



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2023 ANNO VIII n.16.

Qualche riflessione su istituzione e tutela dei diritti



2023 ANNO VIII NUMERO 16 – DOSSIER GOVERNO DELL'EMERGENZA

di Fabio Ciaramelli <https://doi.org/10.54103/2531-6710/21898>



SOCIETÀ E DIRITTI - RIVISTA ELETTRONICA 2023 ANNO VIII N.16

QUALCHE RIFLESSIONE SU ISTITUZIONE E TUTELA DEI DIRITTI

Fabio Ciaramelli

SOME REFLECTIONS ON THE ESTABLISHMENT AND PROTECTION OF RIGHTS

Riassunto

Il mio intervento è dedicato alle premesse filosofico-giuridiche dell'istituzione dei diritti. Nella sua prima parte, tratterò dell'istituzione del diritto come Kulturarbeit o opera di civiltà, mentre nella seconda parte tematizzerò la transizione dal diritto ai diritti e alla necessaria (e sempre più problematica) tutela di questi ultimi.

Parole chiave: Civiltà, barbarie, giustizia, schiavitù, legalità/legittimità.

Abstract

My paper is devoted to the philosophical-legal premises of the institution of rights. In the first part, I will deal with the institution of law as Kulturarbeit, while in the second part I will thematize the transition from law to rights and the necessary (and increasingly problematic) protection of the latter.

Keywords: civilisation, barbarism, justice, slavery, legality/legitimacy.

Fabio Ciaramelli

Professore ordinario di Filosofia del diritto

Presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II

Articolo soggetto a revisione tra pari a doppio cieco.

Articolo ricevuto il 15/9/23 approvato il 5/12/23

Il punto di partenza del mio ragionamento sarà un'osservazione di Werner Jaeger. Il celebre autore di *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, in un suo scritto minore, intitolato "Elogio del diritto", ragionando sulle origini della filosofia del diritto nel mondo greco, scrive che in epoca arcaica i Greci "vedevano il diritto nel suo *organico nesso con la civiltà* in senso largo", tanto che, per esempio, "nel pensiero omerico, *dike* era la linea di demarcazione tra la barbarie e la civiltà"¹.

La nozione di *dike* cui qui accenna Jaeger è la giustizia, che non coincide automaticamente col diritto, ma che invece costituisce un'esigenza o una rivendicazione (come vedremo tra poco, Freud dice *Anforderung*) che la civiltà avanza nei confronti del diritto e che, in conseguenza di ciò, non può esser considerata estranea a quest'ultimo. Ed è proprio quel "nesso con la civiltà" sottolineato da Jaeger a costituire il *trait d'union* tra diritto e giustizia, benché non possa esservi nulla che ne garantisca a priori l'identità (e, a dire il vero, neanche la contiguità).

Torniamo per un istante al ruolo attribuito alla giustizia come linea di demarcazione tra barbarie e civiltà. Ebbene, occorre riconoscere che una tale linea di demarcazione di fatto è stata ed è ancora molto fluida. Come suggerisce Walter Benjamin nel suo ultimo scritto sulla filosofia della storia, tutto il patrimonio culturale (*Kulturgüter*) cui mette capo il passaggio dalla barbarie alla civiltà "ha immancabilmente un'origine a cui non si può pensare senza orrore. Esso deve la propria esistenza non solo alla fatica dei grandi geni che lo hanno creato, ma anche alla schiavitù senza nome dei loro contemporanei. Non è mai documento di cultura senza essere, nello stesso tempo, documento di barbarie"².

Assodata questa interpenetrazione di civiltà e barbarie, attestata dalla plurisecolare presenza della schiavitù, dobbiamo chiederci in che cosa consista ciò che si chiama civiltà, in tedesco *Kultur*, che Freud si rifiutava di separare dalla *Zivilisation* (l'incivilimento)³ e che definiva come "la somma di tutte le opere e le istituzioni che distinguono la nostra vita da quella dei nostri antenati animali e che servono a due scopi: proteggere gli uomini dalla natura e regolare le relazioni tra gli uomini stessi"⁴.

A questo punto sarebbe necessario, anzi indispensabile, render conto di un altro quasi impercettibile spostamento lessicale e concettuale: il passaggio novecentesco dalla civiltà al singolare, per lungo tempo intesa come conseguimento unitario, opposto alla barbarie,

¹ W. Jaeger, "Elogio del diritto", in M. Cacciari – N. Irti, *Elogio del diritto*. Con un saggio di Werner Jaeger, La nave di Teseo, Milano 2019, p. 12 e p. 14, corsivo aggiunto (il saggio di Jaeger risale al 1947 e la trad. italiana di Edoardo Ruffini è apparsa originariamente nel 1948).

² W. Benjamin, *Angelus novus*, trad. R. Solmi, Einaudi, Torino 1962, p. 79.

³ Cfr. S. Freud, *L'avvenire di un'illusione* (1927), in *Opere di Sigmund Freud* (d'ora in poi OSF), a cura di C. Musatti, Bollati Boringhieri, Torino 1978 ssg, vol. 10, p. 43: "Mi rifiuto di separare civiltà e incivilimento", cioè *Kultur* e *Zivilisation*, benché il testo originale sia anche più sprezzante: "Ich verschmähe es, *Kultur* und *Zivilisation* zu trennen", S. Freud, *Die Zukunft einer Illusion*, in S. Freud, *Kulturtheoretische Schriften*, S. Fischer Verlag, Frankfurt a.M 1986, p. 140. Su differenza e connessione delle due nozioni, un'ottima sintesi è contenuta nel breve ma assai denso capitolo intitolato "Civiltà e incivilimento" in *Lezioni di sociologia*, a cura di M. Horkheimer e Th. W. Adorno, Einaudi, Torino 1966, pp. 102-115.

⁴ S. Freud, *Disagio della civiltà* (1929), in OSF, 10, p. 580.

all'idea d'una pluralità di civiltà al plurale, al cui interno la linea di demarcazione dalla barbarie è ancor meno nettamente definibile. Ricavo da un saggio cristallino di Giuseppe Galasso la seguente citazione: “L’universalità della civiltà come impresa generale e unificante dell’umanità nella sua marcia verso mete proclamate superiori, comunque poi le si concepisse e formulasse, ha ceduto così il passo alla particolarità – qualificata e graduata in base a determinati criteri – delle civiltà espresse da singoli popoli o ambiti storici”⁵.

Il fenomeno della schiavitù, dal quale prende le mosse Remo Bodei in *Dominio e sottomissione*, il suo ricchissimo testamento filosofico⁶, risulta presente trasversalmente nell’intera storia delle civiltà (rigorosamente al plurale), e mostra in esse la permanenza della barbarie, confermando l’osservazione di Walter Benjamin sulla loro inquietante convivenza.

Più precisamente, la schiavitù può esser considerata la “forma archetipica del rapporto disuguale” tra gli esseri umani⁷. Essa, perciò, si rivela anche più antica dell’idea di eguaglianza, la cui universalità, al centro dell’appassionata analisi storica di Aldo Schiavone⁸, risulta comunque derivata. In quanto forma originaria ed estrema della diseguaglianza, che precede e magari suscita la rivendicazione o la pretesa giuridica dell’eguaglianza, la presenza della schiavitù all’interno delle diverse civiltà umane evidenzia in esse la permanenza della barbarie.

L’ambivalenza o l’intreccio di civiltà e barbarie che Walter Benjamin scorgeva nei *Kulturüter*, cui mette capo il passaggio dalla barbarie alla civiltà, si riverbera sullo statuto stesso del diritto. Infatti, l’istituzionalizzando la schiavitù, facendone un istituto giuridico, il diritto, fin dai tempi dei romani, non ha sconfessato né abolito la schiavitù, e lo ha fatto soltanto in epoche molto recenti e in modo molto graduale. Sicché anche del diritto può e deve dirsi che non è mai un documento di cultura senza essere, al tempo stesso, un documento di barbarie.

La stessa schiavitù, per quanto originaria e costante nella storia delle civiltà umane, rimanda a ciò che essa stessa presuppone e che la rende possibile e comprensibile, cioè ad una preliminare “trasformazione degli esseri umani in ‘oggetti’ di scambio”; è esattamente una tale trasformazione che funge da norma, principio o criterio che istituisce la schiavitù come forma estrema della diseguaglianza. Una tale “trasformazione” è certo un fatto storico, concreto e descrivibile; ma non sarebbe stata possibile se non fosse stata a sua volta “immaginata e creata”⁹. In questo senso, la schiavitù, prima di dar luogo all’istituto giuridico in cui prende corpo e viene regolamentata la forma estrema della diseguaglianza, è stata un “significato immaginario”, in forza del quale gli esseri umani hanno preso a vedersi ed agire gli uni rispetto agli altri come “oggetti da possedere”¹⁰.

⁵ G. Galasso, *Nient’altro che storia. Saggi di teoria e metodologia della storia*, Il Mulino, Bologna 2000, pp.71-72, ma si veda tutto l’illuminante paragrafo intitolato “Civiltà, cultura, società”, pp. 70-79.

⁶ Cfr. R. Bodei, *Dominio e sottomissione. Schiavi, animali, macchine, Intelligenza Artificiale*, Il Mulino, Bologna 2019.

⁷ P. Rosavallon, *La società dell’uguaglianza*, trad. A. Bresolin, Roma 2013, pp. 38-40

⁸ Cfr. A. Schiavone, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino 2019.

⁹ C. Castoriadis, *L’enigma del soggetto. L’immaginario e le istituzioni*, a cura di F. Ciaramelli, Bari 1988, pp. 321-322

¹⁰ Ivi, p. 82.

E anche quando, dopo una sanguinosa guerra civile, la schiavitù come istituto giuridico è stata finalmente abolita negli Stati Uniti d'America, le norme segregazionistiche – retaggio morale, socio-culturale e quindi anche giuridico del precedente schiavismo – hanno a lungo potuto più o meno tranquillamente convivere col principio astratto dell'eguaglianza formale, in nome della ben nota dottrina denominata “separati ma eguali”, famigerato caso di “ipocrisia giuridica”¹¹, introdotta dalla Corte Suprema alla fine del 1800 e sconfessata dalla stessa Corte solo a metà degli anni Cinquanta del Novecento, allo scopo di smantellare la segregazione razziale nelle scuole e in altri luoghi della vita quotidiana.

Alla luce di queste considerazioni, la sfida e la minaccia maggiore alla civiltà non è tanto l'animalità – “la vita dei nostri antenati animali”, per riprendere le parole di Freud – da cui essa prende le mosse e da cui in punto di fatto si smarca, ma è invece la barbarie, che però l'attraversa e in cui si rendono visibili le conseguenze dell'umana pulsione al dominio, cioè l'aggressività intraspecifica, caratteristica propria della nostra specie. È la persistenza e la trasversalità della pulsione violenta di sopraffazione che rischia di affossare o neutralizzare *dike* (cioè l'esigenza o la rivendicazione di giustizia), continuando ad alimentare la barbarie all'interno stesso della civiltà.

L'istituzione del diritto va inquadrata nella strategia di contenimento delle pulsioni aggressive e distruttive, su cui Freud si sofferma nei suoi scritti degli anni Venti del Novecento. Tali pulsioni non risultano esterne al perimetro della civiltà, qualunque sia il modo in cui s'intende questa complessa nozione. Tra le opere della civiltà, tra le sue istituzioni, c'è anche il diritto, in quanto limitazione della forza e neutralizzazione degli effetti distruttivi di quest'ultima. Freud è molto chiaro nel ricondurre la forza bruta che il diritto si propone di governare alle pulsioni dei singoli, al loro particolarismo.

Dalla definizione freudiana di civiltà emergono due conseguenze: il diritto appartiene alla civiltà, e quest'ultima gli assegna un compito ben preciso, cioè l'autoregolazione delle relazioni interumane attraverso l'addomesticamento dell'aggressività e delle sue conseguenze autodistruttive. Precisa Freud: “Se questo tentativo [di regolare le relazioni sociali] non fosse stato fatto, i rapporti umani sarebbero soggetti all'arbitrio di ciascuno

¹¹ “L'ipocrisia istituzionale non si verifica semplicemente quando l'istituzione è ingannevole riguardo alle sue pratiche, ma quando quell'inganno si scontra con i valori morali professati dall'istituzione. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla dottrina ‘separati ma uguali’. La fine della guerra civile e l'adozione del tredicesimo e del quattordicesimo emendamento annunciarono una nuova prospettiva politico-morale dell'uguaglianza di fronte alla legge. A dispetto di queste nuove norme dichiarate, gli Stati del Sud crearono un sistema giuridico che fingeva di riconoscere l'uguaglianza degli schiavi appena liberati pur essendo progettato per soggiogarli. A seguito del Compromesso del 1877, inoltre, il governo federale acconsentì a questa farsa (...). Se è vero che nessuna grande istituzione potrebbe riorganizzarsi istantaneamente intorno a un nuovo insieme di norme, è impossibile descrivere la secolare adozione della dottrina “separati-ma-eguali” se non come l'erosione giuridica della promessa di eguaglianza del quattordicesimo emendamento”, Ekow N. Yankah, “Ipocrisia giuridica”, in *Lessico di etica pubblica*, 2 (2020) pp. 95-96. E più avanti si legge quanto segue: “In precedenza abbiamo richiamato l'esempio della dottrina ‘separati ma uguali’. Perché preoccuparsi di questa finzione? Nessuno poteva seriamente credere che i neri fossero trattati allo stesso modo o che essere esclusi da ampie porzioni della vita pubblica fosse qualcosa di meno grave di un'umiliazione quotidiana. Comprendere le finalità dell'ipocrisia chiarisce la ragione della finzione. Un regime di “separati-ma-eguali”, anche se solo di nome, proteggeva attivamente le Jim Crow South, che duravano da quasi un secolo, rendendo a parole un servizio all'uguaglianza, mitigando il bisogno di giustificare ciò che non poteva più esserlo in base al principio giuridico professato. Invocare le promesse dell'uguaglianza all'interno del Tredicesimo e del Quattordicesimo emendamento in realtà servì da argine istituzionale, a supporto dell'argomentazione dei sudisti bianchi che gli Afro-americani dovessero osservare la legge. Ciò non significa che gli Afro-americani fossero confusi, ma che l'ipocrisia placò la più ampia comunità (bianca)”, *ivi* p. 103.

[...]. La coesistenza umana diventa possibile solo se si perviene a una maggioranza più forte di ogni singolo individuo e in grado di rimanere coesa contro ciascun singolo. Il potere di questa comunità si oppone allora in quanto ‘diritto’ al potere del singolo, che viene condannato come ‘forza brutta’. Questa sostituzione del potere della comunità a quello del singolo è il passo decisivo verso la civiltà”¹².

Si badi che in questo ragionamento, il diritto non è visto coincidere puramente e semplicemente con la forza, anche se non è possibile concepirlo come fenomeno sociale privo di forza. Ma la differenza tra la forza arbitraria di ciascuno, cioè di ogni singolo nella particolarità della sua autoaffermazione pulsionale, e la forza comune o pubblica, protesa alla difesa della collettività, non è di ordine meramente quantitativo¹³.

Il potere comune che l’istituzione della civiltà oppone come “diritto” alla forza privata di ciascuno non è solo maggiore della forza dei singoli ma, in quanto istituzione sociale, nasce da una *trasformazione qualitativa* della forza fisica. L’istituzione, insomma, non è la semplice somma delle prerogative individuali, ma una nuova capacità collettiva, la cui prima e più originaria prestazione consiste nel fornire agli individui degli ‘oggetti sociali’ di investimento su cui far confluire l’energia delle loro forze pulsionali¹⁴. Dissuadendo gli individui dall’uso esclusivo della forza fisica e inducendoli all’azione condivisa, l’istituzione della società è la fonte della civiltà, ciò che consente a quest’ultima di non soccombere di fronte alla barbarie della prevaricazione e dell’aggressività.

In questo caso, la coesione sociale sostituisce l’arbitrio dei singoli col potere del diritto. Quest’ultimo, perciò, è fin dall’inizio pensato da Freud non come il monopolio dell’uso legittimo della forza di cui l’istituzione s’attribuirebbe l’esclusiva, ma al contrario come una forma storico-sociale di trasformazione qualitativa della forza, un modo per denaturalizzare quest’ultima, subordinandola alla coesione sociale. Ciò presuppone che quest’ultima non si riduca alla dilatazione spaziale della forza del presente, di cui può fare esperienza più o meno arbitrariamente ciascuno. Al contrario, la coesione sociale presa di mira dal diritto comporta la costruzione di processi condivisi di costruzione del futuro.

A questo punto, il testo di Freud accenna ad un’ulteriore esigenza o rivendicazione [*Anforderung*] della civiltà, e precisa che tale esigenza è quella della giustizia. Quest’ultima comporta la garanzia che l’ordinamento giuridico, una volta stabilito, non venga infranto a favore di un singolo¹⁵.

¹² OSF, 10, p.585.

¹³ Com’è noto, nel *De Civitate Dei*, Agostino riporta la risposta d’un pirata catturato ad Alessandro Magno, che gli domandava quale “idea gli fosse venuta in mente per infestare il mare. E quegli con franca spavalderia: La stessa che a te per infestare il mondo intero; ma io sono considerato un pirata perché lo faccio con un piccolo naviglio, tu un condottiero perché lo fai con una grande flotta”.

¹⁴ In questo consiste lo specifico di ciò che la psicoanalisi chiama sublimazione, cui Freud fa allusione in un passo successivo, mettendo in luce il parallelismo o la circolarità tra istituzione e sublimazione. Cfr. OSF, 10, p. 587 (ma si veda anche p. 571).

¹⁵ Ecco il testo originale: “*Die nächste kulturelle Anforderung ist also die der Gerechtigkeit, d. h. die Versicherung, daß die einmal gegebene Rechtsordnung nicht wieder zu Gunsten eines Einzelnen durchbrochen werde* (La successiva esigenza della civiltà è quindi quella della giustizia, cioè l’assicurazione che l’ordinamento giuridico, una volta fissato, non sia più infranto a vantaggio di un singolo)”, S. Freud, *Das Unbehagen in der Kultur*, (1929), in S. Freud, *Kulturtheoretische Schriften*, cit., p.220. Per la versione italiana, qui leggermente modificata, cfr. OSF, 10, p. 585.

Con questo riferimento alla giustizia, presentata come ulteriore richiesta della civiltà e consistente nell'evitare sperequazioni tra i singoli partecipanti alla vita in comune, entra in gioco l'esigenza d'una *giustificazione* della legalità istituita, l'esigenza cioè d'una strategia mirante a metterla in discussione per valutarla nell'ottica della sua trasformazione, cioè della sua perfeffibilità. Di per sé stesso, l'ordinamento giuridico di volta in volta istituito non soddisfa automaticamente quest'ulteriore richiesta della civiltà, costituita precisamente dalla giustizia. È all'altezza d'una simile esigenza solo un ordinamento giuridico che si dimostri capace di garantire l'eguaglianza tra i consociati, e che perciò eviti di cedere alle pretese dei più forti.

Senonché, per far questo, cioè per soddisfare questa ulteriore esigenza della civiltà relativa alla giustizia del diritto, l'ordinamento giuridico deve poter essere messo in discussione. La giustificazione o legittimazione della legalità istituita è il modo con cui nell'ordinamento giuridico di volta in volta stabilito si fa spazio all'esigenza della giustizia. Il fatto che quest'ultima sia un'ulteriore o una successiva richiesta della civiltà rispetto all'istituzione dell'ordinamento giuridico non significa in alcun modo che la giustizia possa esser considerata *esterna* al tenore di senso di ciò che precedentemente lo stesso testo aveva definito "diritto", ponendo tra virgolette questa parola. Rileggiamo il passo già citato: "Il potere di questa comunità si oppone allora in quanto 'diritto' al potere del singolo, che viene condannato come 'forza bruta'. Questa sostituzione del potere della comunità a quello del singolo è il passo decisivo verso la civiltà"¹⁶.

Alla luce di quanto detto, l'esigenza di giustizia non è altro che il compimento o la realizzazione del "diritto". Tra quest'ultimo e la giustizia, non vi è piena coincidenza ma neanche totale estraneità. Ma tutto questo, come Freud si affretta a precisare, "non determina il valore etico di tale diritto. L'ulteriore percorso dello sviluppo civile sembra volto a far sì che questo diritto non sia l'espressione della volontà di una comunità ristretta – casta, classe o etnia – che a sua volta tenti di soverchiare, alla maniera di un individuo violento, altri gruppi di persone, magari più numerosi. L'esito finale deve [soll] essere un diritto a cui tutti [...] abbiano contribuito con il sacrificio delle proprie pulsioni e che non lasci nessuno [...] in balia della forza bruta"¹⁷.

Se tra gli Stati in lotta tra loro ritornano in primo piano il mero rapporto di forze, la contrapposizione conflittuale e la prevaricazione dei più deboli, contrariamente a quanto accade nella prospettiva hegeliana, non ha senso parlare d'un valore etico del diritto. Qui non c'è nessuna filosofia della storia come compimento, superamento o inveramento della filosofia del diritto¹⁸. Le esigenze della civiltà esigono che la civilizzazione della forza e la rivendicazione egualitaria della giustizia non si limitino al livello dei rapporti interni ai singoli Stati, ma abbiano ricadute sul piano delle relazioni esterne degli Stati tra loro. Perciò, il valore etico del diritto potrà essere determinato o deciso esclusivamente nella

¹⁶ OSF, 10, p. 585.

¹⁷ OSF, 10, pp. 585-6.

¹⁸ Cfr. E. Weil, *La "Filosofia del diritto" e la filosofia hegeliana della storia*, in E. Weil, *Hegel e lo Stato e altri scritti hegeliani*, a cura di A. Burgio, Guerini, Milano 1988, pp. 231-249.

prospettiva della sua universalizzazione, cioè della sua capacità di istituire forme sempre più universali di civilizzazione della forza, superando l'intrinseca limitatezza territoriale del diritto.

L'esigenza – ma anche l'estrema difficoltà – di questa universalizzazione è legata alla virulenza e alla diffusione delle pulsioni aggressive che obbligano la civiltà a un grande dispendio di energie. Questa ostilità primigenia costituisce la più grave minaccia di disintegrazione della società civilizzata. Poiché sa bene che passioni pulsionali sono più efficaci degli interessi razionali, Freud non può non riconoscere che lo sforzo della civiltà volto a contrastare questo “fattore molesto” ha avuto risultati finora molto scarsi. Deriva da qui un'affermazione come la seguente: “La civiltà spera di prevenire gli eccessi più rozzi della forza bruta, riservando a sé stessa il diritto di esercitare la violenza contro i trasgressori, ma la legge non è riuscita a fare nulla contro le manifestazioni più discrete e sottili dell'aggressività umana”¹⁹. La psicoanalisi non ha la presunzione di dettar soluzioni al problema della violenza nella storia umana. Può solo aiutare a lumeggiarne le origini, individuando l'inizio della violenza nell'inclinazione individuale all'aggressività. Per questa ragione, la strada da percorrere per limitarne le conseguenze più devastanti non può essere solo quella della coercizione, dal momento che la repressione violenta delle esplosioni individuali o collettive di forza bruta è a sua volta espressione di aggressività.

In conclusione, per quanto fragile, l'unico antidoto possibile alla proliferazione dell'aggressività è la *trasformazione qualitativa* della forza, cioè la neutralizzazione degli effetti distruttivi e autodistruttivi dell'aggressività, mirante all'allargamento della coesione sociale, nella speranza che, attraverso la giustizia egualitaria, tale coesione superi le frontiere dei singoli Stati e possa universalizzarsi su scala planetaria. Probabilmente Freud, che in più occasioni aveva invitato Hans Kelsen a partecipare ai suoi seminari²⁰, se avesse potuto leggere la conclusione d'un tardo saggio kelseniano sul perché obbedire al diritto, si sarebbe anche lui iscritto tra “coloro che interpretano le mutue relazioni tra gli Stati non come meri rapporti di potere, ma come rapporti giuridici, come obblighi, diritti, e responsabilità”²¹.

Mi avvio verso la conclusione. Da quanto precede, emerge chiaramente il radicamento del diritto nella materialità dell'istituzione politica del sociale. Rispetto al delineato scenario pre-giuridico, attraversato da tensioni e conflitti alimentati dall'aggressività intraspecifica, l'istituzione del diritto come *Kulturarbeit* si pone come civilizzazione della forza bruta, che però non riesce ad effettuare una netta e definitiva demarcazione tra civiltà e barbarie. Quest'ultima continua a minacciare dall'interno la convivenza civile, al cui interno confliggono interessi contrastanti.

¹⁹ OSF, 10, p. 588.

²⁰ Sui rapporti tra Kelsen e Freud, oltre al sempre valido lavoro di M.G. Losano, “I rapporti tra Kelsen e Freud”, *Sociologia del diritto*, II, 1977, 1, pp. 142-151, si veda da ultimo F. Lijoi– F.S. Trincia, *L'anima e lo Stato. Hans Kelsen e Sigmund Freud*, Morcelliana, Brescia 2015 (ivi ulteriore bibliografia).

²¹ H. Kelsen, “Perché obbedire al diritto” (1957), in ID., *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi*, cit., p. 177. Sul diritto come civilizzazione della forza che anima la ricerca di Kelsen, ho avuto ben presenti le ricchissime suggestioni di B. de Giovanni, *Kelsen e Schmitt. Oltre il Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli 2018.

Con i massacri della Seconda guerra mondiale, per riprendere un'efficace immagine di Emmanuel Levinas, “le contraddizioni che lacerano il mondo ragionevole, il quale si presumeva basato sulla legislazione trascendentale”²², hanno definitivamente messo in discussione l'identificazione a priori di legalità istituita e legittimità. Lo Stato legislativo di diritto poteva ancora farvi affidamento, in nome della presupposta equazione tra legalità e razionalità. Ma dopo il totalitarismo la validità formale e procedurale del diritto vigente non può esser più ritenuta da sola garanzia sufficiente di demarcazione tra civiltà e barbarie. Non c'è nessuna forma di legalità istituita che a priori – in base ad astratte considerazioni metodologico-giuridiche – possa dirsi con certezza rappresentare quella necessaria linea di demarcazione, che secondo Jaeger un tempo era rappresentata da *dike*.

Nasce da qui l'esigenza d'una ininterrotta vigilanza. In tal modo, l'attenzione al radicamento materiale delle prestazioni giuridiche diventa imprescindibile. Ciò si traduce soprattutto nel riconoscimento del dinamismo “gius-generativo” delle situazioni concrete, produttive di nuovi significati densi di implicazioni giuridiche, di cui i vertici istituzionali non possono non tener conto²³.

La transizione dalla dimensione oggettiva e astratta del diritto alla concretezza dei diritti passa da questa messa in discussione della (indiscussa validità della) legalità istituita. I diritti non discendono deduttivamente dal diritto. La legalità istituita non ne è la sfera sovrastante, in cui essi sarebbero logicamente già contenuti, prima di venir “calati nella giurisdizione”. Al contrario, i diritti emergono “dallo scontro fra interessi contrapposti”; emergono cioè come richiesta di salvaguardia e tutela degli interessi più deboli. Il fatto che interessi fino ad un certo punto sconosciuti e calpestati vengano riconosciuti meritevoli di tutela pubblica è una conquista sociale e storica, l'esito d'un conflitto sociale e politico. I diritti, insomma, “non stanno fuori della storia – nella natura o nella mente del legislatore – in attesa di venire storicizzati”, ma, come ha scritto Roberto Esposito, costituiscono “i punti di tensione interna del sistema giuridico che a un certo momento rompono le sue maglie formali, creando di fatto un nuovo sistema, destinato anch'esso a mutare sotto la pressione di ulteriori punti di insorgenza”²⁴.

Prima di quelli che oggi sono considerati diritti inviolabili o principî intangibili, vi sono state rivendicazioni, conflitti culturali e sociali, lotte politiche. La conquista di questi diritti ha capovolto gerarchie e visioni del mondo date per scontate, e addirittura giustificate in nome d'immutabili leggi di natura. Si pensi, per tornare al punto da cui eravamo partiti, alla schiavitù: tutto un filone del giusnaturalismo classico, basandosi peraltro su un celebre passo di Aristotele, non vi ha visto nulla di scandaloso né di obbrobrioso, ma al contrario ne ha fornito una giustificazione basata sul cosiddetto diritto naturale.

²²E. Levinas, *Humanisme de l'autre homme*, Fata Morgana, Montpellier 1972, p. 87 (« *les contradictions qui déchirent le monde raisonnable, issu prétendument de la législation transcendante* » ; trad. A. Moscato, *il melangolo*, Genova 1985, p. 119).

²³Faccio qui riferimento all'attività di costante ridefinizione delle pratiche sociali che Robert Cover chiama *jurisgenesis*, alludendo alla creazione di significato giuridico prodotto dal basso e non dall'alto, che alla lunga il potere politico non mancherà di recepire: cfr. R. Cover, *Nomos e narrazione. Una concezione ebraica del diritto*, a cura di M. Goldoni, Giappichelli, Torino 2008.

²⁴R. Esposito, *Istituzione*, cit., pp. 145-146.

In una congiuntura come l'attuale, in cui alcuni leader politici, forti del consenso di massa di cui per svariate ragioni riescono a godere, teorizzano la necessità della democrazia illiberale, cioè di regimi politici i cui vertici possano legiferare e governare senza i "lacci e laccioli" imposti dal rispetto dei diritti costituzionali, vale la pena di ricordare che questi ultimi costituiscono la base della legittimazione democratica. Ciò che la rende tale, non è solo il riferimento al *demos*, cioè concretamente agli interessi e alle opinioni della maggioranza, ma al tempo stesso la salvaguardia attiva della pluralità degli interessi e delle opinioni presenti nella società, a partire dunque dal rispetto delle minoranze. Se e quando la legittimazione attraverso il consenso entra in rotta di collisione con la legittimazione propriamente giuridica, garantita dal rispetto dei diritti, cioè dalla richiesta di giustizia, allora siamo di fronte al rischio di derive antidemocratiche, come la storia del Novecento ci dovrebbe aver insegnato.

La forza dei numeri non è sufficiente a legittimare la legalità istituita. Tuttavia, gli stessi diritti non costituiscono un adeguato principio di legittimazione democratica se ci si limita a proclamarli astrattamente, senza verificarne la consistenza effettiva, cioè senza un'adeguata tutela giurisdizionale. Quest'ultima è parte integrante dell'istituzione dei diritti.