L'IRCOCERVO
PRIMA RIVISTA ELETTRONICA ITALIANA DI METODOLOGIA GIURIDICA - TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E DOTTRINA DELLO STATO
FIRST ITALIAN DIGITAL JOURNAL OF LEGAL METHODOLOGY - GENERAL THEORY OF LAW AND DOCTRINE OF THE STATE

Diritto e fenomenologia, un felice ritorno?

Bert Van Roermund

Tilburg University

Abstract: **Law and Phenomenology, a Happy Return?**
This text is the Italian translation of a partial reworking of B. Van Roermund's "Law and Phenomenology – a Happy Return?", originally published in *Ethical Perspectives*, 13 (2006), n. 3[*].

Keywords: Law, Phenomenology, Alien, Demand, Legal Order.

Sommario: 1. Fenomenologia e teoria del diritto – 2. L'ordine e l'estraneo – 3. Istanza e responsività – 4. Confini e corpi – 5. Fenomenologia responsiva e diritto – 6. Confronti recenti: alcuni ulteriori riferimenti.

Le riflessioni sul diritto faticano a evitare una sorta di Triangolo delle Bermude, dove la maggior parte delle teorie sembra naufragare a causa delle correnti sottomarine provenienti da tre scogli semisommersi: Moralismo, Formalismo e Strumentalismo. Essi sono chiamati con nomi diversi in diverse regioni del sapere. Il Moralismo è spesso sinonimo di giusnaturalismo, il Formalismo di positivismo, convenzionalismo o proceduralismo, e lo Strumentalismo di realismo, pragmatismo o funzionalismo. La pretesa di ogni nuova teoria del diritto è di offrire un passaggio sicuro – una sintesi, un equilibrio – ma prima o poi la maggior parte di esse finisce per incagliarsi su una di queste isole rocciose, spesso in una condizione deplorevole[1]. Le teorie interessanti sono quelle che mostrano di saper continuare a navigare, assistite forse dalle maree del momento, ma soprattutto perché in grado di individuare tempestivamente le formazioni sottomarine degli scogli. Il progetto di una "fenomenologia responsiva" di Waldenfels potrebbe fornire la base per una teoria di questo genere per una serie di ragioni, tra le quali questo saggio (insieme

[*] La traduzione in lingua italiana è a cura di Andrea Loi.
[1] Gli studenti, dopo il primo anno di giurisprudenza, scuotono la testa di fronte a imprese così rischiose. Dalla magistrale narrazione di Lon Fuller sul caso degli speleologi essi ricordano i giudici Foster, Keen e Handy in eterno disaccordo sul concetto corretto di diritto. Gli studenti ricordano anche cosa accadde al giudice Tatting, che ricercò sintesi ed equilibrio: si rivelò incapace di prendere una decisione.

© L'Ircocervo, 25 (2026) n. 1 ISSN 1722-392X
Special issue: G. Calabrò, L. Franzese, A. Incampo (eds.),
Philosophy of Law Today,
https://doi.org/10.57581/LIRCOCERVO.25.2026.1.24

ad altri lavori cui esso fa riferimento) spera di indicarne alcune particolarmente solide.

Bernhard Waldenfels (1934-2026) è stato professore di filosofia presso la *Ruhr Universität* di Bochum e la *Ludwig Maximilian Universität* di Monaco di Baviera. Studiò filosofia, psicologia, filologia classica e storia a Bonn, Innsbruck e Monaco di Baviera, conseguendo il dottorato di ricerca presso l'Università di Monaco di Baviera nel 1959. Dal 1960 al 1962, studiò filosofia contemporanea alla Sorbona di Parigi, sotto la guida di Merleau-Ponty e Ricoeur. Ottenuta la *Habilitation* a Monaco di Baviera (1967), vi insegnò fino al 1976, quando fu nominato professore di filosofia presso la Ruhr Universität. Il progetto di Waldenfels è uno sforzo costante di superare la frattura tra filosofia tedesca e filosofia francese: attraverso molteplici ponti e certamente in entrambe le direzioni. Per la sua critica della "filosofia del soggetto" tedesca (compresa l'ermeneutica sviluppata sia da Gadamer sia dal suo critico Habermas), ha trovato negli anni ampio sostegno in autori francesi come Merleau-Ponty, Foucault e Levinas – in questo specifico ordine, come egli osservò in un'intervista[2]. Con altrettanta fermezza, però, ha ricordato al "postmodernismo" francese il carattere riflessivo di qualunque ordine l'uomo possa articolare e, pertanto, le radici che la filosofia deve trovare nell'esperienza. Solo tornando sistematicamente all'esperienza l'uomo è in grado di scoprire che essa è responsiva a forme di senso che non può né fondare né dominare. Vorrei osservare, fin da qui, che "esperienza" è qui intesa nella sua modalità più elementare: da un particolare *punto di osservazione* [*vantage point*] qualcosa *ci colpisce*, in qualche modo, come *strano* [*strange*]. Esplicitare le implicazioni di questo punto di vista come "punto cieco"; di questo venir colpiti come da un "urto" [*blow*] attraverso il quale la realtà afferra noi tanto quanto noi afferriamo la realtà; di questa estraneità come sfida al proprio mondo familiare – tutto ciò è diventato il nucleo del suo progetto filosofico. Inoltre, il suo lavoro sull'espressione, sul riferimento indessicale, sul significato e sugli atti linguistici può ben essere considerato come la forma compiuta di ciò che J.L. Austin una volta definì, con una certa riluttanza, "fenomenologia linguistica".

[2] Cfr. B. Waldenfels, M. Fischer, P. Gehring, "Metaphysikkritik, Politikkritik, Ethik – Ausschnitte aus einem Gespräch mit Bernhard Waldenfels", in *Journal Phänomenologie*, 13 (2000), http://www.journal-phaenomenologie.ac.at/texte/jph13_interview.html. Si veda anche R. Guccinelli, B. Waldenfels, *Bernhard Waldenfels, Creatività responsiva*, traduzione dal tedesco e saggio introduttivo a cura di R. Guccinelli, Inschibboleth Edizioni, Roma, 2022. Per un'intervista molto recente, si veda B. Waldenfels, K. Filiz, M. Vural, "Bernhard Waldenfels Ile Röportaj", in *Sabah Ülkesi*, 80 (2024), dove egli ha esplicitamente dichiarato il suo recente interesse per la filosofia del diritto. Purtroppo, la traduzione inglese del testo in *Continental Philosophy Review*, vol. 59, 2026 (https://link.springer.com/article/10.1007/s11007-026-09721-w) mi sembra inadeguata. Ringrazio il dott. Luigi Corrias per il riferimento.

1. Fenomenologia e teoria del diritto

Se ci si astiene dal gergo fenomenologico consolidato e si mettono da parte i tecnicismi, l'approccio filosofico chiamato "fenomenologia" si caratterizza per l'assunzione di quella che Charles Taylor chiama la "prospettiva in prima persona" [*first-person stance*]. Si tratta, nei suoi termini, di una forma di "riflessività radicale" in filosofia[3].

La riflessione filosofica, egli sostiene, deve iniziare nel punto in cui inizia l'esperienza, e anche l'esperienza più superficiale e obliqua coinvolge una posizione in prima persona. L'esperienza prende avvio come "conoscenza relativa all'agente"[4]. Per dirla in termini leggermente diversi[5]: l'esperienza è impossibile senza forme elementari di indessicalità ("dolore, QUI"; "cibo, LÌ"; "pericolo, VICINO"; "tira, ORA") che si radicano in una posizione in prima persona "io" o "noi". La persona, individuale o collettiva, che occupa questa posizione non può dare senso a ciò che crede, dice o fa senza riconoscere di essere immersa in un mondo che, per questo, non è mai del tutto "là fuori". Il punto tangenziale tra agente e mondo è ciò che la filosofia chiama "un sé". Riferendosi a "se stessi", si coglie l'esperienza soggettiva della propria agentività [*agency*] come oggetto di pensiero, trovando così un punto di ancoraggio per le varie esperienze nel tempo e imparando gradualmente qualcosa circa la propria identità. Il discorso giuridico offre ampie testimonianze di questa geografia concettuale "fondata sul sé" [*self-based*]. Senza richiamare tacitamente l'esperienza della propria esistenza, è incomprensibile perché certi diritti debbano essere considerati "fondamentali". Senza la prospettiva interna [*internal view*] su un ordinamento giuridico come "proprio", non v'è alcuna

[3] C. Taylor, *Sources of the Self. The Making of Modern Identity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989: "Il mondo come io lo conosco è là per me, è esperito da me, o pensato da me, o ha significato per me. La conoscenza, la consapevolezza è sempre quella di un agente. […] Questo è ciò che chiamo una posizione di riflessività radicale, ovvero l'adozione del punto di vista in prima persona". Cfr. p. 176: "L'oggettività radicale è intelligibile e accessibile soltanto attraverso la soggettività radicale. Questo paradosso è stato naturalmente molto commentato, per esempio da Heidegger nella sua critica del soggettivismo, e da Merleau-Ponty. Il naturalismo moderno non può più essere lo stesso una volta che si veda questa connessione, come sostenuto da entrambi questi filosofi".

[4] Il termine è di John Perry, "Myself and I", in M. Stamm (Hrsg.), *Philosophie in synthetischer Absicht. Festschrift Dieter Henrich*, Klett-Cotta, Stuttgart, 1998, pp. 83-103. Concezioni simili si trovano anche in P.F. Strawson, *Individuals. An Essay in Descriptive Metaphysics*, Methuen Strawson, London, 1959. Cfr. S. Hampshire, *Thought and Action*, Chatto & Windus, London, 1959, e il modo in cui Ricoeur riprende questo testo fondativo (P. Ricoeur, *Soi-même comme un autre*, Du Seuil, Paris, 1990).

[5] Cfr. H.-N. Castañeda, "On the phenomeno-logic of the 'I.'", in *Proceedings of the XIVth. Intern. Congr. Philos.*, vol. III, Wien, 1968, pp. 260-265; Id., "The theory of questions, epistemic powers, and the indexical theory of knowledge", in *Midwest Studies in Philosophy*, vol. 5, Studies in Epistemology, Ed French, Uehling, and Wettstein, 1980, pp. 193-237; Id., *Thinking, Language and Experience*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 1989; Id., *Intentionality, Modality and Supervenience*, Ed. M. van den Hoven and G.J. Lokhorst, Faculteit Wijsbegeerte, Rotterdam, 1990.

ragione per cui certe asserzioni debbano valere come "normative", e una qualche forma di autorità come "suprema". Senza apprezzare le sfumature riflessive del "proprio" [*proper*], non si sarebbe in grado di comprendere i concetti di "proprietà" o di "sconfinamento" [*trespassing*]. La fenomenologia non fa che esplicitare questo punto di partenza, nella misura in cui pervade tutto il nostro pensare, parlare e agire[6].

[6] Gli studiosi di storia della filosofia del diritto ricorderanno che l'influenza della fenomenologia husserliana sulla teoria del diritto è stata limitata. Dopo la Seconda guerra mondiale, fu ristampato il libro di Adolf Reinach *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechts* (1913), contenente in molti passaggi omaggi a Husserl, con il titolo *Zur Phänomenologie des Rechts* (A. Reinach, *Zur Phänomenologie des Rechts. Die apriorische Grundlagen des bürgerlichen, Rechts*, Kösel Reinach, München, 1953). Sono in debito con il mio collega Anthonie Meijers (Università di Eindhoven) per avermelo (nuovamente) segnalato nel quadro di un progetto sugli atti linguistici collettivi. Lo trovai un lavoro notevolmente originale e interessante, che potrebbe certamente essere riletto con il beneficio del senno di poi (in particolare, alla luce della contemporanea teoria degli atti linguistici). Tuttavia, all'epoca, poco dopo la sua riedizione, fu soppiantato, da un lato, dai primi esercizi di "logica giuridica" (U. Klug, *Juristische Logik*, Springer, Berlin, 1966 [1951]) e, dall'altro, dalle considerazioni assai più "pratiche" sull'argomentazione giuridica di Viehweg (T. Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, Beck, München, 1974 [1953]) e di Perelman e Olbrechts-Tyteca (C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, 1970 [1958]). A quei tempi la dottrina giuridica tedesca era riluttante ad accogliere una filosofia trascendentale di alto profilo nella teoria del diritto, salvo quando essa impegnasse l'impresa giuridica al linguaggio della morale. Nel caso di Husserl, troppo del suo approccio mi ricordava il formalismo trascendentale di Kelsen (cfr. F. Schreier, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechts. Entwurf einer phänomenologisch begründeten Rechts- und Staatslehre*, F. Deuticke, Leipzig, 1924 e F. Kaufmann, *Logik und Rechtswissenschaft. Grundriss eines Systems der reinen Rechtslehre*, Scientia Verlag, Aalen, 1966 [1922] e Id., *Die Kriterien des Rechts. Eine Untersuchung über die Prinzipien der juristischen Methodenlehre*, Scientia Verlag, Aalen, 1966 [1924]): si veda H.J. van Eikema Hommes, "De betekenis van Edmund Husserls transcendentale fenomenologie voor de rechtswetenschap", in *Handelingen Vereniging voor de Wijsbegeerte des* Rechts, 50, 1966), mentre Kelsen veniva espulso da molti circoli giusfilosofici sia in Germania sia all'estero, come capro espiatorio per l'acritica accoglienza delle idee naziste sul diritto, nonostante la sua veemente e tempestiva critica delle idee di Carl Schmitt. A me Husserl è sempre sembrato una compagnia migliore, per la *Dottrina pura del diritto* di Kelsen, di quanto non lo sia il (neo-)kantismo, ma bisogna pur concedere che vi sono pochissimi riconoscimenti espliciti da parte dello stesso Kelsen. Per di più, Kelsen si dimostrò tutt'altro che soddisfatto (si veda *Österreichisches Zeitschrift für öffentliches Recht*, 1965, pp. 353 ss.) del modo in cui Paul Amselek aveva interpretato la sua *Dottrina pura* (ignorando in larga misura la seconda edizione del libro del 1960 dal titolo corrispondente) in *Méthode phénoménologique et Théorie du Droit* (1964). In effetti, Husserl stesso sarebbe stato probabilmente spiacevolmente sorpreso dall'idea mal concepita di Amselek della riduzione trascendentale come una sorta di descrizione psicologica, da un lato, e dalla sua difesa quasi ingenua del positivismo giuridico, dall'altro. Quando queste sensibilità si attenuarono, la fenomenologia in generale era ormai scomparsa dalla scena filosofica, screditata dall'analisi linguistica, dallo strutturalismo e dalla teoria sociale critica di stampo marxista. Tuttavia, tutti questi fattori piuttosto esterni della scarsa fortuna della fenomenologia nella teoria del diritto possono ben avere una causa molto più profonda; ad esempio, quella indicata da Gehring (P. Gehring, "Between law and life: On the limits of rights", in *Ethical Perspectives*, 13 (2006), n. 3, pp. 433-453): è

Questo punto di partenza è stato spesso frainteso. Si è creduto, ad esempio, che implicasse un soggettivismo insostenibile. Non è così: il soggettivismo sosterrebbe che il punto di partenza esaurisce tutto ciò che vi è nell'esperienza e nella riflessione, e che le affermazioni sul mondo possano essere ridotte a funzioni di sensazioni e inclinazioni soggettive [*first-person*]. La fenomenologia sostiene il contrario: dispiegare le condizioni della vera esperienza comporta un atteggiamento di liberazione della realtà da impressioni, volubilità e interventi arbitrari. Si è poi creduto che ciò equivalesse a individualismo. Ma, sebbene i progetti iniziali della fenomenologia avessero certamente un sapore individualistico che ricorda la "psicologia filosofica" di vecchio stampo, gli sviluppi successivi ne hanno apprezzato la portata propriamente referenziale e hanno riconosciuto l'importanza della prospettiva in prima persona plurale accanto a quella singolare[7].

Sebbene Waldenfels rimanga fedele a un progetto che desidera chiamare "fenomenologico" e a un corpus di scritti di Husserl, Merleau-Ponty e Levinas che è comunemente considerato "fenomenologia" da questi stessi autori, egli prende anche le distanze da questa tradizione. In particolare, se ne discosta nei seguenti snodi:

- Il suo progetto prende le mosse dall'esperienza di ciò che non è semplicemente diverso [*different*], ma irriducibilmente estraneo [*alien*] all'ordine che sviluppiamo nei nostri rapporti con "il mondo". Pertanto, l'estraneo non è un fenomeno nel senso ordinario. Piuttosto che rivelarsi a noi, esso ci sfugge proprio nel momento in cui ci coinvolge. Si rivela come ciò che ci sfugge e, in questa misura, sollecita la nostra attenzione. In un senso che verrà chiarito in seguito, esso ci coinvolge come una "istanza" [*demand*].

- Esso intraprende un resoconto filosofico del pensiero, del discorso e dell'azione come "responsivi" a questa esperienza di una istanza, andando così oltre l'intenzionare (fenomenologia tradizionale), il comprendere (ermeneutica) o il dialogo (teoria del discorso).

- Quanto al metodo, Waldenfels esplora le fenditure di un certo ordine, in cui l'estraneo si rivela obliquamente a noi sfuggendoci e nascondendosi. Queste fenditure sono inestricabilmente legate ai nostri rapporti corporei con il mondo, così come essi si evolvono nel tempo.

Vorrei spiegare questi tre punti più nel dettaglio, per poi argomentare perché siano precisamente i punti che rendono il progetto rilevante per la filosofia del diritto. Inoltre, mostrerò come questi tre punti attengano alla precedente qualificazione di Waldenfels come un pilota affidabile nel Triangolo delle Bermude.

estremamente difficile per la fenomenologia identificare la "forma" in cui il diritto moderno appare nella società.

[7] C. Taylor, *Sources of the Self*, cit., p. 168. Si potrebbero richiamare riflessioni simili in Castañeda e Peirce.

2. L'ordine e l'estraneo

Dall'avvento della modernità, siamo diventati profondamente consapevoli che vi sono ordini al plurale, piuttosto che un unico ordine del mondo, onnicomprensivo e tale da sorreggere tutto, al di sopra del caos. Questi ordini sono radicati in altrettante riduzioni di un eccesso di possibilità, al fine di poter "dare senso" alla realtà, in particolare mediante selezione ed esclusione da un punto di vista che implica la prima persona. Essi sono dunque, anzitutto, correlati dell'auto-inclusione. Ai nostri giorni, sta diventando sempre più chiaro che ogni genere di ordine urta contro determinati confini. L'estraneo sorge ai margini e nelle fenditure di tali ordini limitati come qualcosa che è, letteralmente, fuori dall'ordine [*extra-ordinary*]. Per spiegare questa affermazione sono necessari due passaggi:

Si noti, anzitutto, che l'estraneo [*alien*] non è semplicemente ciò che è diverso [*different*]. Alcune differenze vengono stabilite da un punto di vista neutrale e sovraordinato (un *tertium comparationis*). Altre, invece, vengono stabilite dal punto di vista di uno dei poli che vengono distinti. Distinguiamo la malattia dalla salute, certo, ma non come distinguiamo le mele dalle pere. In quest'ultimo caso, confrontiamo le loro rispettive proprietà all'interno di un quadro più ampio che le racchiude entrambe ("due tipi diversi di frutta"). Nel primo, definiamo 'malattia' a partire da ciò che significa essere sani, e non viceversa. Non vi è un terzo stato inglobante, del quale salute e malattia sarebbero diverse manifestazioni. Ovviamente, le persone malate possono rivendicare di non dover subire le conseguenze di definizioni riduttive di ciò che 'salute' significa, così come vengono delineate da altri. Ma proponendo una definizione più ricca di salute, esse riconfermano che "salute" è il valore preferito. Analogamente, le distinzioni tra culture sono fatte dal punto di vista di una cultura specifica. La convinzione che vi sia un "consenso per intersezione" [*overlapping consensus*] tra culture, per usare la nota espressione di Rawls, o fa parte di una delle culture confrontate, oppure non è essa stessa parte di alcuna cultura. Nel primo caso, essa si pone implicitamente come *tertium*; nel secondo si trasforma in un costrutto filosofico. Pertanto, le culture (o meglio i loro rappresentanti) si distinguono dalle altre culture proprio come le persone sane si distinguono da chi è malato. Essendo confrontate, esse impongono i termini del confronto, stabilendo così ciò che conta come "altro" [*other*].

In secondo luogo, si dovrebbe distinguere tra due forme di "alterità" [*otherness*] così costituite: il forestiero [*foreign*] e l'estraneo [*alien*] come due modi in cui gli stati di cose possono essere "in dissonanza" con l'ordine stabilito a partire da un tale punto di vista in prima persona. Il forestiero è ciò che non si trova nel posto giusto, nel posto a cui appartiene. Un turista, ad esempio, è forestiero in questo senso specifico: può essere collocato in una delle categorie di cui disponiamo per orientarci entro il contesto dell'ordine sociale che chiamiamo nostro. Lo strano [*strange*], o, in un'accezione più carica di significato, l'estraneo [*alien*], è ciò che non si trova in alcun luogo sulla nostra mappa. Esso, piuttosto,

cade al di fuori delle nostre categorie nonostante il fatto che sia chiaramente lì, mettendo così in discussione l'ordine che riteniamo vitale per condurre una vita umana decente (o migliore). Il vagabondo, ad esempio, è uno straniero (anzi: un estraneo[8]) perché non si trova in nessuno dei luoghi che il nostro sistema giuridico ha ripartito. Va da sé che ciò che è forestiero non è necessariamente estraneo, e viceversa.

Possiamo ora comprendere in che senso l'estraneo si riveli come sfuggente. Mentre la preferenza per una prospettiva in prima persona governa i nostri modi di ordinare, qualcosa resiste a questi modi di ordinare, non tanto perché diverso, ma perché, di necessità, viene escluso dall'ordine nell'atto stesso che istituisce l'ordine. L'atto fondativo che istituisce l'ordine della società lo bandisce da ciò che l'ordine produce, ma poiché il bando è prodotto dall'atto, esso ritorna con ciascuna delle sue occorrenze. È assente *in thesi*, ossia assente da ciò che è affermato come "ordine", ma presente *in actu*, ossia nell'atto di affermare tale ordine. È "in dissonanza" [*at odds*] con il punto di vista, vale a dire con la verità (principio, valore, atto) fondamentale che sorregge l'ordine[9]. Questo è ciò che il termine 'estraneo' intende esprimere. Esso è il correlato del "punto cieco" dei nostri rapporti con il mondo. Il punto cieco emerge insieme a un sé che già ordina il mondo in modi logicamente anteriori ai termini dell'ordine prodotto, e, dunque, anteriori ad ogni resoconto che tali termini possano articolare. Un tale sé si è sempre già definito, tacitamente e implicitamente, attraverso termini altri, compiendo così un atto di auto-inclusione che esclude quella parte del mondo che sfiderebbe, metterebbe a repentaglio o, in qualunque modo, in discussione questo sé.

In sintesi, considerando l'estraneo come correlato di questo punto cieco, Waldenfels si avvia a sostenere le seguenti tesi: (i) poiché è legato al sé, l'estraneo arretra quanto più un agente in prima persona occupa il centro della scena; (ii) poiché è inerente alla natura riflessiva del sé, l'estraneo sfugge alla riflessione; (iii) per la stessa ragione, l'estraneo si nasconde in modi tanto esterni al sé (un mondo che è altrove, piuttosto che altrove nel nostro mondo) quanto interiori (come il suo *terminus a quo* più intimo, che non può mai essere recuperato; ovvero, un mondo sotterraneo [*underworld*]); (iv) ciò che è così escluso come "l'estraneo" non scompare dal radar del sé; al contrario: l'estraneo è costitutivo del sé proprio in quanto escluso, si registra come ciò che non si lascia registrare; (v) la strategia intenzionale di "includere" l'Altro fallirà necessariamente nella misura in cui l'Altro incarna l'estraneo piuttosto che una conferma esterna del sé. In breve, e secondo una definizione lapidaria di Husserl, l'estraneo è "l'accessibilità verificabile di ciò che è primordialmente inaccessibile". In altre parole, non

[8] Si considerino le leggi punitive piuttosto severe sul vagabondaggio in vari paesi europei fino a buona parte del XIX secolo.

[9] Cfr. H.-N., Castañeda, *Thinking and doing, the philosophical foundations of institutions*, Reidel, Dordrecht-Boston, 1975, il quale osserva (capitolo 4) che in distinzioni come "vero/falso", "giusto/sbagliato" o "legittimo/illegittimo" il primo termine è il "valore preferito".

abbiamo accesso all'estraneo attraverso i nomi e i predicati di cui disponiamo, ma esso si registra ciononostante esattamente come ciò che elude tali nomi e predicati.

L'estraneo è inoltre caratterizzato da Waldenfels come una forma di *atopia*[10], e cioè come "assenza di luogo" [*placelessness*], ed è precisamente in questo senso spaziale che esso è in grado di mettere in discussione lo spazio già occupato e colonizzato dall'agente in prima persona. Questa caratterizzazione è molto più di una metafora adeguata. L'auto-inclusione (e quindi l'esclusione dell'altro) ha luogo nel triplice senso dell'espressione: occupa uno spazio, richiede un intreccio corporeo con il mondo, e fa entrambe queste cose senza chiedere permesso. Nella misura in cui l'estraneo è la controparte del sé, esso condivide queste caratteristiche, sebbene nella modalità di una istanza. Si fa notare che ci piaccia o no; lo percepiamo nei nostri concreti rapporti corporei con il mondo come qualcosa che limita in qualche modo la nostra "libertà di movimento", e mette in discussione i nostri atti di occupazione.

3. Istanza e responsività

Nella fenomenologia tradizionale, il nostro comportamento nel mondo, così come la nostra contemplazione del mondo, sono ricondotti a un atteggiamento fondamentale chiamato intenzionalità. Intenzionalità significa che qualcosa viene inteso, interpretato, compreso o comunicato in quanto qualcosa[11]. Attribuendo un

[10] Waldenfels si riferisce a Platone, il quale descrive Socrate come '*atopos*': senza luogo, fuori luogo e dunque (entro la concezione greca) "proveniente dallo spazio esterno" (si veda D. Janssens, "The law of the stranger: Waldenfels, Plato, and the origin of the legal order", in *Ethical Perspectives*, 13 (2006), n. 3, pp. 383-410)

[11] Si noti che questo semplice schema non è esclusivo della fenomenologia. Esso è condiviso da vari idioletti della riflessione filosofica. Buona parte della teoria analitica dell'azione o della teoria degli atti linguistici, ad esempio, è orientata ad attribuire "predicati di senso", provenienti da contesti diversi, a "dati di senso": entità pre-date sulle quali siamo in grado di quantificare. Si ricordino le famose frasi con cui Davidson apre un suo articolo: "John lo fece lentamente, deliberatamente, con un coltello, a mezzanotte, in bagno. Ciò che fece fu imburrare una fetta di pane tostato" (D. Davidson, "The Logical Form of Action Sentences", in N. Rescher (ed.), *The Logic of Decision and Action*, University of Pittsburgh Press, Pittsburgh, 1967, pp. 81-20). Ma si potrebbe anche far riferimento al celebre esempio di Anscombe (G.E.M. Anscombe, *Intention*, Blackwell, Oxford, 1957) di qualcosa che è un'azione (intenzionale) "al di sotto di una certa descrizione" (pompare, riempire la riserva idrica, avvelenare gli abitanti della casa, servire il Regno dei Cieli). Vale a dire: una qualche forma di comportamento è un'azione se la descrizione può essere derivata dall'insieme di risposte alla domanda "Perché stai facendo X?", ovvero "In che modo il tuo fare X ha senso?". Oppure, si prenda la classica definizione di Searle (J.R. Searle, *Speech Acts. An Essay in the Philosophy of Language*, Cambridge University Press, 1969) del carattere performativo del linguaggio: "*X-are* conta come *Y-are* nel contesto *C*". Ancora, si consideri la teoria letteraria delle narrazioni dove – come osserva Culler (J. Culler, *The Pursuit of Signs: Semiotics, Literature, Deconstruction*, Cornell University Press, Ithaca, NY, 1981) – una storia è invariabilmente analizzata come il dispiegarsi di un "significato" che un certo "evento" sembra avere o acquisire. Lo stesso schema è parte integrante della nostra concezione quotidiana del linguaggio o dell'arte. Tutti

significato a un evento o a un oggetto del mondo che altrimenti non verrebbe registrato, incorporiamo l'estraneo nella sfera del senso. Pertanto, la comprensione e le pratiche affini divengono forme di appropriazione, per quanto parziale, e per ciò stesso sono strategie di riduzione dell'estraneo alle categorie del sé: ossia alle proprie categorie. Ordinare significa escludere l'estraneo differenziando ciò che, al fondo, è simile.

Secondo Waldenfels, in tutto il nostro pensare, parlare e agire, nella misura in cui tali attività comportano operazioni di ordinamento, riconosciamo necessariamente che qualcosa elude e sfida i nostri sforzi di comprendere appieno il mondo che ci circonda. Così, il soggetto intenzionale non entra nel mondo come una luce nelle tenebre; piuttosto, esso risponde a una zona crepuscolare di significato in cui si trova immerso. "Ciò a cui rispondiamo è sempre più della risposta che diamo in determinate circostanze ed entro il quadro di determinati ordini"[12]. Ci fronteggia come il ritorno di ciò che viene escluso nell'auto-inclusione – la chiave di volta di tali ordini. Nel pensare, parlare e agire, noi ci rivolgiamo implicitamente all'estraneo là dove e quando lo avvertiamo emergere *in actu*, cioè là dove e quando esso diviene presente nonostante la sua assenza dai nostri nomi e predicati. Questo emergere *in actu* è ciò che Waldenfels chiama la "istanza dell'Altro" [*demand of the Other*]. Nei termini dei suoi concetti chiave: nel nostro pensare, parlare e agire noi rispondiamo a una istanza dell'Altro, e una fenomenologia responsiva mira appunto a dispiegare i diversi modi in cui ci confrontiamo con questa onnipresente istanza. L'espressione "istanza dell'Altro" presenta dunque due aspetti che la lingua tedesca cattura in un'unica parola: *Anspruch*. *Anspruch* significa tanto interpellazione [*address*] (appello) quanto rivendicazione [*claim*] (pretesa). In quanto appello, riguarda qualcuno che viene interpellato; in quanto rivendicazione verte su qualcosa che deve essere fatto. Per esempio, in un contesto semplice, se mi chiedi, per favore, di passarti il sale a tavola, parte di ciò che considererai una risposta è che io ti porga il sale. Ma supponiamo che io faccia questo ignorando completamente la tua presenza, senza guardarti mentre te lo passo, senza dire nulla, senza interrompere la mia conversazione con il mio altro vicino; in questo caso, ignoro in larga misura la tua istanza in quanto appello rivolto a me. Di fatto, segnalo che mi è del tutto indifferente che tu abbia o meno il sale. A differenza di Levinas, per il quale la risposta all'appello dell'Altro

conosciamo il giornalista che invita l'artista, in nome del pubblico, naturalmente, a spiegare cosa significhi questa sua opera. In effetti, l'artista è invitato a fare uso di un senso già creato per rendere conto di ciò che è, almeno nell'intenzione, un esercizio di creazione di senso. Nel riflettere sul linguaggio siamo inclini a pensare che il significato venga conferito a suoni o segni scritti o da qualche atto intenzionale di pensiero dell'intelletto umano, o da qualche meccanismo fisico di innesco della codificazione, o da qualche forma di convenzione o regola sociale. In base a questi resoconti, il significato scompare dalle parole o dalle frasi. Esso si ritira in ambiti diversi dal linguaggio, come osservava Merleau-Ponty, in particolare in aree che sono già conosciute o possedute.

[12] D.J. Parent, "Introduction to the American Edition", in B. Waldenfels, *Order in the Twilight*, Ohio University Press, Athens, 1996, p. xvii.

è l'esperienza morale immediata e fondamentale, Waldenfels sostiene che questa risposta all'istanza dell'Altro è concettualmente anteriore alla distinzione tra bene e male, giusto e ingiusto, legale e illegale[13].

Tracciare queste stesse distinzioni significa già dare seguito, in modo specifico, a una forma di risposta molto più fondamentale: esse hanno senso soltanto se presupponiamo che ci prema stabilirle, e già questo interessamento [*care*] è una forma di attenzione orientata… verso qualcosa che deve ancora essere riconosciuto, e quindi un modo della responsività. Naturalmente possiamo decidere di non curarcene, ma anche quella decisione implica già che abbiamo preso in considerazione il curarsene o il non curarsene; e questa stessa considerazione è, a sua volta, una forma di interessamento. In generale, dunque, il contenuto della risposta data – la risposta all'istanza in quanto rivendicazione – deve essere certamente considerato come parte integrante della risposta che riconosce l'istanza in quanto appello. Ma la risposta non esaurisce le dimensioni più piene di ciò che significa rispondere a un appello.

Questo, credo, è della massima importanza quando si tratta di comprendere ciò che è propriamente in gioco, nel diritto, nel contesto di una fenomenologia responsiva. Una cosa è indicarne la responsività nei termini delle pretese che esso soddisfa o delle lacune che esso colma[14], e un'altra è comprenderne la responsività nei termini degli appelli che esso riconosce, poiché il primo versante non esaurisce mai il secondo. Ma, ancora una volta, Waldenfels sostiene effettivamente che vi sia un fondamento di principio del diritto nel rispondere all'appello dell'Altro, e che non si tratti soltanto di istituire un assetto istituzionale destinato a fornire risposte a rivendicazioni.

In effetti, uno dei "registri" o modi del rispondere consiste nel fornire una qualche forma di mediazione tra l'Altro e la prima persona. È facile vedere, infatti, che "Altro" e "io" sono variabili o segnaposto rispetto ai quali diversi agenti possono assumere il ruolo di valori. Io sono l'altro per un altro agente, proprio come un forestiero è forestiero soltanto in un paese che gli è straniero[15]. Affinché vi sia reciprocità tra noi, l'asimmetria tra l'Altro e l'io richiede il punto di vista della "terza persona", che traccia comparazioni e determina che cosa sia uguale a che cosa nonostante tutte le differenze, che cosa sia diseguale rispetto a che cosa nonostante tutte le somiglianze, e che cosa debba essere fatto per trattare casi uguali allo stesso modo. "Il punto di vista del Terzo, che garantisce diritto e giustizia, è in

[13] Si veda l'intervista con Fischer e Gehring sopra menzionata, nella quale Waldenfels consiglia di seguire Levinas, ma solo dopo aver seguito Foucault.

[14] Benché formulato in modo brusco, lo ammetto, questo è ciò che in fondo Nonet e Selznick hanno sostenuto fin dalla fine degli anni Settanta attraverso la formula del "diritto responsivo".

[15] Le ricche sfumature dell'espressione di Karl Valentin "*Fremd ist der Fremde nur in der Fremde*" – spesso citata da Waldenfels, ad esempio in *Verfremdung der Moderne. Phänomenologische Grenzgänge*, Wallstein Verlag, Göttingen, 2001, p. 37 – si perdono nella traduzione.

un certo modo indispensabile"[16]. In effetti, solo tenendo conto del carattere indispensabile di questo punto di vista possiamo valutare in che senso l'ordine giuridico sia effettivamente responsivo.

4. Confini e corpi

In precedenza, ho detto che l'estraneo appare obliquamente come il correlato del fatto che l'*agency* in prima persona "ha luogo". L'estraneo si registra come qualcosa che si non lascia registrare nei "miei" modi di ordinare [*orderings*] il mondo. Esso non appare "come...", perché, per definizione, lo spazio vuoto viene riempito da qualcosa di familiare. Ciò che avverto è che l'estraneo mi "colpisce" come qualcosa che mi riguarda e mi sollecita anteriormente a tutte le categorie che posso mettere in campo. Ciò significa, come si è detto, che qui è implicata una qualche forma di auto-riferimento; nulla mi colpisce come estraneo se non metto in gioco un "sé". Per questo motivo una fenomenologia in chiave responsiva deve partire dai confini, dalle fenditure e dalle rotture; in breve, dagli "interstizi" della nostra esperienza. Qui Waldenfels rivisita la teoria husserliana dell'"affezione", così come il metodo di Merleau-Ponty di accostarsi all'esperienza umana a partire da forme distorte o comunque perturbate della percezione. Egli mira a reintegrare queste teorie in un resoconto dell'esperienza che caratterizza come "patica", ovvero esperienza in quanto sollecitata anteriormente a ogni nostra iniziativa[17]. L'esperienza non è mai priva di crepe e scricchiolii, in quanto è anteriore alle mie intenzioni, alle mie regole o agli effetti causali che posso produrre nel mondo che mi circonda. Allo stesso tempo, essa è "diastatica" nel senso che staglia una certa forma sullo sfondo di tutto il resto che viene avvertito[18]. Ad esempio, odo un suono solo nell'esperienza di udire molto di più (il "rumore") di ciò che identificherei come quel suono. Ma chiamare l'esperienza "patica" è solo una caratterizzazione formale. Quanto al contenuto, il termine chiave è il corpo. Ciò che nell'esperienza è responsivo, innanzitutto, è il mio corpo, ed è questa responsività a distinguere il mio corpo in quanto "me" dal mio corpo in quanto "mio". Il corpo è l'intreccio (chiasma) di "me-nel-mondo-e-mondo-in-me". È la fonte di un senso già operante senza che ciò si rifletta nella coscienza. Musicisti virtuosi e sportivi di alto livello, ad esempio, danno ampia testimonianza degli intrecci con i loro strumenti o attrezzi, la cui fine messa a punto è decisiva per la prestazione. "Entrare in conversazione

[16] B. Waldenfels, "From Intentionality to Responsivity", in R. Bernet, D.J. Martino (eds.), *Phenomenology Today. The Schuwer SPEP Lectures 1998-2002*, The Simon Silverman Phenomenology Center, Pittsburgh, 2003, p. 35.
[17] Si vedano in particolare B. Waldenfels, *Das leibliche Selbst. Vorlesungen zur Phänomenologie des Leibes*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2000; Id., *Bruchlinien der Erfahrung. Phänomenologie, Psychoanalyse, Phänomenotechnik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2002.
[18] Cfr. la prefazione a B. Waldenfels, *Bruchlinien der Erfahrung. Phänomenologie, Psychoanalyse*, cit.

con il ghiaccio" è diventata una celebre espressione di un allenatore olandese di pattinaggio, con la quale usava indicare alla sua squadra l'importanza di intendere una "velocità" come un *feedback* del sentire ciò che il ghiaccio fa a un corpo che tenta di sollecitarne la contropressione. Questo corpo è distinto dal corpo da cui talvolta devo distaccarmi quando, ad esempio nella sofferenza, esso tende a trascinarmi nel regno della pura materia. L'intreccio del sé con il mondo nel suo complesso spinge Waldenfels a misurarsi criticamente con la formula classica dell'anima: è il corpo, piuttosto che l'anima, a essere "in qualche modo tutte le cose" (*quodammodo omnia*). Ma ciò gli consente anche di spiegare il motivo per cui l'estraneo mi incontra sempre come ciò che elude la mia presa sul mondo, lasciando dietro di sé il sé come "quasi nulla", cioè come estraneo a se stesso[19]. In effetti, l'intreccio stesso non è mai l'oggetto, ma soltanto la radice dell'esperienza. Esso non rende il mondo "disponibile". Per questo il corpo è, al tempo stesso, il luogo della nostra appartenenza al mondo e quello in cui il mondo resta per noi estraneo.

Si noti che, in questo senso, non è soltanto il corpo a essere "corpo". Per la stessa ragione – un intreccio con il mondo nel quale sono "così ancorato da non poterlo toccare"[20] e che non può mai essere completamente recuperato – anche il linguaggio è profondamente corporeo. L'evento del dire è vincolato all'unica modalità nella quale può rivelarsi – l'atto linguistico intenzionale e il suo contenuto proposizionale – pur sfuggendovi al tempo stesso. Un resoconto analogo deve essere dato dell'arte. In un'opera d'arte si fa esperienza (sia come artista sia come spettatore) del creare nella creazione come di un rapporto originario con il mondo, al tempo stesso incarnato e differito in ciò che vediamo, udiamo o tocchiamo. Più avanti vedremo che lo stesso schema si applica al diritto.

5. Fenomenologia responsiva e diritto

Sulla base delle tre sezioni precedenti, vorrei ora passare alla tesi avanzata nella sezione iniziale, vale a dire che la teoria del diritto possa trarre grande giovamento dal confronto con questa filosofia della responsività. Ciò ci permetterà inoltre di vedere, per inciso, come essa eviti i pericoli ai quali è esposta ogni teoria del diritto.

Anzitutto, l'analisi di Waldenfels dell'ambiguità del concetto di ordine [*order*] offre una visione feconda del rapporto tra politica e diritto e, dunque, della questione dell'autorità giuridica o della sovranità. Partiamo dalla distinzione manualistica tra sovranità interna ed esterna. Com'è noto, mentre la prima connota la sovranità nel senso dell'autorità giuridica ultima all'interno di una comunità politica [*polity*], la seconda rinvia alla sovranità nel senso dell'indipendenza, in linea di principio, della comunità politica rispetto ad altre comunità politiche.

[19] Si veda B. Waldenfels, *Antwortregister*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1994, pp. 312 ss.
[20] L. Wittgenstein, *Über Gewissheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1969 [1984], § 103).

Certamente entrambi i termini scaturiscono dall'idea della sovranità come "potere supremo" [*supreme power*]. Ma cosa intendiamo con ciò? Non possiamo certo intendere il "potere più forte" [*strongest power*]. Il potere più forte è una questione di fatto da accertare attraverso l'osservazione empirica dei risultati di una competizione, di uno scontro o di una guerra. Da tali risultati non discendono norme che possano obbligare né i partecipanti né gli osservatori. Ciò che intendiamo, invece, è un potere che è "il più alto" in senso normativo: nessun potere è superiore quanto all'autorità di porre norme, né all'interno né all'esterno dell'ordinamento giuridico [*legal order*]. Ma questo, naturalmente, presuppone già la pertinenza di un punto di vista interno: è dall'interno di un ordinamento giuridico che tale potere viene ritenuto "più alto". Solo "dall'interno" di un ordinamento giuridico, ovvero nella misura in cui ci rappresentiamo come parte di quell'unità impegnata a porre le norme e a osservarle, possiamo realmente intendere qualcosa quando diciamo che un certo potere è "supremo", nel senso che esso è al tempo stesso autonomo verso l'esterno e autoritativo verso l'interno. La distinzione tra sovranità esterna e interna riconferma che la sovranità è situata su entrambi i lati del confine tra il giuridico e il non-giuridico "dall'interno" del giuridico. Qui la differenza emerge da "una preferenza nella differenza" che non può essere superata[21].

L'atto sovrano di statuire e far rispettare il diritto – per quanto democratico esso possa essere – sfugge sempre al principio dell'ordine prodotto: esso "ordina" più e diversamente da quanto tale principio possa giustificare, e questo surplus non può non incidere sul principio in quanto fondamento di legittimazione. Esso è sempre incline a combattere il crimine con mezzi illegali, a difendere la democrazia attraverso una repressione antidemocratica, e a garantire i diritti umani definendo chi sia non umano. L'ordinamento giuridico [*legal order*], in quanto ordine normativo, si fonda su una forma di auto-inclusione collettiva mediante la quale viene fondata la comunità politica; non una volta per tutte, ma – come ebbe a dire Renan[22] – mediante "*une plébiscite de tous les jours*". Ciò che esso esclude permane come una rete fattuale di stati di cose politici, in cui alcuni nodi sono più dominanti di altri, mentre altri ancora non riescono nemmeno a registrarsi. L'istanza dell'Estraneo nel diritto è anzitutto l'istanza di ciò che è politicamente escluso nella misura in cui questa stessa esclusione resta costitutiva della *polis*. Sebbene sia naturale associare ciò all'atteggiamento di un paese verso rifugiati, richiedenti asilo e immigrati[23], non è questa l'unica connotazione. Altri "agenti dislocati" [*displaced agents*] sono numerosi. Nel diritto europeo della concorrenza, risultano dislocati gli agricoltori africani che desiderano accedere a ciò che "noi" chiamiamo "mercato comune", pur mancando di uno status giuridico per farlo. Nel diritto penale, dislocati sono gli autori di reato il cui comportamento aggressivo è aggravato da

[21] B. Waldenfels, *Antwortregister*, cit., p. 223.
[22] E. Renan, "Qu'est-ce qu'une nation?", in R. Girardet (éd.), *Qu-est-ce qu'une nation? et autres écrits politiques*, Imprimerie Nationale, Paris, p. 241.
[23] Cfr. A.M. von Kalmthout, "Abgewiesen und abgeschoben", in *Neue Kriminalpolitik*, 11 (1999), n. 4, pp. 25-30.

ingredienti alimentari, dalla costruzione urbana o, per quanto qui rileva, dalla vita in prigione. Nel diritto della proprietà, sono dislocati gli *stakeholders* di una società multinazionale che ritengono di avere un diritto più forte degli azionisti. Risulta dislocato nel diritto della responsabilità civile extracontrattuale [*law of torts*] l'attore che ha subito un "danno meramente emotivo" e rivendica un accertamento autoritativo del pregiudizio subito, senza ottenere un rimedio. Questi tipi di casi esemplificano come si possa non "trovar posto" in un particolare discorso di un particolare ordinamento giuridico, anche se l'impossibilità di accedere a tale discorso è in contrasto con l'autoconcezione politica di quel particolare ordine giuridico.

La prospettiva di Waldenfels, pertanto, è critica nei confronti delle teorie "coerentiste" del diritto. Essa non afferma che il diritto non debba essere coerente; sostiene piuttosto che esso debba essere consapevole della propria incoerenza. Dworkin, per esempio, ha sostenuto che le decisioni giudiziarie dovrebbero poter essere intese come contributi a una teoria pienamente coerente di un corpus di diritto valido, che (a) offra "il miglior grado di adattamento" [*best fit*] rispetto ai materiali giuridici esistenti e (b) riveli questo corpus di diritto nella "migliore luce possibile" di certi valori politico-morali (storicamente radicati)[24]. A ciò Waldenfels obietterebbe che l'ordine giuridico, come ogni ordine, ha un "punto cieco": non si può rendere conto riflessivamente del luogo che esso occupa per fondarsi, nonostante il fatto che esso sia cruciale per la sua esistenza come ordinamento di norme in vigore. Questo è precisamente il punto in cui l'analogia prediletta da Dworkin tra l'istituzione del diritto e la stesura di un romanzo (a catena) viene meno. Mentre il processo di scrittura di un romanzo si ritrae (per quanto possibile) da ciò che viene scritto, il processo di posizione di una norma giuridica non si ritrae da ciò che viene posto. Affinché una norma rimanga valida, essa deve essere fatta valere dall'autorità[25]. Affinché un romanzo rimanga una buona lettura, esso deve potersi reggere da solo, rendendosi il più possibile autonomo dal proprio autore.

Vi è dunque una profonda verità nel positivismo giuridico, nella misura in cui, per diventare valido, il diritto deve in ultima analisi essere posto da un'autorità non vincolata dal diritto che essa pone. Come vide Bodin, tale autorità non può che essere *legibus soluta*. Ma questa verità viene spinta oltre i suoi limiti se si assumesse che nulla possa valere contro l'autorità giuridica se non le regole che essa pone. Come comprese sempre Bodin[26], la sovranità è sempre "suprema, ma non ultima [*highest but one*]". Gli atti autoritativi sono essi stessi responsivi in modi molteplici, e non sarebbe azzardato ipotizzare che il diritto naturale tragga orientamento proprio da questi diversi modi della responsività. Essi rispondono all'istanza

[24] R. Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1986.
[25] Certo, non necessariamente mediante la forza.
[26] Cfr. H.K. Lindahl, "El pueblo soberano: el régimen simbólico del poder en la democracia", in *Revista de Estudios Politicos*, 94 (1996), pp. 47-72; Id., "Sovereignty and Symbolization", in *Rechtstheorie*, 28 (1997), pp. 347-371; Id., "Democracy and the Symbolic Constitution of Society", in *Ratio Iuris*, 11 (1998), pp. 12-35.

secondo cui l'autorità possa essere esercitata solo "in nome di", ovvero come attribuita da un'autorità superiore, cosicché l'autorità suprema risulta autocontraddittoria. Essi rispondono a ciò che occorre (in una certa cultura) per istituire il diritto piuttosto che, per esempio, un istituto di ricerca. Essi rispondono ai bisogni e ai desideri di un ordinamento politico nel suo insieme, accettando il linguaggio del "bene comune" e dell'"interesse pubblico", anche se segretamente ne ridono. Ma essi rispondono anche a bisogni, desideri e credenze che sono esclusi da questo insieme. Essi rispondono all'Estraneo anche quando la loro risposta consiste nell'ignorarlo. L'ignorare non deriva dall'ignoranza, ma piuttosto dalla consapevolezza di una presenza.

In un certo senso, questa consapevolezza trova conferma nel tentativo di Dworkin di tracciare una distinzione tra principi e politiche [*policies*]. I principi nel diritto sono, di fatto, direttive che riteniamo così importanti che (per il momento) non vogliamo che siano soggette a una perpetua revisione strategica come è caratteristica del *policy-making*. Naturalmente essi sono subordinati alla comunità politica; ma segnalano anche la ricettività di una comunità politica nei confronti di ciò che è in contrasto con le sue scelte politiche [*policy*]. Per esempio, i principi del giusto processo riguardano l'indagine penale, l'azione penale e il dibattimento, anche in quei casi in cui abolirli accrescerebbe l'efficienza e l'efficacia delle politiche di contrasto alla criminalità.

Lo sforzo di scalzare l'elemento "positivista" nel diritto attraverso la teoria del discorso (Habermas) è destinato a fallire. Il principio di razionalità proposto dalla teoria del discorso[27] (le norme devono essere poste in un dialogo nel quale tutti coloro che sono coinvolti potrebbero liberamente acconsentirvi) reintroduce il punto cieco proprio attraverso la formula con cui intende espellerlo: "Entrare in un dialogo e uscirne non può essere concepito in termini dialogici senza commettere una *petitio principii*"[28]. D'altro canto, una critica delle dottrine moralistiche del diritto naturale troverebbe una base altrettanto solida nell'opera di Waldenfels. Ciò non soltanto perché gli stessi argomenti si applicano all'ordine morale, ma anche, e in modo più importante, perché la rivendicazione avanzata dall'Estraneo non è, di per sé, determinante rispetto a ciò che è buono o cattivo, giusto o ingiusto, virtuoso o malvagio. Essa si colloca al di là del "bene e male", evocando la "risposta" nel senso che si è chiamati a esplorare (e dunque a rivedere) la zona crepuscolare contrassegnata da predicati come "ordinario", "disordinato" e "straordinario". Come ha scritto Dallmayr:

> Nello sviluppare il tema della domanda-risposta, Waldenfels, in un certo senso, si ricongiunge all'argomento levinasiano – pur divergendo simultaneamente dal primato dell'altro proprio di Levinas (e anche dal discutibile progetto di una "filosofia prima" etica). La necessità di rispondere

[27] J. Habermas, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 2. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1992 [1992], p. 138.
[28] B. Waldenfels, *Verfremdung der Moderne*, cit., p. 14.

> a una sfida o a una domanda data richiede chiaramente integrità intellettuale, così come un senso di responsabilità morale da parte del rispondente – ma non al punto della sottomissione arrendevole o della resa. La relazione tra domanda e risposta è asimmetrica per Waldenfels (come lo è per Levinas), ma non è del tutto priva di una certa reciprocità; sebbene possa essere caratterizzata come una "chiamata" [*calling*] o istanza [*demand*], la sfida di fatto "chiama" il rispondente alla libertà, concedendo ampio spazio per la sperimentazione e l'innovazione responsiva. Nell'accentuare questo aspetto, Waldenfels, in un certo senso, recupera certi impulsi etici che derivano dalla corrente nietzschiana e heideggeriana del pensiero postmoderno, impulsi che rischiano di essere aggirati o quanto meno marginalizzati in un'"etica dell'alterità" [*ethics of alterity*] unilaterale. Come nel caso di Heidegger, l'obbligazione etica per Waldenfels non può essere ridotta né a principi assoluti (per esempio, l'imperativo categorico) né alla pretesa autoritativa di un altro (vista come fondamento rovesciato). Piuttosto, l'etica è semplicemente parte integrante del nostro essere-nel-mondo – del nostro abitare nella zona di confine tra "enti ed enti" o (nei termini di Merleau-Ponty) nel "chiasma" del mondo caratterizzato da un dialogo aperto, agonale e da una concreta "intercorporeità". L'obbligazione, in questo spazio dell'abitare, effettivamente "accade" – ma in una maniera che non può mai essere completamente mappata o codificata, lasciando così spazio a sempre nuovi orizzonti di sensibilità etica[29].

Si dovrebbe notare che questa evocazione della sensibilità etica potrebbe ben essere stata l'ispirazione alla base della teoria del diritto naturale in chiave moralistica, e che alcune delle teorie più sottili del positivismo giuridico hanno compreso questo sfondo meglio di coloro che hanno assegnato al diritto il compito di difendere (almeno un minimo di) "valori universali".

Per la stessa ragione, le concezioni di Waldenfels sarebbero critiche nei confronti di ciò che molti studiosi nella tradizione di Berkeley di "*law and society*" chiamerebbero "diritto responsivo"[30]. Qui, il diritto responsivo è definito in contrapposizione al "diritto autonomo" o al formalismo giuridico, ovvero a un sistema giuridico che volge le spalle alla società ed è insensibile ai problemi politici che essa affronta. Anche se non ci si spinge fino al punto di alcuni studi legali americani che pubblicizzano la formula "*responsive law*" come equivalente di un diritto su misura [*customised law*], si può facilmente vedere che questo concetto di diritto responsivo presuppone e in effetti richiede l'auto-inclusione di una società. Non ha senso criticare il diritto perché dipende da tale auto-inclusione, e persino perché la sostiene, sia che essa venga formulata in termini di proprietà, valori, fini o ideali. L'"intreccio" tra produzione del diritto e formulazione delle politiche

[29] F. Dallmayr, "Foreword", in B. Waldenfels, *Order in the Twilight*, Ohio University Press, Ed. Athens, 1996, p. xiv.

[30] Sebbene il libro originale di Nonet e Selznick (P. Nonet, P. Selznick, *Law and Society in Transition: Toward Responsive Law*, Harper & Row, New York, 1978) suggerirebbe certamente alcuni possibili collegamenti da elaborare.

[*policy-making*] può essere uno dei modi più efficaci di immunizzare un ordine sociale contro qualsiasi istanza da parte dell'Altro[31].

Va aggiunto che il carattere "corporeo" o "intercorporeo" del diritto può anche mitigare il dualismo tra il diritto come istituzione (lo Stato di diritto [*rule of law*]) e il diritto come appello alla giustizia [*call for justice*] (dare a ciascuno ciò che è dovuto), che ricorre in certe concezioni "postmoderne" così come "conservatrici" del diritto. Il presupposto alla base di questo dualismo è che le istituzioni non siano altro che convenzioni volte a tenere a distanza l'alterità, riproducendo così se stesse *ad infinitum*. Se questa riproduzione sia governata dalle leggi del mercato o dalle "razionalità" dei vari sottosistemi in cui la società moderna si dirama è una questione secondaria. Il pregiudizio principale è che le istituzioni, per definizione, non siano responsive nel senso waldenfelsiano del termine. Presumibilmente, esse non sarebbero mai genuinamente espressive, neppure in uno qualsiasi dei modi obliqui che Waldenfels indaga nella sua analisi delle molteplici voci del discorso (*Vielstimmigkeit der Rede*). Di conseguenza, qualcosa che può funzionare come "*Gegeninstitution schlechthin*"[32] viene chiamato in causa per garantire la responsività: una "tradizione" o "identità" ben definita[33], o il potenziale rivoluzionario della "moltitudine"[34].

Qui, le teorie di Waldenfels sarebbero importanti perché il diritto possa sviluppare una teoria che riconosca la "zona di penombra" delle istituzioni, spingendosi oltre le convenzioni che, spesso, si presume le spieghino e le esauriscano. Nessuna istituzione, neppure il paradigmatico "gioco" (gli scacchi), è esaurita dalle proprie regole costitutive. Sebbene queste regole possano definire la posta di un certo gioco (ad esempio, lo scacco matto), esse rimangono incomprensibili a meno che non si comprenda che lo scacco matto riguarda il vincere una competizione, che cercare di vincere una competizione è un modo di giocare a dei giochi, che partecipare a questi giochi è un modo di giocare, e che giocare è un modo di divertirsi. Sebbene il divertimento sia costitutivo del giocare un gioco, non c'è nessuna regola costitutiva della forma "X ha valore di divertimento nel contesto C". Analogamente, le istituzioni in generale, incluso il diritto, sono espressive di qualcosa che in esse è in questione, e che sfugge alle regole costitutive che determinano l'istituzione. Poiché questo qualcosa non è disponibile separatamente dall'istituzione, si deve riconoscere che l'istituzione è

[31] Si veda, come caso esemplare, l'analisi di Spijkerboer della politica olandese in materia di asilo: T. Spijkerboer, *Gender and Refugee Status*, Gerard Noodt Instituut, Nijmegen, 1999.
[32] Così Habermas caratterizzò il dialogo nei suoi primi abbozzi della teoria della comunicazione. Si veda J. Habermas, "Vorbereitende Bemerkungen einer Theorie der kommunikativen Kompetenz", in *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie - Was leistet die Systemforschung?*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1971, p. 201.
[33] K.A. Schachtschneider, *Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits, Rechts- und Staatslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
[34] A. Negri, *Le pouvoir constituant. Essai sur les alternatives de la modernité*, tr. E. Balibar et Fr. Matheron, PUF, Paris, 1992; M. Hardt, A. Negri, *Empire*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2000.

espressiva in modo genuino, e non derivato. Essa genera senso [*makes sense*], piuttosto che rappresentare un senso preconfezionato [*ready-made sense*].

6. Confronti recenti: alcuni ulteriori riferimenti

In *Sozialität und Alterität. Modi sozialer Erfahrung*[35] vi è un capitolo intitolato "*Wir vor und unter dem Gesetz*", in cui Waldenfels tratta esplicitamente il proprio coinvolgimento con la filosofia del diritto, in risposta alle interlocuzioni del nostro gruppo di ricerca di Tilburg con la sua opera. Tali scambi furono pubblicati in un numero speciale di *Ethical Perspectives*, 13 (2006), n. 3. Esso ospita, come relazione principale, il lavoro di Waldenfels "*Inside and Outside the Order: Legal Orders in the Perspective of a Phenomenology of the Alien*"[36]. Gli interlocutori furono, oltre a me, il mio successore alla cattedra di Filosofia del diritto a Tilburg, Hans Lindahl, David Janssens, Petra Gehring e William Conklin. Tutti loro hanno poi discusso l'opera di Waldenfels in diverse altre pubblicazioni. Lo stesso hanno fatto due ex dottorandi di Tilburg, oggi studiosi affermati, Luigi Corrias e Nanda Oudejans.

Poiché la mia introduzione a quel numero costituisce il corpo del presente saggio, e poiché sono trascorsi vent'anni dalla sua pubblicazione, è opportuno aggiungere almeno alcuni riferimenti agli sviluppi più recenti nella rinascita della fenomenologia in chiave waldenfelsiana, nell'ambito della filosofia del diritto. Waldenfels[37] riconosce il proprio debito nei confronti del lavoro svolto in filosofia del diritto non soltanto da Lindahl e da me, ma anche da Ferdinando Menga (Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli) e Fabio Ciaramelli (Università degli Studi di Napoli Federico II). Dovrei inoltre menzionare un gruppo di giuristi giapponesi che si sono confrontati criticamente con *A Theory of Global Law and its Fault Lines* di Lindahl, in un fascicolo del *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 51 (2022), n. 2, pp. 144-164: Takao Suami, Keisuke Kondo, Ryuya Daidouji, Akiko Ejima, Yota Negishi, Yusuke Ohno e Hajime Yamamoto. Bernhard Waldenfels godeva di grande considerazione in Giappone.

Sullo sfondo più ampio degli studi su fenomenologia e diritto, dovrei segnalare la dichiarata adesione di Christodoulidis[38] a una fenomenologia critica del diritto, marxiana piuttosto che marxista, orientamento che, nella sostanza, è

[35] B. Waldenfels, *Sozialität und Alterität. Modi sozialer Erfahrung*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2015, pp. 176 ss.
[36] Pubblicato anche in italiano in una raccolta di saggi, tradotta e curata da F. Menga con il titolo *Politiche dell'estraneo. L'istituzione del moderno e l'irruzione dell'altro*, Ombre Corte, Verona, 2012.
[37] B. Waldenfels, *Sozialität und Alterität. Modi sozialer Erfahrung*, cit.
[38] E. Christodoulidis, *The Redress of Law: Globalisation, Constitutionalism and Market Capture*. Cambridge University Press, Cambridge (U.K.), 2021.

anche quello perseguito da Keruish[39]. In Germania, Sophie Loidolt sta lavorando sul diritto secondo una prospettiva fenomenologica. Presso il Leuven Institute for Criminology, in Belgio, e presso il Netherlands Institute for the Study of Crime and Law Enforcement, Antony Pemberton sostiene un approccio fenomenologico in vittimologia. La bibliografia fornisce un elenco non esaustivo di pubblicazioni degli autori menzionati in questa sezione finale. Mi scuso per eventuali omissioni di nomi e titoli[40].

***

Che ne è, allora, del Triangolo delle Bermude? Perché il progetto filosofico di Waldenfels sarebbe in grado di evitare moralismo, formalismo e strumentalismo? Esso si tiene lontano dal moralismo perché rispondere all'istanza dell'Estraneo non equivale a fare qualcosa di "buono". Esso apre lo spazio in cui la distinzione tra buono e cattivo può essere riveduta costantemente, così da non irrigidirsi in una

[39] V. Keruish, *The Wrong of Law. Metaphysics, Logics and Law's Claim of Right*, U. Petersen Ed., Routledge, Abingdon - New York, 2025.

[40] [N.d.T.] Si indicano di seguito alcune voci bibliografiche che, pur non essendo citate espressamente nel corpo del testo, figurano nella bibliografia dell'edizione originale in lingua inglese del presente saggio: F. Ciaramelli, *Creazione e interpretazione della norma*, Città Aperta, Troino, 2003; L. Corrias, *The Passivity of Law. Competence and Constitution in the European Court of Justice*, Springer, Dordrecht, 2011; L. Corrias, "The Legal Theory of the Juridical Coup: Constituent Power Now", in *German Law Journal*, 12 (2011), n. 8, pp. 1553-1571; L. Corrias, *Law and Inhumanity. Dehumanisation, Silent Claims and Atrocity Crimes*, Cambridge University Press, Cambridge, 2025; B. Waldenfels, "Phänomenologie zwischen Pathos und Response", in W. Hogrebe, J. Bromand (eds.), *Grenzen und Grenzüberschreitungen. XIX. Deutscher Kongress für Philosophie, Bonn, 23.-27. September 2002. Vorträge und Kolloquien*, Akademie Verlag, Berlin, 2004, pp. 813-825; H.K. Lindahl (eds.), *A Right to Inclusion and Exclusion? Normative Fault Lines of the EU's Area of Freedom, Security and Justice*, Hart Publishing, Oxford-Portland (OR), 2009; H.K. Lindahl, *Fault Lines of Globalization. Legal Order and the Politics of A-Legality*, Oxford University Press, Oxford, 2013; H.K. Lindahl, *Authority and the Globalisation of Inclusion and Exclusion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018; S. Loidolt, *Anspruch und Rechtfertigung. Eine Theorie des rechtlichen Denkens im Anschluss an die Phänomenologie Edmund Husserls*, Springer, Dordrecht, 2009; S. Loidolt, *Einführung in die Rechtsphänomenologie. Eine historisch-systematische Darstellung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010; F.G. Menga, *Ausdruck, Mitwelt, Ordnung. Zur Ursprünglichkeit einer Dimension des Politischen im Anschluss an die Philosophie des frühen Heidegger*, Wilhelm Fink, Paderborn, 2018; F.G. Menga, "Antagonism, Natality, A-Legality: A Phenomenological Itinerary on the Democratic Transgression of Politico-Legal Orders", in *Ratio Juris*, 31 (2018), n. 1, pp. 100-118; F. Ost, M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002; N. Oudejans, *Asylum. A Philosophical Inquiry Into the International Protection of Refugees*, Tilburg University, Tilburg, 2011; N. Oudejans, A. Pemberton, "Broken rules, ruined lives. Een verkenning van de normativiteit van de onrechtservaring", in *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 48 (2019), n. 1, pp. 66-84; K.A. Schachtschneider, *Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre. Ein Beitrag zur Freiheits-, Rechts- und Staatslehre*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

funzione dell'identità della comunità politica [*polity's identity*]. Il progetto mantiene una distanza dal formalismo in quanto enfatizza l'ambiguità dell'ordine nella sua relazione con l'atto dell'ordinare. Riconoscendo costantemente il carattere "positivo" (e dunque politico) di un ordinamento giuridico, esso sostiene che questi atti di posizione di norme sono essi stessi responsivi verso l'Estraneo, anche quando e là dove mirano a arginarne la sfida. Il che significa, a mio avviso, che l'essere posto [*being set*] (emanato, attuato, applicato e fatto valere) è una condizione necessaria ma non sufficiente per la validità delle norme giuridiche. Lo strumentalismo, infine, viene rivisitato in modo altrettanto equilibrato. Dato che il diritto è un artefatto politico, non ha senso negare che esso sia strumentale a ciò che in ultima analisi costituisce la comunità politica: un'auto-inclusione sostenuta nel tempo. Non vi è ordinamento giuridico senza confini, anche se, bisogna ammetterlo, il territorio è soltanto uno dei parametri nello stabilire tali confini. Tuttavia, nella misura in cui i confini equivalgono a criteri di appartenenza secondo qualunque parametro, un ordinamento giuridico rivedrà sempre i propri confini erigendone di nuovi. Lo strumentalismo afferma che questa politica dei confini è una strada a senso unico: si dovrebbero rivedere i vecchi confini soltanto se ciò serve a erigerne di nuovi.

Il diritto responsivo nel senso di Waldenfels esplorerebbe invece le possibilità di una politica della revisione [*politics of revision*] più rigorosa. Si domanderebbe come sia possibile stabilire i confini della comunità politica e, con un unico gesto, mettere in questione la loro legittimità assoluta. Lungi dall'essere autocontraddittoria, si tratta di una presa di posizione che riconosce il crepuscolo del diritto tra ordine [*order*] e ordinare [*ordering*].