



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Francesco Mancuso e Valeria Giordano

**Ombre del diritto.
A mo' di introduzione**

Numero Speciale Anno 2022

Ombre del diritto

(a cura di F. Mancuso e V. Giordano)

Materiali dai seminari del PRIN 2017

'The Dark Side of Law'

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider Aruba S.p.A
Piazza Garibaldi, 8
52010 Soci AR
Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482
P.I 01573850616 – C.F. 04552920482.

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

I saggi che compongono questo numero speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.

In Redazione per questo numero speciale: M. Luciano (Univ. Salerno), P. Pasquino (Univ. Salerno).

Ombre del diritto. A mo' di introduzione¹

1. È doveroso innanzitutto rivolgere un sentito, grande ringraziamento alla Direttrice Laura Solidoro per aver ospitato in questa assai prestigiosa rivista il numero monografico *Ombre del diritto*, che raccoglie alcuni dei contributi, multidisciplinari, discussi durante i seminari del PRIN 2017 *The Dark Side of the Law: When discrimination, exclusion and oppression are by law*. Il legame teorico che lega saggi apparentemente così diversi è costituito dalla questione della violenza nei suoi molteplici rapporti con il diritto. Si tratta di un nesso che è fondamentalmente, per usare le parole di Heinrich Popitz, genealogico: il diritto certamente sorge come reazione alla diffusività della violenza, come limite posto all'‘illimitato’ (il sostantivo viene sottolineato da Sergio Cotta) della violenza incrementale, ma è esso stesso impotente se non efficace, dunque, se privo di quei meccanismi sanzionatori che sono, di fatto, forza applicata, potere, e pertanto, sempre per usare le fondamentali griglie ermeneutiche di Popitz, violenza. Nel porre una tesi siffatta, che non è certo nuova e che lega autori così diversi come Hobbes e Kelsen, Burckhardt e Sofsky, Tucidide e Weber, due sono i rischi esiziali che potrebbero offuscare un'analisi realistica (ma non cinica) del fenomeno: il primo è quello di immaginare il diritto come progressivamente trionfante nella meritoria opera di mascheramento del volto di Gorgone del potere e di incivilimento rispetto a una violenza barbarica, retaggio di un passato oscuro. Un idealismo tutto centrato sulla primazia del diritto e dei diritti, a cui però sfuggono sia la distanza tra validità e l'efficacia delle norme di tutela, garanzia e promozione della persona, sia le contraddizioni dell'universalismo, sia la debolezza della immunizzazione dalla violenza: le trasformazioni del nome e della ‘cosa’ guerra, la sua riemergenza in forme ibride,

¹ Le parti 1 e 3 sono di Francesco Mancuso; la parte 2 di Valeria Giordano. Dedichiamo questo numero a Paolo Grossi, maestro di diritto e di umanità.

l'impotenza delle istituzioni sovranazionali, la riemersione di volti della sovranità in 'presentat'arm' (autore della felice espressione è Hauke Brunkhorst, in riferimento a quel nucleo antiggiuridico della dottrina tradizionale della sovranità che veniva considerato come 'problema' e categoricamente rifiutato da Hans Kelsen), la non scomparsa del nazionalismo aggressivo, per non fare che un solo esempio rivolto alla tragica attualità politica, sono tutte smentite della bella ma non propriamente effettiva teodicea di una progressiva irreggimentazione della violenza (del dominio, dell'arbitrio, dell'assoggettamento) ad opera dei diritti e del diritto. Dinanzi alla riemersione della potenza disordinante, guerreggiante, annichilente, rispetto alla forza che pretende di farsi norma, il diritto svela il suo essere delicata, fragile tessitura esposta a repentini strappi, evidenzia il suo venir sempre 'dopo' il fatto, il nudo fatto della forza.

Ma vi è anche un altro rischio, che è quello, forse ancora più esiziale del precedente, di concepire il diritto come indistinguibile dalla violenza, come brutalità in forme diverse, tutt'altro quindi che un 'addomesticamento' della mera forza: in questa prospettiva il diritto sarebbe una raffinata, ma non per questo meno feroce emanazione dalla violenza e del dominio, di quella asimmetria che connota il potere di azione (che è violenza)²: la definizione benjaminiana del diritto inteso come intrinsecamente 'marcio' ha certo trovato molti seguaci entusiasti, ma sicuramente non ha giovato a una comprensione critica di un intreccio, quello tra diritto e violenza, che non è indistinzione, e che, pertanto, nonostante le continue smentite storiche, non è cancellazione dell'orientamento tendenziale del diritto a una messa in discussione, alla limitazione, all'ordinazione del potere e della sua violenza, alla istituzionalizzazione e contenimento della forza, alla tutela della persona, al suo essere contemporaneamente un meccanismo sfiduciario-sanzionatorio che però necessita di una trama relazionale e fiduciaria (sul tema in particolare invito a leggere la ricca

² «La forma più diretta di potere è il puro potere di azione: il potere di recare danno agli altri con un'azione diretta contro di essi, il potere di 'fare qualcosa' agli altri», H. POPITZ, *Fenomenologia del potere*, trad. it., Bologna, 1990, 65.

discussione, presente in questo numero, intorno a *La legge della fiducia* di Tommaso Greco). Una posizione genuinamente critica è, forse, quella mediana tra queste due polarità, che potremmo esemplificare, mediante Henri Bergson, nella compresenza, sul piano storico, sociale, antropologico e politico, dell'*homo homini Deus* e dell'*homo homini lupus* (sebbene il pensatore francese ponesse, prima di Schmitt e sicuramente da costui letto, non la compresenza degli opposti, che, nel caso della guerra civile diventa una sorta di cortocircuito tale per cui l'interno diventa l'assolutamente altro e assolutamente nemico, ma una sorta di bipartizione della politica come rapporto tra concittadini e rapporto, potenzialmente ostile, con lo straniero). Posizione, quella prima accennata, che è mediana non per ambiguità ma perché consapevole (come ha notato in un importante saggio Pietro Costa) della relazione 'iperdialettica' tra diritto, diritti e violenza, tra integrazione ed esclusione, tra ordine e conflitto, tra fiducia e sospetto, tra norma ed eccezione: una relazione «che non sfocia hegelianamente in una sintesi superiore e pacificata, ma si sviluppa come un'insuperabile compresenza dei contrari»³.

2. E forse è proprio tale compresenza a rappresentare oggi una delle sfide al diritto maggiormente complesse e non più eludibili. Dinanzi ai mutamenti che attraversano il diritto e alla rinnovata riproposizione della violenza strutturale che attanaglia le istituzioni politiche sempre più segnate da un continuo rischio sistemico e da un inedito genere di insicurezza, l'analisi dei diversi profili di complessità di tale indissolubile relazione accompagna questo volume, sollecitando una molteplicità di interrogativi la cui risposta non appare per nulla scontata. Alzare il sipario su tale dialettica significa pertanto ampliare l'orizzonte sui fondamenti su cui si regge la scienza, sulle categorie utilizzate per decodificare una realtà complessa e diversificata, verificando la loro tenuta alla luce delle pratiche effettive e dei concreti assetti politico-istituzionali, senza lasciare in penombra l'intreccio vitale

³ P. COSTA, *Lo Stato tra violenza e diritto: una parabola moderna*, in *Violenza e politica. Dopo il Novecento*, a cura di F. Tomasello, Bologna, 2020, 36.

diritti-poteri-soggetti a cui è affidato il destino delle nostre democrazie. Tematiche spinose che riaccendono questioni di senso sulle radici dell'esperienza umana e del legame sociale e che ridisegnano i confini dell'intersoggettività e del riconoscimento in un orizzonte segnato dalla proliferazione delle condizioni di vulnerabilità sociale. Proprio tale categoria appare oggi imprescindibile per una rilettura delle ragioni dell'ordine politico legata all'ontologia dell'umano e per smascherare al tempo stesso la proliferazione di condizioni di marginalità sociale e di discriminazione economica, sociale e di genere. Proprio quest'ultime, del resto, tendono oggi a riconfigurarsi in maniera subdola, in quanto spesso celate nella retorica neoliberale e avvolte dalla magia innescata dalla violenza simbolica: una violenza dolce ed invisibile che supera la dicotomia coercizione/consenso perché esercitata con il consenso inconsapevole di chi la subisce e che cela i rapporti di dominio strutturanti la relazione, registrando come differenze di natura tratti distintivi naturalizzati in *habitus* sociali (seguendo la magistrale prospettiva di analisi tracciata da Bourdieu). Utilizzare la vulnerabilità come griglia di intelligibilità della realtà sociale così come delle istituzioni politiche e del diritto stesso significa allora non limitarsi ad una lettura soltanto antropologica di tale categoria – nella quale l'esposizione ad attacchi corporali origina dalla limitatezza costitutiva della natura umana – ma coglierne altresì le forme politiche e sociali oggi rivestite, che originano dalla contrazione delle capacità individuali e collettive dei soggetti e che riflettono inevitabilmente disfunzioni e distorsioni nell'accesso a uguali opportunità e la riproduzione incessante di dinamiche fortemente escludenti. Agire attraverso questo paradigma riconduce infatti il discorso giuridico alla fragilità e alla finitezza dell'esperienza umana e ci interroga di continuo sulle ragioni dell'esistenza del diritto stesso. Al contempo, apre nuove prospettive di analisi e confronto sui temi del vivente e sulle sfere della soggettività e dell'identità e ridisegna traiettorie sconosciute all'interno del diritto: riequilibrando posizioni soggettive in bilico e asimmetrie persistenti, per lo più situate lungo gli assi del genere e della razza e rendendole finalmente visibili. Questioni che naturalmente si intersecano con le

problematiche della cittadinanza e con le sue esclusioni differenziali, così come con quelle della politica democratica, caratterizzata sempre più spesso da una cesura con la società e da una riduzione delle forme di partecipazione dei cittadini alle istituzioni politiche, sempre più politicizzate e de-simbolizzate. Porre luce sulle aporie e sulle contraddizioni del diritto consente pertanto una riflessione ad ampio raggio sulle dinamiche di disuguaglianza e di discriminazione che lo smantellamento del Welfare e la svolta neoliberale hanno inevitabilmente radicalizzato, e di assorbire all'interno del dispositivo giuridico, attraverso l'adozione di una prospettiva situata, la poliedricità delle dinamiche sociali, culturali, politiche ed economiche generate dalla contrazione dei diritti sociali e che sollevano questioni di giustizia e richieste di tutela. Tali dinamiche rinfuocano, nel gioco dei contrari, i lemmi dell'universalismo e del particolarismo, mostrando la tensione costante fra costrutti formali e aspettative di riconoscimento. Dilemmi ed ambivalenze che il giurista contemporaneo è chiamato a sciogliere mettendo in chiaro scuro l'essenza del diritto: «né una cortecchia rinsecchita, né una corazza che soffoca la libera crescita di una comunità»⁴, ma radice di una civiltà, da cogliere nel profondo della sua storia, nella identità più gelosa di una coscienza collettiva.

3. Una caratteristica che accomuna pressoché tutti i saggi pubblicati in questo numero è proprio la capacità di notomizzare le ambiguità costitutive del rapporto tra potere (linguaggio) e diritto senza assumere posizioni ambigue o peggio semplicistiche. Ciò, insieme alle diverse provenienze disciplinari dei partecipanti, rende oltremodo suggestiva e penetrante l'indagine e riflette appieno, da più punti di vista, lo spirito della ricerca PRIN che ne sta alla base e i suoi scopi: attraversare i territori liminari del diritto, al fine di preservarne l'orientamento all'emancipazione dal dominio e dalla violenza. Il titolo del presente numero speciale della rivista, *Ombre del diritto*, che è anche lo stesso di una collana editoriale diretta emanazione del progetto di ricerca di interesse nazionale *The Dark Side of the Law* e che è di imminente

⁴ P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2006, 22.

pubblicazione per i tipi di Castelvocchi, riflette la metodologia d'indagine chiaroscurale che accomuna percorsi di analisi e oggetti di studio anche molto diversi: l'idea che nella pienissima ombra, ma anche nella pienissima luce, nulla possa essere visto. «La pura luce e la pura oscurità son due vuoti, che son lo stesso. Solo nella luce determinata – e la luce è determinata dall'oscurità –, quindi solo nella luce intorbidata, si può distinguer qualcosa. Parimenti qualcosa si distingue solo nell'oscurità determinata – e l'oscurità è determinata dalla luce –, quindi solo nell'oscurità rischiarata». Ed è con queste parole, tratte dalla *Scienza della logica* di Hegel, che invitiamo alla lettura dei tanti bei saggi che seguono.

FRANCESCO MANCUSO
VALERIA GIORDANO