



## **Resistere o assecondare il nichilismo giuridico. Alcune considerazioni sullo spazio giuridico a partire da un recente studio sul tema \*.**

di Francesco Severa\*\*

SOMMARIO: 1. Una nuova coscienza per il diritto pubblico. Essere Parmenide o essere Zenone? – 2. Resistere o assecondare: opzioni interne al nichilismo. Il fattore comunitario. – 3. La dimensione “costituzionale” del diritto. Ritornare alla terra, alla maniera di Anteo.

### **1. Una nuova coscienza per il diritto pubblico. Essere Parmenide o essere Zenone?**

Poche pagine sì, ma intense ed energiche, si incaricano di far da coscienza al diritto pubblico; di raccogliere e disciogliere i nodi del discorso giuspubblicistico occidentale, proponendo con lucidità una prospettiva differente, alternativa, per leggere lo spazio pubblico e i fenomeni che sembrano oggi imporgli una sistematica disgregazione. Ecco, è proprio in questa tendenza “diabolica”, cioè nella scomposizione dello spazio di convivenza pubblica, che Ciro Sbailò, nel suo libro *“Sul sentiero della notte. La πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico”*, rintraccia l’elemento critico del discorso, o forse meglio una sua chiara manifestazione. Secondo il nostro Autore, sussiste un “legame originario” tra spazio pubblico e ἐπιστήμη; quell’idea che postula la possibilità di «modellare lo spazio pubblico in base ad un progetto che lo trascende»<sup>1</sup>. Questa dinamica non può che manifestarsi nel tempo, nel fatto cioè che si possa distinguere tra lo stato attuale delle cose e il loro stato futuro. Lo spazio dei rapporti pubblici, dunque, non sfugge alla logica progettuale del divenire e sembra avviato anch’esso sul “sentiero della notte”, di cui parla Emanuele Severino. È proprio partendo dalla speculazione del filosofo bresciano che Sbailò prova a leggere le vicende del diritto

\* Contributo sottoposto a *peer review*.

\*\* Dottorando di ricerca in diritto pubblico, comparato e internazionale, «Sapienza» Università di Roma.

<sup>1</sup> C. SBAILÒ, *Sul sentiero della notte. La πόλις. Introduzione alle imminenti sfide del diritto pubblico*, Pisa, Pacini Editore, 2020, 10.

pubblico, piegandone le categorie alla comprensione delle dinamiche giuridiche, che con sorpresa appaiono calzanti.

Severino suggerisce all'Occidente una via per comprendersi, che non è un salto verso l'ignoto, ma un attento cercare *in interiore Europae*. Ritornare a Parmenide<sup>2</sup>, ritornare a quel pensiero antico, originario e non primitivo, di cui tutta la filosofia europea è solo una nota a margine. Il precetto parmenideo vuole che non si possa pensare il non essere, cioè che non si possa affermare che il nulla si ponga come una reale alternativa all'essere<sup>3</sup>. Egli respinge con orrore l'idea che ciò che esiste esca fuori dal nulla e finisca poi per ritornarvi. Severino recupera questa intuizione e ne fa proprie le conseguenze più estreme: «l'essere, tutto l'essere, è; e quindi è immutabile»<sup>4</sup>; ogni essere è dunque eterno. Il divenire è elemento del reale e si realizza nell'entrare e nell'uscire degli essenti dal cerchio dell'apparire. Uscire dal divenire non significa dunque il negarsi dell'essere, ma il suo non mostrarsi, come il sole sulla linea dell'orizzonte, quando cala e poi puntualmente si rialza.

Ciò che va sottolineato è come questa concettualità sia lontana ed estranea al pensiero occidentale. L'errore originario dell'Occidente è la violazione del principio parmenideo che vieta di pensare il non essere. Se esiste il nulla, il divenire diviene il passaggio dal nulla all'essere e dall'essere al nulla. «Questa scoperta è la radice del nichilismo occidentale, che si esprime nel destino della tecnica, nella creazione incessante delle condizioni per l'efficace perseguimento degli scopi, a prescindere dagli scopi, in quanto il pensiero del nulla comporta l'esigenza di salvare gli essenti dal divenire, ma tale salvezza può aversi solo "agganciando" gli essenti agli Immutabili, i quali però vengono a loro volta raggiunti dal "nulla", in quanto essenti, per cui la ricerca si sposta a un livello sempre ulteriore e più rarefatto, fino ad arrivare al relativismo contemporaneo, dove l'immutabile viene cercato nella legge del continuo mutare e dell'assoluta relatività di tutte le verità e di tutti i valori»<sup>5</sup>. La fede nel divenire e la presupposta teorizzazione dell'esistenza del nulla inevitabilmente dà avvio ad una dinamica distruttiva, che da una parte fonda il discorso pubblico, inteso come spazio in cui dare "dignità" all'apparire degli enti (alle opinioni degli uomini) – a quella *πόλις* che è la dimensione originaria dell'uomo; dall'altra impone la disperata ricerca di un fondamento, di un orientamento a cui convertire la realtà, che però risulta sottoposto ad una indefettibile falsificazione, che sgancia principio e azione.

Nel donare una prospettiva allo studio dello spazio pubblico in questa nuova epoca, Sbailò impone una necessaria premessa di pensiero, metodo e coscienza, che non può non essere condivisa. Solo un approccio disattento ne sosterrebbe l'innocuità; ne

<sup>2</sup> Questo è il titolo del saggio alla base del pensiero di Emanuele Severino. *Ritornare a Parmenide, Poscritto e Risposta ai critici* sono stati pubblicati in "Rivista di filosofia neo-scolastica" rispettivamente nel 1964, 1965 e 1968.

<sup>3</sup> Dice Parmenide (fr. 2, v. 3) «ὄπως ἔστιν τε καὶ ὡς οὐκ ἔστι μὴ εἶναι», cioè «l'essere è e non gli è consentito di non essere».

<sup>4</sup> E. SEVERINO, *Essenza del nichilismo*, Milano, Adelphi Edizioni, 1982, 29.

<sup>5</sup> C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 73. Notevole la chiarezza e l'efficacia con cui l'Autore riesce a descrivere in questo passaggio il meccanismo nichilista.

ignorerebbe la capacità di disciogliere e chiarire gli equilibri del nostro tempo. L'idea di partenza è che il pensiero occidentale sconta quel travisamento iniziale, quel tradimento delle parole di Parmenide, che ha convertito il pensiero al culto del nulla. Una dinamica decadenziale che accompagna fin dalle origini il pensiero greco e che descrisse con lucidità Giorgio Colli, quando si trovò ad indagare la nascita della filosofia, svelandone la dimensione propriamente retrospettiva. Per il giurista torinese, allievo di Gioele Solari, la filosofia «sorge come un fenomeno di decadenza, in quanto “l'amore della sapienza” sta più in basso della “sapienza”. Amore della sapienza non significava infatti, per Platone, aspirazione a qualcosa di mai raggiunto, bensì tendenza a recuperare quello che già era stato realizzato e vissuto»<sup>6</sup>. Ciò che è stato non può che essere declinato al passato e dunque il recupero non è mai ritorno, ma pura contemplazione e astrazione. In questo passaggio, la sapienza perde la sua carica mistica e “maniacale”, restando priva dell'elemento divino e misterico per diventare totalmente umana. Colli individua con chiarezza quel percorso di progressiva secolarizzazione, che recide le radici sacrali della sapienza greca, facendone prima enigma mortale e poi sistema del “logos”, che perde nel tempo il suo contenuto dogmatico, per diventare pura dialettica, confronto agonistico tra idee e tesi contrapposte, sempre e comunque da confutare.

Giorgio Colli considera Parmenide l'ultimo dei sapienti. Il fondatore della scuola di Elea comprende il potenziale distruttivo del processo di astrazione e prova a contrastarlo, negando totalmente la possibilità del “non essere”. Infatti, «la legge parmenidea comanda di rispondere “è”. La strada del “non è” non si deve seguire, è proibita, poiché è solo seguendo la strada della negazione che è possibile sviluppare le argomentazioni nichiliste, devastatrici della dialettica. [...] L' “è” significa la parola che salvaguarda la natura metafisica del mondo»<sup>7</sup>. Parmenide introduce un elemento di resistenza innanzi all'affermazione incontrovertibile, destinale dirà poi Severino, del nichilismo. Offre una via di salvezza in quel sentiero della Persuasione<sup>8</sup>, che richiede però consapevolezza e coraggio.

In piena antitesi a questo percorso, Colli pone il più grande tra i discepoli parmenidei, Zenone. Intento a difendere la teorica del suo maestro, egli coltiva la dialettica come arma di confutazione delle tesi avversarie, cosicché, piuttosto che seguire il monito del maestro che invitava ad abbandonare la strada della dialettica, espressione massima del non essere, egli persegue quella via fino in fondo, ben oltre la sua applicazione singolare e quasi casuale. Con Zenone «la dialettica cessò di essere una tecnica agonistica per diventare una teoria generale del “logos”»<sup>9</sup>, così che sarà lui a compiere il più grave atto di insubordinazione e disobbedienza. Fino a un certo punto, però, Zenone ha guardato negli occhi l'abisso ineluttabile che il suo maestro gli aveva disvelato davanti e di quella ineluttabilità deve aver percepito la potenza. La stessa struttura di contrasto che

<sup>6</sup> G. COLLI, *La nascita della filosofia*, Milano, Adelphi Edizioni, 1975, 13-14.

<sup>7</sup> G. COLLI, *ult. cit.*, 88.

<sup>8</sup> Così Parmenide chiama la via dell'essere nel fr. 2, v. 4: «Πειθοῦς ἐστὶ κέλευθος».

<sup>9</sup> G. COLLI, *ult. cit.*, 90.

Parmenide prova ad affermare è alla fine una costruzione artificiale e vieppiù dogmatica. Fallace anch'essa, come un piccolo e solido scoglio davanti, però, al nero mare in tempesta. Per salvare la radice divina, Zenone radicalizzò e massimizzò la spinta dialettica, così da «imporre agli uomini un nuovo sguardo sulle cose»<sup>10</sup>.

Ecco, se facciamo nostra la consapevolezza di Sbailò, l'idea cioè che al fondo di ogni ragionamento sulle prospettive, il senso e il ruolo del diritto pubblico ci sia la questione del nichilismo, come dinamica ineluttabile e destinale, da ciò non può che discendere un ulteriore e ancor più opprimente interrogativo: essere Parmenide o essere Zenone? Costruire elementi di resistenza o assecondare i processi in corso?

## **2. Resistere o assecondare: opzioni interne al nichilismo. Il fattore comunitario.**

La secolarizzazione è quindi un elemento ineliminabile del pensiero occidentale, che si auto-alimenta e con pervasività si mostra in ogni ambito civile: non escluso quello giuridico e, in particolare, giuspubblicistico. In qualche modo, questo processo è ben visibile nella dinamica che ha portato dal diritto naturale al diritto positivo, il tentativo cioè di sganciare la norma, elemento che ordina lo spazio pubblico, da un qualsiasi fondamento trascendente per renderla prodotto esclusivo della volontà politica. Vista la mancanza di un valore extragiuridico su cui poggiare la sovrastruttura del diritto, si ricorre per necessità alla proceduralizzazione: «la giuridicità di un atto è pari alla ricostruibilità con le regole che presiedono alla formazione delle norme [...]: ne consegue che la proceduralità – ovvero la tecnica giuridica – comincia ad avvolgere anche l'ambito assiologico. Infatti, un'idea politica per prevalere sull'altra ha bisogno della tecnica giuridica per essere credibile. Il potenziamento di quella è dunque incrementato dalla battaglia politica, che alla fine rimane soggiogata dallo strumento di cui s'è servita. Non è certamente casuale, in questo senso, la crescita del ruolo dei giuristi e della giurisdizione nello spazio pubblico»<sup>11</sup>.

L'avanzare di questo processo e, in un certo qual modo, anche la consapevolezza della sua ineluttabilità, si ritrova tutto nel serrato confronto tra Hans Kelsen e Carl Schmitt, la vera teogonia del diritto pubblico moderno. Nella dottrina kelseniana «si compie la parabola nichilista della scienza giuspubblicistica europea», mentre in Carl Schmitt si coglie pienamente «l'inesorabilità di quella parabola già nel suo formarsi»<sup>12</sup> e il suo conseguente rifiuto.

Kelsen, novello Zenone, costruisce un sistema che tenta di portare alla luce la natura puramente volontaristica del diritto. Perfino l'elemento fondativo dell'ordinamento, la *Grundnorm*, non è elemento ipostatico, ma mero presupposto di comprensione del sistema. Essa è pura condizione di procedibilità, un assioma da cui poter dedurre nuove preposizioni, secondo regole prestabilite. È pura volontà di potenza. Ancora, Kelsen

<sup>10</sup> G. COLLI, *ult. cit.*, 92.

<sup>11</sup> C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 56-57.

<sup>12</sup> C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 107.

recide ogni possibile distinzione tra disposizione e norma (tra la regola e la sua applicazione). L'interpretazione non è elemento dell'applicazione, ma della creazione. La sentenza altro non è che "norma individuale". In buona sostanza, il modello kelseniano è un distillato di nichilismo, l'accettazione di una tendenza, o forse semplicemente l'epifania di un fenomeno congenito oramai maturo.

Schmitt coglie bene il senso della costruzione kelseniana e tenta di opporvi un rifiuto. Se Kelsen ha compreso di non poter fondare lo spazio pubblico su un principio ulteriore ed esterno, chiamando un mero algoritmo a presidiare gli argomenti di deduzione, Schmitt, da par suo, non accetta questa impossibilità. Egli, «decidendo il fondamento proprio a partire dalla sua assenza, interpreta quell'assenza come una "chiamata", come una "colpa" da sanare attraverso la "decisione"»<sup>13</sup>. La neutralità scientifica è per Schmitt l'elemento di decostruzione dello spazio pubblico europeo e la decisione politica, sintesi di legalità costituzionale e legittimità popolare, è il rimedio a questo scivolamento verso il nichilismo. E questa decisione non è meramente giuridica, ma evidentemente essa è l'espressione di un intendimento che è teologico: al giurista spetta una missione che è ultra-scientifica. Come Parmenide, Schmitt rinviene un elemento di resistenza al nichilismo in quel legame ineliminabile tra l'*Ordnung* (l'ordinamento) e l'*Ortung* (la localizzazione, lo spazio)<sup>14</sup>. Il primo non può essere pensato senza il secondo. La Terra è collegamento sacrale, elemento di relazione tra gli dei che *νομιζειν* e gli uomini pii, che quei *νόμοι* rispettano<sup>15</sup>. Eppure, perfino la dimensione ctonia della polis è stata travolta dalla secolarizzazione, in quel passaggio di emancipazione della legge, che da elemento di giustizia è divenuta mero decreto, mero comando. Ancor di più con le nuove interazioni economiche, avidi di spazi sempre meno ristretti, sempre più globali. Sul recupero di quell'elemento spaziale, che è spirituale prima che giuridico, si gioca la prospettiva aurorale schmittiana, forse meno dogmatica di quella parmenidea, ma non certo meno potente e suggestiva.

Questo ci fa capire come Kelsen e Schmitt forniscano due differenti costruzioni, alternative certo, ma chiamate a rispondere ai medesimi quesiti ed in qualche modo insistenti sullo stesso piano inclinato, sulla stessa inesorabile dinamica nichilista propria della civiltà occidentale. L'uno assecondando la corrente e l'altro provando a contrastarla, pur senza scomporre la mitologia. Eppure, i temi di quel loro confronto sono ancora vivi oggi, in un tempo in cui, come fa notare Sbailò, la tendenza alla secolarizzazione non sembra sopita, ma, al contrario, pare aver raggiunto una sua maturità.

Il fondamento puramente volontaristico della norma giuridica sembra essersi rafforzato, dimostrato in un certo qual modo dalla sempre più centrale tendenza creativa delle Corti, le quali sono portate ad enucleare dalle disposizioni della legge (che

<sup>13</sup> C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 110.

<sup>14</sup> Questo è il tema forte di una delle più importanti opere dell'autore renano, *Der Nomos der Erde* (1950).

<sup>15</sup> In questa prospettiva, un'interessante decodificazione delle posizioni schmittiane, che riprenderemo anche più avanti, la offre M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, Adelphi Edizioni, 1994, 105 ss.



dovrebbero portare *in re ipsa* un fattore volontaristico specifico) norme sempre più svincolate dalla traccia originaria, ponendo le proprie decisioni-interpretazioni su un piano poetico e non meramente ermeneutico. I diritti vengono enucleati dunque a partire dai bisogni individuali, quasi a crearli all'occorrenza della singola volontà individuale. Infatti, «le Corti, per arginare la volontà che vuole devono potenziare sé stesse. Esse devono sempre di più svincolare la loro decisione dalla disposizione varata dal legislatore, prima distinguendo la disposizione dalla norma, ovvero individuando la *ratio* da cui la disposizione nasce ma che la disposizione stessa non può più contenere, per effetto dei mutamenti sociali, che l'hanno trasformata in un mero e rigido involucro, che rischia di ferirne la vitalità. Ma la stessa norma non viene considerata più immutabile, bensì espressione storicamente determinata – quindi, “relativa” – dei principi ai quali il giudice deve, in ultima analisi, rifarsi. Ne consegue una crescente centralità della volontà interpretante del giudice, in un gioco speculare di reciproca legittimazione con la volontà interpretante dell'individuo»<sup>16</sup>. In un certo senso, sostiene Sbailò, vi è in questo una ulteriore manifestazione del processo di secolarizzazione del diritto. Ma si può dire di più.

La crisi pandemica ha accelerato determinate tendenze o comunque ne ha messo a nudo le fragilità. Già Schmitt aveva compreso come la dinamica nichilista, applicata allo spazio giuridico-economico globale, si realizzi tra monadi, prescindendo da ogni istanza comunitaria: Severino la chiama la “globalizzazione della frantumazione” (riprende il concetto anche Natalino Irti)<sup>17</sup>. Possiamo però realmente fare a meno di una dinamica simbolica e dunque unificante del diritto, rassegnandoci alla sola dinamica regolatrice? Al confronto con la fenomenologia della crisi, il diritto votato alla mera astrazione mostra tutte le sue debolezze.

Non è un caso che molti studiosi, proprio in questo ultimo anno, si siano fatti carico di esternare un certo disagio di efficacia delle scienze giuridiche davanti alle contingenze di questo tempo. Un interessante esempio di questo è di certo il dibattito, anche aspro, scatenato nel mondo accademico, non solo americano ma anche europeo, da Adrian Vermeule, professore di diritto costituzionale alla *Harvard Law School*, con la pubblicazione, il 31 marzo 2020, di un breve saggio, intitolato “*Beyond Originalism*” sulla prestigiosa rivista americana “*The Atlantic*”<sup>18</sup>.

Si ragiona in quel testo di ermeneutica costituzionale, tema che negli Stati Uniti viene sempre esaminato in una peculiare prospettiva all'indietro. È dai fini dell'interpretazione

<sup>16</sup> C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 136.

<sup>17</sup> L'istanza nichilista è di per sé parziale e settoriale, parcellizzazione non solo sociale ma scientifica e culturale. Manca un «principio superiore [...] che sia capace di inserire i saperi parziali in un organismo d'insieme» (così N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2006, 58). A descrivere il fenomeno, Irti richiama le efficaci parole di Severino: “globalizzazione della frantumazione” (E. SEVERINO, *Il destino della tecnica*, Milano, Rizzoli, 1998, 60).

<sup>18</sup> <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/>

A. VERMEULE, *Beyond Originalism*, *The Atlantic*, 31 marzo 2020. Questo l'abstract iniziale del saggio: «*The dominant conservative philosophy for interpreting the Constitution has served its purpose, and scholars ought to develop a more moral framework*».

che si risale agli strumenti, partendo dall'idea che l'interpretazione giuridica è sempre un irrinunciabile atto politico. E questo ancor più quando si ha a che fare con la Costituzione. Il testo della Carta fondamentale, infatti, anche in una forma breve come quella statunitense, costituisce sempre un sistema di principi che animano l'ordinamento.

Ora, ci dice Vermeule che si può interpretare una Costituzione in funzione della massimizzazione della libertà individuale, mutuando dal testo (oltre la lettera del testo) principi e diritti che possano dinamicamente adattarsi all'evoluzione ed al cambiamento della società; tanto da far corrispondere tale libertà individuale, da salvaguardare rispetto al potere dell'autorità, allo spazio di realizzazione dell'individuo. Questo approccio comporta un'espansione senza freni dell'autonomia individuale, che finisce per essere un fattore disgregante della società, perché non inteso a rafforzare i legami comunitari, ma a privilegiare lo sviluppo del singolo.

In opposizione a questa declinazione il nostro Autore ci descrive l'affermazione negli Stati Uniti della "scuola originalista". L'originalismo si pone l'obiettivo di contenere il modello espansivo della libertà individuale, limitandosi ad una interpretazione della Costituzione che faccia riferimento al significato che ad essa volevano dare i Padri fondatori che la scrissero. Antonin Scalia, *justice* alla Corte Suprema e maggior rappresentante di questo movimento, di cui lo stesso Vermeule fu stretto collaboratore, usava spesso l'immagine della *empty bottle*: la Costituzione non è una bottiglia vuota da poter riempire a nostro piacimento, bensì un testo "morto", da cui non è possibile dedurre principi e diritti differenti rispetto a quelli che per essa erano stati voluti. Un modello di resistenza, dunque, che oggi sembra maggioritario nel mondo giuridico statunitense.

Siamo di nuovo alla dicotomia tra Zenone e Parmenide ovvero tra Kelsen e Schmitt. La disgregazione nichilista la si può assecondare o contrastare. Eppure, Vermeule fa un passo oltre, che abbiamo visto essere già in Colli e nello stesso Sbailò. Entrambi questi modelli infatti giocano sulla medesima logica progressiva della libertà, l'uno in favore, l'altro in attrito. L'originalismo ha esaurito il suo compito di resistenza ed è evidentemente insufficiente ove si voglia ridefinire un approccio nuovo ed alternativo al diritto e all'interpretazione costituzionale. È essenziale secondo Vermeule superare definitivamente la dialettica tra libertà e autorità. Egli sostiene la necessità di sviluppare un "*moral constitutionalism*", cioè un modello ermeneutico che permetta di leggere, nelle ambiguità della Costituzione scritta, dei principi morali sostanziali e oggettivi di cui l'autorità si faccia promotrice. Regole, gerarchia, solidarietà tra gruppi e sussidiarietà sono gli elementi interpretativi desumibili dalla Carta fondamentale, intesi come principi che devono ispirare l'azione dell'autorità, anzi di più, di cui essa si deve fare garante. In questo senso, la misura del potere pubblico non si costruisce più nel rapporto con la libertà del singolo, che non può essere prevaricata, ma in funzione di quegli stessi scopi

di moralità da raggiungere. Non più un potere limitato, ma adeguato, poiché «protect liberty is not an end in itself»<sup>19</sup>.

Vermeule insomma rimodella al fondo il sistema stesso del costituzionalismo moderno, considerando i diritti e le libertà non come trincee per la difesa dagli attacchi dello Stato, ma come strumenti di realizzazione, prima che personale, comunitaria: l'edificazione di un ordine, che egli definisce morale, che non è in continua progressione e accrescimento in funzione della realizzazione singolare, ma è elemento dato e collettivo, da difendere, da garantire. Questa costruzione, non certo inedita, demolisce il moderno modo di concepire il rapporto tra il potere ed i singoli; esalta la Costituzione come forza ordinante, ma a monte, come garante di una costruzione comunitaria, e non a valle, presidio delle libertà dell'individuo.

La moderna *Gesellschaft* si edifica su rapporti e legami artificiali, fondati sulle necessità e plasmati dalle contingenze. La giustizia, forza ordinante della società (*ubi societas, ibi ius*), è un'aperta dialettica tra libertà individuale e autorità, tale per cui ove la prima si espande, la seconda indietreggia. E quella libertà possiede in *nuce* gli elementi che costituiscono lo spazio inviolabile della nostra realizzazione, che è incontenibile, che è progressiva e inarrestabile. Incontenibile perché essa è un limite invalicabile per il potere sovrano, fosse anche esso riconosciuto come democratico. Progressiva e inarrestabile, perché suscettibile di una continua espansione, fin dove voglia arrivare l'auto-realizzazione del singolo. Questa sovrastruttura si inceppa però quando incontra l'emergenza. I legami giuridici e sociali, gli stretti vincoli costruiti con tenacia, sembrano tesi oltremisura, pronti a rompersi, a frantumarsi. L'autorità si riespande, prova ad affermare la sua forza legale, detta regole, impone divieti, costringe le libertà in maniera consistente. E nonostante i patti siano venuti meno, i confini del potere siano stati sorpassati, tutto si tiene. In questi mesi, milioni di persone hanno sacrificato la propria libertà senza che venisse schierato un solo soldato in strada. E non certo per la paura di una multa, ma riconoscendo quel potere come legittimo ed adeguato. La comunanza di destino che si realizza nella *Gemeinschaft*<sup>20</sup>. Questo elemento comunitario è tutt'altro che superato, ma finisce per essere ignorato se ci poniamo sullo stesso piano logico del nichilismo, sia a favore che in attrito.

### **3. La dimensione “costituzionale” del diritto. Ritornare alla terra, alla maniera di Anteo.**

Entrambe le alternative che abbiamo disvelato ragionano del medesimo piano ideale e si pongono dunque come mere opzioni interne al nichilismo stesso. Sbailò ben sottolinea come questa dicotomia abbia infine ingabbiato il ripensamento delle categorie

<sup>19</sup> Così nel saggio citato.

<sup>20</sup> La dicotomia tra *Gemeinschaft* e *Gesellschaft* - che potremmo tradurre come comunità e società - si rifà alle teorie del sociologo tedesco Ferdinand Tönnies, che conia tale distinzione come strumento concettuale di analisi sociologica (la sua opera che riprende nel titolo queste due parole uscì nel 1887).



giuridiche di spazio e tempo, perfino quando se ne è tentata la decostruzione attraverso un approccio “qualitativo” al problema dello spazio giuridico. Nei moderni critici del nichilismo lo spazio qualitativo viene proposto come «alternativa – in una logica bivaloriale -rispetto a quella occidentale moderna, considerata inesorabilmente in declino»; al contrario, secondo Sbailò, essa «non è alternativa a quella occidentale, ma ne rappresenta piuttosto un’articolazione destinale»<sup>21</sup>. L’elemento ctonio diviene dunque una possibile declinazione del nichilismo, funzionale a volte rispetto alla costruzione giuridica, ma comunque pensata nel medesimo orizzonte dell’ἐπιστήμη. Consapevoli del carattere irreversibile del nichilismo e di quanto esso sia un elemento ineliminabile del discorso sulla scienza giuspubblicistica in Occidente, questa parte del globo, secondo Sbailò, è oggi posta in una nuova e inaspettata posizione di centralità. Vivendo una fase matura del processo di secolarizzazione giuridica, essa possiede di certo alcuni elementi di ricostruzione e valutazione che potrebbero avere un’utilità per visioni giuridiche altre, che questi processi hanno oggi solo in embrione. In questo momento storico è richiesto all’Occidente, grazie agli anticorpi che ha sviluppato, di gestire gli effetti culturali e sociali del successo della sua visione del mondo. Il fenomeno nichilista diviene dunque elemento di potenza, tale da fagocitare (secolarizzare) perfino i propri contrasti interni e «da maneggiare con cura»<sup>22</sup>, visto le possibili catastrofiche conseguenze che esso può avere nella sua declinazione sociale. L’esperienza europea e, più in generale, occidentale rispetto a queste dinamiche può divenire un elemento da valorizzare in una logica di spazio pubblico globale, da rifondare alla luce di esso.

Posizioni queste che richiamo, con una certa sintonia, l’analisi sul geodiritto di Natalino Irti, il quale vede nel nichilismo giuridico uno strumento ordinante, efficace in una realtà sociale pervasa e orientata dall’opzione economica. La costruzione del mercato globale, che «riduce i luoghi a un “dovunque”, tutti fungibili e sostituibili, tutti misurati dal grado di profitto»<sup>23</sup>, è in disarmonia con il concetto di confine e di appartenenza. A ciò si aggiunge il fattore tecnologico, che costruisce perfino «un non-luogo, uno spazio astratto e artificiale, che non risiede nella fisicità di alcun punto terrestre»<sup>24</sup>. Irti sottolinea allora come le forme di resistenza tellurica, incarnate dallo Stato nazione, giochino un ruolo nuovo, offrendosi alla scelta economica globale, così che «all’ordine giuridico del mercato subentra il mercato degli ordini giuridici»<sup>25</sup>. I soggetti globali possono scegliere di quale ordinamento statale servirsi per portare avanti i propri affari nella maniera più conveniente, così che tali ordinamenti si ritrovano in concorrenza, a lusingare e sollecitare le scelte delle imprese. Qui torna il tema dello spazio qualitativo ridotto a opzione del nichilismo, che però il giurista abruzzese porterà a conseguenze ulteriori.

<sup>21</sup> C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 164.

<sup>22</sup> “Nichilismo: maneggiare con cura” è il titolo efficace che Sbailò sceglie per le conclusioni del suo libro.

<sup>23</sup> N. IRTI, *ult. cit.*, 120.

<sup>24</sup> N. IRTI, *ult. cit.*, 120.

<sup>25</sup> N. IRTI, *ult. cit.*, 123.

Mercato globale e fattore tecnologico sono votati alla “s-confinatezza” e richiedono dunque un diritto che allo stesso modo possa svincolarsi dai luoghi e dagli spazi confinati, «sciogliersi dai *nomoi* terrestri e protendersi oltre la storica singolarità dei luoghi»<sup>26</sup>. L’artificialità kelseniana, come la chiama Irti<sup>27</sup>, cioè la forma giuridica pura del nichilismo, è la costruzione più funzionale a questo tempo, «dove giova, non la fedeltà ai luoghi, ma l’ardito oltre-passamento»<sup>28</sup>. La scelta giuridica secolarizzante però non può rinunciare all’elemento fondativo del diritto. Il mercato globale non può creare da solo il suo proprio diritto né è munito di garanzie coercitive autonome. Dovrebbe esistere per questo uno spazio giuridico di dimensioni globali, con proprie istituzioni e strumenti di coercizione. Mancando ciò, sono comunque gli Stati a dettare l’ordine giuridico dell’economia, fosse anche tramite il diritto internazionale convenzionale o comunque nell’applicazione dei rispettivi equilibri di forza. L’ultimo residuo ctonio ha ragione di essere solo in funzione dell’equilibrio nichilista, non negandolo ma esaltandolo perfino. Alla luce delle ultime osservazioni, si finisce allora per applicare le regole della secolarizzazione anche a quegli ultimi elementi che ad essa volevano resistere. Il processo di isolamento degli accidenti dalla loro immanenza, dalla loro dimensione ideologica lo abbiamo visto applicato anche al concetto di “spazio qualitativo”, il quale è dunque trasformato da elemento spirituale a elemento strumentale, a mero ingranaggio della catena nichilista. Con quali conseguenze?

Se il diritto rinuncia ad “essere” per farsi mero strumento, se arriviamo a distorcere la forza ordinante dell’istanza giuridica per renderla solo funzionale a qualcosa, neghiamo ogni potere di coesione all’esercizio della “*iurisdictio*”. Ne neghiamo il fondante legame con il senso di Giustizia, che è espressione inevitabile di un’etica condivisa, di una partecipazione ideale legata ad un luogo e a una *Gemeinschaft*. Potremmo miseramente dire di non essere più in grado «di dar vita ad una nuova costituzione (nel senso di *Verfassung*, e cioè come autentico atto di una volontà popolare, di un *ethos*), poiché l’idea stessa di costituzione è connessa all’esistenza riconosciuta di uno spazio determinato, alla possibilità di un Nomos territorialmente definito»<sup>29</sup>.

Per fuggire da questa resa, è necessario allora recuperare una dimensione spaziale del diritto, che non cada nel gorgo nichilista e che superi un certo approccio concettuale distonico ai temi schmittiani, proprio di certa dottrina e che in qualche modo Sbailò intuisce<sup>30</sup>, ben espresso da Massimo Cacciari, quando definisce *Der Nomos Der Erde* come

<sup>26</sup> N. IRTI, *ult. cit.*, 127.

<sup>27</sup> Per Irti, la teoria kelseniana trasforma la norma in “meccanismo di artificialità”, che non ha confini né limiti, ma essa è semplicemente «chiamata a soddisfare funzioni: e perciò se ne calcolano adeguatezza e inadeguatezza, costi e benefici, perdite ed efficienze» (N. IRTI, *ult. cit.*, 47). Ben nota il giurista abruzzese come una norma “artificiale” perde sì di radicamento, ma rafforza in maniera estrema la sua capacità normatrice, in quanto essa diviene «misura del suo vigore applicativo» (N. IRTI, *ult. cit.*, 54). Si può così parlare di “potenza dell’artificialità”.

<sup>28</sup> N. IRTI, *ult. cit.*, 127.

<sup>29</sup> Questa la constatazione di M. CACCIARI, *ult. cit.*, 125-126.

<sup>30</sup> «Per quel che riguarda l’Italia, la prestazione giuridica schmittiana ha consentito alla dottrina, in parte di risparmiarsi lo sforzo di un ripensamento delle proprie categorie giuridiche e del proprio ruolo sociale, declinando in chiave moralistica e con linguaggio catastrofico-oracolare le teorie del filosofo renano, in parte di liquidare il

«il grande libro che i giuristi non sapranno mai ascoltare»<sup>31</sup>. La rimonta dell'elemento spaziale in Schmitt, ben oltre la sua traccia meramente giuridica, si inserisce e va inquadrato in quel più ampio movimento filosofico novecentesco che, sviluppando una nuova teoria della temporalità, aveva recuperato il valore simbolico della Terra, espressione di cicli e armonie che si susseguono e si realizzano in una costante rigenerazione<sup>32</sup>. L'elemento terrestre si pone in una prospettiva metastorica, rilevando la connessione della vita con processi più ampi e al di fuori del tempo. Quel rapporto radicale tra Terra e uomo non si realizza allora in un atto di apprensione, ma in una contemplazione armonica. Assai efficace, in questo senso, l'utilizzo del mito di Anteo, «il gigante figlio di Poseidone e Gaia, invincibile fin quando poggia i piedi sul suolo terrestre, mentre perde le forze non appena viene sollevato da essa»<sup>33</sup>. Il rapporto con la Terra assume una dimensione ineliminabile e sacrale, che rimanda ad una appartenenza che non è solo sociale e giuridica, ma etica. Il radicamento del diritto nello spazio allora non si misura solo in termini di forza ordinante e definizione del *limes*, ma come adesione alla dimensione originaria della Terra, allo spirito tellurico che ha dimensione divina. Dice Cacciari che «i molti *nomoi* dell'uomo non garantirebbero di per sé alcun ordine – e alcuna *Ortung* – se non derivassero dal *nomos* divino. La loro vera radice è perciò quella che li collega alla cosmica Dike»<sup>34</sup>.

Siamo andati un po' avanti rispetto all'Autore renano, ma ben possiamo dire che questa nuova dimensione riconduce lo spazio al di fuori della logica nichilista. Non è più elemento di resistenza reazionaria, un mero tirante, comunque funzionale a tenere in piedi l'edificio. Il diritto si lega alla terra “anteicamente” (alla maniera di Anteo), nella necessità cioè di recuperare una dimensione di Giustizia “pre-potente” e “pre-posta”, spirituale e originaria, essa pure destinale e sempre possibile. Il legame con la terra non può che essere ontologico e dunque anti-nichilista.

Ecco allora che il diritto non può fare a meno di rivendicare una sua dimensione costituzionale (nel senso prima detto di *Verfassung*), che è radicamento e legame, coesione comunitaria e contrasto alla frantumazione, certo anche limite e garanzia. Ciò implica il ripensamento dello spazio giuridico secondo canoni qualitativi non funzionali alla secolarizzazione, ma adeguati a bilanciare in armonia la dimensione individuale e quella collettiva. La grande sfida del giurista moderno consisterà, forse, nel trovare il modo migliore di tenere Anteo con i piedi ben ancorati a terra.

---

ripensamento schmittiano delle categorie giuspubblicistiche in nome della sua portata violenta ed eversiva», così C. SBAILÒ, *ult. cit.*, 164.

<sup>31</sup> M. CACCIARI, *ult. cit.*, 105.

<sup>32</sup> G. Sessa propone di contestualizzare le tesi schmittiane attraverso una lettura sintonica proprio sul tema del recupero della Terra con altri due importanti e coevi autori tedeschi, Ernst Jünger e Martin Heidegger. In particolare, il filo rosso è segnato da tre opere dei tre autori, tra loro corrispondenti: *Terra e Mare* di Carl Schmitt (1942), *Al muro del tempo* di Ernst Jünger (1959) e *L'origine dell'opera d'arte* di Martin Heidegger (scritto tra il 1935 e il 1936). Così G. Sessa, *L'eco della Germania segreta*, Milano, Oaks Editrice, 2021.

<sup>33</sup> G. Sessa, *ult. cit.*, 78.

<sup>34</sup> M. CACCIARI, *ult. cit.*, 110.