto, ma, proprio in quanto costituiscono «the social policies and purposes to which judges should appeal if their decisions are to be rational», essi devono essere considerati «as part of the law in some suitably wide sense of “law”»³⁶.

³¹ Una testimonianza di una più recente, e più raffinata e matura, espressione dei punti di vista dell'*originalism* e del *living constitutionalism* (se vogliamo continuare a far uso di questa forse ormai datata terminologia) è offerta dal dibattito fra Robert Bennett e Lawrence Solum: R. W. BENNETT, L. B. SOLUM, *Constitutional Originalism. A Debate*, Ithaca-London, Cornell University Press, 2011.

³² H.L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Moral*, in *Harvard Law Review*, 71, 1958, n. 4, 593-629.

³³ Ivi, 607.

³⁴ Ivi, 609.

³⁵ Ivi, 610.

³⁶ Ivi, 612.

Da un lato, la consapevolezza della ricorrente e insopprimibile indeterminazione semantica del testo, e, dall'altro lato, la convinzione che si dia comunque, nel testo, un'area di senso univocamente accertabile: le zone in piena luce coesistono con le aree condannate a una più umbratile esistenza. Occorre evitare gli eccessi del 'realismo giuridico' pretendendo che l'intero testo prescrittivo finisca inghiottito dalla penombra: «if there are borderlines, there must first be lines»³⁷. È la simultanea considerazione della luce e delle ombre che permette di prendere sul serio i vincoli posti dal testo prescrittivo (rendendo sottoposto a regole, e quindi controllabile, l'operato del giudice) e di perseguire al contempo le «social policies and purposes» che rendono plausibili le decisioni giurisprudenziali.

È in sostanziale continuità con le considerazioni di Hart che Laurence Solum (cui si devono numerosi e acuti interventi sull'interpretazione della costituzione) ha proposto, in tempi recenti, una precisa messa a punto dell'originalismo³⁸. In questa prospettiva, non solo il parametro delle 'intenzioni originarie degli autori', ma anche la tesi della trasparenza e univocità del testo costituzionale cadono, di fronte alla consapevolezza delle ambivalenze del testo. Le analogie con alcuni snodi del dibattito musicologico non appaiono forzate: anche in quel caso la formula delle 'intenzioni originarie' perde terreno e il 'letteralismo' degli anni Cinquanta cede il posto alla convinzione che, dato un testo, occorra fare i conti, con una (più o meno estesa) area di indeterminazione.

Come per Hart, tuttavia, riconoscere che esistono, nel testo, zone in penombra, non implica che ad essere in ombra sia il testo nella sua interezza e che esso si offra, inerme e indifeso, a qualsiasi manipolazione e utilizzazione. Occorre distinguere fra due momenti, reciprocamente inseparabili, di un medesimo processo: *interpretation* e *construction*, la 'scoperta' del significato di un testo prescrittivo e la sua finale, conclusiva 'messa in funzione'. Là dove il significato emerge nella sua 'oggettiva' univocità, è l'interpretazione che compie il grosso del lavoro. Esiste però la penombra, la «Construction Zone»: «the set of issues and cases with respect to which the original meaning of the constitutional text is underdeterminate». È in questi casi che il *law in action* richiede un intervento 'costruttivo' (potremmo dire una 'decisione') da parte dell'interprete.

³⁷ Ivi, 615.

³⁸ Solum, sostenendo che «the new originalism recognizes what we might call the *fact of constitutional underdeterminacy*», aggiunge che questa tesi «is consistent with H.L.A. Hart's famous notion of the core and the penumbra» (R. W. BENNETT, L. B. SOLUM, *Constitutional Originalism*, cit., 22).

Restano, della tradizione 'originalistica', due assunti: da un lato, che il significato sia immanente al testo, destinato a essere scoperto, accertato (che esso sia, per intenderci, *effereendus* e non *inferendus* dall'interprete) e, dall'altro lato, che l'intervento costruttivo, sia, in qualche misura, residuale ed eventuale. Appare quindi radicalmente inconciliabile con l'originalismo, comunque riveduto e corretto, un *living constitutionalism* che, da un lato, veda nell'interpretazione un'operazione che consiste non nella 'scoperta', ma nella 'assegnazione' del senso di un testo, e, dall'altro lato, e di conseguenza, rifiuti la distinzione stessa fra interpretazione e costruzione facendo della prima un momento meramente 'interno' alla seconda e strumentale a essa.

Là dove invece il *living constitutionalism* accoglie la tesi di una non assoluta, ma solo relativa indeterminazione del testo e, viceversa, l'originalismo riconosce la necessità di un intervento 'costruttivo' dell'interprete, si delinea un comune terreno di gioco³⁹ e la differenza fra le due posizioni riguarda, rispettivamente, soltanto l'estensione della '*construction zone*' e la portata dei vincoli opposti dal testo all'intervento 'costruttivo'. Di nuovo, appare proponibile una qualche analogia con il dibattito musicologico: anche in esso si sono contrapposte due tesi 'estreme' (la tesi dell'immediata trasparenza del testo e della sua 'automatica' eseguibilità di contro alla tesi della risoluzione-dissoluzione del testo in una *performance* indifferente alle storiche determinazioni del testo stesso). E anche in esso (all'interno dello '*early musical revival*', però, assai più che sul fronte opposto) si è venuto affermando un approccio in qualche misura 'mediante': caratterizzato, da un lato, dalla consapevolezza dell'insopprimibile varietà delle scelte dell'interprete-esecutore e dell'incolmabile distanza fra il testo 'originario' e la sua odierna fruizione, e, dall'altro lato, dalla convinzione di dover ricostruire, nei limiti del possibile, le caratteristiche storicamente specifiche del testo e del suo contesto e di doverle assumere come criteri capaci di indirizzarne l'interpretazione-esecuzione⁴⁰. E sul terreno del dibattito giuridico-costituzionale non mancano ormai proposte esplicitamente indirizzate al superamento dell'antinomia (tanto da essere state definite, con espressione riduttiva, 'ibride'): ne è un brillante esempio l'opera di Jack

³⁹ Come riconosce Robert Bennett (R. W. BENNETT, L. B. SOLUM, *Constitutional Originalism*, cit., 165).

⁴⁰ È in questa direzione che procede il suggestivo dialogo fra Mario Brunello e Gustavo Zagrebelsky (M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista e un giurista*, Bologna, il Mulino, 2006). Cfr. G. PRATELLI, *Riflessioni a margine di un dialogo tra un giurista e un musicista*, in *ISLL Papers. The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature*, 10, 2017 (C. FARALLI, M.P. MITTICA eds.) (https://amsacta.unibo.it/5565/1/Pratelli_ISLL_Papers_2017_Vol_10.pdf)

Balkin che, fino dall'icastico titolo (*Living Originalism*), propone di cogliere il messaggio storicamente specifico e la dimensione progettuale del testo costituzionale e per questa via arrivare a intenderne e a valorizzarne la rilevanza attuale⁴¹.

3.3. *L'ermeneutica come tertium comparationis fra musica e diritto*

Dopo un lungo giro, torniamo in sostanza all'intuizione di Franck: la possibilità di collegare analogicamente musica e diritto dipende dalla previa caratterizzazione dell'una e dell'altro come attività identificate con l'interpretazione-esecuzione di un testo. Il testo esige di essere tradotto-realizzato in una *performance* che a sua volta dipende dall'interpretazione del testo stesso. A partire dalla congiunta applicazione dei due parametri, sembra effettivamente aprirsi un interessante terreno di accostamenti analogici: questi accostamenti possono essere fatti valere non per la musica 'come tale', bensì solo per una sua precisa concrezione storica (la musica occidentale, la musica 'colta', la musica 'assoluta', legata a una prassi esecutiva segnata dalla distanza fra opera scritta e opera eseguita), ma, entro questi limiti storicamente e concettualmente cogenti, le correlazioni analogiche appaiono plausibili.

I due dibattiti sullo '*early music revival*' e sull'interpretazione della costituzione americana sembrano offrire interessanti conferme dell'analogia. È al contempo singolare che la constatazione dei nessi analogici sia relativamente marginale nello sviluppo delle due tradizioni discorsive (musicologica e giuridico-costituzionale): non mancano gli accostamenti, che però non sembrano impiegati per corroborare l'una o l'altra impostazione e soluzione del problema discusso. Certo, la scarsità di interazioni fra i due dibattiti, nonostante il ricorrere di domande e di argomentazioni in qualche misura intercambiabili, può essere semplicemente imputato al dilagare del vizio già bollato da Marx come *Fachidiotismus*⁴². È però ragionevole ipotizzare che a rendere difficile la comunicazione fra i due diversi settori abbia contribuito anche l'insufficiente tematizzazione del *tertium comparationis*: l'inadeguato sviluppo, cioè, di una riflessione ermeneutica, indispensabile non tanto per risolvere le specifiche, sostantive questioni emerse all'interno dell'uno o dell'altro dibattito,

⁴¹ J.M. BALKIN, *Living Originalism*, Cambridge MA-London, Harvard University Press, 2011.

⁴² K. MARX, *Das Elend der Philosophie*, in *Marx-Engels-Werke*, Dietz Verlag, Berlin 1972, vol. 4, 157.

quanto per cogliere i profili generali del campo di tensione intorno al quale entrambe le tradizioni discorsive si affaticano⁴³.

Ovviamente, riferimenti alla teoria dell'interpretazione nel dibattito sullo 'early music revival' e sull' 'originalismo' non mancano, ma non solo si infittiscono soprattutto in tempi recenti, ma in ogni caso stentano a convertirsi in un'organica e coerente strategia di ripensamento della materia del contendere. La cosa è tanto più sorprendente quanto più articolata, e risalente nel tempo, è stata una riflessione ermeneutica che non solo ha investito la logica complessiva delle 'scienze umane', ma si è anche soffermata tanto sul diritto quanto sulla musica: basti pensare a Emilio Betti⁴⁴, che è stato, in Italia, un solitario e a lungo isolato pioniere di questa avventura intellettuale⁴⁵ e a Hans Georg Gadamer, la cui opera capitale, *Wahrheit und Methode*⁴⁶, segue di appena cinque anni la *Teoria generale* bettiana.

Le differenze fra le due teorie ermeneutiche sono rilevanti. Betti nutre un'incrollabile fiducia nella trasparenza del testo interpretando, nella possibilità di coglierne l'interna e 'oggettiva' coerenza, e al contempo insiste sulla necessità di trasmetterne il senso, di ricrearne lo spirito, nel momento della sua esecuzione-realizzazione. A dividere Betti da Gadamer intervengono il loro diverso atteggiamento di fronte a Heidegger e il distacco di Gadamer da quella tradizione

⁴³ Un opportuno confronto fra musica e diritto sul terreno dell'interpretazione è proposto da F. MARISI, *Ermeneutica giuridica ed ermeneutica musicale: una proposta di comparazione*, in *ISLL Papers. The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature*, 4, 2011 (C. FARALLI, M.P. MITTICA eds.) (<https://www.lawandliterature.org/area/papers/Corradini%20prefaz.%20Scamardella%20202011.pdf>)

⁴⁴ E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1955, voll. I-II.

⁴⁵ Come scrive puntualmente Giorgio Resta, con Betti «non si è al cospetto, come in Frank, di un impiego strumentale della metafora musicale per avvalorare determinati assunti circa la natura dell'interpretazione giuridica e segnatamente dell'interpretazione giudiziale. L'intento principale di Betti è di natura teoretica e consiste nell'elaborazione di una teoria generale dell'ermeneutica, che abbracci una pluralità di discipline e renda ragione della peculiarità dei problemi e dei metodi delle scienze dello spirito per contrasto con le scienze della natura. In questo modello teorico è centrale la distinzione tra le tre funzioni dell'interpretazione: quella ricognitiva, quella riproduttiva e quella normativa. L'interpretazione musicale è assunta ad esempio della seconda tipologia di interpretazione, connotata appunto dal compito della fedele trasmissione di un messaggio artistico dall'opera al suo pubblico» (G. RESTA, *Il giudice e il direttore d'orchestra. Variazioni sul tema: diritto e musica*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2011, n. 2, 456). L'intero saggio di Resta offre un'acuta, brillante e informata riflessione su diversi aspetti del rapporto fra diritto e musica. In generale, sull'ermeneutica bettiana, cfr. T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Torino, Rosenberg & Sellier, 1988. Per quanto riguarda la riflessione ermeneutica sul diritto, un punto di riferimento insostituibile nel dibattito italiano è F. VIOLA, G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1999 (dove non mancano, fra l'altro, numerosi agganci all'esperienza musicale).

⁴⁶ H.-G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, Tübingen, Mohr, 1960.

tedesca, da Schleiermacher a Dilthey, che Betti continuava a privilegiare esponendo il fianco all'accusa di cadere in un ingenuo e psicologico 'oggettivismo', come se l'atto del creatore del testo potesse rispecchiarsi fedelmente nel testo del suo interprete⁴⁷. È condivisa però da entrambi la valorizzazione dell'applicazione come momento qualificante dell'attività ermeneutica ed è acuto in entrambi il senso della problematicità del rapporto fra presente e passato.

Per Gadamer, il passato è una realtà ormai perduta nella sua autonoma consistenza. Schleiermacher (e, potremmo aggiungere, Betti) non si rassegnano alla radicale distanza dal passato e attribuiscono all'interpretazione la capacità di ricostruire la «fisionomia originaria di un'opera» riconsegnandola al contesto cui apparteneva⁴⁸. «Il sapere storico, secondo Schleiermacher, offre la possibilità di sostituire ciò che è perduto [...]»⁴⁹. Di contro, Hegel dichiara impossibile qualsiasi recupero 'letterale': le opere antiche sono come frutti staccati dall'albero; la ricostruzione della situazione originaria non può richiamare in vita l'albero. Il pensiero opera storicamente non in quanto ci 'restituisce' il passato, ma in quanto compie un'opera di mediazione collegandolo con la vita presente⁵⁰.

In prima approssimazione, Gadamer potrebbe sembrare l'uomo giusto tanto per Taruskin⁵¹ quanto per un sostenitore del *living constitutionalism*: quale, ad esempio, Paul Brest (cui si deve, a quanto sembra, l'introduzione del termine 'originalism'), che attribuisce a Gadamer la tesi secondo la quale «we can never understand the past in its own terms, free from our prejudices or preconceptions»⁵². In realtà, la posizione di Gadamer è più complessa, non riducibile a un decreto di dismissione del passato: al contrario, la ricostruzione del testo e del suo contesto è per Gadamer «un'operazione ausiliaria – una *Hilfsoperation* – essenziale per la comprensione»⁵³. Resta ferma l'impossibilità di riproporre il testo nella sua originaria esistenza. Al contempo, tuttavia, è indispensabile per l'operazione ermeneutica l'apertura nei confronti del passato: il passato «ci interpella» e pretende da noi «una fondamentale

⁴⁷ «[...] seine erkenntnistheoretische Naivität verwickelte ihn in einen krassen Psychologismus, wenn er den Akt des Verstehens als den gegenläufigen Prozess zum Akt des Schaffens auffasste»: H.G. GADAMER, *Emilio Betti und das idealistische Erbe*, in *Quaderni Fiorentini*, 7, 1978 (*Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*), 7.

⁴⁸ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, a cura di G. Vattimo, Milano, Bompiani, 2000, 355.

⁴⁹ Ivi, 357.

⁵⁰ Ivi, 359, 361.

⁵¹ Cfr. la corretta analisi di M.J. THOMAS, *Gadamer and the Hermeneutics of Early Music performance*, in *Research in Phenomenology*, 48, 2018, 365-84.

⁵² P. BREST, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, in *Boston University Law Review*, 60, 1980, 221-22. Cfr. O. CHESSA, *I giudici del diritto*, cit., 150-52.

⁵³ H.-G. GADAMER, *Verità e metodo*, cit., 357.

sospensione di tutti i pregiudizi». Dobbiamo interrogare il passato formulando domande non già retoriche, ma effettive: «l'essenza della domanda è il porre e mantenere aperte delle possibilità». Non possiamo prescindere da noi stessi: possiamo però metterci in gioco senza dimenticare, al contempo, la propria storicità⁵⁴.

Certo, la comprensione del passato avviene attraverso la necessaria mediazione del presente. Proprio per questo Gadamer valorizza la '*applicatio*' del testo, che emerge in piena luce nell'interpretazione dei testi giuridici, ma è in realtà una componente di ogni operazione ermeneutica, proprio perché esprime plasticamente l'esigenza di «adattare il senso di un testo alla situazione concreta in cui esso si inserisce»⁵⁵. In questa prospettiva, Gadamer tende a svalutare la distinzione bettiana fra interpretazione ricognitiva e interpretazione riproduttiva: quale che sia il testo interpretato, l'interpretazione è comunque tenuta a comprenderne il senso e al contempo a renderlo compatibile con le abitudini culturali del presente⁵⁶.

È il presente che guarda al passato attendendo alla costruzione di un orizzonte, sì, unitario, ma immerso nella «tensione fra testo da interpretare e presente dell'interprete». «Il compito dell'ermeneutica consiste nel non lasciare che questa tensione – Spannung – venga coperta e obliata in un malaccorto atto di livellamento dei due momenti, ma venga invece consapevolmente esplicitata»⁵⁷. È la necessità di confrontarsi con l'essenziale tensione fra il testo interpretando e l'interprete, fra il passato e il presente, a costituire il principale *tertium comparationis* fra i due dibattiti (musicologico e giuridico-costituzionale) e a sollecitare il superamento di schematiche contrapposizioni a vantaggio di mediazioni e 'ibridazioni'.

4. *La musica «n'a pas le sens»: l'ermeneutica musicale e le sue aporie*

Una (pur rapida) rilettura del dibattito musicologico sullo '*early music revival*' e della *querelle* giuridico-costituzionale sull'interpretazione della costituzione americana sembra corroborare l'esistenza di precise correlazioni analogiche fra musica e diritto. Le condizioni di possibilità dell'analogia sono però cogenti: da un lato, l'assunzione di un segmento storicamente specifico e delimitato delle realtà comparate (entro il quale sia possibile parlare per entrambe di un testo scritto

⁵⁴ Ivi, 619.

⁵⁵ Ivi, 637.

⁵⁶ Ivi, 641.

⁵⁷ Ivi, 633.

precedente e funzionale alla sua ‘messa in scena’) e, dall’altro lato, il nesso fra la decifrazione del testo e la sua esecuzione. È nella realizzazione di questo nesso che entra in gioco, come decisivo *deus ex machina*, l’interpretazione: in entrambe le realtà confrontate occorre ‘attribuire’ un significato a un testo (o ‘scoprire’ il significato a esso immanente) e, a partire da ciò, pervenire a una *performance* coerente con quel significato.

A queste condizioni, le linee di svolgimento della musica e del diritto appaiono parallele. Perché possano esserlo, però, occorre muovere da un assunto previo: dall’assunto che un testo composto di segni rappresentativi di ‘puri’ suoni sia oggetto di un’operazione ermeneutica alla radice non dissimile da quella indirizzata a un testo composto di grafemi rappresentativi dei lessemi di una determinata lingua. In realtà, questo assunto è tutt’altro che pacifico, come appare facilmente comprensibile quando si tenga conto dell’assenza nella musica di qualsiasi dimensione ‘denotativa’.

Émile Benveniste, negli anni Sessanta del Novecento⁵⁸, aveva dato un preciso fondamento alla tesi (risalente nel tempo) della peculiarità della musica e della sua irriducibilità a sistemi semiotici dove un ‘segno’ evoca una ‘cosa’ «à titre de substitut»⁵⁹. Per Benveniste, sistemi di segni strutturalmente diversi non sono reciprocamente convertibili e la musica si presta esemplarmente a verificare l’esattezza di questo principio. La musica è fatta di suoni, disposti entro un «cadre organisateur», la gamma, e si sviluppa sugli assi tanto della simultaneità quanto della sequenza. «Il n’y a pas en musique d’unités directement comparables aux ‘signes’ de la langue»⁶⁰ né può esistere nella lingua quella combinazione di ‘simultaneità’ e ‘sequenzialità’ che rende possibile l’armonia e il contrappunto. Se proprio vogliamo considerare la musica un ‘linguaggio’, dobbiamo concludere che essa è «une langue qui a une syntaxe, mais pas de sémiotique»⁶¹: la dimensione denotativa è a essa radicalmente estranea.

La musica non ha parole e proprio per questo «elle n’a pas *le sens*. Ce qui ne signifie pas qu’elle n’a pas *de sens*»⁶². La musica ha ‘senso’, ma non ha ‘significato’. Se però non ha ‘significato’, è possibile parlare ancora dell’ermeneutica musicale come di un’operazione parallela (essenzialmente analoga) all’interpretazione di un

⁵⁸ E. BENVENISTE, *Sémiologie de la langue* (1969), ora in ID., *Problèmes de linguistique générale*, Paris, Gallimard, 1974, tome II, 43-66.

⁵⁹ Ivi, 51.

⁶⁰ Ivi, 55.

⁶¹ Ivi, 56.

⁶² H. MESCHONNIC, *Benveniste: sémantique sans sémiotique*, in *Linx*, 9, 1997, 310.

testo verbale (e quindi anche di un testo giuridico)? Per il filosofo Jean-Luc Nancy⁶³, entriamo in contatto con mondi profondamente diversi quando l'ascolto si rivolge ai suoni musicali o alle parole: l'ascolto delle parole tende sempre a un senso che va al di là del suono, mentre nella musica «le sens, tendanciellement, devient son»⁶⁴. Essere in ascolto significa tendere «à la forme, à la structure et au mouvement d'un renvoi infini»⁶⁵. La musica non obbedisce alla logica della manifestazione, della rivelazione di un significato riposto, ma al senso di un'evocazione: «alors que la manifestation met au jour de la présence, l'évocation appelle (convoque, invoque) la présence à elle-même»⁶⁶.

Peraltro, l'immagine dell'ineffabilità della musica aveva una lunga tradizione alle spalle e aveva trovato nell'Ottocento importanti e affascinanti testimonianze, a partire dalla seminale recensione alla Quinta sinfonia di Beethoven pubblicata da Hoffmann sulla *Allgemeine musikalische Zeitung* nel luglio del 1810, che presenta la musica (la musica strumentale) come la più romantica di tutte le arti proprio perché capace di introdurci a un mondo sconosciuto e inesprimibile⁶⁷. Di contro, in tutta la prima metà del Novecento si manifestano importanti (e diversificate) impostazioni contrapposte tanto alla visione di una musica ineffabile e intraducibile quanto all'approccio 'formalistico' hanslickiano⁶⁸ in nome di un'ermeneutica convinta della possibilità di cogliere il significato del testo musicale ed esprimerlo verbalmente. Per Hermann Kretzschmar, ad esempio, è compito dell'ermeneutica cogliere in un'opera strumentale il nucleo spirituale e affettivo e operare il passaggio dai suoni alle parole con l'aiuto delle informazioni offerte da un'adeguata conoscenza del contesto storico e delle vicende biografiche dell'autore⁶⁹.

È in sostanza in questo orizzonte che si collocano le 'ermeneutiche generali' (bettiane e gadameriane), segnate dalla consapevolezza (particolarmente acuta in Gadamer) delle peculiarità del discorso musicale e del suo carattere in qualche modo enigmatico, ma anche convinte della possibilità di esplicitarne il nucleo significante.

⁶³ J.-L. NANCY, *À l'écoute*, Paris, Galilée, 2002.

⁶⁴ Ivi, 29.

⁶⁵ Ivi, 25.

⁶⁶ Ivi, 42.

⁶⁷ «Die Musik schließt dem Menschen ein unbekanntes Reich auf, eine Welt, die nichts gemein hat mit der äusseren Sinnenwelt, die ihn umgiebt, und in der er alle durch Begriffe bestimmbaren Gefühle zurücklässt, um sich dem Unaussprechlichen hinzugeben»: [E.T.A. Hoffmann, in] *Allgemeine musikalische Zeitung*, 12, n. 40, 1810, col. 631. Cfr. M. SEGALA, *Beethoven, Hoffmann e la musica assoluta*, in *Item* (<http://www.item.ens.fr/articles-en-ligne/beethoven-hoffmann-e-la-musica-assoluta/#ftn8>).

⁶⁸ Cfr. E. HANSLICK, *Il bello musicale* (1854), Palermo, Aesthetica, 2001.

⁶⁹ H. KRETZSCHMAR, *Anregungen zur Förderung musikalischer Hermeneutik*, in *Jahrbuch der Musikbibliothek Peters*, IX, 1902, 53.

E pur sorretto da presupposti teoretici profondamente diversi, ‘scommette’ sulla decifrabilità del testo musicale anche lo schema di interpretazione sociologica della musica compiutamente elaborato da Adorno agli inizi degli anni Sessanta⁷⁰. L’obiettivo principale proposto da Adorno non è soltanto la ricostruzione del contesto socioculturale nel quale l’opera è venuta a esistenza o delle condizioni della sua fruizione o delle modalità della sua diffusione. Un’effettiva comprensione sociologica dell’opera si avrà soltanto passando, per così dire, dall’esterno all’interno, cogliendo nella struttura stessa dell’opera il suo significato, che, nello schema adorniano, è inseparabile dalla dinamica storico-sociale: l’opera è, sì, per Adorno, un’entità autonoma, ma è al contempo un mondo che riproduce al suo interno, e traduce nel linguaggio a essa proprio, le strutture profonde della società cui appartiene.

Comprendere Beethoven implica allora intendere che la sua musica «presenta nella totalità della sua forma il processo sociale»⁷¹: in essa il ruolo della tonalità deve essere capito tenendo conto del fatto che «la dinamica tonale corrisponde alla produzione sociale [...]; è il progredire armonico in sé che è una sorta di processo di scambio»⁷². Allo stesso modo (ancora esemplificando) Bach deve essere inteso (come mostra «il tono affermativo» della Fuga VII del secondo volume del *Wohltemperierte Clavier*) non come la voce di un’arcaica «comunità sacrale», ma come «la meditazione sulla gioia [...] concessa solo al soggetto emancipato»⁷³ e deve essere eseguito non secondo i canoni storicistici dei cultori dell’autenticità, bensì cogliendo l’essenza dell’opera in modo da far risaltare «la totalità di tutti i caratteri e i nessi musicali»⁷⁴.

La tesi dell’ineffabilità della musica è dunque risalente nel tempo, è stata insistentemente riproposta, ma ha anche subito la sfida di ermeneutiche diverse, consapevoli dell’enigmaticità del linguaggio musicale e tuttavia convinte di poterne cogliere il preciso significato: in Gadamer è chiarissima – come scrive Elio Matassi - «l’intenzione di agganciare [...] la musica all’orizzonte di senso aperto, ad una

⁷⁰ T. W. ADORNO, *Einleitung in die Musiksoziologie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1962, tr. ital. *Introduzione alla sociologia della musica*, Torino, Einaudi, 1971.

⁷¹ T. W. ADORNO, *Beethoven. Philosophie der Musik*, Frankfurt, Suhrkamp, 1993, tr. ital. *Beethoven. Filosofia della musica*, Torino, Einaudi, 2001, 250.

⁷² Ivi, 76. Cfr. G. FRONZI, *Beethoven, ovvero la dialettica in musica. Suggestioni critiche sui frammenti di Adorno*, in *Idee*, XX, 2005, n. 58, 193-216.

⁷³ T. W. ADORNO, *Bach gegen seine Liebhaber verteidigt* (1951), in ID., *Prismen. Kulturkritik und Gesellschaft*, Frankfurt, Suhrkamp, 1955, tr. ital. *Prismi. Saggi sulla critica della cultura*, Torino, Einaudi, 1972, 133.

⁷⁴ Ivi, 140.

significatività che rimane imprescindibile»⁷⁵, così come Adorno attribuisce alla sociologia non già soltanto il compito di una mera 'contestualizzazione' del testo, ma l'onere di coglierne il significato intrinseco (che coinciderà con le tensioni che il testo raccoglie dalla struttura sociale rielaborandole creativamente).

Da un lato, l'esaltazione del carattere singolare o addirittura eccezionale dell'esperienza musicale, dall'altro lato, la volontà di non rinunciare a impostare, anche per l'opera musicale, il problema del suo significato. Nell'ultimo trentennio questa alternativa è tornata a proporsi, pur se in un ambiente culturale profondamente diverso: nasce, negli anni Ottanta del Novecento, la 'new musicology' (o 'critical musicology'), in un clima che potremmo dire (a voler usare una consueta, e non saprei quanto illuminante, terminologia) postmoderno, e anche in questo nuovo scenario viene a proporsi la contrapposizione fra l'ermeneutica e l'anti-ermeneutica della musica⁷⁶.

A sostegno di un'ermeneutica musicale (debitamente riveduta e corretta) sono in qualche misura esemplari le considerazioni di Lawrence Kramer. Per Kramer, la pretesa ineffabilità della musica è il residuo di metafisiche ottocentesche, cui occorre reagire non già ripetendo le formule delle ermeneutiche del primo Novecento, bensì individuandone il principale limite: l'idea di un significato racchiuso nell'opera in attesa di un'operazione interpretativa capace di dischiuderlo⁷⁷. Per il musicologo americano, il significato di un testo (musicale o letterario che sia) nasce dalla sua interazione con il contesto, è «the continually evolving series of expressive, figurative, and conceptual exchanges between the music and the field of cultural practice»⁷⁸. Serve quindi all'interprete disporre di «hermeneutic windows», di prospettive che pongano in sinergia il testo e il contesto e permettano di cogliere il testo nella sua concreta produzione di significato.

È possibile e necessario tradurre la musica in un discorso verbale che ne dischiude il significato (o i significati), restando però indubbia la relativa indeterminatezza dell'area semantica. Questa indeterminatezza però non colpisce la musica più di quanto non affligga i testi verbali. Kramer rovescia la tesi del preteso 'eccezionalismo' della musica sostenendo che l'esito di ogni azione interpretativa è

⁷⁵ Cfr. E. MATASSI, *Musica*, Napoli, Guida, 2004, 63 ss.

⁷⁶ E. WALLRUP, *Hermeneutics and Anti-Hermeneutics of Music. The Question of Listening in Jean-Luc Nancy and Lawrence Kramer*, in *Epekeina*, 3, 2013, n. 2, 307-20.

⁷⁷ L. KRAMER, *Interpreting Music*, Berkeley-Los Angeles-London, University of California Press, 2011, 105.

⁷⁸ *Ivi*, 368-69.

incerto. «Music's seemingly nonreferential character brings this paradox to the fore, but the paradox is not musical per se; it is hermeneutic»⁷⁹.

L'area di indeterminatezza del testo musicale (come di un testo verbale) non impedisce di lavorare ermeneuticamente su di esso: l'atteggiamento corretto di fronte a un testo musicale «is the (open) interpretation of (nonautonomous) music in its worldly contexts» e l'obiettivo è «to understand the meanings of music as cultural practice»⁸⁰. È possibile trarre dal Largo del Trio per archi e pianoforte n. 5 in re maggiore di Beethoven (è uno dei tanti esempi offerti da Kramer) una 'narrazione' che ci parla del mondo dell'Europa centrale nel 1808. Non sarà ovviamente una narrazione esaustiva. Essa offrirà spunti discontinui, ma altamente significativi. Secondo Kramer, nel Largo emergono profili che, per un verso, hanno a che fare con il soggetto illuministico (descritto dal famoso saggio kantiano del 1784) e, per un altro verso, «turn the Kantian principle of Enlightenment against itself, to reflect skeptically on the very principle of enlightened – that is, freely obedient – skepticism»⁸¹.

La proposta interpretativa di Kramer non vuol aver niente di cogente ed esclusivo (in sintonia con la sua ispirazione 'postmoderna'): il testo è un'opera aperta a significati variabili in ragione dei contesti. È però anche vero che, nell'analisi proposta, la determinazione del significato (o di un significato) procede in un alveo che potremmo dire ancora 'adorniano', nella misura in cui ritiene di poter ritrovare nel microcosmo del testo musicale le precise tracce del macrocosmo socioculturale. Come in Adorno, l'analisi presuppone uno schema previo che guida e sorregge l'operazione ermeneutica, che raggiunge il suo obiettivo tanto meglio quanto più efficacemente mostra la corrispondenza fra il testo e il 'modello' presupposto.

Naturalmente, i modelli previ messi a disposizione dell'interprete non sono innumerevoli: sono soltanto quei modelli che la cultura del suo tempo gli offre. Pur se non illimitati, i modelli disponibili in un contesto dato sono comunque numerosi e spesso reciprocamente incompatibili. È possibile, ad esempio, muovere da un punto di vista rigorosamente femministico e interrogarsi sulla dimensione di genere e sulle strategie sessuali immanenti nella scrittura musicale. Per Susan McClary, occorre ripensare in questa prospettiva l'intera musica occidentale e rendersi conto che essa ruota intorno al corpo e all'identità di genere e partecipa attivamente all'organizzazione sociale della sessualità. Nello sviluppo del 'discorso' musicale

⁷⁹ Ivi, 108.

⁸⁰ Ivi, 98.

⁸¹ Ivi, 227.

ottocentesco, ad esempio, è possibile rintracciare «a prolonged sexual encounter of intense foreplay that results inevitably in a cataclysmic metaphorical ejaculation»⁸². E in Beethoven, nel primo movimento della Nona sinfonia, l'aggressività sessuale si traduce in «one of the most horrifyingly violent episodes in the history of music»⁸³.

Mutano gli schemi meta-ermeneutici e mutano i risultati delle operazioni interpretative. Nella Germania del 1933, quando Richard Eichenhaus scrive il suo *Musik und Rassen*, di cui esce una seconda edizione nel 1937⁸⁴, era urgente ripensare la storia della musica tedesca per cogliere (sulle tracce di un antesignano saggio pubblicato da Richard Wagner sulla *Neue Zeitschrift für Musik* del 1850⁸⁵) le deformazioni inflitte alla musica nazionale da opere intimamente segnate dall'identità razziale dei loro autori (da Mendelssohn a Meyerbeer – cui guardava Wagner – a Mahler, a Schönberg).

Certo, fra Wagner, Adorno e Kramer le differenze dei risultati interpretativi sono abissali. È però anche vero che Wagner, quando scrive il saggio sulle inquinanti presenze ebraiche nella musica tedesca, crede nelle corrispondenze puntuali fra musica e realtà extramusicali. Egli «is playing musicologist [...] by reading certain formal conventions in music by Mendelssohn and Meyerbeer as ineradicable signs». «Wagner's is simply musical hermeneutics on the side of the devil, and, to the extent that we remain liberal and unprejudiced, we are the angels instead»⁸⁶. 'Diabolica' o 'angelica' che sia, l'ermeneutica musicale sembra ripetere con insistenza una scelta di fondo: può giungere a risultati interpretativi opposti, ma in ogni caso resta fedele alla convinzione (implicita o esplicita) di poter individuare nei suoni un nucleo semantico traducibile ed esprimibile in un adeguato linguaggio verbale.

Certo, che le interpretazioni siano inevitabilmente plurali (essendo ormai sempre più lontana nel tempo la bettiana, o schleiermacheriana, fiducia nell'univoca trasparenza del testo) appartiene ormai al senso comune della (cosiddetta) postmodernità. Può aver quindi buon gioco Kramer nel rovesciare la tesi dell' 'eccezionalismo' della musica affermando che essa piuttosto mette in piena luce

⁸² S. MC CLARY, *Feminine Endings: Music, Gender and Sexuality*, Minneapolis-London, University of Minnesota Press, 1991, 125

⁸³ Ivi, 128.

⁸⁴ R. EICHENHAUER, *Musik und Rasse*, München, Lehmann, 1937². Cfr. A. DAHM, *Der Topos der Juden: Studien zur Geschichte des Antisemitismus im deutschsprachigen Musikschritttum*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2007, 334 ss.

⁸⁵ R. WAGNER, *L'ebraismo nella musica*, Firenze, Clinamen, 2016.

⁸⁶ C. ABBATE, *Music – Drastic or Gnostic?*, in *Critical Inquiry*, 30, 2004, n. 3, 518-19.

l'incertezza costitutiva di ogni operazione ermeneutica⁸⁷. Resta però irrisolto il problema decisivo: il problema della possibilità di un'interpretazione che assuma a proprio oggetto un testo musicale. Un indizio della permanente vitalità di questo problema è offerto dal recente ritorno di interesse per la riflessione di Vladimir Jankélévitch, che nei primi anni Sessanta aveva attaccato l'idea stessa di un'ermeneutica musicale⁸⁸.

Per il filosofo francese, l'attribuzione di 'significati' ai suoni è un esercizio meramente retorico favorito da un equivoco di fondo: la convinzione di poter 'trattare' ermeneuticamente i testi musicali, cercando in essi «non si sa qual messaggio criptico», inseguendo «dentro e dietro un cantico qualcosa d'altro», decifrando «una cosa ascoltata come allegoria di un significato inaudito e segreto»⁸⁹. Chi invece faccia propria la prospettiva di Jankélévitch si terrà lontano da un atteggiamento «gnostic» (interessato alla decifrazione 'intellettualistica' o illusoriamente 'ermeneutica' del testo musicale) e sottolineerà la dimensione «drastic», il ruolo decisivo della *performance*: «perhaps we should simply acknowledge once more that both formalist and hermeneutic approaches to musical works mean dealing in abstractions and constructs under the aspect of eternity, as activities that will have little to do with real music»⁹⁰.

Due punti essenziali dell'ermeneutica musicale appaiono allora problematici: in primo luogo, la possibilità di gettare ponti sufficientemente robusti e affidabili fra il suono e il significato, fra il testo e il contesto di cui il testo dovrebbe essere la cifra. È vero, come sostiene Kramer, che ogni testo presenta un margine più o meno ampio di indeterminatezza semantica. È però anche vero che un testo verbale (grazie alla strutturazione linguistica e alla sua dimensione semantica) sembra disporre di qualche vincolo alla deriva infinita delle interpretazioni, rendendole potenzialmente più controllabili e argomentabili, mentre la musica è completamente inerme di fronte all'attribuzione di senso: «si può far dire alle note ciò che si vuole, prestare loro qualsiasi potere analogico: esse non protesteranno». «La musica ha le spalle larghe!

⁸⁷ «Unless I want to restrict meaning artificially to the more or less explicit content of propositions and depictions, meaning is relatively underdetermined everywhere that words or images express it. Music is a little different, but it is not alone»: L. KRAMER, *Interpreting Music*, cit., 108.

⁸⁸ V. JANKÉLÉVITCH, *La musique et l'Ineffable*, Paris, Colin, 1961. L'opera è stata tradotta in inglese nel 2003 a cura di Carolyn Abbate: V. JANKÉLÉVITCH, *Music and the Ineffable*, Princeton, N.J., Princeton University Press, 2003.

⁸⁹ V. JANKÉLÉVITCH, *La musica e l'Ineffabile*, Napoli, Tempi Moderni Ed., 1985, 16.

⁹⁰ C. ABBATE, *Music – Drastic or Gnostic?*, cit., 514.

[...] Con essa tutto è plausibile: le ideologie più fantastiche, le ermeneutiche più insondabili [...] Chi mai ci smentirà?»⁹¹.

In secondo luogo, e di conseguenza, viene messo in discussione la convinzione che fa della *performance* l'esito coerente di una (logicamente) precedente attribuzione di senso al testo musicale. È divertente e istruttiva un'esperienza (narrata a guisa da apologo) da Carolyn Abbate. Stavo accompagnando al pianoforte – scrive Abbate – un'aria dall'*Idomeneo* di Mozart e le domande ermeneuticamente pertinenti che mi affioravano alla mente erano le seguenti: «Where exactly is the Enlightenment subjectivity in these notes? Is the regime of absolute monarchy reflected exactly there, in this phrase? Does this arpeggio represent Idamante's secret sexual agitation, and exactly how?»⁹². Nel vivo dell'esecuzione però mi accorgevo – continua Abbate – che quelle considerazioni non avevano niente a che fare con il concreto dispiegarsi della musica e che le uniche considerazioni pertinenti erano qualcosa di simile a «*doing this really fast is fun or here comes a big jump*»⁹³.

Le strade dell'interpretazione del testo musicale e della sua esecuzione sembrano procedere secondo linee parallele: l'accertamento del 'significato' del testo appare sostanzialmente ininfluenza su una *performance* che trova nelle caratteristiche intrinseche alla sintassi musicale le condizioni necessarie e sufficienti per la sua realizzazione.

5. Un'analogia problematica?

Il diritto 'come' la musica, la musica 'come' il diritto: al termine di questa rapida ricognizione, resta il fascino della congiunzione, ma appaiono relativamente esigue le possibilità di una precisa correlazione analogica fra le due zone di esperienza, almeno quando si faccia riferimento ai '*language games*' presi in considerazione (che sono solo uno dei numerosi settori per i quali impostare il problema del rapporto fra musica e diritto: deve quindi restare esclusa – come conviene ribadire con forza – qualsiasi improvvida velleità di generalizzazione).

⁹¹ V. JANKÉLÉVITCH, *La musica e l'Ineffabile*, cit., 16.

⁹² C. ABBATE, *Music – Drastic or Gnostic?*, cit., 510.

⁹³ Ivi, 511. Cfr. anche le considerazioni di K. BERGER, *Musicology According to Don Giovanni, or: Should We Get Drastic?*, in *The Journal of Musicology*, 22.. 2005, n. 3, 490-501. Richiama l'attenzione sul 'gesto' musicale S. OLIVA, *Quale paradigma per il 'linguaggio della musica'? Verso una filosofia del gesto musicale*, in *Rivista Italiana di Filosofia del Linguaggio*, 11, 2017, n. 2, 205-16.

In prima approssimazione, i due elementi su cui far leva (già limpidamente suggeriti da Jerome Franck) – la necessità di interpretare tanto i testi musicali quanto i testi giuridici e la dimensione performativa di entrambi – sembravano garantire l'esistenza di precise analogie. In seconda approssimazione, però, il cielo dell'analogia si è riempito di nubi piuttosto preoccupanti. È vero infatti che, in entrambi i casi, interpretiamo testi in funzione di una *performance*. Non sembrano però affatto pacifici né il parallelismo fra le due operazioni interpretative né il rapporto dell'una e dell'altra con l'esecuzione dei rispettivi testi.

Certo, ripercorrere 'sinotticamente' i due celebri dibattiti (sull'interpretazione della *'early music'* e sull'interpretazione della costituzione negli Stati Uniti d'America) sembra metterci in contatto con prospettive e con contrapposizioni analoghe: da un lato, la ricostruzione storiograficamente puntuale del significato originario del testo (assunto come vincolante per la sua odierna esecuzione) e, dal lato opposto, la sua rilettura (e realizzazione) 'attualizzante' (per non parlare delle proposte, di nuovo analoghe in entrambi i settori, di 'ibridazione' o mediazione fra i due estremi). L'analogia è suggestiva e regge finché facciamo riferimento al rapporto fra presente e passato, alle condizioni dell'intendere storico, insomma, alle questioni generali che la grande riflessione ermeneutica otto-novecentesca ci ha reso familiari. Le difficoltà nascono però quando guardiamo più da vicino ai 'giochi linguistici' che si sviluppano intorno, rispettivamente, ai testi musicali e ai testi giuridici.

Prendiamo, come riferimento esemplificativo, le più mature e più convincenti proposte 'ibride', che chiedono di ricostruire storicamente il senso del testo, al contempo consapevoli dell'area di (maggiore o minore) indeterminazione semantica del testo stesso e dell'insuperabilità del ruolo attivo (decisionale, ma 'responsabile') dell'interprete: in entrambi i casi la comprensione storica del testo è funzionale alla sua 'esecuzione' al presente. Il punto è però che il giurista è interessato alla semantica del testo costituzionale (ed è con il significato attribuito al testo che l'esecuzione dovrà, per così dire, scendere a patti), mentre il musicista guarda primariamente alla strutturazione linguistico-musicale del testo. Fra i suoi problemi immediati (immediatamente funzionali alla *performance*) figurano (tanto per esemplificare) domande che ho già ricordato: se, e come, vada applicata la regola non scritta delle *notes inégales* (che comporta l'esecuzione di un gruppo di note secondo ritmi diversi da quelli segnati dalla partitura), quale sia lo strumento più idoneo (il cembalo, l'organo, il clavicordo, il fortepiano, il pianoforte contemporaneo), se convenga usare (e quando) il vibrato degli archi, se sia il caso di

impiegare grandi masse orchestrali o corali o piuttosto organici ridotti. Gli esempi si possono moltiplicare *ad libitum*, ma procedono tutti nella medesima direzione: nel ribadire cioè che il dibattito sulla 'early music' riguarda (per intenderci) non la semantica, ma la sintassi del testo e giunge alla determinazione della *performance* sostanzialmente aggirando l'accertamento del 'significato'.

Certo, anche per un testo musicale può essere sollevato il problema del 'significato': non mancano autori e argomenti ('moderni' e 'postmoderni') che portano acqua a questo mulino. Quando ciò avviene, quando ci interroghiamo sul nesso fra un'aria dell'*Idomeneo* e l'assolutismo illuminato, compiamo un'operazione indubbiamente analoga a quella che realizziamo quando studiamo il rapporto fra la costituzione americana e il modello individualistico-proprietario nell'America dei *Founders*. In questi i casi, la connessione analogica fra le due aree appare convincente e trova nel comune retroterra ermeneutico la propria condizione di possibilità. L'analogia però diviene problematica qualora si ritenga che l'attribuzione di un significato al testo musicale sia preclusa dal carattere 'ineffabile' della musica o sia comunque ininfluenza sulla ricostruzione e sulla riproduzione esecutiva del testo stesso.

Indubbiamente resta essenziale, in entrambi i 'giochi linguistici', l'esigenza di mettere in rapporto e in sinergia testi e mondi lontani e incomparabili. Traspare però anche, sottotraccia, la consapevolezza che il superamento della tensione fra il presente e il passato, fra il testo interpretando e il testo interpretante, procede per 'negoziazioni' provvisorie e incerte e si presenta come un ideale 'regolativo' o, se si preferisce, come una scommessa tanto indispensabile quanto impossibile.

Il progetto euristico cui *Law art* appartiene è chiaro: è il progetto di mettere a fuoco il punto di intersezione fra fenomeni apparentemente lontani, come il diritto, da un lato, e, dall'altro lato la produzione artistica (la letteratura, le arti visive, il cinema, la musica). Quali sono questi punti di intersezione? A me sembra che si diano tre diverse modalità di interazione fra diritto e arte, ormai note e tutte puntualmente presenti nel volume (anzi nei volumi) di *Law Art*.

La prima modalità. In essa la produzione artistica viene presa in considerazione come un fenomeno socioculturale e socioeconomico: come un fenomeno quindi che, come ogni altro fenomeno sociale, esige di essere giuridicamente disciplinato. In questa prospettiva interessano non i prodotti artistici come tali, ma la formalizzazione giuridica cui l'arte, come fenomeno sociale, ha dato luogo in un determinato contesto (del presente o del passato). Nel nostro volume, due saggi appartengono a questo ambito di ricerca: il documentato saggio di María Encarnación Roca Trías, che studia a fondo il problema della proprietà delle opere d'arte nel quadro della vigente costituzione spagnola, e l'originale lavoro di Giovanni Chiodi, che si interroga sui diritti degli esecutori ed interpreti musicali nell'Italia del Novecento attraverso una serrata analisi delle vicende giudiziarie e delle posizioni dottrinali.

Con la seconda modalità del rapporto fra arte e diritto si apre uno scenario diverso, sorretto da una diversa domanda. Non ci si chiede in che modo il diritto *disciplini* l'arte, ma ci si chiede come l'arte *rappresenti* il diritto. Questa domanda presuppone due assunti: che il diritto possa e debba essere studiato come momento della complessiva dinamica socioculturale; e che l'arte (nelle sue varie espressioni) possa contribuire a farci capire il diritto come fenomeno socioculturale.

Per chi condivide entrambi gli assunti i prodotti letterari appaiono uno specchio prezioso per immergere il diritto nella vita complessiva di una determinata società. Tanto per fare un esempio: chi voglia capire che cosa sia stato il diritto nella Francia dell'Ottocento si accorgerà facilmente che studiare il codice Napoleone e leggere le sentenze dei giudici è necessario, ma non sufficiente. Se voglio capire la dimensione esperienziale del diritto, conviene che legga non solo il *Code Napoléon*, ma anche la

P. Costa, *A proposito di LawArt, 3 (2022)*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_11, pp. 158-166.

Comédie humaine e intraveda il terreno nel quale prodotti testuali pur così diversi affondano le radici. Il mio esempio non è peraltro casuale: proprio a Balzac un amico scomparso, Aldo Mazzacane, ha dedicato pagine suggestive¹ e a Balzac il secondo fascicolo di *Law art*, del 2021, ha dedicato significativi contributi: penso ai saggi di Giacomo Pace, di Giovanni Chiodi, di Francesco Gambino².

Per chi tenta di raggiungere una conoscenza, vorrei dire, *à parte entière*, del diritto, una conoscenza del diritto come parte integrante della cultura di una determinata società, le opere letterarie sono ovviamente una fonte importantissima. Accanto a esse, però, possono offrire materiali altrettanto preziosi anche altre espressioni artistiche: la pittura, le arti visive in genere, il cinema e anche la musica (anche se per quest'ultima sorgono problemi specifici che ci porterebbero troppo lontano³).

Per quanto riguarda le arti visive, la pittura è ormai da tempo una fonte largamente impiegata per comprendere la strutturazione politico-giuridica di una determinata società. Un caso esemplare, illustrato da una ormai sovrabbondante letteratura, è il ciclo di affreschi senesi dedicati da Ambrogio Lorenzetti al tema del buono e del cattivo governo; ma gli esempi si possono moltiplicare: mi piace ricordare il suggestivo saggio di Mario Sbriccoli dedicato all'immagine della giustizia⁴, seguito dal libro di Adriano Prospero⁵ sullo stesso tema.

In effetti, tanto la letteratura quanto le arti visive sono un giacimento immane, il cui sfruttamento è appena iniziato. È benvenuta dunque l'iniziativa di *Law art* che raccoglie saggi documentati, suggestivi, importanti che lavorano in questa direzione: ricordo il saggio di Stefania Gialdrone, dedicato alle istituzioni giurisdizionali riflesse nel prisma della pittura tardo-quattrocentesca; il lavoro di Giacomo Pace Gravina, che stabilisce un felice cortocircuito fra la rappresentazione iconica di un giurista del Settecento e il suo ruolo nella società del tempo; e infine il contributo di Diana Natermann sul ruolo delle immagini (fotografiche, in questo caso) nella costruzione del discorso coloniale. Se poi volessimo estendere lo sguardo al cinema

¹ A. Mazzacane, *Diritto e romanzo nel secolo della borghesia. Le Colonel Chabert di Honoré de Balzac*, in «Giornale di storia costituzionale», 28/II, pp. 187-216.

² Balzac e il diritto. *Discussione intorno a G. Guizzi, Il 'caso Balzac'*. Storie di diritto e letteratura, Il Mulino 2020, in «LawArt», 2, 2021.

³ Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Il diritto «come» la musica, la musica «come» il diritto: il fascino discreto di un'analogia*, in O. Roselli (a cura di), *Le arti e la dimensione giuridica*, Bologna, Il Mulino, pp. 229-270

⁴ M. Sbriccoli, *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna* (2003), ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi ed inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 155-208.

⁵ A. Prospero, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi, 2008.

(di autore e di consumo), ci troveremmo di fronte a un materiale altrettanto inesauribile: uno storico di Chicago, Julius Kirshner, mi diceva che, a suo avviso, *Law and order* – un serial televisivo americano degli anni Novanta – era impagabile per capire il sistema giudiziario del suo paese. E proprio nell'ultimo numero di *Law art* Francesco Gambino offre una penetrante analisi comparativa delle rappresentazioni – rispettivamente, giuridico-kelseniana e teatrale e cinematografica – del singolare caso dello pseudo-capitano Voigt.

Possiamo dunque moltiplicare i termini del confronto fra l'esperienza giuridica e le manifestazioni artistiche, ma non cambia la domanda di fondo: nello scenario euristico cui mi sto riferendo – lo scenario originariamente compendiato nella formula *law and literature* – ciò che congiunge i due ambiti, il loro punto di intersezione, è il riflettersi del diritto nello specchio della produzione artistica, assunta come testimonianza privilegiata dell'immaginario, dei valori, delle aspettative di una determinata società. *Law and literature*, in questo senso, viene interpretata e realizzata come *law in literature*: il diritto come esperienza riflessa-rappresentata nella letteratura, nella pittura, nel cinema, nelle arti in genere.

È facile intendere come un siffatto programma euristico, fondato su un serio impegno interdisciplinare, richieda la condivisione di un atteggiamento di fondo nei confronti dei fenomeni considerati: occorre insomma che il ricercatore (giurista o letterato che sia) coltivi nei confronti tanto del diritto quanto della letteratura un interesse che vorrei dire *kulturgeschichtlich*. In questa prospettiva, lo storico della letteratura dovrà cogliere delle opere letterarie non soltanto il profilo estetico e stilistico (per intenderci, 'formale'), ma anche e soprattutto il contenuto storico-culturale e lo storico del diritto prenderà in considerazione il diritto non soltanto come un insieme di norme formulate e applicate, ma anche come funzione e momento della dinamica sociale complessiva. Non è necessario che il giurista sostenga teorie giuridiche antiformalistiche e antinormativistiche. Basta che egli sia interessato non soltanto alla struttura-logico prescrittiva del discorso giuridico, ma anche al funzionamento delle norme in un concreto contesto storico sociale (né si dimentichi peraltro che il più illustre campione del formalismo giuridico – Hans Kelsen – è stato anche l'autore di brillanti saggi sociologico-realistici sulla democrazia).

Il diritto 'nelle' arti, dunque: il diritto in quanto esperienza rappresentata dalla letteratura, dal cinema, dalla pittura. Un siffatto programma euristico non esaurisce però lo spettro delle proposte riconducibili alla formula 'law and art'. Sono infatti

ormai numerosi gli approcci che intendono instaurare un rapporto più stringente fra le arti e il diritto assumendo un obiettivo diverso da quello prima ricordato: non studiare il diritto *nelle* arti, bensì studiare il diritto *come* arte.

Si apre uno scenario diverso e complesso che sta e cade con il senso che intendiamo attribuire alla congiunzione ‘come’. Se affermiamo che il diritto è ‘come’ la letteratura (‘come’ il cinema, ‘come’ la fotografia ecc.) e se prendiamo sul serio la congiunzione ‘come’, iniziamo un viaggio avventuroso che ha come presupposto e come tramite uno strumento tanto potente quanto delicato: l’analogia.

Che uso viene fatto dell’analogia e della metafora quando *law and literature* viene declinata come *law as literature*? Come è noto, le modalità di impiego delle metafore nella costruzione del discorso sono molto varie. Le metafore possono essere lessicalizzate e fossilizzate (e in questo caso la loro rilevanza è ridotta al minimo), oppure possono creare effetti stilisticamente ed esteticamente importanti incrementando l’efficacia retorica, persuasiva del discorso. Ciò che però preme sottolineare è che la metafora può svolgere un ruolo ancora diverso: almeno a partire dagli anni Cinquanta del Novecento (penso in particolare a Max Black e poi a Mary Hesse) e poi con la crisi del neopositivismo novecentesco, ha preso campo la convinzione che la metafora ha un ruolo primario nella rappresentazione del mondo e produce effetti non solo stilistici e retorici, ma anche cognitivi.

Concepita da Black come elemento di raccordo e di interazione fra contesti diversi e apparentemente lontani, la metafora «seleziona, enfatizza, sopprime, e organizza caratteristiche» di un ambito di esperienza facendo leva su tratti caratteristici di un ambito diverso⁶. È un’idea feconda, ripresa e sviluppata anche in tempi più recenti. Penso, ad esempio, alla cosiddetta *Conceptual Metaphor Theory*⁷, secondo la quale la metafora concettuale opera mettendo in rapporto due domini diversi, il primo dei quali (il dominio ‘*source*’) offre la ‘mappatura’, lo schema orientativo per il dominio assunto come ‘*target*’. E non posso esimermi dal ricordare che proprio in Italia ha visto la luce, nei lontani anni Sessanta del Novecento, un grande e appassionante libro sull’analogia e sulla metafora (*La linea e il circolo*, di Enzo Melandri)⁸, che, trascurato per decenni, è stato finalmente rimesso in circolo da una provvida riedizione dovuta alla casa editrice Quodlibet, di Macerata⁹.

⁶ M. Black, *Models and Metaphors*, Ithaca (NY), Cornell University Press, 1942, p. 44.

⁷ G. Lakoff, L. Johnson, *Metaphors We Live by*, Chicago, Chicago University Press, 1980.

⁸ E. Melandri, *La linea e il circolo. Studio logico-filosofico sull’analogia*, Bologna, il Mulino, 1968.

⁹ E. Melandri, *La linea e il circolo, Studio logico-filosofico sull’analogia*, Macerata, Quodlibet, 2012.

Non posso addentrarmi, nel tempo disponibile, in questo difficile ma fecondo terreno e mi limito a ribadire un punto: che per il programma euristico che conveniamo di chiamare ‘law as literature’ è decisivo interrogarsi sulla portata euristica e cognitiva dell’analogia. Insomma: hic Rhodus, hic salta. Se vogliamo decifrare l’oggetto ‘diritto’ mettendolo in relazione con altri ambiti di esperienza, non possiamo evitare di interrogarsi sullo statuto dei procedimenti analogico-metaforici volta a volta impiegati per ‘mappare’ il dominio assunto come ‘target’ (appunto, l’esperienza giuridica). Ho tuttavia l’impressione che proprio questo momento, per così dire, metodologico-riflessivo, sia spesso trascurato e che spesso e volentieri la connessione metaforico-analogica fra arte e diritto sia presupposta, piuttosto che esplicitata e problematizzata. Certo, conviene introdurre un *caveat*. Non dobbiamo sopravvalutare l’importanza della riflessione metodologica: possiamo cucinare ottime torte anche senza essere laureati in chimica alimentare. È però anche vero che un’accurata tematizzazione delle strategie analogico-metaforiche potrebbe servire da fondamento e da stimolo per gli studi di *law as art*.

Da questo punto di vista, il saggio di Douglas Rocha Pinheiro è interessante e istruttivo. Esso, infatti, si sofferma su un elemento che può operare come termine medio e ponte fra esperienze distanti e in questo modo offrire un sostegno agli accostamenti analogici: mi riferisco alle sue considerazioni antropologico-culturali sul ruolo centrale della vista nelle culture occidentali. Il suo rilievo è pertinente. Pensiamo al linguaggio che impieghiamo per dar conto delle prestazioni cognitive del discorso. Quando ci riferiamo alla dimensione epistemica di un discorso, quando parliamo di un ‘discorso di sapere’, attribuiamo a esso la capacità di ‘rappresentare’ il mondo, di mostrarci la struttura profonda della realtà: appunto di renderla ‘visibile’. I discorsi di sapere sono tali in quanto capaci di vedere oltre il visibile, di vedere realtà che sfuggono al nostro senso (la vista) e che tuttavia, in quanto conosciute, divengono ‘vedute’. La conoscenza è comprensibile soltanto come estensione, oltre il visibile, del vedere (sfidando l’apparente ossimoro).

Riteniamo di poter vedere oltre il visibile, ma sappiamo che non possiamo vedere tutto. Pinheiro ci ricorda il carattere inevitabilmente parziale della visione rinviando a Walter Benjamin, che sottolineava la necessaria compresenza del vedere e del non vedere, l’impossibilità di cogliere la ‘totalità’. Peraltro, il carattere prospettico e parziale della rappresentazione è una delle caratteristiche essenziali che anche Thomas Kuhn attribuisce al paradigma scientifico. Il paradigma è, per Kuhn, l’insieme degli elementi che permettono a un sapere di rappresentare il proprio

oggetto, di ‘vederlo’; ma questa visione è non già totale, bensì parziale; presuppone un osservatore, *rectius*, una comunità di ‘osservatori’, socialmente, culturalmente, insomma, storicamente, situata.

I discorsi, i discorsi di sapere, quindi anche il discorso giuridico, ‘vede’, ma la visione di cui i discorsi sono il tramite non è totale e incondizionata: è una visione sorretta e guidata da interessi, aspettative, valori; è una visione segnata dalla dinamica e dal conflitto sociale di cui è parte; è una visione che produce un effetto, al contempo, di rischiaramento e di occultamento. È con questo gioco di luci e ombre che il lettore dei testi (dei testi prescrittivi come dei testi di sapere) deve fare i conti. È questa la strategia raccomandata dall’*optical constitutionalism* di Pinheiro: decostruire una tradizione testuale portando alla luce quei presupposti che, sottaciuti ma condivisi, hanno impresso a quella tradizione la peculiare ‘parzialità’ della sua visione. Pinheiro, nel *case study* di cui si occupa (la formazione e la successiva interpretazione della vigente costituzione brasiliana), si riferisce (sulla scia di Sedgwick) alle convinzioni omotransfobiche che hanno inciso sul processo di redazione e di applicazione del testo costituzionale impedendo la ‘visione’ (e quindi anche il riconoscimento) delle minoranze vulnerabili.

È appunto con questo gioco di luce e ombra che deve confrontarsi qualsiasi lettura critica di un testo. Interpretare criticamente una tradizione significa mettere in discussione i presupposti sottaciuti della *received view* da essa veicolata, pur nella consapevolezza che il compito critico-ermeneutico è un compito interminabile, data l’impossibilità di ‘vedere’ l’oggetto nella sua totalità. Possiamo chiamare ‘optical’ il programma di un’ermeneutica critica? Lo possiamo (e possiamo servirci delle metafore impiegate da Pinheiro, quali «optical unconscious» e «inclusive parallax») proprio perché, a partire dall’assunto antropologico-culturale prima ricordato, facciamo leva sulla fondante esperienza del ‘vedere’ per intendere la dimensione epistemica delle nostre formazioni discorsive.

Resta dunque ferma l’importanza del nesso fra ‘diritto’ e ‘visione’. Questo nesso è messo a fuoco anche nelle pagine di Stolk e Vos, che si occupano delle organizzazioni internazionali come meta di turismo: il *legal sightseeing*, indicato nel titolo del loro saggio. L’espressione inglese *sightseeing* evoca, direi con ridondanza, la centralità del vedere. Qui però il linguaggio del vedere è impiegato in una direzione in qualche modo opposta rispetto al saggio di Pinheiro. La semantica della visione non serve più a evocare la drammatica contrapposizione fra ciò che un testo mostra e ciò che nasconde né allude allo sforzo necessario a evitare la ‘epistemology

of closet' (per usare l'efficace espressione di Sedgwick ricordata da Pinheiro). Il diritto, infatti, non ha qui la volatile esistenza di un testo prescrittivo sul cui senso ci interroghiamo. Il diritto si presenta come un insieme di istituzioni incarnate in oggetti sensibili, 'visibili', anzi visitabili: esemplificativamente, il palazzo di vetro dell'Onu, l'aula di un tribunale internazionale, l'ufficio di un ambasciatore con tutti i suoi arredi.

Vedere, in questo caso, non è vedere-rappresentare un oggetto incorporeo: è vedere con i nostri corporei organi di senso cose molto solide come palazzi, aule, oggetti. È allora scomparsa la visione come epicentro di una costruzione metaforica? Non direi. Semplicemente, il diritto in questo caso non è l'oggetto, ma è il soggetto della visione: il tema è il *farsi vedere* del diritto, la sua mondana incarnazione nei più diversi e solenni apparati, al contempo inequivocabilmente 'materiali' e potentemente simbolici. Il farsi vedere del diritto, la sua mondana incorporazione in edifici, stanze e corridoi, non è l'abbandono della metafora: è la valorizzazione di un nesso *ab antiquo* presente nella semantica della visione; il nesso fra 'vedere' e 'potere' (un nesso centrale nell'antropologia politica dell'Occidente, e forse non solo dell'Occidente; un nesso di cui occorrerebbe considerare anche la dimensione apertamente o cripticamente teologica: Dio è onnipotente perché onnivedente – e viceversa – e analogamente onnipotente e onnivedente è il piccolo dio secolarizzato del *panopticon* benthamiano).

Stolk e Vos sottolineano l'importanza che per le istituzioni riveste il rapporto con il pubblico. Hanno ovviamente ragione. Un politologo americano degli anni Sessanta del Novecento – Merriam – parlava dei *credenda* e dei *miranda* del potere: non solo le dottrine, ma anche le immagini, i riti, le liturgie, che mettono in rapporto il potere con i soggetti e lo rendono (almeno parzialmente) visibile, sono dispositivi indispensabili per la sua legittimità e quindi per il suo funzionamento.

Vedere il diritto (il tema del saggio di Pinheiro) e il farsi vedere del diritto (il tema del lavoro di Stolk e Vos) sono prospettive, in qualche misura, eguali e contrarie: per il primo, la metafora della visione è un incentivo per cogliere, del diritto, le zone in ombra, la polvere sotto il tappeto (potremmo dire le realtà rimosse, dal momento che anche il lessico psicoanalitico può aver molto a che fare con la metafora della visione) e conduce a una critica puntuale degli ordinamenti; per i secondi, il farsi vedere del diritto coincide con un'efficace strategia di autolegittimazione degli ordinamenti stessi, essendo difficilmente ipotizzabile che

possa condurre al disvelamento degli *arcana imperii* (la trasparenza delle istituzioni è, per Bobbio, una delle mancate promesse della democrazia).

In ogni caso, la metafora del vedere sembra implicare il tentativo di raggiungere, oltre il diritto, il flusso di esperienze di cui il diritto è una provvisoria e fragile formalizzazione. Le letture che Massimo Meccarelli e Cristiano Paixão offrono di Sebald vanno, a mio avviso, in questa direzione. Meccarelli e Paixão non leggono Sebald come altri hanno letto Balzac o Rabelais, per capire l'immagine del diritto riflessa nello specchio della letteratura (*law in literature*). La loro aspettativa è diversa: usare l'opera letteraria non come uno specchio, ma, vorrei dire, come un *XR viewer*, come un visore di una *extended reality*, come un dispositivo che permetta l'accesso a un'area esperienziale su cui il diritto riposa pur senza coincidere con essa.

Massimo Meccarelli va diritto al punto chiedendosi che cosa si attenda Sebald dalla letteratura: semplicemente, che dica la verità sul mondo; che non si arresti alla superficie delle cose ma colga, come scrive Sebald, «the metaphysical underside of reality». *The underside*, appunto: il lato nascosto, celato delle cose. Di nuovo, è in gioco la pervasiva metafora del vedere: in questo caso, però, la letteratura non è l'oggetto del vedere, ma un suo *medium*; si vuole non già vedere *la* letteratura, ma vedere *per mezzo della* letteratura: vedere, grazie alla letteratura, l'altra faccia della luna, la faccia nascosta del diritto.

Che cosa può mostrare Sebald sul 'non visto' del diritto? Tanto Paixão quanto Meccarelli traggono dalle opere sebaldiane un preciso e impegnativo invito; l'invito a ripensare il rapporto fra diritto e tempo riflettendo su uno dei temi centrali della produzione sebaldiana: l'uso della memoria. Il tema della memoria è fondamentale: per il singolo, ovviamente, ma anche per le istituzioni, che trovano nell'uso politico della memoria un tramite decisivo per la loro legittimazione (basti pensare al ruolo delle storie nazionali nella costruzione dei vari Stati europei e, più di recente, al grande, anche se spesso infruttuoso, tentativo dell'Unione Europea di costruire una 'memoria condivisa' che ne rafforzi la sempre claudicante legittimità).

Politica della memoria, per le istituzioni, significa instaurare un complicato regime di ricordo e di oblio. La giustizia di transizione – presa in considerazione da Meccarelli – è un caso interessante. Un paese è costretto a confrontarsi con laceranti fratture che hanno spezzato i principali vincoli sociali e occorre, in qualche modo, voltar pagina, e ricostruire i legami interrotti. Occorre ricordare, ma anche dimenticare. Serve mettere in contatto carnefici e vittime e cercare difficili mediazioni fra memorie, interpretazioni, esperienze opposte. Si può far molto in

questa direzione; ma si può anche prendere sul serio il monito di Sebald, che sembra andare nella direzione opposta assumendo come irrinunciabile e inestinguibile il 'risentimento' della vittima: un risentimento che riposa su un'istanza di giustizia assoluta, non sacrificabile alla logica della composizione del conflitto; per l'appunto quella composizione del conflitto che sembra essere uno dei principali obiettivi delle istituzioni politico-giuridiche.

Forse il diritto ha buone ragioni per porre limiti al tempo e contemplare la possibilità dell'oblio; forse il diritto al risentimento è un elemento socialmente pericoloso. È però anche vero che il diritto al risentimento di Sebald ricorda molto l'indignazione valorizzata da Diderot: che proprio nell'indignazione – nell'indignazione di fronte alla diseguaglianza e alle prevaricazioni – vedeva la fondazione originaria dei diritti. In questa prospettiva allora – come ricorda Paixão – la delimitazione del tempo e la politica dell'oblio, cui gli ordinamenti inclinano, devono arrestarsi di fronte alle violazioni dei diritti umani fondamentali.

In ogni caso, storia e memoria (l'oggettivo svolgersi del processo interattivo e la soggettiva rappresentazione che di quel processo i singoli attori mettono in scena) incidono in modo determinante sulle soluzioni politico-giuridiche volta a volta prospettate (e al tema della memoria *Law art* si è mostrata sempre sensibile: penso al bel saggio di Marco Fioravanti su Gary, ospitato nel secondo volume della rivista¹⁰). Storia e memoria, insomma, non sono un lusso 'letterario', ma sono dimensioni essenziali per comprendere ciò che Massimo Meccarelli ha efficacemente chiamato «il terreno magmatico» da cui gli ordinamenti traggono la loro linfa vitale.

¹⁰ M. Fioravanti, *Educare all'umanità, custodire la speranza. Resistenza, diritto e memoria nell'opera di Romain Gary*, in «LawArt», 2, 2021.

«L'ONORE DI VIVERE»: POTERE E RESISTENZA IN 'PORTE APERTE'

DI LEONARDO SCIASCIA

1. «*La morte attraverso la scrittura*»: il rifiuto della pena capitale

Alla giustizia e alle sue manifestazioni 'terrifiche' (e fra esse, emblematicamente, alla pena di morte) Leonardo Sciascia ha dedicato una persistente attenzione. La terribilità del potere tende a coincidere in Sciascia con la terribilità della giustizia. Basti ricordare una sua celebre e lapidaria affermazione: «terrificante è sempre stata l'amministrazione della giustizia, e dovunque».¹ Certo, la giustizia è solo una delle manifestazioni del potere. Secoli di riflessione giuridica hanno però strettamente collegato la violenza punitiva dello Stato con la sua legittimità (dove la celebre definizione weberiana dello Stato come monopolista della violenza legittima). È appunto questa vertiginosa coincidenza fra violenza e legittimità che induce Sciascia a vedere nella giustizia l'espressione emblematica del potere. La giustizia proietta sul potere una sacralità che lo rende intangibile e indifferente alle ragioni dell'individuo: da lato, un individuo, in tutta la sua fragilità e precarietà, e, dal lato opposto, un potere oscuro e irresistibile, rafforzato da una solenne e astrusa ritualità.²

L'intera produzione di Sciascia offre numerosissime e affascinanti variazioni su questo tema. Cambiano i contesti (dalla Sicilia di antico regime all'Italia fascista, all'Italia degli anni Cinquanta, e poi degli anni Settanta, fino all'*affaire* Moro), ma resta al fondo l'idea di un potere che resiste ai mutamenti, che accetta le sembianze del cambiamento per rimanere identico a se stesso. Il potere inafferrabile e pervasivo è l'«essenza stessa di qualunque società umana», così come costante è la sua inclinazione a travolgere l'individuo e a schiacciarlo sotto il peso della sua incontestabile sacralità.³

¹ LEONARDO SCIASCIA, *La strega e il capitano* [1986], OA, II.1, pp. 771-828: 787.

² Cfr. JOSEPH FARRELL, *La giustizia e il giustiziere di fronte alla pena di morte*, in *La morte come pena in Leonardo Sciascia. Da 'Porte aperte' all'abolizione della pena di morte*, a cura di Italo Mereu, Milano, La Vita Felice 1997, pp. 19-28.

³ SARA GENTILE, *L'isola del potere. Metafore del dominio nel romanzo di Leonardo Sciascia*, Roma, Donzelli 1995, p. 48. Secondo Joseph Francese, «the primary argument of *Porte aperte* concerns the "eternity" and "universality" of abuses of power» (JOSEPH FRANCESE, *The Death Penalty and Narrative Strategies in Porte aperte by Leonardo Sciascia*, «Forum

Resta identico il potere, pur nel mutamento delle sue forme, e resta identico il gioco mortale che esso ingaggia con gli individui: è un gioco che per lo più si conclude con il loro inerme assoggettamento, ma talvolta annovera episodi di coraggiosa (ancorché disperata) resistenza; ed è un gioco che assume come posta decisiva il corpo: il corpo del condannato, il corpo del torturato (si pensi alla figura dell'avvocato Di Blasi nel *Consiglio d'Egitto*).⁴

Potere e resistenza si implicano a vicenda e sono tratti storicamente costanti. Il passato non è passato: come scrive Sciascia parlando della manzoniana *Storia della colonna infame*, l'illusione che la tortura e il fascismo siano stati inghiottiti nella voragine del passato «s'appartiene a uno storicismo di profonda malafede se non di profonda stupidità. La tortura c'è ancora. E il fascismo c'è sempre».⁵

Il fascismo è in qualche modo 'eterno'⁶: è una recente (ma certo non ultima) manifestazione di un potere feroce e intramontabile, che opera per piegare chiunque tenti (o si illuda) di resistere agendo sul corpo del ribelle, con la tortura e con la pena capitale. La percezione del legame essenziale, intimo, fra fascismo e pena di morte è un'esperienza precoce in Sciascia: un trauma che affonda le radici nella sua infanzia, nel ricordo di un regime che, agli occhi di un bambino, poteva passare inosservato se non fosse intervenuta la consapevolezza che con il fascismo era divenuto possibile «dare la morte così, freddamente, a tavolino, compilando una scrittura [...]. Quel che mi inquietava, quel che per me era un vero e proprio trauma, era la morte attraverso la sentenza, la morte attraverso la scrittura [...]».⁷

La morte per mezzo della scrittura è un tema ricorrente in Sciascia, ma raggiunge la sua massima evidenza in un romanzo del 1987, *Porte aperte*.⁸ I personaggi sono ridotti a pochi tratti essenziali: tanto del giudice quanto dell'assassino (per non dire del procuratore generale e dei giurati) non sappiamo molto. Più che ad approfondire

Italicum», 51, 3, 2017, pp. 775-798: 777. Cfr. anche *Giustizia come ossessione. Forme della giustizia nella pagina di Leonardo Sciascia*, a cura di Luigi Pogliaghi, Milano, La Vita Felice 2005; GIOVANNI FIANDACA, *La giustizia secondo Leonardo Sciascia*, «Tododomodo», 9, 2019, pp. 157-68.

⁴ LEONARDO SCIASCIA, *Il Consiglio d'Egitto* [1963], OA, I, pp. 345-499. Cfr. VALENTINA FASCIA, *Ordine omnia inquirere. Sciascia: la tortura e la pena di morte*, in *La morte come pena in Leonardo Sciascia*, cit., pp. 37-60.

⁵ LEONARDO SCIASCIA, *Storia della colonna infame* [1981], OB, II.2, pp. 1066-1079: 1074.

⁶ L'immagine di un fascismo 'destoricizzato' o 'eternizzato' compare già nell'opera di esordio di Sciascia (LEONARDO SCIASCIA, *Favole della dittatura* [1950], OB, I, pp. 5-35). Cfr. GIANNI SCALIA, *Il primo lemma di Leonardo Sciascia*, in *Leonardo Sciascia. La verità, l'aspra verità*, a cura di Antonio Motta, Manduria, Lacaita 1985, pp. 149-156.

⁷ LEONARDO SCIASCIA, *La Sicilia come metafora: intervista*, a cura di Marcelle Padovani, Milano, Mondadori 1979, pp. 8-9.

⁸ LEONARDO SCIASCIA, *Porte aperte* [1987], OA, I, pp. 1051-1126.

lo spessore umano dei protagonisti,⁹ Sciascia è interessato al dramma che li trascina e li trascende. Il racconto di Sciascia è un 'romanzo a tesi':¹⁰ non tanto un «romanzo-saggio», quanto un «settecentesco *conte philosophique*», sollecitato dall'orrore nei confronti della brutalità, dell'intolleranza, della violenza.¹¹

Il romanzo è un *conte philosophique* pur narrando episodi effettivamente avvenuti e facendo riferimento alle vicende processuali che ne erano seguite. Il responsabile dei delitti è Giuseppe Ferrigno, padre di cinque figli, marito di Concetta Conigliaro e licenziato per irregolarità amministrative dal Sindacato degli avvocati e dei procuratori di Palermo presso cui era contabile. Ferrigno uccide, nella mattina del 5 ottobre 1937, prima la moglie, poi Giuseppe Speciale (l'impiegato che lo aveva sostituito) e infine Giuseppe Bruno, avvocato ed esponente del partito fascista.¹²

Sciascia ripercorre abbastanza da vicino la vicenda processuale innescata dai delitti di Giuseppe Ferrigno. A giudicare l'imputato è Salvatore Petrone, nato a Racalmuto nel 1887;¹³ ed è Petrone, che come giudice *a latere*, sostiene la tesi che salva (provvisoriamente) la vita di Ferrigno: anziché ritenerlo responsabile di tre distinti delitti (il che avrebbe comportato, per il Codice Rocco, la pena di morte, dal momento che ciascuno dei delitti commessi era punibile con l'ergastolo), il giudice (e i giurati) riconducono i tre delitti a un unico disegno criminoso rendendo possibile la comminazione dell'ergastolo anziché della pena capitale. Il presidente, Francesco Barraco, non può che prendere atto del convincimento del giudice e dei giurati, ma stende una sentenza apertamente contraddittoria, che, da un lato, continua a parlare di tre distinti disegni criminosi, ma, dall'altro lato, formula conclusivamente la tesi del reato continuato. Scaturisce dal processo una sentenza 'suicida', che, a causa della sua patente incoerenza, sarà annullata dalla Corte di Cassazione nell'aprile del 1938. Sarà infine la Corte di Assise di Agrigento a pronunciarsi di nuovo nel merito,

⁹ È significativamente diversa la strategia narrativa adottata da Gianni Amelio nel film da lui diretto (*Porte aperte*, del 1990): ispirato dal romanzo di Sciascia e tuttavia largamente autonomo nella costruzione e nella rappresentazione dei personaggi e degli eventi (cfr. ALESSANDRO MARINI, *Crimini contro la legge e leggi criminali. Porte aperte di Leonardo Sciascia, tra letteratura e cinema*, «Saggi/Ensayos/Essais/Essays», 15, 2016, pp. 202-213).

¹⁰ JOSEPH FRANCESE, *The Death Penalty and Narrative Strategies*, cit., p. 778.

¹¹ UGO DOTTI, *Gli scrittori e la storia: la narrativa dell'Italia unita e le trasformazioni del romanzo (da Verga a oggi)*, Torino, Aragno 2012, pp. 275 ss.

¹² Cfr. GIOVANNI TESSITORE, *Fascismo e pena di morte: consenso e informazione*, Milano, FrancoAngeli 2000, pp. 490-504; MONICA STRONATI, *La grazia e la giustizia durante il fascismo*, in *Il diritto del duce. Giustizia e repressione nell'Italia fascista*, a cura di Luigi Lacchè, Roma, Donzelli 2015, pp. 127-50: 144-150; CLAUDIA PASSARELLA, *Una disarmonica fusione di competenze: magistrati togati e giudici popolari in Corte d'Assise negli anni del fascismo*, Roma, Historia et Ius 2020, pp. 39-41.

¹³ Cfr. GIUSEPPE TRAINA, *Leonardo Sciascia*, Milano, Bruno Mondadori 1999, pp. 35-37.

rifiutando la tesi della continuazione del reato e condannando a morte l'imputato (che verrà effettivamente giustiziato nel 1939).¹⁴

Sono questi gli eventi e i protagonisti di *Porte aperte*, presentati al lettore nella loro disadorna essenzialità. Non c'è nulla da scoprire: i delitti e il loro responsabile sono noti e certi fin dall'inizio. E sembra scontata anche la pena cui il reo dovrà andare incontro, data la gravità dei delitti commessi: la pena di morte, dal momento che nell'Italia degli anni Trenta ormai da un decennio la pena capitale è stata reintrodotta dal fascismo. Le cose però vanno diversamente e l'elemento unificante, l'epicentro del racconto coincide con la possibilità di un'alternativa.

L'alternativa nasce come conseguenza dell'ostinata refrattarietà alla pena di morte mostrata da un giudice: il «piccolo giudice», come lo chiama insistentemente l'autore, precisando però, in corso d'opera, che il giudice era 'piccolo' non per esiguità di corporatura o tenuità di carattere, ma per la sproporzione delle forze cui egli intendeva contrapporsi.¹⁵ Era piccolo come David di fronte a Golia.

Certo, il giudice, ancorché 'piccolo', non è inerme. Ce lo spiega Sciascia stesso usando come esergo un passo di Salvatore Satta, che spezza una lancia a favore del 'diritto giurisprudenziale' (o, se si preferisce, del 'diritto vivente') di contro all'astrattezza, e quindi all'impotenza, del dettato legislativo: «chi uccide – scrive Satta – non è il legislatore ma il giudice».¹⁶ Ciò che per Satta è il «mistero del processo», per Sciascia è la terribilità della giustizia. La narrazione di Sciascia segue fedelmente la vicenda processuale (salvo il mancato riferimento al ruolo del presidente e all'estensione della sentenza 'suicida'), ma al contempo pone una domanda radicale, che riguarda il gioco che si apre fra l'individuo e il potere; un gioco di cui la pena di morte è la più drammatica espressione.

L'intero libro è attratto da questo gorgo vertiginoso e mette in confronto, e in contrasto, fra di loro gli argomenti impiegabili pro e contro la pena capitale. Conviene ricordarli sinteticamente, pur consapevoli di compromettere il sapiente montaggio della narrazione. L'argomento principe, impiegato dal procuratore generale, continua fino a oggi a essere riproposto: l'argomento della sicurezza, la tesi della superiore, e insostituibile, efficacia dissuasiva della pena capitale. È l'argomento che si rispecchia nel titolo del libro: le porte aperte; le porte che i

¹⁴ CLAUDIA PASSARELLA, *Una disarmonica fusione*, cit., pp. 39-41.

¹⁵ LEONARDO SCIASCIA, *Porte aperte*, cit., p. 1114.

¹⁶ SALVATORE SATTA, *Il mistero del processo* (1949), in ID., *Soliloqui e colloqui di un giurista*, pref. di Ferdinando Mazzarella, Nuoro, Ilisso 2004, pp. 39-50: 41-42.

cittadini possono tenere aperte perché protette dalla forza rassicurante del potere, che, in questo caso, è tutt'uno con il fascismo.

Non manca – nella riflessione solitaria del giudice – un accenno a un'altra possibile giustificazione della pena capitale: vedere in essa il mezzo per ottenere una «vita liberata, nettata, da ogni estrema abiezione umana», un mondo purificato dal disordine provocato dal crimine.¹⁷ Vengono meno, in questa prospettiva, la logica preventiva e l'obiettivo pragmatico della sicurezza: la punizione è imposta non da esigenze utilitarie, ma dalla natura stessa del crimine. Per Hegel, il crimine è «la lesione del diritto come diritto» e la pena è coerente, da un lato, con l'esigenza di ristabilire il diritto e, dall'altro lato, con una giustizia che corrisponde alla stessa volontà profonda, alla volontà «in sé» del criminale.¹⁸ Un rapido accenno a questa teoria è presente in *Porte aperte* attraverso il rinvio a un non meglio precisato «filosofo idealista» che attribuisce alla pena di morte la virtù di dare al condannato «un istante di quel contatto con l'infinito che egli aveva perduto». E viene da ricordare – aggiunge Sciascia – il *calembour* attribuito allo scultore Marino Mazzacurati, che aveva bollato un «filosofo idealista passato poi al marxismo» come «il Platone d'esecuzione».¹⁹

Chi sia il filosofo in questione non è detto. È però identificabile con precisione la frase incriminata, formulata, sì, da un filosofo idealista, che però non è certo mai 'passato al marxismo': Benedetto Croce, che la impiega (*exempli causa*) in un passaggio della sua *Filosofia della pratica*.²⁰

In *Porte aperte* non è comunque un filosofo la principale *auctoritas* invocata a sostegno della pena di morte, bensì il giurista Rocco: un autore che risulta familiare

¹⁷ LEONARDO SCIASCIA, *Porte aperte*, cit., p. 1076.

¹⁸ GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto. Diritto Naturale e Scienza dello stato in compendio*, a cura di Giuliano Marini, Roma-Bari, Laterza 1987, § 99, pp. 88-89.

¹⁹ LEONARDO SCIASCIA, *Porte aperte*, cit., p. 1097.

²⁰ Croce sta riflettendo sul rapporto fra diritto e morale (cfr. MASSIMO DONINI, *Pagine penalistiche dimenticate di Croce e Gentile. Legacy & Misfortune dell'idealismo tra diritto, etica e politica*, «Rivista italiana per le scienze giuridiche», N.S., 9, 2018, pp. 117-146) e sostiene che alla pena può essere attribuito tanto un fine 'utilitario', deterrente, quanto una funzione etica, rieducativa; tanto che «perfino la pena di morte può essere diretta a questo scopo; e si può reputare non vana la morte, se ha dato o ridato al colpevole un giorno, un'ora o un istante di quella vita umana, di quel contatto con l'infinito, che egli aveva perduto» [corsivo mio] (BENEDETTO CROCE, *Filosofia della pratica*, Bari, Laterza 1923³, p. 348). Le parole riportate in corsivo sono citate testualmente nel testo sciasciano. Resta in ogni caso enigmatica l'allusione al filosofo idealista passato al marxismo (e appare problematica l'identificazione, talvolta proposta, con Galvano della Volpe). Paolo Squillaciotti conferma che l'identità di questo filosofo non è mai stata chiarita da Sciascia, nemmeno nel suo articolo *Il 'Platone d'esecuzione'*, pubblicato nel «Giornale di Sicilia», il 5 marzo 1972 (cfr. PAOLO SQUILLACIOTTI, *Note a Porte aperte*, in LEONARDO SCIASCIA, OA, I, cit., p. 1916, nota 1).

tanto al procuratore generale quanto al ‘piccolo’ giudice, dal momento che già dieci anni prima i due personaggi avevano espresso le loro opinioni sulla pena di morte proprio discutendo un articolo di Rocco, uscito sulla rivista «L’impero» e intitolato *Sul ripristino della pena di morte in Italia*. Ed è questo articolo che il procuratore dichiara di avere riletto confermando il suo pieno accordo con le sue tesi: non solo per motivi meramente formali e ‘legalitari’ («poiché la pena capitale c’è, poiché la pena capitale è legge»), ma anche per motivi sostanziali: perché il suo «ripristino serve a ribadire nella testa della gente l’idea di uno Stato che si preoccupa al massimo della sicurezza dei cittadini; l’idea che davvero, ormai, si dorma con le porte aperte».²¹

Ed è con Rocco che anche il piccolo giudice sente di dover fare i conti, riprendendo a rileggere, appena arrivato a casa, l’articolo del giurista: di «questo povero Rocco», «ordinario di diritto e procedura penale nella regia università di Roma», «ministro della giustizia»; di «sua eccellenza Rocco»,²² come sempre lo chiamava il procuratore, che conclude il suo articolo rinviando la decisione sull’opportunità di estendere la pena di morte dai reati politici ai più gravi delitti comuni al Governo, sicuro interprete della «coscienza giuridica della Nazione italiana». E in effetti «l’aspettativa di Rocco – commenta il giudice – non era stata delusa. E come si poteva deluderla, se egli primamente concorreva a realizzarla?».²³

A dire il vero, Sciascia sta curiosamente confondendo, o fondendo in un’unica persona, due diversi protagonisti del ripristino della pena capitale in Italia: Alfredo Rocco e il fratello di Alfredo, Arturo Rocco. Il primo, ma non il secondo, era ministro della giustizia (a partire dal 1925) e il secondo, ma non il primo, era uno studioso di diritto penale (e docente di diritto penale a Roma), mentre Alfredo era, sì, docente a Roma, ma era un cultore di diritto commerciale. E l’articolo che tanto aveva colpito il procuratore e il giudice era dovuto alla penna non di ‘sua eccellenza’, ma del fratello Arturo, anche se era effettivamente comparso nella rivista «L’impero».²⁴ In ogni caso, i due fratelli esprimevano sul problema della pena capitale opinioni convergenti: basti confrontare l’articolo di Arturo Rocco con l’intervento al Senato di Alfredo Rocco a proposito del disegno di legge delega per la riforma del Codice

²¹ Ivi, p. 1063.

²² Ivi, p. 1067.

²³ Ivi, p. 1068.

²⁴ ARTURO ROCCO, *Sul ripristino della pena di morte*, «L’Impero», 7 ottobre 1926, ora in ID., *Opere giuridiche: Scritti giuridici vari*, Roma, Società editrice del Foro Italiano 1933, Vol. III, pp. 545-52.

penale. È in quella sede che il guardasigilli invita a riconsiderare il tema della pena di morte, dal momento che l'Italia è ormai lontana dall'individualismo liberale e si è finalmente convinta che «la società abbia fini suoi propri. Che trascendono la vita dell'individuo, e a cui i fini individuali debbono subordinarsi».²⁵ È questa la prospettiva nella quale si muove anche l'articolo di Arturo Rocco e non a caso ricorre tanto nel Discorso di Alfredo quanto nel Saggio di Arturo il *topos* della guerra: in guerra è la necessità di difendere lo Stato a imporre il sacrificio del cittadino innocente ed è la medesima necessità a esigere l'eliminazione del responsabile di crimini efferati.²⁶

Che cosa può opporre il piccolo giudice agli argomenti di 'Sua eccellenza' (e/o di suo fratello)? Ci attenderemmo di vederlo impegnato in una singolar tenzone con le tante teoriche che in un lunghissimo arco di tempo hanno legittimato le pena capitale, ma non è così. Non gli mancano comunque – ci avverte Sciascia – testi fondamentali cui appoggiarsi: *La confessione*, di Tolstoj e *l'Idiota* di Dostoevskij. Tolstoj, ricordando di avere assistito a Parigi a un'esecuzione capitale, dichiara la sua avversione a essa, quali che siano le teorie invocate per giustificare «un simile atto».²⁷ E il principe Myškin – il protagonista del romanzo di Dostoevskij – esclama, con analogia forza: «No, no, la pena di morte è inumana, è selvaggia e non può né deve essere lecito applicarla all'uomo».²⁸

Il 'piccolo' giudice, in realtà, è in cerca non tanto di argomenti, quanto di precedenti autorevoli e di 'compagni di strada' che servano a corroborare il suo 'no', che è perentorio quanto il 'no' del principe Myškin, ma non è più argomentato: è una certezza morale, più che una sofisticata argomentazione, a indurlo ad affermare che lo Stato e il diritto «rispondere con l'assassinio all'assassinio non debbano»,²⁹ dal momento che la vita è un «supremo bene».³⁰ La stessa posizione del giudice nei confronti del fascismo ha un carattere, più che politico, morale, tanto che egli «rifiutava di considerarsi antifascista, al fascismo soltanto opponendo la sua dignità

²⁵ ALFREDO ROCCO, *Discorsi parlamentari*, Bologna, il Mulino 2005, p. 264. Sui due Rocco cfr. ITALO MEREU, *La morte come pena*, Milano, Editori Europei Associati 1982, pp. 172 ss.

²⁶ L'analogia con la guerra è un argomento ricorrente nel dibattito dell'epoca. Cfr. DOMENICO SICILIANO, *Per una genealogia del diritto alla legittima difesa: da Carrara ai Rocco*, «Quaderni Fiorentini», 35, 2006, pp. 723-847.

²⁷ LEV NIKOLAEVIČ TOLSTOJ, *La confessione*, trad. it. di Gianlorenzo Pacini, Milano, Feltrinelli 2009, p. 30.

²⁸ FËDOR DOSTOEVSKIJ, *L'idiota*, trad. it. di Federigo Verdinois, Roma, Newton Compton 2010, p. 86.

²⁹ LEONARDO SCIASCIA, *Porte aperte*, cit., p. 1066.

³⁰ Ivi, p. 1062.

nel pensare e nell'agire».³¹ Difendere la propria dignità e la propria umanità contro l'intollerabile violenza del potere: la resistenza del torturato Di Blasi non è, al fondo, diversa dalla lotta ingaggiata dal giudice contro un potere che mantiene immutata nel tempo la sua ferocia inquisitoriale.

Resistere al potere è una scelta estrema e disperata. Non è una necessità: «anch'io – afferma il giudice – potevo sottrarmi a quel processo». Il 'piccolo' giudice avrebbe potuto evitare di misurarsi con la forza eccedente del sovrano: non lo ha fatto non perché si illudesse sulla possibilità di una vittoria (egli, infatti, non dubita che la vicenda sarebbe finita male, come dichiara seccamente al giurato 'contadino'), ma perché nella resistenza egli vedeva il contrassegno della dignità, «il punto d'onore della [...] vita, dell'onore di vivere».³²

2. Una riforma impossibile? L'umanizzazione della pena

Al potere non può non opporre resistenza chiunque tenga all'«onore di vivere», ma dalla resistenza non è possibile attendersi una trasformazione qualitativa del potere stesso, una sua 'umanizzazione': per l'ultimo Sciascia, il palazzo dell'Inquisizione resta sempre e comunque la sede dell'amministrazione della giustizia.

Se ciò è vero, è curiosa l'insistenza con la quale la pubblicistica ha presentato Sciascia come un 'illuminista'.³³ Lo considerava illuminista, ad esempio, Italo Calvino, che in una lettera a Sciascia, del 25 ottobre 1964, sottolineava il «carattere di battaglia civile» riscontrabile nelle sue opere.³⁴ Non mancano appigli che rendano plausibile parlare dell'illuminismo di Sciascia. Appartengono al secolo dei Lumi

³¹ Ivi, p. 1089.

³² Ivi, p. 1120.

³³ Sul problema dell'«illuminismo» di Sciascia cfr. GIAN PAOLO PRANDSTRALLER, *Il neo-illuminismo di Sciascia*, in *Leonardo Sciascia. La verità, l'aspra verità*, cit., pp. 173-79; LUCREZIA LORENZINI, *La ragione di un intellettuale libero. Leonardo Sciascia*, Soveria Mannelli, Rubbettino 1992; FRANCESCA BERNARDINI NAPOLETANO, *Leonardo Sciascia, dalla parte di Voltaire*, in *Non faccio niente senza gioia. Leonardo Sciascia e la cultura francese*, a cura di Marcello Simonetta, Milano, La Vita Felice 1996, pp. 65-74; GIANFRANCO DIOGUARDI, *L'illuminismo di Leonardo Sciascia*, in *L'Enciclopedia di Leonardo Sciascia: caos, ordine e caso*, a cura di Pietro Milone, Milano, La Vita Felice 2007, pp. 41-53; RAYMOND TROUSSON, *Leonardo Sciascia et l'esprit des Lumières*, «Studi Francesi», LII, 154, 2008, pp. 80-92.

³⁴ I. CALVINO, *Lettere 1940-1985*, a cura di Luca Baranelli, Milano, Mondadori 2000, p. 829, citato in LORENZO BIANCHI, «Il secolo educatore»: *Leonardo Sciascia e l'Illuminismo*, in *L'eredità di Leonardo Sciascia* (Atti dell'incontro di studi Napoli 6-7 maggio 2010), a cura di Caterina De Caprio e Carlo Vecce, Napoli, Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale' 2012, pp. 49-62: 49.

punti di riferimento essenziali per la sua visione del mondo (si pensi al *Candide* e al *Traité sur la tolérance* di Voltaire) e da quel secolo derivano gli ideali di tolleranza e di libertà che Sciascia non si stancherà di riaffermare nelle più diverse occasioni.³⁵ Al contempo, tuttavia, emergono nella sua produzione (con evidenza crescente nel corso del tempo) atteggiamenti difficilmente riconducibili al movimento dei Lumi.

Certo, l'illuminismo è un fenomeno talmente sfaccettato e diversificato da rendere altamente rischiosa la pretesa di trasformarlo in un'univoca categoria concettuale. Resta comunque difficile ricondurre a esso la visione sciasciana del potere: la visione di un potere tendenzialmente eguale a se stesso, metastorico e irrimediabile; un potere incontenibile cui qualche individuo riesce a dire di no, andando però incontro a un'inevitabile sconfitta. Una siffatta visione, essenzialmente tragica, è difficilmente riconducibile alla filosofia dei Lumi. Una componente essenziale dell'illuminismo è lo spirito di riforma: il progetto di trasformare in profondità le istituzioni e le regole di convivenza alla luce di una razionale comprensione della natura umana. La 'riforma', nelle sue più audaci declinazioni, ha a che fare non tanto con una 'cosmesi', con una mera 'razionalizzazione' degli apparati, quanto con una radicale ristrutturazione dell'ordine esistente. Per quanto radicale, la 'riforma' si presenta però anche 'possibile': non disegna il quadro utopico di una società immaginaria, ma indica un obiettivo raggiungibile a patto di seguire i dettami della ragione.³⁶

Se il movimento dei Lumi 'scommette' sulla possibilità di un'alternativa al regime esistente e delinea i tratti di una sovranità che sia autorevole ma anche 'umana', Sciascia diffida del potere come tale e ne offre una denuncia tanto radicale quanto impolitica: la denuncia di un potere metastorico ed 'eterno' di contro al quale si staglia la altrettanto 'eterna' e impotente resistenza di alcuni individui. È questa la prospettiva di fondo attraverso la quale Sciascia ci racconta la storia d'Italia e la storia della 'sua' Sicilia: una storia che «assurgeva a metafora di una continua e universale sconfitta della ragione; ad un illuminismo senza lumi, senza speranze».³⁷

³⁵ L. BIANCHI, "Il secolo educatore", cit., p. 53.

³⁶ Cfr. FRANCO VENTURI, *Utopia e riforma nell'illuminismo*, Torino, Einaudi 1970.

³⁷ ANTONINO BLANDO, *L'illuminismo senza lumi di Sciascia*, «Todomodo», 8, 2018, pp. 63-74: 73. Già negli anni Sessanta del Novecento Giuseppe Giarrizzo aveva osservato che Sciascia guardava alla Sicilia e alla sua storia sulla base di una «filosofia della storia o rivendicazione d'una perenne umanità tanto più alta quanto più sconfitta» (la citazione è in FRANCESCO BENIGNO, *Giuseppe Giarrizzo e la storia 'meridionale' d'Italia: il filo ininterrotto di una riflessione*, «Rivista Storica Italiana», CXXIX, 3, 2017, pp. 1022-1057: 1039). Cfr. anche MASSIMO ONOFRI, *Storia di Sciascia*, Roma-Bari, Laterza 1994, p. 53.

Che pensare allora dell'estrema espressione della violenza legale dello Stato, la pena capitale? Che valenza assume il 'no' di fronte a essa? Che cosa opporre e che cosa proporre? Può essere interessante, per leggere, per così dire in controluce, la condanna sciasciana della pena di morte, il confronto con un testo che non solo è l'emblema dell'illuminismo penale, ma è anche l'atto di fondazione dell'abolizionismo: *il Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria.³⁸

Nel libro di Beccaria la critica della pena capitale, nel quadro di un complessivo ripensamento della funzione e degli strumenti punitivi dello Stato, assume un ruolo di grande evidenza (e diviene la pietra dello scandalo). Ne ricordo rapidamente gli argomenti, pur se notissimi. Il primo argomento: difendere l'ordine con la pena di morte è una contraddizione in termini; la società esiste per difendere la mia vita ed è proprio la società che decide di togliermela. C'è poi un secondo argomento: la pena di morte non è solo illogica (in contraddizione con lo scopo primario della società), ma è anche inutile. Per Beccaria, infatti, la pena ha una sola giustificazione, di carattere preventivo: serve a distogliere i potenziali criminali dal delinquere minacciando una sofferenza futura. La pena di morte ha però un'efficacia dissuasiva più debole della pena carceraria: il timore della sofferenza prolungata inflitta dalla pena carceraria è più forte dell'impressione intensa, ma breve provocata dalla pena capitale. Infine, il terzo argomento: la pena carceraria non è solo più efficace della pena di morte; è anche più umana. Emerge un tema che giunge fino a noi: il tema della «dolcezza» delle pene, il tema della loro 'umanizzazione'.

Potremmo infine ricordare un quarto argomento. Nel § XX Beccaria afferma che «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessa di esser *persona* e diventi *cosa*».³⁹ Questo argomento però, che sembra alludere al valore 'assoluto' e 'indisponibile' della persona, appare in qualche modo tangenziale e incidentale rispetto all'asse principale del ragionamento, centrato, da un lato, sull'illegittimità della pena capitale e, dall'altro lato, sulla sua inefficacia preventiva.

Che Beccaria non faccia del valore assoluto della persona il suo principale argomento abolizionistico non deve sorprendere. L'indisponibilità della vita umana

³⁸ Un punto di riferimento obbligato è PHILIPPE AUDEGEAN, *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci 2014. Cfr. anche DARIO IPPOLITO, *Filosofia e diritto penale in Cesare Beccaria. Intervista a Philippe Audegean*, «Politeia», XXX, 116, 2014, pp. 53-61; DARIO IPPOLITO, *Contratto sociale e pena capitale. Beccaria vs. Rousseau*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 91, 4, 2014, pp. 589-620; MICHEL PORRET, *Beccaria*, Bologna, il Mulino 2014.

³⁹ CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni, Milano, Mediobanca 1984, [«Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria» I], § XX, pp. 72-73.

infatti era stata costantemente ribadita nella tradizione patristica e scolastica a partire dal comando divino «Tu non ucciderai».⁴⁰ Nella lunga storia della *respublica christiana*, però, ciò non aveva in alcun modo indebolito la convinzione della legittimità e della necessità della pena di morte: il criminale, infatti, con il suo comportamento, degrada se stesso, si 'disumanizza' («decidit a dignitate humana», scrive Tommaso d'Aquino⁴¹) e il sovrano di conseguenza deve eliminare il reo staccandolo dal corpo sociale come il chirurgo amputa l'organo infetto per evitare la corruzione dell'intero organismo.⁴²

È comprensibile quindi che Beccaria fosse consapevole della difficoltà di mettere in questione la pena capitale senza ripensare alle radici la filosofia della pena e il fondamento della sovranità. Non è quindi sulla falsariga della 'sacralità' della vita umana che scorre l'argomentazione abolizionista di Beccaria. Egli non esclude infatti che possa imporsi «la morte di un cittadino» in una situazione peculiare ed 'estrema': quando l'ordine giuridico collassi, divampi un conflitto radicale prossimo all'originario, hobbesiano *bellum omnium* e divengano prioritari la fine della guerra civile e il ritorno a una pacifica convivenza. Non è però di questa situazione che il *Dei delitti e delle pene* si occupa, ma di un ordine 'normale': è nel quadro di una regolata convivenza, «durante il tranquillo regno delle leggi», che la pena di morte non può trovar posto.⁴³

Per affermare questa tesi Beccaria non sta combattendo la violenza come tale: non segue le orme dei quaccheri e dei battisti né anticipa Tolstoj. Non diffida della sovranità, ma la presuppone. È il sovrano che rende possibile l'ordine e perché l'ordine assicuri, al contempo, sicurezza e libertà è necessaria una riforma radicale del sistema punitivo entro la quale la pena di morte non possa trovar posto. Ripensata la politica penale alla luce della certezza, dell'efficacia preventiva e della massima possibile riduzione della sofferenza, la pena di morte mostra di essere una pena tanto inefficace quanto disumana: sono questi gli argomenti che trasformano una pena data per secoli per ovvia e indiscutibile in un problema che Beccaria ritiene di avere

⁴⁰ *Esodo*, XX, 13.

⁴¹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, Roma, Editiones Paulinae 1962, II, II q. 64, a.2; II, II, q.11, a.3.

⁴² Come osserva Jacques Derrida, la Scrittura non sancisce un diritto assoluto alla vita, ma si limita a introdurre una distinzione fra due modi di dare la morte ritenendo lecito solo uno di essi (la morte comminata dalla legittima autorità) (JACQUES DERRIDA, *Séminaire La peine de mort*, Paris, Éditions Galilée 2012, pp. 35 ss.).

⁴³ Mi permetto di rinviare a PIETRO COSTA, *Cesare Beccaria e la filosofia della pena*, in *Un fortunato libriccino. L'attualità di Cesare Beccaria*, a cura di Richard Davies e Persio Tincani, Milano, Edizioni l'Ornitorinco 2014, pp. 33-49.

risolto strappando lo *ius vitae ac necis* dalle mani del sovrano e in questo modo vincendo – come egli scrive – la «causa dell'umanità».⁴⁴

In realtà, l'ottimismo di Beccaria era mal riposto. La tesi abolizionista resta, anche all'interno del movimento dei Lumi, minoritaria: basti pensare che uno dei massimi illuministi italiani – Gaetano Filangieri – continua a essere favorevole alla pena capitale⁴⁵ e che il filosofo cui si deve forse la più celebre definizione della *Aufklärung*, Immanuel Kant, si impegna in un'aspra e puntigliosa confutazione del *Dei delitti e delle pene*.⁴⁶ Non esiste alcuna equazione fra 'illuminismo' e 'abolizionismo'. Molti illuministi sono convinti riformatori, ma sono anche tenaci assertori della pena capitale. Di contro, Sciascia è, senza incertezza alcuna, un rigoroso abolizionista, ma il suo 'illuminismo' è, come sappiamo, quanto meno problematico. Il confronto con Beccaria è, da questo punto, istruttivo: se per Sciascia il 'no' alla pena di morte è il 'punto d'onore' di un individuo che rivendica la propria dignità umana in una resistenza tanto nobile quanto disperata a un potere irrimediabile, per Beccaria l'abolizione della pena capitale appartiene a una 'riforma' che si vuole capace di rendere più 'umano', o meno inutilmente crudele, il governo dei soggetti.

Certo, due secoli di intensi dibattiti sulla pena di morte smentiscono l'ottimismo di Beccaria. Beccaria riesce a trasformare una pratica penale data da sempre per indiscutibile in un problema, ma questo problema, che egli riteneva di avere definitivamente risolto, è ancora aperto: non solo o non tanto perché la beccariana teoria preventiva della pena si è scontrata, nel corso dell'Otto-Novecento, con un'opposta filosofia penale, con la teoria della pena come retribuzione, come strumento per ristabilire l'equilibrio infranto dal crimine, ma soprattutto perché né i teorici della prevenzione né i teorici della retribuzione sembrano disporre di argomenti conclusivi.

Per quanto riguarda i primi, è ancora aperto il dibattito sull'effettiva capacità deterrente della pena capitale. Negli Stati Uniti importanti studi sociologici sono giunti a conclusioni opposte: taluni affermando che la curva della criminalità non

⁴⁴ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., § XXVIII, p. 87.

⁴⁵ GAETANO FILANGIERI, *La Scienza della Legislazione, Libro Terzo, Delle leggi criminali, Parte Seconda, Dei delitti e delle pene*, Edizione critica a cura di Gerardo Tocchini e Antonio Trampus, vol. IV, Venezia, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo 'G. Stiffoni' 2004, Capo XXIX, pp. 18 ss.

⁴⁶ IMMANUEL KANT, *La dottrina del diritto. Parte seconda. Il diritto pubblico*, in ID., *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, Torino, UTET 1956, pp. 520 ss.

cambia con l'abolizione della pena capitale e altri sostenendo la tesi contraria, sulla base di una diversa organizzazione e interpretazione dei dati.

Per quanto riguarda la teoria della retribuzione, essa sembra offrire un robusto sostegno alla pena capitale: occhio per occhio, dente per dente. Se uccidi, dovrai a tua volta essere ucciso. Come scrive Kant, non può esservi «nessun surrogato, nessuna commutazione di pena, che possa soddisfare la giustizia», perché la vita, «per quanto penosa» non è comparabile alla morte.⁴⁷ In realtà, il legame fra il paradigma retribuzionistico e la pena capitale è assai meno stretto di quanto possa sembrare. Quel paradigma esige infatti che la gravità della punizione sia proporzionale alla gravità del reato, ma non dispone di criteri cogenti per indicare quale specifica pena sia necessariamente congruente con uno specifico reato.⁴⁸

Non sembra dunque emersa, nel dibattito degli ultimi due secoli, una dimostrazione conclusiva dell'improponibilità della pena capitale. È però vero al contempo che l'abolizionismo, pur mancando di argomenti irrefutabili, è riuscito a far breccia sull'opinione pubblica e sulle élites politiche⁴⁹ ottenendo risultati di macroscopica importanza. Certo, paesi importanti come la Cina, l'Iran e gli Stati Uniti continuano a ricorrere alla pena capitale, ma in Europa l'abolizionismo ha trionfato. A che cosa dobbiamo questi successi?

La tenacia e la forza dei movimenti abolizionistici hanno svolto un ruolo importante, ma non bastano da sole a spiegare i risultati conseguiti. Converrà tener conto anche dei mutamenti intervenuti nella strategia di governo: quei mutamenti che Foucault ha sintetizzato in una celebre formula, secondo la quale la sovranità si manifesta ormai non tanto infliggendo sentenze di morte, quanto esercitando una capillare biopolitica che coincide con il potere «de “faire” vivre et de “laisser” mourir».⁵⁰

La formula di Foucault coglie acutamente un aspetto dell'attuale declinazione della sovranità, ma forse non ne esaurisce lo spettro e ha difficoltà a dar conto di un fenomeno singolare: la durata nel tempo, fino ai nostri giorni, della pena capitale. In

⁴⁷ IMMANUEL KANT, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, cit., p. 521

⁴⁸ Come scrive Eusebi, «reato e pena sono realtà eterogenee; ogni teoria che intenda collegare proporzionalmente tali entità deve inevitabilmente ricorrere ad un elemento esterno – e perciò [...] arbitrario – su cui fondare il rapporto» (LUCIANO EUSEBI, *La 'nuova retribuzione'. Pena retributiva e teorie preventive* (sez. I), in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», XXVI, 3, 1983, pp. 914-969: 926).

⁴⁹ Si pensi, emblematicamente, al grande lavoro svolto da associazioni quali “Nessuno tocchi Caino”, “Amnesty International” e la “Comunità di Sant'Egidio”.

⁵⁰ MICHEL FOUCAULT, «*Il faut défendre la société*». *Cours au Collège de France (1975-1976)* (Édition établie sous la direction de F. Ewald et A. Fontana, par M. Bertani et A. Fontana), Paris, Gallimard-Seuil 1997, p. 162.

realtà, la crescente importanza della dimensione biopolitica della sovranità ha oscurato, ma non ha cancellato, la sua dimensione ‘tanatopolitica’, non ha reso immediatamente irrilevante il potere sovrano di dare la morte. Il potere del sovrano di ‘far vivere’ i soggetti sostenendoli nella soddisfazione dei loro bisogni vitali non ha fatto scomparire, nemmeno nella tarda modernità, il potere di far morire.⁵¹ Conviene ricordarsi del nesso antropologicamente forte fra sovranità e morte sottolineato da Elias Canetti: «il vivo – scrive Canetti – non si crede mai così alto come quando ha di fronte il morto, che è caduto per sempre: in quell’istante è come se egli fosse cresciuto».⁵² Senso della potenza ed esperienza della morte si implicano a vicenda e accompagnano la lunga parabola della sovranità: si ritraggono nell’ombra, ma non scompaiono del tutto e continuano a incidere sulla legittimazione del potere.

È proprio a questo fondo oscuro della sovranità che Sciascia guardava: all’ostinata permanenza della sua violenza terrificata. Soggiogato dal volto di Medusa del potere, egli attribuiva alla resistenza un altissimo valore etico, ma non si aspettava che la resistenza potesse tradursi in una ‘riforma’: in una profonda trasformazione del modo di pensare e di organizzare il governo dei soggetti. È invece in questa prospettiva che l’abolizionismo otto-novecentesco si è mosso. Nella sua lunga traiettoria è possibile cogliere un’esigenza di fondo: l’esigenza di ‘umanizzare’ il sistema penale, contenendo la ‘violenza legale’ delle istituzioni. Potremmo ritrovare in esso il messaggio essenziale del *Dei delitti e delle pene*: rendere compatibile il controllo dei soggetti con la massima possibile riduzione delle sofferenze inflitte.⁵³

⁵¹ Foucault aveva sottovalutato questo aspetto, trascurando l’appello abolizionista di Beccaria, ma nel 1981, in occasione dell’abolizione della pena capitale in Francia sotto la presidenza Mitterrand, Foucault, in un breve intervento sul giornale «Libération», affermava che «il faut qu’il reprenne à sa racine le problème du droit de tuer, tel que l’État l’exerce sous des formes diverses» e faceva notare che «se profile aussitôt la question de la guerre, de l’armée, du service obligatoire, etc.» (MICHEL FOUCAULT, *Contre les peines de substitution*, «Libération», n° 108, 18 septembre 1981, p. 5).

⁵² ELIAS CANETTI, *Potere e sopravvivenza*, Milano, Adelphi 1979, pp. 14-15. Cfr. anche GIACOMO MARRAMAIO, *Contro il potere. Filosofia e scrittura*, Milano, Bompiani 2011.

⁵³ È in questo orizzonte che si situa ciò che è stato chiamato il ‘diritto penale minimo’. Cfr. *Il diritto penale minimo. La questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo*, a cura di Alessandro Baratta, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane 1986 (ivi saggi di Alessandro Baratta, Eligio Resta, Luigi Ferrajoli, Massimo Pavarini, Emilio Garcia Mendez, Gerlinda Smaus); LUIGI FERRAJOLI, *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza 1989. Cfr. anche *Diritto penale minimo*, a cura di Umberto Curi, Giovanni Palombarini, Roma, Donzelli 2002; ANTONIO CAVALIERE, *Il diritto penale minimo in Alessandro Baratta: per un’alternativa alla “cultura del penale”*, «Archivio Penale», LXX, 3, 2018, pp. 1-26.

Di un siffatto programma l'abolizione della pena di morte è soltanto un primo, e irrinunciabile, obiettivo. Altri fronti necessariamente si aprono. Si pensi alla pena dell'ergastolo, che mostra significative affinità con la pena capitale. La pena dell'ergastolo è diversa dalla pena di morte, perché risparmia la vita del reo, ma ne ripete la logica perché espelle il condannato dalla comunità, ne sancisce l'eliminazione. Il criminale non è morto, ma è definitivamente messo da parte. L'ergastolo non è l'alternativa alla pena di morte: è un suo surrogato simbolico, è la pena di morte attuata con altri mezzi.⁵⁴ E se la pena dell'ergastolo si iscrive nello stesso orizzonte di senso della pena di morte, se entrambe le pene puntano sull'espulsione-eliminazione del criminale-nemico, sembra ragionevole attendersi che il movimento abolizionistico alzi il tiro e denunci anche l'ergastolo come pena 'disumana'; e che sollevi infine una difficile, ma forse irrinunciabile domanda: se sia possibile ritenere che la pena detentiva – una pena che Beccaria, per contrastare la ferocia della pena capitale, presentava, al contempo, come più efficacemente preventiva e più 'umana' – sia immune da quella 'violenza non necessaria' di cui Beccaria aveva dimostrato l'illegittimità.⁵⁵

L'abolizione della pena di morte trae dunque il suo senso più profondo dall'appartenere a una 'riforma' che ambisce a essere 'radicale': a una 'riforma' che (come la riforma delineata da Beccaria) investa le condizioni elementari del patto sociale e il ruolo della sovranità. Da un siffatto 'spirito di riforma' Sciascia sembra tenersi a distanza. Certo, il suo pessimismo, il suo irriducibile sospetto nei confronti della violenza del potere, resta un necessario antidoto contro le enfatiche celebrazioni di 'progressi' immaginari. Come ogni antidoto, però, esso deve essere attentamente dosato per non provocare effetti paralizzanti.

La resistenza non è inevitabilmente condannata allo scacco. E le aspirazioni all'umanizzazione del sistema penale non sono per definizione impotenti: lo sono tanto di più, quanto più disgregata, atomizzata, ferocemente competitiva è la società nelle quali si manifestano. Chiediamoci conclusivamente: in quale momento storico il movimento abolizionista ha raggiunto i suoi più significativi successi? Nell'Europa del secondo dopoguerra: in un'Europa sensibile alle disuguaglianze

⁵⁴ Cfr. *Il delitto della pena. Pena di morte ed ergastolo, vittime del reato e del carcere*, a cura di Franco Corleone, Andrea Pugiotto, Roma, Ediesse 2012; ANDREA PUGIOTTO, *Una quaestio sulla pena dell'ergastolo*, «Diritto penale contemporaneo», III, 1, 2013, pp. 1-25.

⁵⁵ Cfr. THOMAS MATHIESEN, *The Politics of Abolition*, New York, John Wiley and Sons 1974; NILS CHRISTIE, *Abolire le pene? Il paradosso del sistema penale*, Torino, Edizioni Gruppo Abele 1985 (ivi MASSIMO PAVARINI, *Introduzione*, pp. 1-63). Cfr. di recente LUIGI MANCONI, STEFANO ANASTASIA, VALENTINA CALDERONE, FEDERICA RESTA, *Abolire il carcere*, Milano, Chiarelettere 2015.

economiche, sociali, culturali che creano fratture nella società e compromettono il senso di una comune appartenenza. È in quell'Europa che la pena di morte viene finalmente messa al bando. Il diffondersi degli ideali solidaristici, l'impegno dello Stato a favore dell'inclusione di tutti i cittadini sono stati il terreno sul quale sono fiorite le istanze abolizionistiche e in generale le aspirazioni all'«umanizzazione» del sistema penale.⁵⁶

Una società solidale è una società disposta a unire le sue forze per resistere in qualche modo alla fragilità costitutiva della condizione umana. È a questa solidarietà che pensava Albert Camus quando formulava il suo argomento contro la pena di morte. Perché rifiutarla? Perché «le jugement capital – scrive Camus – rompt la seule solidarité humaine indiscutable, la solidarité contre la mort».⁵⁷

⁵⁶ Naturalmente, la connessione fra i due fenomeni («Stato sociale» e «abolizionismo») non è automatica e obbligata: semplicemente, l'abolizionismo e l'umanizzazione del sistema punitivo trovano in una politica «welfarista», in un'etica pubblica solidaristica, nell'idea di una società aperta e inclusiva la cornice ideale per svilupparsi.

⁵⁷ ALBERT CAMUS, *Réflexions sur la guillotine*, in ARTHUR KOESTLER, ALBERT CAMUS, *Réflexions sur la peine capitale*, Paris, Calmann-Lévy, 1957, pp. 119-170: 169.

1. *Cenni introduttivi*

Che Kelsen abbia dedicato la sua prima fatica scientifica a Dante è noto da tempo agli studiosi tanto di Dante quanto di Kelsen. Il lavoro kelseniano era apparso nel 1905 nei *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*¹. A diffonderne la conoscenza, in Italia, ha contribuito una traduzione del 1974², introdotta da un accurato saggio di Vittorio Frosini³. In anni recenti, la versione del '74 è stata riproposta (insieme al saggio di Frosini) nelle edizioni Mimesis⁴, arricchita da una Presentazione di Pier Giuseppe Monateri⁵ e da una Postfazione di Tommaso Edoardo Frosini⁶; né sono mancati documentati interventi⁷ che ne hanno soppesato le caratteristiche principali e hanno condiviso tutti la necessità di guardarsi dal rischio di una lettura teleologica e di evitare di cercare premonizioni e anticipazioni, come se nel lavoro di esordio dovessero essere necessariamente contenuti i semi destinati a divenire alberi rigogliosi.

Occorre tenersi lontani da letture 'finalistiche', ma al contempo non dobbiamo, a mio avviso, considerare la giovanile opera kelseniana come una 'falsa partenza', un

¹ H. KELSEN, *Die Staatslehre des Dante Alighieri*, in *Wiener Staatswissenschaftliche Studien*, herausgegeben von Edmund Bernatzik und Eugen von Philippovich, VI, Wien und Leipzig, Deuticke, 1905, pp. 237-388 (anche stampato come volume autonomo).

² H. KELSEN, *La dottrina dello Stato in Dante*, tr. italiana di W. Sangiorgi, Bologna, Boni, 1974.

³ V. FROSINI, *Kelsen e Dante*, ivi, pp. 17-27.

⁴ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'impero*, Milano-Udine, Mimesis, 2017.

⁵ P.G. MONATERI, *Presentazione. Kelsen e Dante, oltre Schmitt?*, in H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 15-21.

⁶ T.E. Frosini, *Postfazione*, in H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 158-61.

⁷ F. RICCOBONO, *La teoria dello Stato in Dante*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1976, LIII, pp. 261-89, ora in ID., *Interpretazioni kelseniane*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 1-32; M. CAU, *Hans Kelsen et la théorie de l'État chez Dante*, in *Laboratoire italien*, 2005, 5, pp. 125-50; S. LAGI, *Dante nell'opera del giovane Kelsen. Diritto, politica, letteratura*, in P. CHIARELLA (a cura di), *Narrazioni del diritto, musica ed arti tra modernità e postmodernità*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2020, pp. 263-74; O. LEPSIUS, *Hans Kelsen on Dante Alighieri's Political Philosophy*, in *The European Journal of International Law*, 2016, 27, pp. 1153-1167; M. PATRONO, *Kelsen before Kelsen – Reflections on Hans Kelsen's Die Staatslehre Des Dante Alighieri*, in *Victoria University of Wellington Law Review*, 2019, 50, pp. 420-32.

P. Costa, *La 'lectura Dantis' di un giovane giurista: Hans Kelsen*, in Id., *Saggi di storia della cultura giuridico-politica. X. Secolarizzazione, storia della storiografia, diritto e arti*, 2024, https://doi.org/10.69134/QFArchiviO_24_11, pp. 183-202.

corpo estraneo in un edificio intellettuale caratterizzato da inclinazioni radicalmente diverse. Conviene infatti non solo ricordare che il giovane Kelsen nutriva un vivo interesse per la cultura storico-filosofica e ‘umanistica’, ma anche non attribuire alla ‘*reine Rechtslehre*’ del Kelsen maturo la pretesa di fare del diritto il centro del mondo, dimenticando che Kelsen, se, come teorico del diritto, tracciava le linee di un rigoroso ‘formalismo’, dedicava al contempo analisi spregiudicatamente ‘realistiche’ al funzionamento delle istituzioni democratiche, in un’ottica non lontana dalla prospettiva che sarà resa celebre, nel 1942⁸, dal suo conterraneo e quasi coetaneo Schumpeter (né si dimentichi il brillante ricorso alla psicanalisi freudiana per mettere a fuoco le affinità rintracciabili nella rappresentazione della sovranità e della divinità).

Se dunque un’opera compiutamente storiografica, come intende essere la *Staatslehre des Dante Alighieri*, è un *hapax legòmenon* nella produzione di Kelsen, sono una costante della sua intelligenza l’apertura culturale e l’attenzione partecipe alla dimensione non solo giuridica, ma anche sociopolitica dell’esperienza. Certo, occorre storicizzare accuratamente la sua opera giovanile: situarla nella cultura del tempo senza proiettare su di essa il cono d’ombra generato dai nostri schemi interpretativi. In ogni caso, credo che rileggere la *Staatslehre des Dante Alighieri* possa essere un’occasione per cogliere alcune tendenze della storiografia fra Otto e Novecento e per rivisitare, sia pure attraverso lo specchio deformante di interpretazioni ormai lontane, alcuni passaggi del pensiero politico-giuridico di Dante.

2. Lo ‘Stato’ di Dante fra ‘Rechtsstaat’ e ‘Kulturstaat’

Interessato alla filosofia, alla letteratura, alla storia, Kelsen seguiva il corso di storia della filosofia del diritto tenuto da Leo Strisower (un appartato cultore di studi internazionalistici) («l’unico corso – ricorda Kelsen nella sua *Autobiografia* – che frequentassi regolarmente»⁹) ed è per tramite di Strisower che egli apprende «che il poeta Dante Alighieri aveva scritto anche un’opera di filosofia dello Stato, *De Monarchia*». «Lessi quest’opera – continua Kelsen – e cominciai subito a pensare di descrivere la dottrina dello Stato di Dante Alighieri [...]», nonostante l’invito di

⁸ J. A. SCHUMPETER, *Capitalism, Socialism, and Democracy*, New-York-London, Harper & Brothers, 1942.

⁹ H. KELSEN, *Autobiografia* (1947) in ID., *Scritti autobiografici*, a cura di M. G. Losano, Reggio Emilia, Diabasis, 2008, p. 72.

Strisower a soprassedere tenendo conto che su Dante esisteva ormai una «sterminata letteratura»¹⁰.

In effetti, nei paesi di lingua tedesca gli studi su Dante avevano conosciuto una straordinaria fioritura¹¹. Basti ricordare il nome di Karl Witte (cui Folena ha dedicato un esemplare profilo). Ragazzo prodigio, giovanissimo docente di diritto romano prima a Berlino e poi a Halle, si dedica appassionatamente anche allo studio di Dante: traduce e commenta la *Commedia*, la studia con un approccio critico-filologico che si avvale della collazione di centinaia di manoscritti sparsi in tutta Europa, contribuisce alla fondazione della *Deutsche Dante-Gesellschaft* (la prima nel mondo) e pubblica anche due edizioni della *Monarchia* (la seconda delle quali esce nel '74)¹².

Witte incarna un momento di svolta che si lascia alle spalle una lettura prevalentemente estetico-letteraria (tipicamente romantica) dell'opera di Dante e persegue l'obiettivo di una sua compiuta storicizzazione, di una sua collocazione nel complessivo contesto letterario, filosofico e storico-politico dell'epoca¹³. Non aveva quindi torto il prudente Strisower a mettere il suo uditor di fronte al rischio di restare sopraffatto dalla letteratura ormai disponibile. Kelsen però poteva ricorrere (a quanto egli ci dice nella sua autobiografia) a un buon contro-argomento: «[...] non mi lasciai scoraggiare – scrive Kelsen – soprattutto perché nella letteratura su Dante non avevo trovato alcuna monografia sulla dottrina dello Stato [...]»¹⁴.

In realtà, non mancava ormai una diffusa attenzione anche alla dottrina politica di Dante nella dantistica di lingua tedesca cui Kelsen farà ricorso (e già nel 1842 Karl Hegel – figlio del filosofo – aveva dedicato uno studio, sia pure sintetico, al rapporto fra lo Stato e la Chiesa in Dante e nel suo mondo¹⁵). È però anche vero che l'analisi del pensiero politico dantesco occupava per lo più un capitolo all'interno di opere di carattere generale, tanto da non rendere del tutto infondata l'impressione di

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cfr. R. UNFER LUKOSCHIK, *Rassegna della ricezione di Dante in area linguistica tedesca*, in *Dante: Rivista internazionale di studi su Dante Alighieri*, 2009, 6, pp. 179-192.

¹² Cfr. G. FOLENA, *La filosofia dantesca di Carlo Witte*, in D. LAZZARINI (a cura di), *Dante e la cultura tedesca*, Padova, Università degli studi di Padova, 1967, pp. 111-39.

¹³ Cfr. J. BARTUSCHAT, *Dante verstehen und missverstehen: zu Karl Wittes Danteinterpretation*, in *Deutsches Dante-Jahrbuch*, 2020, 95, pp. 166-178. Cfr. anche C. KÖNIG-PRALONG, *Philosophiefeindlichkeit und konservatives Denken: Karl Wittes Dante*, in *Deutsches Dante-Jahrbuch*, 2020, 95, pp. 117-130.

¹⁴ H. KELSEN, *Autobiografia*, cit., p. 73.

¹⁵ K. HEGEL, *Dante über Staat und Kirche. Antrittsprogramm*, Rostock, Rathsbuchdruckerei, 1842.

Kelsen, che mancasse ancora un'opera organicamente dedicata alla dottrina politica di Dante.

Sulla base di quali presupposti ermeneutici Kelsen si accinge a questa impresa, a quale lessico concettuale fa ricorso? Kelsen indica come oggetto della sua ricerca la 'dottrina dello Stato' di Dante. Non dobbiamo stupirci di questa scelta. Fra Otto e Novecento (non solo per Kelsen, ma per tutta la storiografia coeva) lo Stato era assunto come la condizione categoriale dell'intellezione del passato e la finalità immanente all'intero processo storico. Sarà Otto Brunner, in un contesto drammaticamente diverso, a prendere le distanze, alla fine degli anni Trenta¹⁶, dall'abitudine, ancora dominante nella Germania del primo dopoguerra, di parlare di uno 'Stato medievale'¹⁷.

Kelsen non esita a parlare di Stato, ma ne accoglie promiscuamente due diverse nozioni. Egli fa spesso un uso, per così dire, neutro e non impegnativo, di questo termine, assumendolo come sinonimo di una qualsiasi comunità politica. Questo impiego, metalinguisticamente leggero, del termine 'Stato' coesiste tuttavia, ed entra in frizione, con un significato contenutisticamente ricco e articolato dello stesso termine: il significato elaborato dalla giuspubblicistica ottocentesca e difficilmente compatibile con la cultura politico-giuridica premoderna.

È quanto avviene, ad esempio, quando Kelsen, riflettendo sui fini attribuiti da Dante all'impero – la realizzazione della pace, della giustizia e della libertà – evoca le categorie del '*Rechtsstaat*' e del '*Kulturstaat*'.

Il ricorso a questi termini (storicamente e sostantivamente pregnanti e quindi ermeneuticamente 'ingombranti') non è un'improvvisata escogitazione di Kelsen, ma è il frutto dell'attenta lettura di uno dei suoi testi di riferimento: il *Dantes Leben und Werke* di Franz Xaver Wegele¹⁸, importante storico tedesco, fra i promotori, con Karl Witte, della *Deutsche Dante-Gesellschaft*¹⁹. Proprio in apertura del capitolo dedicato alla *Dante's Politik* Wegele enuncia la sua tesi: che cioè la riflessione politica di Dante, se intesa nel suo nucleo essenziale, coglie l'essenza stessa dello Stato e che Dante non è soltanto «der erste große moderne Dichter», ma è anche

¹⁶ O. BRUNNER, *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, Baden bei Wien, Rohrer, 1939.

¹⁷ Cfr. ad esempio G. VON BELOW, *Der deutsche Staat des Mittelalters. Ein Grundriss der deutschen Verfassungsgeschichte*, Leipzig, Quelle & Meyer, 1914 e F. KEUTGEN, *Der deutsche Staat des Mittelalters*, Jena, Fischer, 1918.

¹⁸ F. X. WEGELE, *Dante Alighieri's Leben und Werke*, Jena, Gustav Fischer, 1879³.

¹⁹ Cfr. T. PISANTI, *Wegele, Franz Xaver*, in *Enciclopedia Dantesca*, vol. V, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1984², pp. 1155-56.

«einer der ersten ahnungsvollen Verkündiger des modernen Staates»²⁰. E lo Stato moderno, annunciato e prefigurato dalla filosofia politica di Dante, è, per Wegele, «der Rechtsstaat», punto culminante ed emblema della civiltà²¹.

Kelsen non accoglie la tesi di Wegele, ma la discute facendo propria la metodica del suo interlocutore: dando cioè per plausibile l'individuazione di una linea continua che da Dante conduca allo Stato moderno. Per Kelsen, però, non è il (moderno) Stato di diritto la categoria adeguata a intendere la visione politica di Dante. Lo Stato di Dante è, per Kelsen, sì, strettamente intrecciato con il diritto, ma non coincide con esso, non si esaurisce nella sua tutela, bensì persegue fini ulteriori e più ampi, riconducibili alla realizzazione dell'aristotelica 'vita buona', al pieno compimento dell'umano²². Conviene allora pensare non già al (moderno) 'Rechtsstaat', ma a una declinazione diversa della (moderna) statualità, al 'Kulturstaat', di cui parla un altro mentore del giovane Kelsen, Franz Xaver Kraus (uno storico di ispirazione cattolico-liberale, in stretti rapporti con la fiorentina «Rassegna Nazionale»), nel suo libro dedicato alla vita e all'opera di Dante²³.

Kraus sottolinea la consonanza fra la *Monarchia* e la dottrina «eines ganz modernen Schriftstellers»: Heinrich von Treitschke, uno dei più noti esponenti della visione liberal-autoritaria dello Stato. Anche per Kraus esiste una linea continua che collega Dante con la moderna visione dello Stato: la continuità è però dettata non dal primato del diritto, ma dal carattere necessario, non volontario, non contrattuale, dell'ordine statale e dalla trascendenza dei suoi fini sui diritti dei singoli. La monarchia dantesca, votata al conseguimento della pace, della giustizia, della libertà, ha come proprio fine ultimo, in una parola, la 'Cultur' e Dante può essere considerato il primo ad aver proposto «die Idee des modernen Kulturstaates»²⁴.

Entra in gioco, nel richiamo di Kraus, una visione, che percorre l'intero Ottocento tedesco (almeno a partire da Fichte), secondo la quale lo Stato non è riducibile né a una mera dimensione giuridico-normativa né alla semplice difesa dei diritti

²⁰ F. X. WEGELE, *Dante Alighieri's Leben*, cit., pp. 311-312.

²¹ Ivi, p. 341. In anni più recenti ha suggerito un collegamento fra la visione dantesca del nesso fra impero e diritto e il moderno 'Stato di diritto' Vittorio Russo. Cfr. V. RUSSO, *Impero e Stato di diritto. Studio su "Monarchia" ed "Epistole" politiche di Dante*, Napoli, Bibliopolis, 1987, pp. 43 ss.

²² H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 77-78 (H. KELSEN, *Die Staatslehre*, cit., pp. 63-64).

²³ F.X. KRAUS, *Dante. Sein Leben und sein Werk. Sein Verhältniss zur Kunst und zur Politik*, Berlin, G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung, 1897. Su Kraus cfr. Ch. WEBER, *Franz Xaver Kraus und Italien*, in *Quellen und Forschungen aus italienischen Bibliotheken und Archiven*, 1981, 61, pp. 168-190; C. ARNOLD, *Katholizismus als Kulturmacht: der Freiburger Theologe Joseph Sauer (1872-1949) und das Erbe des Franz Xaver Kraus*, Paderborn, Schöningh, 1999.

²⁴ F.X. KRAUS, *Dante*, cit., pp. 688-89.

individuali, ma ha una valenza etico-storica e una forte incidenza sulla vita socioculturale complessiva. E se Dante attribuisce al monarca il compito di condurre gli individui al loro umano compimento, il suo Stato deve essere definito non tanto come un *'Rechtsstaat'*, quanto come un *'Culturstaat'*.

Kelsen non esita a scegliere Kraus contro Wegele. E ha ragione Vittorio Frosini nel considerare «felice» la scelta kelseniana di adottare, nella ricostruzione del pensiero politico di Dante, la categoria del *'Kulturstaat'*, piuttosto che la categoria del *'Rechtsstaat'*, data la distanza radicale che separa la dottrina politico-giuridica medievale dal formalismo giuridico (e dalla legittimazione 'individualistica') del moderno Stato di diritto. È però anche vero che Kelsen, se pure rivela un'indubbia sensibilità al 'tono' complessivo del testo dantesco percepandone la portata filosofica e la valenza etico-politica, non è in grado di trovare un 'nome' per la 'cosa' se non ricorrendo al krausiano *'Culturstaat'*.

3. *L'impero e il diritto: un Dante 'germanico'?*

Un *'Culturstaat'* dantesco suona per noi come un insostenibile anacronismo, provocato da un uso sostantivamente pregnante del termine 'Stato'. Come ricordavo, però, Kelsen ricorre spesso anche a una nozione generale e formale di 'Stato', priva di contenuti vincolanti, che non compromette la possibilità di intendere il discorso dantesco dall'interno, valorizzandone le storiche specificità.

Per Kelsen, la predilezione di Dante per la forma monarchica non soltanto è coerente con il principio della *'reductio ad unum'*, ma anche discende dalla convinzione che «soltanto in questa forma di stato possa realizzarsi il suo grande ideale politico»²⁵ e possano essere raggiunti i fini essenziali della convivenza: la libertà, la giustizia e soprattutto la pace. Per Kelsen, il fine che Dante considera ancora più urgente della libertà e della giustizia è la pace. È nel vivo di un conflitto distruttivo che Dante – scrive Kelsen – «ha ideato la sua grande concezione sullo Stato e l'umanità» indicando nella monarchia universale la condizione indispensabile di una pace che è «il [suo] più forte desiderio», «il concetto centrale del suo sistema politico»²⁶.

Strettamente collegato con la pace è per Kelsen il tema del 'bene comune'. Questo concetto – ha scritto di recente Berardo Pio – «conosce un rinnovato sviluppo

²⁵ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 85.

²⁶ Ivi, p. 56

nell'ambito del dibattito teorico» nella prima metà del Trecento ed è costantemente collegato «con il concetto di pace, intesa come condizione necessaria per il raggiungimento della felicità terrena»²⁷. Del nesso fra pace e bene comune in contesti e momenti diversi oggi siamo consapevoli. Non mi sembra invece che questo nesso, quando Kelsen svolgeva la sua ricerca, fosse adeguatamente messo a fuoco dalla storiografia. È l'attenzione al testo che permette a Kelsen di intuire snodi tematici che soltanto nel corso del Novecento avrebbero ottenuto la dovuta attenzione.

Valgano, a riprova, due collegamenti non banali suggeriti da Kelsen. In primo luogo, il nesso fra l'etica politica dantesca e ciò che in tempi recenti è stato chiamato il paradigma repubblicano. È appena il caso di ricordare le figure di Bruto²⁸ e di Catone²⁹, che Dante presenta come un eroico testimone del diritto e della libertà³⁰. Kelsen sottolinea il recupero dei «valori della tradizione repubblicana romana, non estranea alla costruzione della civiltà comunale»³¹. Dante – osserva Kelsen – mostra di aver ricevuto «un forte influsso degli antichi sui suoi ideali etici, allorché egli celebra con parole entusiaste la virtù di quei grandi Romani» e sostiene che «l'uomo deve sacrificarsi per il bene della patria». E a influenzare Dante – aggiunge Kelsen – è non soltanto il repubblicanesimo antico, ma anche la «costituzione rigorosamente repubblicana di Firenze, alla cui formazione il poeta aveva preso parte attiva»³². Kelsen mostra di intuire come in Dante coesistano senza difficoltà i termini di ciò che potrebbe sembrare un ossimoro: l'ammirazione per le virtù repubblicane e il ruolo provvidenziale dell'impero³³.

Anche su un secondo collegamento Kelsen non manca di insistere: la mutua implicazione, nella *Monarchia*, fra impero, bene comune e diritto. Il diritto trova nel bene comune la sua vincolante destinazione e la stessa potestà imperiale è, per Kelsen, innervata dalla dimensione della normatività³⁴: il diritto è per Dante il

²⁷ B. PIO, *Il bene comune e l'Impero. Osservazioni sul linguaggio politico del primo Trecento*, in *Il bene comune: forme di governo e gerarchie sociali nel basso medioevo* (Atti del XLVIII Convegno storico internazionale, Todi, 9-12 ottobre 2011), Spoleto, Fondazione Centro Italiano di Studi sull'alto Medioevo, 2012, pp. 57-58.

²⁸ *Mon.*, II, v, 13.

²⁹ *Mon.*, II, v, 15-16.

³⁰ F. FONTANELLA, *L'impero e la storia di Roma in Dante*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 140.

³¹ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 59.

³² *Ivi*, pp. 118-19.

³³ «To him the restoration of Roman imperium was surely the most important earthly mission of

humankind: at the same time, it appears he conceived of such a restoration precisely as reinvigorating the republican civic virtue» (R. HOLLANDER, A. L. ROSSI, *Dante's Republican Treasury*, in *Dante Studies, with the Annual Report of the Dante Society*, 1986, 104, p. 59).

³⁴ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 142-43.

fondamento e il limite dell'impero («Imperii vero fundamentum jus humanum est [...]»³⁵).

Kelsen coglie l'idea, tipicamente medievale, di un potere che si manifesta non tanto nell'espressione di una volontà assoluta, quanto nel farsi tramite e strumento di realizzazione di un ordine complessivo che lo include e lo legittima (né gli sfugge l'importanza che assume, in questa prospettiva, il *topos* dell'antitesi fra *princeps* e *tyrannus*³⁶), ma, al contempo, fa proprio uno schema interpretativo secondo il quale le idee che Dante manifesta a proposito del rapporto fra 'diritto' e 'impero' «sono senz'altro di carattere germanico»³⁷.

Per 'carattere germanico' Kelsen intende riferirsi proprio alle origini 'eticamente' germaniche di Dante e a supporto di questa tesi richiama due *auctoritates*. La prima è una delle sue fonti principali, Kraus, che fa discendere gli Alighieri da un ceppo venuto dal nord (un ceppo tedesco e non longobardo) e afferma che «der Einfluss des deutschen Elements auf die geistige Physiognomie des Dichters ist [...] sehr erkennbar»³⁸. La seconda fonte è più sorprendente: Houston Stewart Chamberlain e il suo *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*³⁹. In quest'opera Chamberlain (genere di Wagner e con Wagner impegnato nella *Gobineau renaissance*) dà un contributo importante all'ideologia della razza, la assume come condizione dell'identità individuale e collettiva, concepisce la storia come guerra fra razze (dalla lotta di Roma contro la semitica Cartagine alla resistenza dei popoli germanici contro la contaminazione ebraica) e indica nel risveglio dei popoli teutonici nel Duecento la principale forza civilizzatrice dell'Europa moderna. Di questo risveglio è un'eminente espressione Dante, ai cui tratti inequivocabilmente germanici Chamberlain dedica una lunga analisi fisiognomica.

Che Kelsen rinvii senza batter ciglio a queste pagine può creare un qualche stupore. Certo, il giovane giurista si trovava in buona compagnia: l'opera di Chamberlain non soltanto godeva di un impressionante successo conoscendo numerosissime ristampe, ma trovava anche consensi insospettabili. Valga come esempio l'entusiastica recensione che Bernard Shaw scrisse per le *Fabian News*, nel 1911, presentando i *Grundlagen* come una lettura obbligatoria per tutti i buoni

³⁵ *Mon.*, III, x, 3. Cfr. in generale il prezioso commento di Diego Quaglioni in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, a cura di D. Quaglioni, Milano, Mondadori, 2021.

³⁶ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 148-50.

³⁷ *Ivi*, p. 142.

³⁸ F.X. KRAUS, *Dante*, cit., p. 25.

³⁹ H.S. CHAMBERLAIN, *Die Grundlagen des neunzehnten Jahrhunderts*, München, Bruckmann, 1900.

Fabiani, «a magnificent manifesto [...] of the great white north», «a masterpiece of really scientific history»⁴⁰. È però anche vero che non era mancato, fra gli autori frequentati e citati da Kelsen, chi, come Hermann von Grauert, aveva debitamente ironizzato sul profilo razzial-germanico di Dante tratteggiato da Chamberlain⁴¹. Resta quindi ancora più singolare che manchi in Kelsen una qualche presa di distanza da un mentore così ingombrante.

Ovviamente, l'episodio che ho richiamato è poco più di una semplice curiosità. Può servire però a corroborare l'impressione di una peculiare, direi quasi paradossale, discrasia rintracciabile nella kelseniana *lectura Dantis*: una discrasia che potremmo esprimere impiegando (o meglio piegando) *ad hoc* la differenza fra esegesi e interpretazione; fra un'esposizione, per così dire, indifesa e impregiudicata alle suggestioni del testo e una più complessa strategia che collega circolarmente la comprensione del senso storicamente determinato del documento con le categorie preve di cui è materiata la cultura dell'interprete.

4. *L'impero e la sua dimensione universalistica*

La dissertazione kelseniana, efficace nel seguire le pieghe del discorso dantesco restituendone limpidamente le argomentazioni, mostra tutte le rughe della sua venerabile età quando si avventura sul terreno della qualificazione storico-concettuale del testo interpretato. Dobbiamo comunque 'storicizzare' Kelsen e tener conto di quanto scriveva, in anni ormai lontani, Pier Giorgio Ricci, quando, richiamandosi a un giudizio di Scartazzini, affermava che solo nel corso del Novecento sarebbero comparsi «gli studi più rigorosi e approfonditi intorno al pensiero politico di Dante»⁴². È comprensibile quindi che Kelsen, da un lato, individui con sicuro intuito i passaggi più interessanti della *Monarchia*, ma, dall'altro lato, non disponga degli strumenti interpretativi necessari per una più soddisfacente tematizzazione e contestualizzazione dell'opera.

⁴⁰ B. SHAW, *Fabian News*, n° 22 [June 1911]), ora in ID., *Book Reviews*, vol. 2, 1884-1950, edited and with an Introduction by B. Tyson, University Park, The Pennsylvania State University Press, 1991, p. 260. Cfr. T. HARRIS, *Britannia super omnes: Race Theory and the Imperial Sentiment in Victorian Britain*, in W. FINDLEY (ed.), *Paradoxe(s) victorien(s)/Victorian Paradox(es)*, Tours, Presses Universitaires François-Rabelais, 2005, pp. 29-42; Ch. BOUTIN, *L'élite raciale chez Houston Stewart Chamberlain*, in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, 2005, 22, pp. 95-119.

⁴¹ H. VON GRAUERT, *Dante und Houston Stewart Chamberlain*, Freiburg in Breisgau, Herbersche Verlagshandlung, 1904², pp. 16-28; pp. 29 ss.

⁴² P.G. RICCI, *Impero*, in *Enciclopedia Dantesca*, vol. III, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 1984², p. 384.

È quanto avviene anche a proposito della dimensione universalistica dell'impero⁴³. Kelsen ne coglie la centralità e ne intuisce l'originalità (Dante non aveva esitato ad affermare che la «temporalis Monarchie notitia» è ancora «maxime latens» e «ab omnibus intemptata»⁴⁴), ma finisce per delineare un quadro insoddisfacente e riduttivo della visione dantesca.

Avvalendosi della *Publizistik zur Zeit Philipps des Schönen* di Scholz (pubblicata nel 1903⁴⁵), Kelsen sottolinea il nesso fra il pensiero politico di Dante e la visione medievale del mondo: a partire, da un lato, dall'idea di un'organizzazione gerarchica del cosmo come della società umana e, dall'altro lato, dal principio di unità (la *reductio ad unum* su cui tanto insisterà Francesco Calasso). Il fondamento dell'impero – osserva Kelsen – «prende lo spunto dal più alto principio dell'unità, dal *principium unitatis* che costituisce la base di un ordine morale del mondo»⁴⁶. Il mondo viene concepito come un'unità strutturata, come una gigantesca piramide dove le diverse parti, grazie alla loro differenziazione gerarchica, convergono verso il culmine.

Che il vertice della piramide debba essere occupato dalla figura dell'imperatore è una tesi ampiamente circolante nella pubblicistica dell'epoca: basti pensare ad Engelbert von Admont e al suo *De ortu et fine romani imperii* (redatto verosimilmente intorno al 1308), di cui Kelsen non manca di dar conto quando presenta, nel secondo capitolo del suo libro, alcune figure di spicco nel dibattito politico dell'epoca; per non parlare della letteratura di *ius civile*, dove la figura dell'imperatore svolge un ruolo di 'chiusura' del sistema normativo, di indispensabile fondamento della sua validità (se mi si passa l'impiego di questo termine recente). È però anche vero che, quanto più tesi si fanno i rapporti fra i *regna*, le *civitates*, il papato e l'impero, tanto più problematici appaiono gli schemi di legittimazione apparentemente consolidati. Ed è in questo contesto che Dante manifesta l'urgenza (direi, al contempo, esistenziale e politica) di trovare una via d'uscita al conflitto ripensando alla radice, con un impressionante sforzo di astrazione, la struttura dell'ordine universale.

⁴³ Cfr. A. DE ANGELIS, *Il concetto d'imperium e la comunità sopranazionale in Dante*, Milano, Giuffrè, 1965; F. FONTANELLA, *L'impero e la storia di Roma*, cit.; M. L. Ardizzone (ed.), *Dante as Political Theorist: Reading Monarchia*, Newcastle, Cambridge Scholars Publishing, 2018, pp. 11 ss.

⁴⁴ *Mon.*, I, i, 6.

⁴⁵ R. SCHOLZ, *Die Publizistik zur Zeit Philipps des Schönen und Bonifaz' VIII. Ein Beitrag zur Geschichte der politischen Anschauungen des Mittelalters*, Stuttgart, Ferdinand Enke, 1903.

⁴⁶ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 88.

In questa prospettiva, un tema tanto delicato quanto importante è il rapporto fra l'imperatore e le comunità politiche minori. Kelsen, che pure ha offerto un'accurata ricognizione degli argomenti impiegati da Dante per fondare l'ordine universale e la possibilità di una vita compiutamente umana, non appena prende a muoversi sul terreno (tanto frequentato quanto insidioso) del rapporto fra l'impero e gli ordinamenti particolari torna a essere condizionato dall'ingombrante categoria metalinguistica dello 'Stato': per Kelsen, la posta in gioco è il potere supremo, affidato da Dante al vertice imperiale, con la conseguenza che gli ordinamenti particolari non possono essere considerati «sovrani» e «l'unica formazione» che merita «il nome di Stato è esclusivamente la monarchia, l'impero mondiale»⁴⁷.

Alla nostra odierna sensibilità la rigida dicotomia kelseniana appare uno schema manifestamente inadeguato a intendere il variegato dibattito che si sviluppa, fra Due e Trecento, intorno alla caratterizzazione degli enti politici. Da un lato, ai giuristi preme fondare l'autonomia politico-giuridica delle *civitates*, ma è comunque indispensabile il postulato della suprema *voluntas* imperiale, su cui si fonda il carattere giuridico-prescrittivo di quelle *leges* (i frammenti del *Corpus Iuris*) da cui il giurista vuol trarre la legittimazione degli ordinamenti particolari. Dall'altro lato, il trattato dantesco, a sua volta, non mette in questione la molteplicità delle *civitates* e dei *regna* riconoscendone la varietà e le prerogative, ma al contempo sottolinea l'unità sostanziale del genere umano e la necessità di strumenti che ne impediscano una distruttiva lacerazione.

A Kelsen sfuggono tanto le raffinate procedure argomentative adottate dai giuristi per fondare l'autonomia degli enti politici quanto la dimensione, più che giuridico-statuale, filosofico-antropologica della *Monarchia* dantesca. Della riflessione di Dante Kelsen è così indotto a sottolineare un suo presunto legame con il passato: «l'ideale dello Stato in Dante – scrive Kelsen – non è affatto conforme al periodo». «Proprio nel periodo in cui Dante scriveva la *Monarchia* – continua Kelsen – si faceva sensibile già dappertutto un forte fiorire dell'idea nazionale»: quando si cominciava a intravedere un profilo essenziale della modernità – lo Stato-nazione – Dante guardava all'indietro, a «una signoria universale livellante tutto», coltivando un ideale che può «essere definito come reazionario»⁴⁸.

Con questo giudizio Kelsen prende posizione entro un dibattito corrente nella storiografia fra Otto e Novecento, dominata dal tema delle radici 'nazionali' dello

⁴⁷ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 155.

⁴⁸ Ivi, p. 159.

Stato moderno. Proprio sul rapporto fra Dante e la formazione di un'identità nazionale italiana la storiografia cui Kelsen attingeva era nettamente divisa. Kraus non aveva dubbi nel sostenere che «Dante ist der eigentliche Vater seines Vaterlandes», nel vedere nel *De vulgari eloquentia* un'opera, al contempo, filologica e politica e nel concludere, infine, che personaggi pur diversissimi tra loro come Gioberti, Rosmini, Mazzini, De Sanctis avevano concordemente esclamato che «L'Italia s'è incarnata in Dante»⁴⁹. Di contro, Wegele richiamava l'attenzione sul conflitto che nel Trecento contrapponeva la nascente borghesia cittadina all'antica nobiltà e vedeva negli ideali 'patriottici' della prima il punto di origine delle «politischen Nationalitäten». È il nascente senso dell'identità nazionale la dirompente novità cui si contrappone l'arcaico e ormai impotente ideale imperiale: a esso restano fedeli i «rückwärtsstrebenden Geistern», di cui Dante è il più illustre rappresentante⁵⁰. La sua dottrina politica, se pure include germi di futuro nella misura in cui intuisce la necessità di una «neue Ordnung des Staatslebens», non può non apparirci «ein immerhin geniales Phantasiestück»⁵¹.

Peraltro, nei confronti di una lettura troppo apertamente 'attualizzante' dell'opera dantesca aveva già messo in guardia il nume tutelare della dantistica tedesca, Karl Witte, che invitava a non confondere l'amore di Dante per la lingua italiana con un ancora improponibile ideale di unità politica⁵² e aveva recensito con favore l'opera di Wegele, che, riconducendo Dante al suo contesto storico-culturale, aveva mostrato di essere non soltanto un *Literarhistoriker*, ma un vero e proprio *Geschichtsforscher*⁵³.

In questa contesa, Kelsen segue fedelmente la traccia di Wegele tanto nell'intenzione di offrire un'adeguata storicizzazione dell'opera di Dante quanto nel riscontrare in essa una sorte di forbice fra un medioevo declinante e una modernità imminente, identificati, rispettivamente, con l'ideale dell'impero e con le nascenti identità nazionali. Peraltro, è nelle medesime acque che è immersa anche la

⁴⁹ F.X. KRAUS, *Dante*, cit., pp. 698-99 (in italiano nel testo).

⁵⁰ F. X. WEGELE, *Dante Alighieri's Leben*, cit., p. 329.

⁵¹ Ivi, p. 347.

⁵² Cfr. K. WITTE, *Italienische Frage*, in ID., *Dante-Forschungen. Altes und Neues*, II, Heilbronn, Verlag von Gebr. Henninger, 1879, pp. 250-53; K. WITTE, *Nachtrag zu Nr. XII "Italienische Fragen"* (1878), in ID., *Dante-Forschungen*, II, cit., pp. 584-585.

⁵³ K. WITTE, recensione a F. X. Wegele, *Dante's Leben und Werke* (1852, 1865²), in ID., *Dante-Forschungen. Altes und Neues*, I, Heilbronn, Verlag von Gebr. Henninger, Halle, 1869, pp. 72-95. Cfr. J. BARTUSCHAT, *Dante verstehen*, cit., p. 170: «Die Skepsis gegenüber einer politischen Lektüre des Dichters im Lichte der modernen Konflikte und Bestrebungen wird besonders deutlich an Wittes scharfer Ablehnung jeden Versuches, aus Dante einen Vorkämpfer des Ideals der italienischen Einheit zu machen».

recensione⁵⁴ al libro di Kelsen redatta nel 1907 da Arrigo Solmi (storico del diritto e futuro guardasigilli); una recensione assai critica, ma curiosamente ricordata da Kelsen come favorevole al suo lavoro (tanto da far sorgere il sospetto che il recensito si sia arrestato, nella lettura della recensione, al suo primo capoverso). Il tema principale è la nazione e per Solmi occorre ravvisare, in Dante, il senso di una 'missione nazionale' non perché egli abbia «chiesto l'unità politica d'Italia», ma perché ha visto nell'Italia il «giardino dell'impero» e nell'impero una «creazione e operazione della gente latina»⁵⁵.

Appesantita dalle 'categorie previe' dominanti nella sua epoca, la lettura kelseniana della *Monarchia* intuisce la grandiosità del suo disegno, ma ha difficoltà a dar conto tanto della sua storica 'legittimità' quanto della sua tensione filosofico-politica. Ne offre un ulteriore esempio (accanto al rapporto fra impero e ordinamenti particolari) l'analisi che Kelsen, pur consapevole dell'importanza dell'idea imperiale⁵⁶, dedica alle sue caratteristiche intrinseche.

Per spiegare la centralità dell'impero Kelsen invoca, di nuovo, il *principium unitatis*: è in ragione di esso che il pensiero medievale – scrive Kelsen – non poteva accettare una molteplicità di Stati «che nessun vincolo comune univa in una superiore unità politica corrispondente al concetto unitario di umanità»⁵⁷. Condizione indispensabile dell'aristotelica 'vita buona', l'impero è la forma politica dell'umanità: termine ultimo di un percorso ascendente che dalle comunità di raggio minore conduce ai regni e infine alla monarchia mondiale, a ciò che Wolff avrebbe chiamato la *civitas maxima* (un termine e un autore che il Kelsen maturo non dimenticherà di richiamare⁵⁸).

⁵⁴ A. SOLMI, recensione a H. Kelsen, *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (Wien und Leipzig, 1905), in *Bullettino della Società Dantesca Italiana. Rassegna critica degli studi danteschi*, 1907, N.S., XIV, pp. 98-111, ora in ID., *Il pensiero politico di Dante: studi storici*, Firenze, La Voce, 1922, pp. 109 ss.

⁵⁵ Ivi, p. 50. È largamente diffusa, nell'Otto-Novecento italiano, l'attribuzione a Dante del ruolo di anticipatore dell'identità nazionale. Cfr. il recente lavoro di F. CONTI, *Il Sommo italiano. Dante e l'identità della nazione*, Roma, Carocci, 2021.

⁵⁶ Cfr. F. SILVESTRINI, *Dall'etica alla politica: potenza e atto della virtù umana in Dante, tra Convivio e Monarchia*, in *Etica & Politica / Ethics & Politics*, 2014, XVI, pp. 732-772.

⁵⁷ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 149.

⁵⁸ L'idea di una comunità universale degli Stati, sviluppata da Kelsen in *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, del 1920, evoca, per Kelsen, la *civitas maxima* wolffiana: «Questa idea trova la sua espressione nell'ipotesi, avanzata da Christian Wolff, della *civitas maxima*, che come ordinamento giuridico è superiore in misura eguale agli Stati particolari» (H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre*, Tübingen, Mohr, 1920, trad. it. *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 370-71). (Cfr. D. ZOLO, *La guerra, il diritto e la pace in Hans Kelsen*, in *Filosofia politica*, 1998, 12, pp. 187-208). Manca invece qualsiasi riferimento alla *Monarchia* dantesca.

Che la *reductio ad unum* si giovi, in Dante, di argomenti aristotelici è indubbio. Resta però ferma la distanza che separa la visione dantesca dell'impero dalla concezione aristotelica della *polis*: è una distanza di cui Kelsen non sembra accorgersi, giungendo ad affermare che «lo Stato ideale di Dante, come una organizzazione comprendente tutta l'umanità», corrisponde fedelmente, in quanto comunità perfetta, alla «definizione aristotelica dello Stato»⁵⁹.

Un punto indubbiamente importante sottolineato da Kelsen è l'estensione dell'impero, che coincide non con la cristianità, ma con l'intera umanità: il territorio dell'impero è «tutta la terra abitata». L'impero – scrive Kelsen – è, per Dante, sì, «un impero cristiano», ma non già un impero dei cristiani, bensì una forma politica che ha come propria «popolazione» l'intero «genere umano». Dante – continua Kelsen – «parla ripetutamente di “genus humanum”, di tutto il genere umano, che sottostà alla sovranità dell'imperatore» senza mai ipotizzare una qualche «limitazione della sovranità imperiale»⁶⁰. Certo, resta il problema del rapporto con i popoli non cristiani, ma Dante – conclude Kelsen – non lo chiarisce perché «ogni approfondimento di questo problema» lo avrebbe costretto «a mostrare l'intima dipendenza della idea imperiale dal cristianesimo e con ciò dalla Chiesa»⁶¹.

Ovviamente, l'osservazione di Kelsen non è peregrina. Che la costruzione di un ordinamento ecclesiale culminante nella *potestas absoluta* del pontefice, in pieno svolgimento fra il XII e il XIV secolo, turbasse e preoccupasse Dante è scontato. È nel quadro di questo processo che la canonistica più combattiva risolveva il problema della legittimazione della *crux ultramarina* postulando una *iurisdictio de iure* del papa sull'intera ecumene. È esemplare in questa prospettiva il commento dell'Ostiense al c. *Quod super* del III Libro delle Decretali, nel titolo *De voto et voti redemptione*. Non posso seguire la complessa argomentazione del canonista e sottolineo soltanto la tesi conclusiva: se è vero che il papa è *vicarius Christi*, se è vero che egli «habet non solum potestatem, sed etiam plenitudinem potestatis», deve conseguire che le «oves» che il papa deve curare «sunt non solum fideles, sed etiam infideles per creationem, licet non sint de ovili; unde sequitur quod papa super omnes habet potestatem et iurisdictionem de iure, licet non de facto»⁶².

Kelsen non ha torto nel sottolineare l'importanza della versione canonistica dell'universalismo (una versione che accentua la componente potestativa e

⁵⁹ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 159.

⁶⁰ Ivi, p. 152.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Henrici DE SEGUSIO, Cardinalis HOSTIENSIS *In Tertium Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, apud Iuntas, 1581 *De voto et voti redemptione*, c. *Quod super his*, fol. 128-29.

aggressiva di una *dilatatio christianitatis* affidata al *vicarius Christi*), ma finisce per offrire un'interpretazione riduttiva e superficiale dell'universalismo caratteristico della visione dantesca dell'impero. Ciò che Kelsen non riesce a mettere a fuoco è il tema dell'intelletto possibile e la pregnanza della *humanitas* nella *Monarchia* dantesca. Il tema è tanto delicato quanto complesso e posso permettermi solo qualche riferimento cursorio.

Nel lontano 1921 Bruno Nardi, affrontando il problema dell'intelletto umano in Dante e il suo delicato rapporto con l'averroismo, sottolineava che Dante, pur affermando che ogni uomo riceve da Dio il proprio, individuale intelletto possibile, aggiungeva che nessuno da solo può attuare «tutta la capacità dell'intelletto»⁶³. Il fine supremo di ogni individuo – «la piena attuazione dell'intelletto» – richiede necessariamente la «comunione con gli altri uomini. Il singolo [...] è naturalmente parte di un tutto, da cui non può essere avulso: l'*humana civilitas*»⁶⁴. Non è quindi né casuale né secondario che l'impero sia la forma politica della comunità di tutti gli esseri umani e non abbia un rapporto cogente e necessario con la *christianitas*. «Essere 'uomo', e non essere 'cristiano' – scriveva Ernst Kantorowicz nel 1957 – era il criterio per appartenere» alla comunità stretta intorno all'imperatore e proprio per questo «[...] l'*humana civilitas* di Dante comprendeva tutti gli uomini», ebrei, musulmani o pagani che fossero⁶⁵. La perfezione, il compimento dell'*humanitas* «erano alla portata di tutti gli uomini» e al contempo la realizzazione delle potenzialità individuali passava attraverso l'intima appartenenza di ciascuno alla totalità: «solo il corpo collettivo dell'umanità nella sua interezza poteva fare quello che risultava impossibile all'individuo»⁶⁶.

È questo audace e radicale universalismo a imprimere alla visione dantesca dell'impero un timbro inconfondibile. È un profilo di cui Kelsen offre una ricostruzione riduttiva e non è forse impossibile indicare una, sia pur ipotetica, causa della sua 'disattenzione ermeneutica'. È l'inadeguata formulazione della 'domanda'

⁶³ B. NARDI, *Il concetto dell'impero nello svolgimento del pensiero dantesco*, in *Giornale storico della letteratura italiana*, 1921, LXVIII, pp. 1-52, ora in ID., *Saggi di filosofia dantesca*, Firenze, La Nuova Italia, 1967, p. 239.

⁶⁴ Ivi, p. 242.

⁶⁵ E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology*, Princeton, Princeton University Press, 1957, tr. it., *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, Einaudi, 1989, p. 399. Cfr. anche B. DEEN SCHILDGEN, *Dante's Utopian Political Vision, the Roman Empire, and the Salvation of Pagans*, in *Annali d'Italianistica*, 2001, 19, pp. 51-69; J. HEDE, *Jews and Muslims in Dante's Vision*, in *European Review*, 2008, 16, pp. 101-114. Sul Dante di Kantorowicz cfr. N. HERON, *The Superhuman Origins of Human Dignity: Kantorowicz's Dante*, in *Journal of the History of Ideas*, 2021, 82, pp. 427-52.

⁶⁶ E. H. KANTOROWICZ, *I due corpi del Re*, cit., p. 405.

a rendere insoddisfacente la ‘risposta’. La ‘domanda’ che Kelsen formula è ancora contenuta nel perimetro della *Staatslehre* e lo induce a cercare nei testi danteschi le premonizioni e le anticipazioni di una teoria giuspubblicistica, che riposa su una premessa epistemologica incompatibile con il mondo di Dante: la radicale separazione fra il ‘diritto’ e il ‘non diritto’, fra il diritto e l’etica, fra il diritto e l’antropologia filosofica.

Di contro, l’universalismo dantesco balza al centro con particolare vivezza quando si prenda in considerazione una lettura fondata su ‘domande’ previe completamente diverse: mi riferisco alla *lectura Dantis* cui si è dedicato, nel 1993, il filosofo Claude Lefort⁶⁷. La sua domanda previa (la ‘modernità’ di Dante), pur nella sua dichiarata postura ‘attualizzante’, pone al centro il tema che al ‘giuridicismo’ di Kelsen sfuggiva: il tema dell’intelletto possibile e della sua necessaria integrazione entro un’umanità coesa e cooperativa; un’umanità che Dante rappresenta come una totalità, non senza mettere a frutto (e ‘secolarizzare’, come già avevano sottolineato Gilson⁶⁸ e Kantorowicz) la teologia del *corpus mysticum*. Proprio rinviando a Kantorowicz, Lefort, da un lato, sottolinea l’innovativo rapporto di autonomia che Dante instaura fra la *christianitas* e l’*humanitas* e, dall’altro lato (appoggiandosi a *Mon.* I, iii, 8), coglie l’importanza del legame fra l’intelletto individuale e «le corps de l’humanité, un corps composé d’une multitude de membres qui à la fois coexistent et se succèdent dans le temps»⁶⁹.

L’attuazione integrale dell’intelletto possibile implica il coinvolgimento di una moltitudine di esseri umani, di quella moltitudine che coincide con l’umanità intera⁷⁰. Quando Lefort parlava della ‘modernità’ di Dante, intendeva sottolineare la novità e la profondità di un approccio capace, da un lato, di ‘pensare’ l’umanità come un tutto onnicomprensivo (e quindi, implicitamente, la ‘cristianità’, come una parte, pur ‘eccellente’, del tutto), e, dall’altro lato e di conseguenza, di reclamare per essa una forma politica adeguata. Come scrive Paolo Costantini a proposito del saggio di Lefort, «la modernité di Dante consiste forse in questo, innanzitutto, nell’aver concepito il problema di un ordine universale, aver immaginato il genere umano

⁶⁷ Cl. LEFORT, *La modernité de Dante*, in DANTE, *La Monarchie*, Paris, Belin, 1993, pp. 9-91.

⁶⁸ E. GILSON, *Dante et la philosophie*, Paris, 1939, p. 166.

⁶⁹ Cfr. le osservazioni di J. REVEL, *Lefort/Dante. Reading, Misreading, Transforming*, in Cl. LEFORT, *Dante’s Modernity. An introduction to the Monarchia. With an Essay by Judith Revel*, a cura di Ch. Frey et al., Berlin, Ici Press, 2020, pp. 87-108.

⁷⁰ Cfr. (anche per il complesso e discusso con Averroè) J.B. BRENET, *Théorie de l’intellect et organisation politique chez Dante et Averroès*, in *Rivista di filosofia neo-scolastica*, 2006, 98, pp. 467-487.

come un'entità le cui parti sono asservite al Tutto e in cui questo 'Tutto' rappresenta lo strumento di realizzazione delle parti, la possibilità di scoprire e sviluppare il loro potenziale nella direzione di una finalità propria ad esse stesse. Dante ha l'intuizione che un tale problema di ordine politico e sociale è, invero, un problema di ordine filosofico, e inversamente, all'infinito»⁷¹.

Separando l'*imperiatus* dantesco dalla sua sostanza etico-antropologica, o almeno non mettendo a fuoco la destinazione di senso impressa all'impero dall'*humanitas*, Kelsen finiva per trovarsi fra le mani niente di più uno scheletro giuridico-potestativo privo di carne e di sangue. L'impero dantesco veniva a coincidere con una gerarchia di poteri e di norme, che il giurista fra Otto e Novecento poteva apprezzare come (presunta) anticipazione non tanto del *Rechtsstaat*, quanto dello *Staatsrecht*, di un diritto pubblico assunto come un coerente e chiuso sistema di poteri.

Certo, era possibile rintracciare nella cultura medievale, se non proprio l'ottocentesco *Staatsrecht*, almeno una visione dell'impero come il culmine di un processo di potere che da esso traeva un'indispensabile legittimità: è facendo leva su questo assunto che i giuristi di *ius civile* avevano costruito la loro raffinata *interpretatio* delle *leges* giustinianee. Per avere una sofisticata rappresentazione dell'impero come schema ideale o 'modello' strutturato intorno a un'articolata gerarchia di *iurisdictiones* non importava però scomodare Dante: bastava rivolgersi ad Accursio o a Cino o a Bartolo. Se Dante si fosse limitato a rivestire di un imponente apparato sillogistico la tesi che l'imperatore è e deve essere il vertice del processo politico-giuridico, la sua affermazione che la «temporalis Monarchie notitia» era «ab omnibus intemptata» sarebbe stata eccessivamente autocelebrativa⁷². Per vedere in questa frase di Dante non una semplice formula di stile o una strana vanteria occorre guardarsi da una lettura giuridicistica e riduzionistica della *Monarchia* e cogliere l'audacia e la pregnanza del suo universalismo politico-antropologico. Se invece la visione dantesca dell'impero viene intesa come la mera illustrazione (e celebrazione) di un processo verticale di potere, come suggerito da Kelsen (e da Wegele prima di lui, e da numerosi interpreti dopo di lui), resta in piedi lo strumentario dell'operazione intellettuale di Dante, ma resta inespresa la sua direzione di senso. Ed è in questo vuoto di senso che prende

⁷¹ F. COSTANTINI, *Le parti pensano il tutto? La Modernité de Dante attraverso Borges*, in *Kepos. Semestrale di letteratura italiana*, 2020, III, p. 183.

⁷² Cfr. R. RUGGIERO, *La Monarchia: un Weltreformer in agone*, in *Dante: Rivista internazionale di studi su Dante Alighieri*, 2015, 12, pp. 41-53.

corpo la tesi secondo la quale Dante, in quanto strenuo difensore di un assetto gerarchico ormai alle corde, si mostrava sordo alle istanze autonomistiche delle *civitates* e dei *regna* (alle nascenti istanze ‘nazionali’, come scriveva Kelsen) e doveva quindi essere ascritto al gruppo dei «rückwärtsstrebenden Geistern»⁷³.

Dante non traduce in lingua aristotelica ciò che i giuristi scrivevano commentando la *lex Imperium* o la *constitutio Omnem*, ma persegue l’obiettivo (effettivamente ‘intemptatus’) di individuare una struttura capace di proporsi come la forma politica dell’umanità intera e in questo modo promuovere l’effettivo dispiegamento delle sue potenzialità. In questo disegno, l’ostacolo formidabile (sul piano della teoria e non solo della prassi) è costituito, più che dal ruolo degli ordinamenti particolari, dal concorrente universalismo della Chiesa. Kelsen è consapevole tanto dell’importanza del problema quanto della complessità del testo dantesco: una complessità con la quale la dantistica ha continuato a misurarsi nel corso del Novecento. Non potrò inoltrarmi in questo terreno minato. Kelsen lo ha fatto e io mi limiterò a riassumere la sua ricognizione.

Dante, per Kelsen, fonda la legittimità tanto della Chiesa come dell’Impero sulla condizione del genere umano che, in conseguenza del peccato originale, ha bisogno di due guide: dell’impero, per conseguire la beatitudine terrena, e della Chiesa, per essere indirizzato alla beatitudine celeste. «L’autonomia relativa di entrambe le mete – osserva Kelsen – richiede una certa indipendenza di entrambi i poteri». Sembra dunque affermata la perfetta autonomia dello Stato e della Chiesa, ma – *in cauda venenum* – nelle ultime parole del trattato dantesco compare il famoso o famigerato appello alla «reverentia» di «Caesar» a «Petrus». Dopo avere «con tutti i mezzi di un’acuta dialettica, di una convinzione entusiasta» fissato «i presupposti per un autonomo potere statale» – conclude Kelsen – Dante finisce per rendere «innocua tutta la sua armoniosa argomentazione». Anche in questo caso «l’ingegno focoso di Dante ha fatto sì presagire al poeta le nuove idee future, ma non gli ha dato la forza di rompere pienamente con quelle vecchie»⁷⁴.

Ancora una volta, Kelsen segue con attenzione l’argomentazione dantesca, ma ne riduce lo spessore finendo per offrirne una ricostruzione manchevole. La mia

⁷³ Come scrive Marco Ariani, conviene guardarsi da «improvvisati italianisti politologi» sostenitori di «una presunta involuzione passatista del Dante filoimperiale o, quando siano più generosi, di un suo astratto utopismo antistorico». È in questo senso «esemplare la leggenda [...] di un Dante ‘reazionario’» (M. ARIANI, *Metafore della luce e mistica imperiale nella Monarchia di Dante*, in N. LONGO, R. CAPUTO (a cura di), *Raccolta di scritti per Andrea Gareffi*, Roma, Nuova Cultura, 2013, p. 112).

⁷⁴ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 140.

impressione è che a esercitare una dannosa influenza sulla sua interpretazione del rapporto fra i 'due poteri' sia lo stesso riduzionismo giuridicista che gli aveva impedito di capire che la monarchia dantesca trovava il suo senso profondo nell'offrirsi come la forma politica dell'umanità. Assunto l'impero come mera gerarchia di poteri (e apprezzandolo come 'anticipazione' concettuale del futuro Stato), Kelsen presentava il rapporto fra l'impero e la Chiesa come il rapporto fra due ordinamenti giuridico-potestativi, cercando in Dante, in sostanza, le anticipazioni o le prefigurazioni della moderna, liberale dottrina della separazione fra lo Stato e la Chiesa.

In realtà, la proposta teorica di Dante aveva contenuti assai più impegnativi e radicali di quanto Kelsen non sembri supporre. Basti rileggere alcune pagine eloquenti, e per me convincenti, di Ovidio Capitani, sulla distanza che separa Dante dai 'dualisti' della sua epoca (come Ugucione). Il dualismo di Dante – osserva Capitani – non è gelasiano perché tanto la Chiesa quanto l'Impero, entrambi necessari come *correctiva contra infirmitatem peccati*, sono ordinamenti perfettamente compiuti e intrinsecamente legittimi tanto da escludere la possibilità di un rapporto potestativo fra essi⁷⁵. Poteva essere riconosciuta senza difficoltà, da Dante, la superiorità (per usare il termine di Capitani) escatologica della Chiesa, che però, al contempo, doveva liberarsi di quella dimensione politico-potestativa che all'impero era consustanziale, data la sua funzione mondana, ma non alla Chiesa, data la sua finalità ultramondana. Dante, in sostanza, si muove in un'ottica che prelude – scrive Capitani – «a quella depoliticizzazione della Chiesa, che sarà di Ockham»⁷⁶ (o di Marsilio). E proprio perché il rapporto fra le due *auctoritates* non è e non può essere «potestativo/giurisdizionale» il famoso accenno alla *reverentia* non ha un contenuto diverso dal prevedibile riconoscimento della superiorità 'escatologica' del fine ultramondano⁷⁷.

La *reverentia* non sembra essere, come temeva Kelsen, una parziale *retractatio* imposta a Dante dall'immaturità del tempo storico cui apparteneva. In quel tempo – scrive Kelsen – la monarchia di Dante «è uno Stato ideale, una geniale utopia, che in più di un punto contrastava aspramente con la grigia realtà»⁷⁸. Per Hans Kelsen la

⁷⁵ O. CAPITANI, *Spigolature minime sul III della Monarchia* (1978), ora in ID., *Chiose minime dantesche*, Bologna, Patron, 1983, p. 79.

⁷⁶ Ivi, p. 66.

⁷⁷ Ivi, p. 79. Dante «ribadisce lo schema forte della sua idea di derivazione divina di ogni potere usando un metaforismo emanazionistico al fine di connettere l'istituto imperiale direttamente alla Fonte di ogni potere [...]» (M. ARIANI, *Metafore della luce*, cit., p. 115).

⁷⁸ H. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 152.

monarchia dantesca era ‘utopica’ perché segnata dalla nostalgia verso un passato irrecuperabile. Per Claude Lefort, al contrario, è proprio l’aver immaginato l’umanità come totalità coesa e politicamente ordinata ciò che rende ‘moderno’ il testo di Dante. La mia impressione è che ‘utopia’ e ‘modernità’ siano espressioni, rispettivamente, denigratorie o attualizzanti. Il pensiero di Dante, forse, non è né ‘utopico’ né ‘moderno’: è semplicemente un pensiero ‘radicale’; un pensiero che va alla radice della realtà, senza esitazioni e compromessi. È in questa ottica che Dante, per dirla con le parole del *Convivio*, indaga «lo fondamento radicale della imperiale maiestade» e lo fa coincidere con «la necessità della umana civiltade, che a uno fine è ordinata, cioè a vita felice»⁷⁹.

⁷⁹ *Conv.* IV, iv, 1.

SAGGI
ITINERARI
per la storia del
ARCHIVIO APERTO



ArchiviO
APERTO
saggi-itinerari

Rhiannon Naddaf des.