

GIUSNATURALISMO «COMUNITARIO» E «SOCIETARIO»:
IL CONTRIBUTO DI ERNST FRAENKEL
(a 60 anni dalla pubblicazione di *The Dual State*)

Stefano Carloni

La fine di un secolo segnato dall'immane tragedia del totalitarismo, nelle due ipostasi del nazionalismo razzista e del collettivismo ateo (veri "fratelli nemici"), sembra preludere ad una crisi irreversibile del loro "padre" naturale: il positivismo statualista che dalla metà dell'800 era diventato il verbo ufficiale della quasi totalità dei giuristi, inducendoli a metter da parte – quale retaggio di ubbie metafisiche (*silete theologi in munere alieno!*) – ogni preoccupazione per il contenuto di giustizia delle norme promananti *hic et nunc* dalla volontà del legislatore, e creando l'illusione di aver trionfato, una volta per tutte, del suo millenario nemico: la dottrina del *diritto naturale*. Che il giusnaturalismo non sia affatto estinto, ma anzi stia conoscendo un nuovo rinascimento (a conferma che esso incarna istanze fondamentali dell'animo umano, destinate a riproporsi continuamente all'attenzione degli studiosi¹) è testimoniato non soltanto dalla sempre maggiore importanza assunta dal tema dei *diritti umani* e della loro violazione da parte di regimi più o meno apertamente dispotici – diritti che non possono esser presi sul serio fino in fondo, senza riconoscere loro un fondamento *assoluto*, come è dato dall'uguale natura umana² – ma anche dall'interesse che le tematiche giusnaturalistiche iniziano a suscitare presso ambienti intellettuali ad esse finora apertamente ostili, come quello (*lato sensu*) marxista³.

Quanto detto, però, non deve indurci a cadere in semplificazioni arbitrarie: il giusnaturalismo non è infatti *una* teoria, ma un *arcipelago* di dottrine che

¹ Giustamente Heinrich ROMMEN, già nel 1936, parlava di un *eterno ritorno del diritto naturale* (*Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, J. Kösel, München, trad. di G. Ambrosetti, Studium, Roma 1965).

² Una conferma dell'assunto di cui al testo, che il problema dei diritti umani sia costitutivamente giusnaturalistico, è data ad es. dalla teoria di recente formulazione, ispirata dal magistero di Giovanni Paolo II, della "ingerenza umanitaria", la quale costituisce una riproposizione della dottrina medievale della "guerra giusta": solo attribuendo ad ogni popolo della terra il *dovere* di tutelare le spettanze *innate* di tutti gli individui e minoranze, anche al di fuori dei propri confini, sembra possibile infrangere la barriera costituita dal «sacro egoismo delle nazioni» e confutare l'accusa di "interferenza negli affari interni" di uno Stato *rogue*.

³ Il numero 2/2001 della rivista «Micromega» (storica bandiera della sinistra italiana) contiene una serie di interventi (di Bolaffi, Rodotà, Givone, Galli, Esposito) sull'attualità del diritto naturale, oltre a un confronto postumo fra Ernst Cassirer – il quale nell'imminente ascesa di Hitler al potere richiamava il ruolo storico svolto dal giusnaturalismo a presidio della libertà e dignità dell'uomo – e un Hans Kelsen a tal punto irrigidito nel suo formalismo, da liquidare in pochissime parole (nel 1963!) gli orrori dei *lager* e dei *gulag*.

differiscono (talvolta sino all'opposizione) tanto nel contenuto "materiale" dato al termine «natura», quanto nelle conclusioni di tipo etico-politico-giuridico da quel concetto (così interpretato) dedotte. Per orientarsi in questo labirinto può esserci utile rimeditare il contributo offerto dal politologo tedesco (di nazionalità ebraica) Ernst Fraenkel nel suo famoso saggio del 1940-41 *The Dual State*⁴: nella sua analisi del Terzo Reich come regime caratterizzato dalla compresenza dello Stato di diritto (*Normenstaat*) e di uno «Stato discrezionale» (*Maßnahmenstaat*) fondato sull'arbitrio, egli pone a confronto il diritto naturale tradizionale – che chiama «razionale» e *societario* – da lui giudicato incompatibile col nazionalsocialismo, e un diritto naturale «irrazionale» e *comunitario*, che del totalitarismo nazista avrebbe, all'opposto, costituito il fondamento teorico.

1. Fondamento politico ed esito razzista del concetto di comunità

Nel delineare l'antinomia fra diritto naturale comunitario e diritto naturale societario Fraenkel si è lasciato guidare – per sua esplicita ammissione – dalle costruzioni concettuali elaborate da Ferdinand Tönnies in *Gemeinschaft und Gesellschaft* del 1887⁵; e in verità è a questo autore che si deve la prima chiara distinzione fra i concetti di «comunità» e «società», distinzione nata da una ardita sintesi di vari spunti provenienti dalle riflessioni romantiche intorno alle unioni "naturali" contrapposte alla "artificialità" dello Stato, dalla tripartizione hegeliana delle forme di vita etica e dalle indagini del Maine sulle civiltà asiatiche. Elementi che, sia pur in modo ancora embrionale, avevano iniziato a

⁴ L'opera costituisce la rielaborazione di un articolo (*Das Dritte Reich als Doppelstaat*) pubblicato nel 1937 sulla rivista parigina del movimento clandestino «Sozialistische Werte», il cui manoscritto venne portato fuori della Germania nella valigia diplomatica di un funzionario dell'ambasciata francese e pubblicato (dopo che Fraenkel era stato costretto a rifugiarsi negli Stati Uniti) presso la casa editrice Oxford University Press; verrà poi ritradotta in tedesco e pubblicata nel 1974 in Germania, col titolo *Der Doppelstaat*, in una nuova edizione, dalla quale è stata tratta la traduzione italiana *Il doppio Stato. Contributo alla teoria della dittatura* a cura di P. P. Portinaro (introduzione di N. Bobbio), Einaudi, Torino 1983.

⁵ Cfr. *Il doppio Stato*, cit., p. 179; a p. 190 nt. 17 il riferimento è alla *Einführung in die Soziologie* del 1931, ma in questo trattato sistematico Tönnies non fa che riproporre un pensiero già esplicitato nella sua opera più famosa.

sciogliere l'ambiguità dalla quale erano affetti i due termini nella riflessione filosofica classica e moderna⁶.

Fin dalla prima pagina del suo saggio si avverte la preferenza di Tönnies per le forme di rapporto comunitarie e la sua radicale avversione nei confronti della società⁷. Egli definisce la comunità «un organismo vivente»⁸, prodotto dalla «volontà essenziale» (*Wesenwille*)⁹ dell'uomo – la quale è «il principio dell'unità della vita, in quanto questa viene concepita sotto quella forma della realtà alla quale appartiene lo stesso pensiero», vale a dire «la volontà in quanto in essa è contenuto il pensiero»¹⁰ – manifestantesi in un sentimento di «comprensione» che tiene insieme gli uomini come «membri di un tutto»¹¹. La comprensione, a sua volta, scaturirebbe dalla «conoscenza reciproca» fra i membri della comunità, dalla «partecipazione immediata di un essere alla vita dell'altro» e dalla «inclinazione alla simpatia nella gioia e nel dolore»; essa è perciò «tanto più probabile quanto maggiore è la somiglianza di costituzione e di esperienza, o quanto più la disposizione naturale, il carattere, il modo di pensare sono eguali o concordanti»¹². Tönnies distingue pertanto le comunità in tre categorie: la parentela o «comunità di *sangue*» che nasce dall'intrecciarsi dei rapporti tra madre e figlio, tra uomo e donna e tra fratelli e sorelle, e ha la sua sede nella *casa*¹³; il vicinato o «comunità di *luogo*», che è il carattere generale della convivenza nel *villaggio*¹⁴; e l'amicizia o «comunità di *spirito*» derivante dallo svolgimento della medesima professione o arte all'interno della *città*¹⁵.

⁶ Il termine *koinonía* è usato da Tucidide e Platone col significato di “unione” o “società (commerciale)”; in Platone si trova anche l'espressione *anthropíne koinonía* per indicare le “relazioni umane” o la “società umana” in generale. In Aristotele il termine riassume tutte le forme associative realizzate dall'uomo per i motivi più vari (*Etica Nicomachea*, l. VIII, 1161b 8: «ogni amicizia si realizza in una comunità» e 1159b 26-27: «si ritiene comunemente che in ogni comunità ci sia una qualche giustizia, ma anche amicizia»). In Erodoto e Senofonte, poi, *koinón* e *koiná* indicano la “comunità” o lo “Stato”. Nel mondo romano e medievale, analogamente, ricorrono le espressioni equivalenti *communitas* e *societas*, così come in francese (Bodin) *communauté* e *société* e in inglese (Hobbes, Locke) *community/commonwealth* e *society*. Cfr. A. HONNETH, *Comunità. Storia concettuale in compendio*, in «Filosofia politica», Il Mulino, Bologna 1999, n. 1, pp. 5-13.

⁷ “Ogni convivenza confidenziale, intima, esclusiva... viene intesa come vita in comunità; la società è invece il pubblico, è il mondo. In comunità con i suoi una persona si trova dalla nascita, legata ad essi nel bene e nel male, mentre si va in società come in terra straniera. Il giovane viene messo in guardia contro la cattiva società; ma parlare di «cattiva comunità» è contrario al senso della lingua... La comunità è antica, mentre la società è nuova, come cosa e come nome”: *Gemeinschaft und Gesellschaft. Grundbegriffe der reinen Soziologie*, H. Buske, Darmstadt 1935⁸, l. I, Introduzione, § 1; trad. *Comunità e società* a cura di G. Giordano (introduzione di R. Treves), Comunità, Milano 1979, pp. 45-46.

⁸ *Ivi*, p. 47.

⁹ «La volontà essenziale [reca] in sé le condizioni della comunità, mentre la volontà arbitraria [*Kürwille*] produce la società»: *op. ult cit.*, l. II, cap. III, § 39, p. 202.

¹⁰ *Comunità e società*, cit., l. II, cap. I, §§ 1-2, p. 129.

¹¹ *Ibidem*, l. I, cap. I, § 9, p. 62 (il corsivo riproduce lo spaziato del testo originale).

¹² *Ivi*, pp. 62-63.

¹³ *Comunità e società*, cit., l. I, cap. I, §§ 1 e 6, pp. 51-53 e 57-58.

¹⁴ *Ivi*, p. 58.

¹⁵ *Ibidem*.

Emergono qui i caratteri essenziali del giusnaturalismo comunitario: in primo luogo la concezione *a-razionale* della coesistenza, per cui – come Fraenkel fa notare¹⁶ – si sostiene che fra gli individui esista un «ordine armonico fondato sugli istinti naturali»¹⁷; istinti di tipo *biologico* che certo hanno la loro massima intensità nella famiglia, ma pervadono di sé anche il villaggio in virtù della comune discendenza dei suoi abitanti – «prima della dualità di casa e villaggio» afferma Tönnies, «vi è il *clan*, che è... famiglia prima della famiglia, ma che è anche concepibile ... come villaggio prima del villaggio»¹⁸ –; e anche nelle comunità di lavoro (alle quali vengono assimilate le caste sacerdotali) la trasmissione dell'arte (o dei dogmi di fede) avviene su base familiare, spesso riallacciandosi ad un antenato comune¹⁹. Questo diverrà in breve un *locus communis* della sociologia europea continentale: anche per Max Weber (il quale scrisse la sua opera più famosa nel periodo del maggiore successo personale e scientifico di Tönnies) è «comunità» quella relazione sociale in cui «la disposizione dell'agire sociale poggia... su una *comune appartenenza* soggettivamente *sentita* (affettiva o tradizionale) degli individui che ad essa partecipano»²⁰.

Secondariamente, si ha una *prevalenza del tutto sulle parti*: la teoria della comunità muove infatti «dalla premessa della perfetta unità delle volontà umane come stato originario e naturale, che si è conservato nonostante e attraverso la separazione empirica», unità che nasce dalla «connessione della vita vegetativa mediante la nascita» ovvero dal fatto che «le volontà umane, in quanto corrispondenti ognuna a una costituzione corporea, sono e restano congiunte tra loro dalla *discendenza* e dal sesso, oppure lo diventano necessariamente» mediante la comunanza di vita o di lavoro»²¹. Questa concezione si fonda su un recupero della metafisica aristotelica – infatti egli afferma che «ogni tutto è, per se stesso, uno scopo» e che «la forma, come tutto, è ogni volta costituita dai suoi elementi, che in rapporto ad essa sono materiali, e si mantengono e si propagano

¹⁶ *Il doppio Stato*, cit., p. 175.

¹⁷ *Loc. ult. cit.* A p. 190 nt. 21 Fraenkel è così intellettualmente onesto da riconoscere che «il concetto di comunità fu per un certo periodo, nel dopoguerra, in uso anche presso il movimento operaio marxista» e che tale recezione «non rappresentò un caso isolato», e cita come fonte di tali tendenze l'*Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staates* di Engels del 1884 (trad. *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato. In rapporto alle indagini di Lewis H. Morgan* a cura di D. Della Terza [introduzione di F. Codino], Editori Riuniti, Roma 1993⁴) per la sua descrizione dell'«orda» primitiva (cap. II, *passim*).

¹⁸ *Comunità e società*, cit., I, I, cap. I, § 16, pp. 73-74. V. pure § 10, p. 64: «questa unità della volontà è anche presente in gruppi più grandi come espressione psicologica del legame della parentela di sangue, sia pure in modo più oscuro».

¹⁹ *Op. ult. cit.*, I, I, cap. I, § 18, p. 81.

²⁰ *Economia e società*, cit., vol. I, p. 38 (il corsivo riproduce lo spaziato del testo originale).

²¹ *Comunità e società*, cit., I, I, cap. I, § 1, p. 51.

mediante questa loro connessione»²² – accompagnato però da una indebita equiparazione fra i concetti di *substantia* (categoria che designa l'ente *per se*) e di *essentia*, forma o *atto* (predicabili di tutte le categorie, della sostanza come della relazione e degli altri accidenti). Ne discende una *ipostatizzazione* della relazione, per la quale “ogni rapporto della comunità costituisce nella disposizione, cioè nel nucleo della sua essenza, un «io» superiore e più generale, come la specie o l'idea dalla quale i singoli io... derivano se stessi e la loro libertà”²³; e pertanto anche la città, «quale che sia la sua origine empirica... deve essere considerata come un tutto, di fronte al quale le singole consociazioni e le singole famiglie che la costituiscono si trovano in un rapporto di dipendenza necessaria»²⁴. Anche Bergson, nel delineare i caratteri di quella che chiama «società chiusa», si è ispirato alla descrizione tönnesiana della comunità allorché scrive: «l'obbligazione che troviamo al fondo della nostra coscienza e che, in effetti... ci lega agli altri membri della società, è un legame dello stesso genere di quello che unisce le une alle altre le formiche di un formicaio o le cellule di un organismo»²⁵.

Da questi presupposti non può non derivare una struttura relazionale «chiusa», il cui ambito umano si radica in una *identità sovraindividuale* che nasce dalla condivisione di fattori naturalistici o culturali (comunque *già dati*) e fa di un insieme di individui un *noi* che si conserva nel tempo mediante il vincolo della *solidarietà*: quella forma di coesistenza che si è soliti denominare «politica»²⁶, in quanto la *polis* o Stato costituisce tanto il “punto omega” verso cui tende l'aggregazione degli uomini in gruppi sempre più vasti²⁷ quanto il loro

²² *Ibidem*, I, III, cap. I, § 1, pp. 216-217. Cfr. M. MIKOREY, *Naturgesetz und Staatsgesetz*, in «Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht», München u. Berlin 1936, nn. 17-18, p. 942: «la legge strutturale della vita vuole: l'invarianza della forma nel flusso del ricambio di materia. Ogni forma animale e vegetale rappresenta per così dire una soluzione di questo problema generale: sviluppare dall'universo morto forme metaboliche invarianti. La variazione e figurazione di tali invarianti, il vortice del ricambio di materia sopra il flusso del cambiamento perenne è il compito fondamentale della grandiosa opera di creazione vivente della natura».

²³ *Op. ult. cit.*, I, III, cap. I, § 4, p. 223; e ancora: «la comunità, che viene concepita nel modo più perfetto come unione metafisica dei corpi o del sangue, ha *dalla natura* la propria volontà e la propria forza di vivere, e di conseguenza il proprio diritto in rapporto alla volontà dei suoi membri, al punto che questi possono, in quanto tali, apparire soltanto come modificazioni e emanazioni di quella sostanza organica complessiva» (pp. 223-224).

²⁴ *Ivi*, I, I, cap. I, § 18, p. 79.

²⁵ *Les deux sources de la morale et de la religion*, F. Alcan, Paris 1932; trad. *Le due fonti della morale e della religione* a cura di A. Pessina, Laterza, Roma-Bari 1998², cap. I, pp. 58-59.

²⁶ Sulla quale ha scritto pagine notevoli S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza*, cit., pp. 107-122. Cfr. pure R. ESPOSITO, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Einaudi, Torino 1998.

²⁷ «È necessario in primo luogo che si uniscano gli esseri che non sono in grado di esistere separati l'uno dall'altro, per esempio la femmina e il maschio in vista della riproduzione... e chi per natura comanda e chi è comandato al fine della conservazione... da queste due comunità si forma la famiglia... mentre la prima comunità che risulta da più famiglie in vista di bisogni non quotidiani è il villaggio... La comunità che risulta di più villaggi è lo Stato»: ARISTOTELE, *Politica*, cit., I, I, 1252a 25-32; 1252b 9, 16, 28.

orizzonte esperienziale²⁸ e quindi il fine cui gli insiemi più piccoli sono subordinati²⁹. Si spiega così perché Hegel – vero discepolo di Aristotele – abbia definito lo Stato «il *Primo* nella realtà», il «fondamento veritativo» della famiglia e della *bürgerliche Gesellschaft*³⁰, e perché egli, dopo aver affermato che «l'uomo ha valore in quanto uomo, non in quanto ebreo, cattolico, protestante, tedesco, italiano, ecc.», subito dichiara che «questa coscienza è difettosa... quando, per esempio come *cosmopolitismo* si irrigidisce fino a contrapporsi alla vita concreta dello Stato»³¹. E si comprende anche la disinvoltura con cui Schmitt si sbarazza di Dio e dell'umanità, «idee regolatrici, prive di ogni potere diretto o indiretto» buone solo per «negare ogni distinzione e fare a pezzi ogni comunanza concreta»; mentre lo Stato, a differenza delle «vuote generalizzazioni di una falsa totalità», rappresenta «un ordine effettivo... una situazione di convivenza nella vita normale, dove uomini concreti e gruppi sociali possono avere la loro concreta esistenza»³².

Il limite immanente alla relazione politica risiede proprio nella sua “effettività”, in questa riduzione dell'uomo al suo «qui ed ora» (*Da-sein*)³³ la quale sembra coinvolgere tutte le dimensioni della vita umana; ancora Schmitt coglie esattamente questo punto laddove afferma cinicamente che (non avendo il “politico” una propria essenza, ma essendo soltanto «il grado di intensità di una unità») «si può assurgere allo stadio del politico a partire da qualunque settore, e ogni gruppo – Chiesa, sindacato, associazione economica, nazione – diventa politico e dunque statale nel momento in cui si avvicina a questo momento di

²⁸ «Tutte le comunità sono simili a parti della comunità politica: infatti gli uomini viaggiano insieme in vista di qualche vantaggio, e per procurarsi qualcuno dei beni che servono alla vita... Ma le altre comunità mirano ad un vantaggio particolare, come i naviganti mediante la navigazione diretta all'acquisto di ricchezze o qualcosa di simile, i compagni d'armi mediante la guerra, desiderando ricchezza e vittoria, o una città, e ugualmente i membri di una tribù o di un demo... Alcune comunità, poi, si ritiene sorgano in vista di un piacere, quelle degli appartenenti ad un tiaso o ad una associazione conviviale... Ma tutte queste comunità sembrano essere subordinate alla comunità politica: poiché la comunità politica non mira al vantaggio presente, ma per l'intera vita»: ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, l. VIII, 1160a 8-11, 14-23.

²⁹ Cfr. ARISTOTELE, *Politica*, l. I, 1253a 19: «per natura lo Stato è anteriore alla famiglia e a ciascuno di noi perché il tutto dev'essere necessariamente anteriore alla parte», e TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 90, a. 3 resp.: «*Sicut homo est pars domus, ita domus est pars civitatis; civitas autem est communitas perfecta... Et ideo sicut bonum unius hominis non est ultimus finis, sed ordinatur ad commune bonum; ita etiam et bonum unius domus ordinatur ad bonum unius civitatis, quae est communitas perfecta*».

³⁰ *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Nicolaische Buchhandlung, Berlin 1821, § 256 add.

³¹ *Ibidem*, § 209 add.

³² *Staatsethik und pluralistischer Staat*, in «Kantstudien», 1930, n. 1; trad. *Etica dello Stato e Stato pluralista in Parlamentarismo e democrazia e altri scritti di dottrina e storia dello Stato* a cura di C. Marco (prefazione di P. Pasquino), Marco, Cosenza 1999, pp. 135-136.

³³ M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Niemeyer, Halle 1927; trad. *Essere e tempo* a cura di P. Chiodi, Longanesi, Milano 2000¹⁵, § 29, p. 178.

suprema intensità»³⁴. Non desta meraviglia, in questa prospettiva, l'amara ironia con cui Pascal annotava che «nulla si vede di giusto o di ingiusto che non muti di qualità al mutare di clima»³⁵: è nell'essenza del giusnaturalismo comunitario – nota Fraenkel – considerare il diritto non il prodotto di una ragione assoluta e perenne, ma come espressione di questi istinti naturalistici e di questa forma limitata di convivenza; e che quindi esso sia concepibile «solo all'interno di un gruppo sociale concreto» e possieda soltanto «un limitato ambito di validità cronologico, topografico come pure personale»³⁶.

Quella politica è pertanto una forma di vita *esclusiva* ed *escludente*; e questo, si badi, non già come un rischio contingente ed evitabile, ma come una (tragica) necessità iscritta nella propria «ontologia regionale». Hobbes, nell'infuriare delle guerre di religione, constata il differente rapportarsi dell'uomo all'uomo, come *deus* o come *lupus*, a seconda che si tratti di un alleato o di un nemico³⁷; cento anni dopo Rousseau scrive nel suo trattato pedagogico che «il patriota è sempre duro verso gli stranieri: sono soltanto uomini e non hanno alcun valore ai suoi occhi», che «bisogna decidere se formare un uomo o un cittadino: formare l'uno e l'altro insieme non si può» e che in fin dei conti «l'essenziale è comportarsi bene verso coloro con i quali viviamo»³⁸. Si può anzi dire che la comunità *ha bisogno* di un nemico, come aveva notato Weber³⁹; per questo Fraenkel può affermare con ragione che la persecuzione degli oppositori politici prima, e poi degli ebrei, ha svolto la funzione di «integrare» il popolo tedesco ai fini della volontà di potenza del nazismo⁴⁰. Il destino della politica sembra quello di essere tanto pacificante all'interno, quanto più si mostra diffidente ed ostile verso l'esterno; fino all'estremo esito della *guerra*⁴¹, il cui scopo, oltretutto, non sembra essere il

³⁴ *Etica dello Stato e Stato pluralista*, cit., p. 133; e ancora: «ogni umano percorso, compreso quello delle sfere spirituali più alte, ha nelle sue realizzazioni storiche, almeno potenzialmente, sopra di esso uno Stato, il quale deriva la sua forza e la sua potenza dai contenuti e dalle sostanze di quelli, esattamente come la mitica aquila di Zeus che si nutriva delle viscere di Prometeo» (*ivi*).

³⁵ «Tre gradi di latitudine sovvertono tutta la giurisprudenza; un meridiano decide la verità. Bizzarra giustizia a cui un fiume segna il confine! Verità al di qua dei Pirenei, errore al di là»: *Pensées* (1670), in *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1954; trad. *Pensieri* a cura di A. Bausola e R. Tapella, Bompiani, Milano 2000, n. 294 Brunschvicg, p. 141.

³⁶ *Il doppio Stato*, cit., pp. 175-176.

³⁷ Cfr. F. TÖNNIES, *Comunità e società*, cit., I, II, cap. I, § 9, p. 144: «ogni vita e ogni volontà è affermazione di sé, e quindi affermazione o negazione dell'altro essere, a seconda della relazione in cui esso si trova con l'io... a seconda del modo e della misura in cui esso viene sentito e presentito (cioè desiderato o aborrito), come buono o come cattivo, come amico o nemico».

³⁸ *Emile ou De l'éducation*, Duchesne, L'Aia 1762; trad. *Emilio o Dell'educazione* a cura di P. Massimi, Mondadori, Milano 2000⁴, I, I, p. 11.

³⁹ «Soltanto in caso di pericolo comune si può contare con qualche probabilità su una certa misura di agire di comunità»: *Economia e società*, cit., vol. II, p. 59.

⁴⁰ *Il doppio Stato*, cit., pp. 244-247.

⁴¹ Cfr. B. PASCAL, *Pensieri*, n. 293 Brunschvicg, p. 143: «– Perché mi uccidete? – E che! Non abitate forse sull'altra sponda del fiume? Amico, se abitaste da questa parte, io sarei un assassino, e sarebbe ingiusto uccidervi in questo modo; ma poiché abitate dall'altra parte, io sono un valoroso e quel che faccio è giusto».

conseguimento della sicurezza per i membri della comunità, ma il massimizzarsi della coesione all'interno del gruppo⁴².

Se a quanto detto finora si aggiunge l'abbraccio (davvero mortale!) fra la realtà dello Stato e quella della *nazione*⁴³ – divenuta, da mera nozione fenomenologica, non soltanto pretesto giustificativo delle guerre d'indipendenza o di conquista⁴⁴ ma anche (con l'introduzione della coscrizione obbligatoria e dello *ius sanguinis* da parte dei rivoluzionari francesi) criterio discriminativo fra cittadini e stranieri⁴⁵ – si ottiene il quadro completo del giusnaturalismo comunitario, per il quale «lo Stato è soltanto la secondaria espressione della primaria unità di tutti i *compagni di stirpe* (*Volksgenossen*)... un fenomeno organico derivato dalla comunità di popolo intesa biologicamente»⁴⁶ e vale il proverbio indiano assunto da Alfred Rosenberg a insegna della sua concezione etica: «il diritto e il torto non vanno in giro a dire: noi siamo qui. Diritto è ciò che uomini ariani ritengono tale»⁴⁷. Anche questa una conseguenza logica della *forma essendi* politica che è alla base di ogni comunità, come aveva anticipato Tönnies affermando che «come l'idea di uomo sta a quella di animale o di una specie animale più ristretta, così l'idea – poniamo – di uomo greco sta a quella di uomo in generale» e deducendone che «come l'essere umano si accoppia soltanto con un essere umano, sebbene l'accoppiamento sia anche costume degli animali, così l'uomo greco può vivere in un *vincolo valido* soltanto con la donna greca»⁴⁸.

⁴² Per Hegel (il *maître à penser* del Novecento) «la Sostanza – in quanto è la potenza assoluta rispetto a ogni singolare e particolare, rispetto alla vita, alla proprietà e ai suoi diritti, come rispetto alle cerchie ulteriori, porta all'esistenza e alla coscienza la loro nullità... Questo rapporto, e il riconoscimento di esso, è perciò il dovere sostanziale dei singoli: il dovere di conservare questa individualità sostanziale, l'indipendenza e sovranità dello Stato, mediante il pericolo e il sacrificio della loro proprietà e della loro vita, e senz'altro delle loro opinioni e di tutto ciò che, di per sé, è compreso nell'ambito della vita»: *Grundlinien*, cit., §§ 323-324.

⁴³ Sul quale v. l'accurato saggio di M. COSSUTTA, *Stato e nazione. Un'interpretazione giuridico-politica*, Giuffrè, Milano 1999.

⁴⁴ Si pensi al legame genetico fra la guerra dei Cent'anni e la nascita del sentimento nazionale francese, o all'uso strumentale della teoria dei "confini naturali" fatto da Luigi XIV; e ancora all'influsso esercitato dall'occupazione napoleonica sul Fichte dei *Discorsi alla nazione tedesca*.

⁴⁵ Un verso della *Marsigliese* (il cui titolo originario era, significativamente, *Canto di guerra per l'armata del Reno*) suona così: *Qu'un sang impur/Abreuve nos sillons*. Mezzo secolo dopo, l'*Inno di Mameli* accuserà gli imperi d'Austria e Russia di aver «bevuto» il «*sangue d'Italia*» e il «*sangue polacco*».

⁴⁶ E. FRAENKEL, *Il doppio Stato*, cit., p. 176.

⁴⁷ *Der Mythos des 20. Jahrhunderts. Eine Wertung der seelisch-geistigen Gestaltenkämpfe unserer Zeit*, Hoheneichen Verlag, München 1930, pp. 571-572. Cfr. C. SCHMITT, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1933 (trad. *Stato, movimento, popolo. Le tre membra dell'unità politica*, in *Principii politici del nazionalsocialismo* a cura di D. Cantimori [prefazione di A. Volpicelli], Sansoni, Firenze 1935, p. 227): «l'uguaglianza di stirpe del popolo tedesco in sé unito è... il presupposto e la base più indispensabile per il concetto della direzione politica [*Führung*] del popolo tedesco».

⁴⁸ *Comunità e società*, cit., I, III, cap. II, § 17, p. 253.

La sistematica annichilazione degli individui di razza ebraica attuata dal Terzo Reich in nome del *Blut und Boden*⁴⁹ mediante la privazione progressiva di tutti i diritti civili (fino a dichiararli “non-persone”⁵⁰) non rappresenta pertanto un evento patologico nella dinamica della modernità, bensì il traguardo inevitabile di quel processo di *totale Mobilmachung*⁵¹ innescato dalla fine dell’universalismo politico-religioso medievale. Né del resto il Sacro Romano Impero avrebbe potuto sopravvivere per sempre, se è vero quanto già Platone prescriveva ai governanti: doversi cioè «accrescere lo Stato finché possa, crescendo, rimanere uno; ma oltre questo limite, no»⁵².

2. Giuridicità intrinseca del concetto di società e suo fine: la pace

Di fronte al quadro apocalittico appena tracciato si potrebbe esser tentati di cedere alla disperazione, di accettare con l’intelletto – se non con la volontà; ma sarebbe allora, davvero, *spes contra spem* – la sentenza schmittiana sulla politica come «destino» e condanna dell’uomo⁵³. Non è questo l’atteggiamento di Fraenkel, il quale sembra anzi aver fatto propria la consapevolezza espressa da Karl Löwith in chiusura di un saggio sul decisionismo: dal fatto incontestabile che “ogni spirito sia «presente» e legato ad una situazione concreta... non segue che lo spirito dell’uomo si esaurisca nell’esprimere una data situazione, invece di sorpassare, in forza della sua qualità spirituale, ogni *hic et nunc* ed anche ogni atteggiamento solo polemico nella ricerca della durevole essenza delle cose

⁴⁹ « Il mondo spirituale di un popolo... è la potenza della più profonda custodia delle sue forze di terra e sangue, in quanto potenza della più intima vivacità e del più ampio sconvolgimento del suo *Dasein*»: M. HEIDEGGER, *Die Selbstbehauptung der deutschen Universität*, W.-G. Korn, Breslau 1933; trad. *Discorso di rettorato. La quadratura in se stessa dell’Università tedesca in Scritti politici (1933-1966)* a cura di G. Zaccaria e M. Borghi (prefazione e postfazione di F. Fédier), Piemme, Casale Monferrato 1998, p. 135.

⁵⁰ Alle pp. 128-129 di *Il doppio Stato* Fraenkel riporta la motivazione di una sentenza della Corte del Reich emessa il 27 giugno 1936, la quale equiparava – ai fini della rescindibilità di un contratto – ai casi di malattia o morte del contraente la «modificazione del valore giuridico della personalità intervenuta in base a considerazioni razziali sancite dalla legge», in quanto «la concezione del mondo nazionalsocialista ritiene che nel Reich tedesco solo le persone di stirpe tedesca (e coloro che la legge a queste assimila) devono essere considerate nella pienezza dei loro diritti».

⁵¹ «Nella guerra riposa il nocciolo delle cose. A partire dalla forma della guerra totale si determinano forma e struttura della totalità dello Stato... Ma la guerra totale trae il suo senso dal nemico totale» (C. SCHMITT, *Totaler Feind, totaler Krieg, totaler Staat* [1937], in *Positionen und Begriffe in Kampf mit Weimar-Genf- Versailles 1923-1939*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg u. Wandsbek 1940, p. 236); e totale è il nemico nel senso *esistenziale* (*seinsmässig*) del termine, ossia colui che ha una diversa *Art des Seins* (*Der Begriff des Politischen*, Duncker & Humblot, München-Leipzig 1932³); trad. *Il concetto di ‘politico’ in Le categorie del ‘politico’* a cura di G. Miglio e P. Schiera, Il Mulino, Bologna 1972, p. 133).

⁵² *Repubblica*, l. IV, 423b, 9-10.

⁵³ *Il concetto di ‘politico’*, cit., p. 164.

umane»⁵⁴; e ne è testimonianza la puntuale contrapposizione da lui costruita, ai caratteri essenziali di un giusnaturalismo comunitario e «politico» e di una teoria dello Stato fondata biologicamente, dei princìpi fondanti del diritto naturale classico – le cui origini fa risalire al passaggio «dalla teoria di Aristotele alle tarde concezioni filosofiche di Cicerone e Seneca»⁵⁵ – da lui chiamato «societario».

Per Fraenkel tale diritto naturale «prende le mosse da un individuo isolato costantemente in lotta con altri individui isolati fin quando questa guerra di tutti contro tutti viene sostituita da un ordine stabilito mediante un atto consapevole della ragione»⁵⁶. Anche in questo caso la linea argomentativa seguita è quella elaborata da Tönnies: la società era stata da lui presentata come «un aggregato e prodotto meccanico»⁵⁷ frutto della «volontà arbitraria» – la quale è «una formazione del pensiero... [che] possiede quindi una vera e propria realtà soltanto in relazione al suo autore»⁵⁸ – secondo moduli cartesiano-hobbesiani; e certamente da Hobbes discende la precisazione che in essa gli uomini «vivono e abitano pacificamente l'uno accanto all'altro, ma... sono non già essenzialmente legati, bensì essenzialmente separati, rimanendo separati nonostante tutti i legami»⁵⁹. L'unica relazione sussistente fra essi consisterebbe nello *scambio* di merci, giacché «nessuno farà qualcosa per l'altro, nessuno vorrà concedere e dare qualcosa all'altro, se non in cambio di una prestazione o di una donazione reciproca che egli ritenga almeno *pari* alla sua»⁶⁰; questa «volontà concorde» o *contratto*, se non accompagnata dalla dazione immediata della cosa, fa sorgere il diritto di *costringere* il promittente a eseguire la prestazione, così che l'ordinamento giuridico della società «può essere riassunto nell'unica formula *pacta esse observanda* – i contratti devono essere rispettati»⁶¹.

Sempre mediante contratto «più persone possono *associarsi* per un'attività *eguale* all'esterno, in modo che ognuno gode della prestazione reale dell'altro come di un aiuto per sé»; e infine «più soggetti possono convenire di *pensare* questa loro *associazione* come un'entità esistente e indipendente di natura

⁵⁴ Il «Concetto della politica di Carlo Schmitt,, e il problema della decisione, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica» Anonima Romana Editoriale, Roma 1935, p. 83 (pubblicato sotto lo pseudonimo di UGO FIALA). Löwith è figura che presenta molte affinità con Fraenkel: un intellettuale ebreo per nascita ma tedesco, europeo, *occidentale* per formazione spirituale; perseguitato e costretto all'esilio; nemico spietato, nella maturità, dell'antico maestro Heidegger, come Fraenkel lo è stato di Schmitt.

⁵⁵ Secondo l'opinione di R.W. e A.J. CARLYLE, *A history of medieval political theory in the West*, vol. I, W. Blackwood & Sons, Edinburgh-London 1903; trad. *Il pensiero politico medievale* a cura di S. Cotta (prefazione di L. Firpo), vol. I, Laterza, Bari 1956, p. 20 (ricordato da Fraenkel in *Il doppio Stato* cit., pp. 149 e 151 nt. 24).

⁵⁶ *Op. ult. cit.*, p. 175.

⁵⁷ *Comunità e società*, cit., I, I, Introduzione, § 1, p. 47.

⁵⁸ *Ibidem*, I, II, cap. I, § 2, p. 129.

⁵⁹ *Comunità e società*, cit., I, I, cap. II, § 19, p. 83; e subito dopo: «in questo ambito ognuno sta per conto proprio e in uno stato di tensione contro tutti gli altri» (*ivi*).

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ *Comunità e società*, cit., I, I, cap. II, § 24, pp. 93-94.

individuale eguale alla loro, e di attribuire a questa persona fittizia una volontà particolare e la capacità di agire, e quindi anche di concludere contratti e di obbligarsi»⁶². Così hanno origine per Tönnies le diverse società particolari, le quali tutte derivano la loro esistenza e legittimazione dalla «convenzione» che pone questo diritto naturale il quale è «la forma semplice della volontà sociale generale»⁶³.

Da questo caposaldo Fraenkel deriva poi coerentemente tutti i caratteri essenziali del diritto naturale societario, a partire dalla sua «sovranità»: esso infatti «come manifestazione di una ragione onnipotente... rappresenta il trionfo dello spirito sul corpo... [e] fonda la sua esistenza sul superamento dei disprezzati istinti»⁶⁴; anche qui conforme alla lezione di Hobbes, il quale distingueva lo *ius ad omnia*, fonte di conflittualità permanente fra gli uomini, dalla *lex naturae* che in nome dell'autoconservazione spinge ad associarsi e a cercare la pace sotto la protezione dello Stato⁶⁵. Tale diritto è poi *universale*: è lo *ius gentium*, la cui validità si estende a tutto il mondo, e che si distingue dal diritto positivo dello *ius civile* come suo modello e fonte di legittimazione⁶⁶; ed è *egualitario*, in quanto «presuppone l'esistenza di individui dotati di ragione e di eguale valore»⁶⁷. Anche per Tönnies, del resto, la società presuppone un ordinamento universale razionale, la cui origine storica egli ravvisa nel dominio di Roma sull'*orbis terrarum* – anch'esso avente «la sua base materiale nel commercio e negli scambi» – il quale, avvicinando tutte le città all'Urbe e riunendo nel foro tutti gli individui consapevoli, avrebbe livellato ogni differenza producendo l'«uomo astratto – la più artificiale, regolare e raffinata di tutte le macchine»⁶⁸; ne consegue che nella società «la differenza tra nativi e stranieri diventa irrilevante. Ognuno è ciò che è in virtù della sua libertà personale, del suo patrimonio e dei suoi contratti»⁶⁹.

Risulta evidente come Fraenkel si sia servito della dicotomia tönnesiana a fini puramente metodologici – anche al fine di sfruttare polemicamente il credito di cui godeva presso l'*intelligentzija* nazista colui che egli definisce «il veggente

⁶² *Loc. ult. cit.*

⁶³ *Comunità e società*, cit., p. 94.

⁶⁴ *Il doppio Stato*, cit., p. 175.

⁶⁵ «IL DIRITTO DI NATURA, che gli scrittori chiamano comunemente *Jus Naturale*, è la libertà che ciascuno ha di usare il proprio potere a suo arbitrio per la conservazione della sua natura, cioè della sua vita... [mentre] una LEGGE DI NATURA (*Lex Naturalis*) è un precetto o una regola generale scoperta dalla ragione, che proibisce ad un uomo di fare ciò che distruggerebbe la sua vita o che gli toglierebbe i mezzi per conservarla... Da questa legge di natura fondamentale, con cui si comanda agli uomini di cercare la pace, deriva la seconda legge, *che si sia disposti, quando anche altri lo siano, a rinunciare, nella misura in cui lo si ritenga necessario alla pace e alla propria difesa, al diritto su tutto*»: *Leviathan or the Matter, Form and Power of a Common Wealth Ecclesiastical and Civil*, London 1651; trad. *Leviatano o la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile* a cura di A. Pacchi e A. Lupoli, Laterza, Roma-Bari 2000⁶, cap. XIV, pp. 105-106.

⁶⁶ *Il doppio Stato*, loc. ult. cit..

⁶⁷ *Op. ult. cit.*, p. 176.

⁶⁸ *Comunità e società*, cit., I, III, cap. II, § 18, pp. 254-255.

⁶⁹ *Op. ult. cit.*, Appendice, § 5, p. 292.

del Terzo Reich»⁷⁰ (forse al di là delle pur innegabili affinità teoretiche; di sicuro in contrasto con le sue posizioni ideologiche socialdemocratiche) – ma operando nei confronti delle sue argomentazioni un “rovesciamento” dialettico (come aveva fatto, nel medesimo saggio, con la teoria schmittiana della dittatura). Ciò che per lui ha rilievo positivo nella descrizione della società fatta da Tönnies non è l’atomismo individualistico superficialmente contrapposto al “fusionismo” comunitario; è la possibilità, o meglio l’esistenza reale, di una *Gestalt* coesistenziale distinta da quella politica, ad essa opposta e complementare: quella *giuridica*⁷¹.

Distinta, perché l’indagine storica ci mostra che i rapporti giuridici – di compravendita, donazione, società, ed anche (seppur in misura più ridotta) di matrimonio, adozione e successione – hanno unito, in tutte le epoche, uomini di differente stirpe, religione e cittadinanza, anche al di sopra di ostilità latenti o guerre aperte: la contrapposizione fra l’Europa cristiana e il mondo islamico non ha mai impedito i commerci fra le due sponde del Mediterraneo, né la Riforma luterana e l’anglicanesimo hanno innalzato fra gli Stati muraglie impenetrabili per gli uomini di cultura; l’esistenza plurisecolare dei sistemi giuridici dello *ius gentium* e della *common law* ce ne offrono ulteriore testimonianza. La verità è che l’essere umano non si è mai appagato della propria finitudine; esso è *sintesi di finito e infinito, di relativo e assoluto*, e l’infinito che è in lui lo spinge sempre a superare (almeno concettualmente) i propri confini territoriali e culturali, a non cadere mai nella fallacia di considerare il *factum* empirico, dato di volta in volta, come unica possibile realizzazione del *bonum*; a non rinserrarsi mai nell’incomunicabilità di monadi assiologiche individuali o collettive, di “particolari” che aspirano a presentarsi come l’universale.

Opposta, perché il *mos iuridicus* si fonda non sulle peculiarità esistenziali intorno a cui si costituisce l’identità di un gruppo (Stato, chiesa o classe), bensì proprio sulla comune natura umana, sulla *uguaglianza ontologica* di tutti gli individui in quanto *persone*, enti *relazionali* (il *Mit-sein* heideggeriano). Per questo nel *Rechtszustand* «Tutti valgono come *Ciascuno*» e gli individui «nel loro esser-per-sé singolare, hanno valore in quanto autoessenze e sostanze»⁷², ed è per questo che la società civile è costitutivamente giuridica: perché essa è «composta di più persone in quanto sono persone» e la persona dell’uomo è «il diritto umano sussistente, l’essenza del diritto» secondo la bella formula di Rosmini⁷³. La società è quindi una realtà per sé *universale*, e tutte le associazioni limitate per territorio o materia, che possono formarsi tra gli uomini – dalla famiglia all’impresa, dalla federazione sportiva alla confessione religiosa, dal

⁷⁰ *Il doppio Stato*, cit., p. 190 nt. 15.

⁷¹ Cfr. l’analisi onto-fenomenologica di S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza*, cit., pp. 137-152.

⁷² G.W.F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, J.A. Goebhardt, Bamberg-Würzburg 1807, VI (lo Spirito), A (l’eticità), c.

⁷³ *Filosofia della politica* (1837), a cura di S. Cotta, Rusconi, Milano 1985, La società ed il suo fine, l. I, cap. III, p. 182; *Filosofia del diritto* (1841-1843), Diritto individuale, l. I, cap. 3 (in *Opere edite e inedite di Antonio Rosmini-Serbati* a cura di R. Orecchia, CEDAM, Padova 1967, p. 192).

sindacato fino agli Stati – è resa possibile dall'appartenenza alla comune "famiglia" umana, che costituisce, essa sì, l'unico autentico orizzonte e confine dell'individuo. Certo vi è una differenza non trascurabile fra le società formate in vista di un fine particolare, il cui ambito umano è di principio illimitato, e le società statuali costituite in vista del «ben vivere» della moltitudine che abita un territorio determinato. Ma anche qui il principio del diritto esplica i suoi benefici effetti: ad esempio mediante la sostituzione dello *ius soli* alla *ius sanguinis*⁷⁴, indice del carattere *aperto e inclusivo* della relazione giuridica (come è avvenuto nei grandi imperi multinazionali, da Ciro a Francesco Giuseppe⁷⁵, e come avviene ancora oggi negli Stati Uniti d'America).

Complementare, infine, perché il diritto non nega la politica, né la società universale pretende di cancellare e fondere assieme le varie comunità particolari: come nell'*essenza* umana l'infinito non annichila il finito, ma ne rappresenta l'*Aufhebung* (un «superare» che è anche «custodire»), così dal lato dell'*esistenza* l'universalismo non implica la creazione di una *cosmopolis* che introietterebbe il nemico votandosi alla guerra civile, ma indica le vie di una *coesistenza pacifica* tra membri di gruppi diversi, che assicuri il rispetto della comune umanità in tutte le sue molteplici epifanie storiche. Dal che non discende l'impossibilità pratica di una guerra, allo stesso modo per cui il diritto penale non impedisce l'uso della forza: ma ne deriva una discriminazione – *dianoetica* prima ancora che etica – tra la forza che si fa *violenza*, perché diretta a far prevalere indebitamente un singolo o un popolo a danno degli altri, violando la *simmetria* che è il portato dell'uguaglianza ontologica⁷⁶, e la forza che di quella

⁷⁴ « Senza dubbio, la distribuzione geografica coincide generalmente e all'ingrosso con una certa distribuzione morale della popolazione. Ogni provincia, per esempio, ed ogni divisione territoriale hanno costumi ed usanze specifiche... Essa esercita perciò sugli individui... una attrazione che tende a mantenerli nello stesso luogo e a respingere invece gli altri. Ma, in seno allo stesso paese, tali differenze non possono essere né molto numerose né molto recise. I segmenti sono quindi reciprocamente più aperti; ed in fatti dal Medioevo in poi, «dopo la formazione delle città, gli artigiani stranieri circolano con la stessa facilità e vanno lontano come le mercanzie stesse»: E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, F. Alcan, Paris 1902²; trad. *La divisione del lavoro sociale* a cura di F. Airoidi Namer (introduzione di A. Pizzorno), Comunità, Milano 1996, I, I, cap. VI, § II, p. 196.

⁷⁵ Su questi temi v. le preziose indicazioni di V. MATHIEU, *L'uomo animale ermeneutico*, Giappichelli, Torino 2000, pp. 231-243 (*I nazionalismi contro le nazioni*) e 245-258 (*L'ideale universalistico della concezione politica moderna*).

⁷⁶ Sul ruolo fondativo della simmetria nel diritto penale vedi F. D'AGOSTINO, *La sanzione nell'esperienza giuridica*, Giappichelli, Torino 1999⁵, il quale ne individua le origini nel primo frammento di Anassimandro – il quale «vede nella stessa caducità delle cose la pena del loro essersi distaccate dall'unità dell'*apeiron*» («Là onde viene la generazione alle cose, occorre del pari che avvenga la loro fine. Pagano, invero, l'una all'altra il fio dell'ingiustizia, secondo l'ordine del tempo») – e nella prospettiva indo-buddista (probabile matrice di quella occidentale: *n.d.a.*) che «insiste nel delineare nelle individualità singole aspetti del Tutto, colpevoli del volersi rinserrare nella loro individualità e per ciò solo destinate a essere punite nel ciclo delle reincarnazioni» (p. 90 nt. 40).

prevaricazione si fa vindice. Anche nella forma della “guerra giusta”, secondo quel che insegna Spinoza: «*hostem imperii non odium, sed jus facit*»⁷⁷.

È in questa prospettiva che Hegel, pur accettando l’opinione dei suoi contemporanei circa l’appartenenza degli ebrei di Prussia ad «un popolo straniero», rifiuta l’antisemitismo e riconosce loro i diritti *civili*, in quanto essi «sono prima di tutto *uomini*» e «proprio in ciò risiede il motivo per cui, mediante i diritti civili che spettano loro, si realizza... l’autosentimento di valere come persone *di diritto* nella società civile, e, da questa radice infinita e libera da ogni altra cosa, il desiderato equilibrio del modo di pensare e della predisposizione» a esser membra dello Stato⁷⁸; poiché in tali diritti, e nella protezione assicurata da un apparato coercitivo alla vita, alla libertà e proprietà di singoli e gruppi – non nei diritti-funzione legati al suffragio, costitutivamente e storicamente limitati in base al censo e all’istruzione (e dei quali Fraenkel, significativamente, non fa alcuna menzione in *The Dual State*) – riposa il riconoscimento e la tutela della dignità umana, come è attestato dalle Dichiarazioni del 1776 e del 1789⁷⁹. E lo stesso Hegel, dopo aver esaltato la guerra quale momento supremo nel quale «la salute etica dei popoli viene conservata nella sua indifferenza contro il consolidarsi delle determinazioni finite... come il movimento dei venti preserva il mare dalla putredine in cui una bonaccia duratura lo ridurrebbe»⁸⁰, non soltanto riconosce la perenne validità del diritto internazionale – il quale prescrive che «in essa venga conservata la possibilità della pace, e quindi per esempio che gli ambasciatori vengano rispettati» –, ma anche il dovere che «non venga condotta contro le istituzioni interne e la pacifica vita familiare e privata, non contro le persone private»⁸¹.

Quei princìpi immortali del primato della legge e della divisione dei poteri, che Fraenkel riconosce quali fundamenta dello Stato di diritto e che difende nel suo saggio contro l’arbitrio dello «Stato discrezionale», non mirano pertanto a «sottomettere politicamente lo Stato [-apparato] alla società che si pretende apolitica»⁸², come pure la separazione del *forum conscientiae* dal *forum publicum* – con il connesso riconoscimento della libertà religiosa – non è il

⁷⁷ *Tractatus theologico-politicus*, Amsterdam 1670, cap. XVI, § 4. Il governo degli Stati Uniti d’America fu costretto a intervenire nella prima guerra mondiale dall’ondata di sdegno che percorse la sua “spoliticizzata” società alla notizia dell’affondamento, da parte di un sommergibile tedesco, del transatlantico *Lusitania*, in palese violazione dello *ius communicationis* e della *libertas marium*; e un’analogha indignazione lo spingerà a vincere il suo isolazionismo dopo l’attacco a Pearl Harbour, i cui preparativi il Giappone aveva abilmente celato partecipando a trattative di pace.

⁷⁸ *Grundlinien*, cit., § 270 add.

⁷⁹ E come testimonia lo *status* dei meteci nell’Atene classica: stranieri residenti – per lo più dediti ai commerci o all’attività forense, come il logografo Lisia (e *pour cause*) – privi del diritto di partecipazione all’assemblea ed alle magistrature, ma non della protezione della legge.

⁸⁰ *Grundlinien*, cit., § 324 add. Cfr. il *Manifesto dei futuristi* scritto da Filippo Tommaso Marinetti e pubblicato sul *Figaro* nel 1909, che proclamava la guerra «sola igiene del mondo».

⁸¹ *Grundlinien*, cit., § 338.

⁸² Secondo l’opinione di C. SCHMITT, *Stato, movimento, popolo*, in *Principii politici del nazionalsocialismo* cit., pp. 200-201.

prodotto dello sguardo corrosivo del «primo ebreo liberale» (Spinoza) caduto sulla «incrinatura appena visibile» nell'edificio del «dio mortale»⁸³. Essi sono piuttosto il segno dell'esistenza, nella storia degli uomini e dei popoli, di una ragione superiore agli istinti; o, se si preferisce, del sussistere, accanto alla razionalità polemogena della massificazione, di una razionalità pacificante, che presuppone e salva «il principio della personalità autonoma in sé infinita del singolo»⁸⁴.

⁸³ C. SCHMITT, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Hanseatische Verlagsanstalt, Hamburg 1938; trad. *Il Leviatano nella dottrina dello Stato di Thomas Hobbes. Senso e fallimento di un simbolo politico*, in *Scritti su Thomas Hobbes* a cura di C. Galli, Giuffrè, Milano 1986, pp. 104-107, al quale Fraenkel ricorda agevolmente che il principio di tolleranza ha un'origine protestante – esso infatti «era stato realizzato a Rhode Island da Roger Williams, quando Spinoza aveva soltanto due anni di età» – e che a farsene propugnatore in Germania fu «un tedesco di pura razza ariana, Johann Wolfgang von Goethe» (*Il doppio Stato*, cit., pp. 169-170 nt. 5).

⁸⁴ G.W.F. HEGEL, *Grundlinien*, cit., § 185 add., per il quale questo principio ha la sua origine *interiore* nella religione cristiana, ed *esteriore* nel mondo romano.