

CODICI ANALITICI E CODICI SIMBOLICI. FRA KELSEN E SCHMITT: IL POSITIVISMO GIURIDICO COME PARADOSSO EPISTEMOLOGICO

di Giuseppe Limone

(Seconda Università degli Studi di Napoli)

Analytical codes and symbolical codes. Between Kelsen and Schmitt: legal positivism as an epistemological concept

Abstract

It is now possible to represent political, law and justice according to a symbolic and an analytical aspect. What can be discovered is that Kelsen's legal positivism hides a paradoxical logical status that, while fighting against Schmitt's existential power in the name of the legal system, fights simultaneously against the natural juridical order in the name the legal order. While calling the power of the positive legal system against the natural law, Kelsen invokes the principle of reason against the existential political power.

Keywords: Symbolical Aspects of Law, Legal Order, Political Power, Energy, Concept.

Tra l'analitico e il simbolico.

Nel confrontarsi col problema del diritto e delle istituzioni sociali – guardati dal punto di vista della loro capacità vincolativa, della loro semantica e della loro legittimazione – è forse possibile, oggi, sperimentare codici critici nuovi. Il presente approccio intende, da un lato, interrogare le possibilità ermeneutiche offerte dal codice simbolico e, dall'altro, inserirsi in uno sforzo specifico di cui, peraltro, non si possono, qui, circostanziare le linee: ricollocare codice analitico e codice simbolico a un metalivello che possa dell'uno e dell'altro risignificare gli statuti. Ci si domanda: può una lettura simbolica approssimarsi in modo teoricamente produttivo al problema del diritto e delle dottrine che lo riguardano? Noi crediamo di sì. Prospettare una “simbolica giuridica” come itinerario teorico di lettura *significa cimentarsi*, da un lato, con *terreni epistemologici consolidati* (gli studi sul simbolico, pur variegati e conflittuali fra loro, hanno pur sempre una tradizione) e

significa, al tempo stesso, *cimentarsi* con un terreno epistemologico *nuovo*. Si tratta, cioè, di affrontare l'incrociarsi di *due* tradizioni e sensibilità, *diverse* per premesse e per metodi: la tradizione e sensibilità *simbolica*, la tradizione e sensibilità *giuridica*.

Da questo *secondo* punto di vista, quindi – dal punto di vista, cioè, della possibile fondazione di un terreno epistemologico nuovo – all'esplorazione è dato muoversi, per così dire, in un luogo *meticcio*, nel quale la scommessa dovrebbe consistere nel saper incrociare *due* rigori metodologici conservandoli tali. La *ricchezza* della prospettiva, infatti, potrebbe mettere a rischio la *serietà* della metodologia.

Ci proponiamo di compiere, qui, solo alcuni passi nella direzione indicata. Quattro passi, con l'individuazione di alcune questioni.

- 1) Una *prospettiva* del simbolico.
- 2) Una *genealogia* del simbolico.
- 3) Una *prospettiva* del giuridico.
- 4) Una *genealogia* del giuridico.
- 5) Alcune *questioni*.

I primi due passi saranno – in questa sede – necessariamente abbreviati per consentire spazio ai successivi.

1. Una prospettiva del simbolico.

Chiamiamo “simbolo” una forma espressiva che – *in quanto si depone in un “segno”* e si fa risonanza di una forza – struttura un campo gravitazionale, un campo di senso. Si tratta di un segno che può essere un *qualsiasi* segno: visivo, uditivo, olfattivo, sensoriale *tout court*, ma che può consistere anche in una rappresentazione mentale, o proposizionale, o verbale (un'idea, una frase, una parola, eccetera). Una *forma* di una *forza*, da capire a più *strati*.

E non a caso diciamo campo di senso. *Campo* in un'accezione precisamente analoga a quella del mondo *fisico, energetico*. Campo nel senso del campo di forze: luogo *gravitazionale* – a dimensione

interumana e intraumana – in cui in una *forma* (in una “Gestalt”¹) si strutturano dinamicamente fenomeni, vicende, trasformazioni, di cui può concepirsi una lettura rigorosa².

Indipendentemente da *quale* sia la natura di questa forza – l’Archetipo di Jung, l’Inconscio di Freud, il *Ça* di Lacan, l’Immaginario di Bachelard, etcetera – e indipendentemente da *chi* o da *che cosa* ne sia la fonte (lo stesso “soggetto”, la “natura”, il “divino”, l’ “inconscio”, la “struttura desiderante”, etc.), il “simbolo” in senso forte *non* è un mero *denotante* o *designante semeiotico*, ma è il risuonare di una forza generatrice che, in quanto tale, produce gravitazione. Gravitazione non del fisico, ma del fenomenologico, del vissuto.

In una tale prospettiva, la “forza” *non* si dà necessariamente in *questo* o in *quel* segno, perché può darsi in *qualsiasi* segno. Essa, però, al tempo stesso, *deve poter* darsi in un segno. Che un *segno* in un contesto sia simbolo e in un altro *non* lo sia, dice, contemporaneamente, l’*invarianza* di questo *dover poter* darsi e la *varianza* di questo *poter* darsi. Un “simbolo”, infatti, può, in quanto simbolo³, nel corso dei passaggi storici che vive, *morire*, diventando una mera traccia culturale del passato (è la sua morte *nel tempo*), o può, nel corso dei passaggi interculturali, *opacizzarsi al vissuto*, perdendo intensità simbolica e riducendosi a mera traccia antropologica (è la sua morte *nello spazio*).

Ciò *non* toglie che il *segno simbolico*, 1) da un lato, nel contesto storico-culturale di riferimento, *concentri* una forza reale che struttura un campo di senso; 2) dall’altro lato, nel corso delle trasformazioni del culturale, *possa* essere sostituito da *altri* segni nella capacità di *risonare* di quella forza; 3) infine, alla *varianza* culturale dei mille *possibili* segni espressivi si accompagni l’*invarianza* simbolica della forza che *deve poter* esprimersi in segni.

Una specifica scommessa epistemologica potrebbe consistere, oggi, nel costruire una “fisica sociale del simbolico” quale fisica della *percezione* e dell’*azione sociale*. Ciò, per certi versi, in analogia con le modalità con cui nel Novecento la *Gestaltpsychologie* si è cimentata nella ricerca di una fisica del “percettivo”: là dove *indici strutturali* invarianti ed *esperienza passata* variabile vanno a

¹ Si pensi alla lettura dei fenomeni psicologici e sociali che, per esempio, ha dato il gestaltista Kurt Lewin. Si veda, in proposito, Kurt LEWIN, *Teoria dinamica della personalità*, Editrice Universitaria, Firenze 1965.

² Ci permettiamo rinviare, in proposito, a Giuseppe LIMONE, *Dimensioni del simbolo*, Arte Tipografica, Napoli 1997.

³ In senso forte, cioè. Per una lettura fenomenologica del simbolo, vedi Sandro BRIOSI, *Il simbolo e il segno*, Mucchi, Modena 1993.

costituire specifici nodi *diffrattivi* e *ricostitutivi* del *guardare*⁴. Si tratterebbe, qui, di individuare nodi diffrattivi e ricostitutivi del *percepire* e dell'*agire sociale*. Come la ragione epistemologica della *Gestaltpsychologie* ha cercato gl'indici *duri* (ossia *indipendenti dalla consapevolezza*) delle diffrazioni che stanno a fondamento del *costituirsi* dell'oggetto percepito, allo stesso modo una epistemologia del simbolico può costituire una *fisica del simbolico* quale analisi dei modi e dei segni destrutturativi e ristrutturativi del senso.

In effetti, a ben guardare, la prospettiva simbolica è stata sempre, dagli opposti versanti del *logico* e dell'*empirico*, radicalmente *sospettata*. Sospettata di inserire nella *logica* rigorosa della *scienza* la *fenomenologia* friabile dell'*illusione*. Ma essa, la prospettiva simbolica, pur sospettata di illusorietà, lascia alle altre due prospettive – quella *logica* (analitica) e quella *empirica* (sperimentale) – il problema dell'esistenza di quei *fatti* di cui esse non riescono a rendere ragione, di quei fatti la cui ragione fa apparire, invece, in modo nuovo la prospettiva simbolica. Sicché la prospettiva simbolica si rivela alle altre due in un'ottica in cui il simbolico appare, per così dire, in controluce, trasformato dal diverso modello epistemologico che lo guarda. Infatti:

- 1) Nella prospettiva *analitica*, il “simbolico” appare come “finzione”. Si vede operare, al suo posto, un “come se”, un “fare finta che”.
- 2) Nella prospettiva *empirica*, il “simbolico” appare come un *effetto da fata morgana*. Si vede operare, al suo posto, un'*illusione*. Si assiste, cioè, a una sorta di *illusione efficace* (o, in alcuni casi, per dirla con Popper, a una *profezia che si autoadempie*).

Nell'eventuale *intersezione* delle due prospettive (l'analitica e l'empirica) sul simbolo, si ha la percezione cognitiva di un *quid* che, per così dire, *funziona perché finziona*. Si tratta, a ben vedere, qui, del “fingere” latino *nel suo doppio significato*.

Ora, considerati gli esiti nelle due prospettive di cui sopra (il simbolico in quanto ha lo *status logico* del “come se” e il simbolico in quanto ha lo *status empirico* dell' “effetto sperimentale da illusione”), il simbolico, per l'autonomia con cui si autocomprende, *non si coglie né come l'uno né come l'altro modo*. Ma, d'altro canto, capire come esso epistemologicamente appare agli altri versanti è capire *l'uno, l'altro e lui stesso*.

⁴ Per un contributo critico, vedi David KATZ, *Gestaltpsychologie*, Benno Schwabe & Co, Basilea, 1948, tr. it. di Enzo Arian, *La Psicologia della Forma*, Boringhieri, Torino 1973. Vedi, anche, la citata lettura gestaltica di Kurt Lewin.

C'è da domandarsi: 1) *Che cosa*, nel livello della prospettiva logico-analitica, fa sì che la ragione usi come selettore il *come se e non* gl'infiniti possibili altri? *Qual è*, cioè, il criterio selettore che sceglie *questo* criterio selettore?

E c'è da domandarsi, ancora: 2) *Che cosa*, nel livello della prospettiva empirico-sperimentale, fa sì che alla ragione un effetto osservabile appaia come un'*illusione*?

Una risposta a tali domande *non* è possibile se non si apre un *altro* spazio prospettico: lo spazio del "simbolico", appunto.

Collocata in campo, per così dire, una figura solida a più facce (collocato, per esempio, un *crystallo*), occorre non solo *poter* vedere la faccia del simbolico a partire dalla faccia logica e da quella sperimentale, ma anche *poter* vedere le loro prospettive intersecate. E, fra queste, la stessa faccia del simbolico a partire da sé.

La prospettiva simbolica introduce alla lettura di una forza, fenomenologicamente percorsa, che si esprime a più strati⁵. Si tratta dell'espressione simbolica intesa come espressione di forza, colta nella struttura a catena dei suoi significati.

Rispetto a una tale forza, il sapere analitico potrà avere l'illusione che il *come se* sia sostituibile *ad libitum* con un qualsiasi altro *come se*; il sapere empirico potrà credere che l'effetto sperimentale osservato sia una *mera* illusione; il sapere empirico-analitico (logico-sperimentale) potrà figurarsi, da parte sua, che l' "effetto-illusione", in quanto riconducibile al "come se", sia dissolvibile col semplice gesto di una razionale azione illuminatrice. Ma è il sapere simbolico che mostra come la comprensione di un *intero* – interumano e intraumano – non possa giammai esser fatto consistere nella comprensione dei suoi pezzi separati.

Il simbolico, a seconda delle tesi che l'indagano, può decifrarsi in relazione a *vari* criteri diversificati:

- 1) in relazione all'*assenza* che esso richiama. In questo senso, il simbolico si dà come la «capacità di rendere effettuale, cioè produttrice di effetti reali, qualcosa che sotto l'aspetto della presenza si è ormai dileguata» (Domenica Mazzù, nelle coordinate di Freud);
- 2) in relazione alla *fattualità* che al simbolico si connette. In questo senso, il simbolico si dà come quella capacità di "creazione di senso" che, *nominando* la fattualità, la inserisce in un progetto

⁵ Su una lettura multifattoriale del simbolico, vedi Sandro BRIOSI, *Il segno e il simbolo*, cit.

- che *l'ingriglia in un "oltre"*: per così dire, in un *controfattuale* che "proietta" il *fattuale* nell'*oltrefattuale*; in un "rinominare" che si dà quale prolessi costantemente pro-duttiva e ri-produttiva (Bruno Romano, nelle coordinate di Lacan, di Heidegger, di Hegel)⁶;
- 3) in relazione alla *costituzione di spazio* che il simbolico produce (Luigi Alfieri, nelle coordinate di Nietzsche; vedi, in questo senso, anche la ricerca di Roberto Escobar)⁷;
- 4) In relazione alla *persuasività retorica del potere sullo spazio e sul tempo*, che il simbolico innesta (Giulio Chiodi, nelle coordinate d'una teoria critica della società)⁸;
- 5) in relazione all'*energia sociale destrutturatrice (e ristrutturatrice)* di cui il simbolico è vettore (Claudio Bonvecchio, nelle coordinate di Jung)⁹;
- 6) in relazione al *mondo di figure* di cui il simbolico è generatore (Domenico Corradini, nelle coordinate di una poesia e di una simbolica narrante: vedi, in un tale contesto di approcci, fra gli altri, i contributi di Bachelard, Kerenyi, Eliade, Zolla)¹⁰;
- 7) in relazione al configurarsi dei *nomi* in cui il simbolico si sedimenta e si cela (Carlo Sini, nelle coordinate di Cassirer e oltre)¹¹;
- 8) in relazione all'uomo come *animale onirico* (Franco Fornari)¹²;
- 9) in relazione all'uomo come *animale segnico* (connotato, da un lato, dal bisogno di *produrre segni* – "fecondità"– e, dall'altro, da quello, simmetrico, di *interpretarli* – "ermeneuticità" –) : in

⁶ Bruno ROMANO, *Per una filosofia del diritto nella prospettiva di Jacques Lacan*, Bulzoni, Roma 1991.

⁷ Luigi ALFIERI, *Il Terzo che deve morire*, in AA.VV., *Simbolica politica del Terzo*, a cura di Giulio M.Chiodi, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 25 ss. Vedi anche Roberto ESCOBAR, *Rivalità e mimesi: lo straniero*, in AA.VV., *La contesa tra fratelli*, cit., pp.337 ss.

⁸ Giulio M.CHIODI, *Sul simbolico nelle scienze politico-sociali*, in AA.VV., *L'immaginario e il potere*, a cura di Giulio M.Chiodi, Giappichelli, Torino 1992, pp. 7 e ss.

⁹ Claudio BONVECCHIO, *Bellum omnium contra omnes. Il simbolico e la guerra postmoderna*, in AA.VV., *Il nuovo volto di Ares o il simbolico nella guerra postmoderna*, CEDAM, Padova 1999, pp.61 ss.

¹⁰ Domenico CORRADINI, *Miti e archetipi. Linguaggi e simboli della storia e della politica*, ETS, Pisa. Si veda anche: Luigi ALFIERI-Domenico CORRADINI, *Abissi. Meditazioni su Nietzsche*, KERÉNYI, *Umgang mit Göttlichem e Wesen und Gegenwärtigkeit des Mythos*, Albert Langen – Giuffrè, Milano 1992. Per un fondamentale approccio mitico-narrativo al simbolico, vedi Karl Georg Müller Verlag GmbH, München-Wien 1985, tr. it. di Maria Anna Massimello, *Il rapporto col divino*, Einaudi, Torino 1991.

¹¹ Carlo SINI, *Il simbolo e l'uomo*, EGEA, Milano 1991. Per il fondamentale approccio cassireriano, Ernst CASSIRER, *Filosofia delle forme simboliche*, La Nuova Italia, Firenze 1988.

¹² Per una lettura simbolica delle Istituzioni, vedi Franco FORNARI, *Introduzione a una socioanalisi delle istituzioni psichiatriche*, in «Rivista di psicoanalisi», XVII, 1971, ora in Franco FORNARI, *Simbolo e codice*, Feltrinelli, Milano, 1976.

riferimento, da un lato, all'umano *non* “dover fidarsi” ma “*dover poter fidarsi*”, e, dall'altro, all'umano *non* “dover ricevere fiducia” ma “*dover poter ricevere fiducia*”;

10) in relazione a un'analisi della logica *primaria* – “simmetrica” – che nel simbolo psicanaliticamente si esprime, analisi da condurre fino in fondo con procedura rigorosa¹³;

11) in relazione a uno studio della *struttura segnica* vista come un *combattersi* di significati che fanno del simbolico una forma a più strati: una “nebulosa a risonanze di significato” (Umberto Eco) o una “vertigine di rinvii” (Umberto Galimberti);

12) in relazione a una prospettiva che, superando l'episteme “cartesiana”, colga la vita emozionale come *intrinseca* alla vita mentale, ed *entrambe* – vita emozionale-mentale – come *intrinseche* alla vita reale¹⁴.

13) in relazione a un'ottica che tematizzi l'*essenziale* struttura gnoseologica del “conferimento/ritrovamento di senso” (il *dover poter* farlo) nella percezione cognitiva dei *segni* (tracce, rappresentazioni mentali, oggetti): sia in quanto “inventati”, sia in quanto “trovati”, sia in quanto prodotti da *altri* (“ermeneuticità”), sia in quanto prodotti da *sé* (“fecondità”), sia in quanto coincidenti col *gruppo sociale* (costitutività della “comunità”), sia in quanto coincidenti col *sé* (costitutività della “singolarità”): una prospettiva che colga in questa ricerca di senso la forza generatrice di un campo di vissuto a struttura gravitazionale. Dove si assiste, in realtà, a un continuo trasformarsi di centri di energia cinetica in centri di energia potenziale e viceversa¹⁵.

14) in relazione a una prospettiva che veda il simbolico anche nel puro fatto segnico, a più o meno forte condivisione sociale e/o naturale (Elias, Sebeok)¹⁶.

Molte e disparate, quindi, le interpretazioni del simbolico, e molte le interpretazioni dei suoi rapporti con l'analitico e con lo sperimentale. Compito del prossimo futuro sarà, forse, una possibile rimessa in circuito di queste molteplici – ma concorrenti e, forse, componibili – *piste*. Non solo. Innumerevoli e importanti possono essere, in proposito, i terreni di sperimentazione costituiti dalle

¹³ Ignacio MATTE BLANCO, *L'inconscio come insiemi infiniti. Saggio sulla bi-logica*, Einaudi, Torino 1981.

¹⁴ Antonio DAMASIO, *L'errore di Cartesio*, Adelphi, Milano 1995 (vedi spc. pp.336 ss).

¹⁵ Sul punto, ci permettiamo rinviare a Giuseppe LIMONE, *Dimensioni del simbolo*, Arte Tipografica, Napoli 1997, p.35 ss. e p.31 ss.

¹⁶ Norbert ELIAS, *Teoria dei simboli*, Il Mulino, Bologna 1998; ID., *Saggio sul tempo*, Il Mulino, Bologna 1986; Thomas A. SEBEOK, *Sguardo sulla semiotica americana*, Bompiani, Milano 1992.

opere letterarie e dalle scienze che le riguardano. Si pensi, solo a mo' di esempio, al Don Chisciotte del Cervantes, alle figure di Borges, alle rappresentazioni del "Potere" di Canetti¹⁷.

2. Una genealogia del simbolico

C'è forse un *luogo* in cui il "simbolo" può meglio – in modo più conciso e pregnante, cioè – rivelare le sue più specifiche matrici. È il luogo del "sacro". Intendiamo riferirci, qui, in modo particolare, all'analisi che ne svolge Rudolf Otto nell'ormai classico *Il sacro*¹⁸.

Il "sacro" – detto da Otto anche il "santo" – è, per lui, innanzitutto, il "numinoso". Si tratta di quel "numinoso" che è il "sovrappotente"¹⁹, il "tremendo"²⁰, il "deinós"²¹: ciò verso cui e a partire da cui l'uomo *non può far altro* che vivere l'*assoluta propria inermità dipendente* in quanto condizione del *nulla*²². Il "numinoso", in questo senso, è ciò che assolutamente *non può* essere detto attraverso determinazioni *razionali*. *Di più*. Il "numinoso" è ciò che non può essere detto neanche attraverso determinazioni *ontologiche*, fossero pure determinazioni ultrarazionali²³. Unilaterale ed erroneo sarebbe, quindi, in una tale visione, tradurre "santo" con "trascendente", ossia con quella specifica connotazione *ontologica* che, per così dire, pur indicando il "soprarazionale", lo indica in modo pur sempre "razionale"²⁴. Il "numinoso" è, nel suo fondo, una reazione radicale dell'anima non spiegabile per concetto²⁵. Quella reazione che si accompagna «al momento dello sgomento»²⁶. Otto dice anche: «il fondo dell'anima». *Un apriori*.

Per intendere bene una tale prospettiva, bisogna capire come il Nostro critichi lo stesso *sentimento di dipendenza* che Friedrich Schleiermacher colloca a fondamento del fatto religioso, perché un tale

¹⁷ Per un esempio efficace vedi, a proposito del *Signore delle mosche* di Goding, il contributo di Luigi Alfieri in AA.VV., *La contesa tra fratelli*, Giappichelli, Torino 1992, p.227 ss.

¹⁸ Rudolf OTTO, *Il sacro. L'irrazionale nella idea del divino e la sua relazione al razionale*, Feltrinelli, Milano 1989.

¹⁹ *Op. cit.*, p.28 e p.30.

²⁰ *Op. cit.*, p.24.

²¹ *Op. cit.*, p.51.

²² *Op. cit.*, pp.30 ss., p.94, pp.36-37.

²³ *Op. cit.*, p.62.

²⁴ *Op. cit.*, p.62.

²⁵ *Op. cit.*, p.22.

²⁶ *Op. cit.*, p.21.

sentimento è considerato – da Otto – anch'esso incapace di capire il numinoso. Si tratta di un *sentimento*, infatti, che individuerrebbe il “numinoso” a partire dalla corrispondenza con una troppo generica situazione di *creaturalità*²⁷, laddove il “numinoso” è “una cosa” che «nonostante tutte le somiglianze e tutte le analogie, è *qualitativamente* diversa da *tutti* i sentimenti analoghi»²⁸.

Per intendere appieno una simile prospettiva, bisogna capire come Otto, mentre critica la stessa «sedicente teologia dialettica»²⁹ e il suo discorso sull' “Altro”, afferma che «l'autentico *mirum* è [...] “il completamente altro”, il *thàteron*, l'*anyad*, l'*alienum*, l'*aliud valde*, l'estraneo straniero [...] assolutamente fuori dell'ordinario e con l'ordinario in contrasto, e *ricolmante quindi lo spirito di sbigottita sorpresa*»³⁰. Davanti a un simile evento, «le *raffigurazioni* degli spiriti e le concezioni affini sono piuttosto tutte forme posteriori di “razionalizzazione”, che tentano di chiarire in una qualsiasi maniera l'enigma del *mirum*, e hanno sempre l'effetto di *indebolire e assottigliare l'esperienza stessa*. Da essa *rampolla non già la religione, bensì la traduzione razionale della religione, la quale finisce poi in una così massiccia teoria, con interpretazioni così banali, che il mistero ne è decisamente cacciato*»³¹.

Tutto il lavoro compiuto dall'interpretazione del numinoso si rivela, in realtà, come lo sforzo malcelato di *tradurre* un “irrazionale” in “schemi razionali”. «Le nozioni e i concetti razionali che si sviluppano parallelamente a questo momento irrazionale dell'affascinante - [il «tremendo che repelle, ricco di *majestas*»³²]- e lo traducono in schemi sono l'Amore e la Misericordia, la Pietà, il Conforto; tutti elementi “naturali” della comune esperienza psichica, solamente pensati nella perfezione»³³.

Il “numinoso”, per la sua *sovrapotenza ingovernabile*, da un lato, può conoscere un *climax* discendente di “addolcimenti” emotivi (*climax* che si sviluppa nel trasmutarsi evolutivo e continuo da un sentimento a un altro «in rapporto col cambiamento delle circostanze in cui mi muovo,

²⁷ *Op.cit.*, pp.22-23, p.48, p.142 e *passim*.

²⁸ *Op.cit.*, p.20. La sottolineatura è nostra.

²⁹ *Op.cit.*, p.186.

³⁰ *Op.cit.*, p.35.

³¹ *Op.cit.*, pp.35-36. Il corsivo nostro.

³² *Op.cit.*, p.43.

³³ *Op.cit.*, p.43; vedi anche p.29.

attraverso il lento affievolirsi dell'uno e l'acuirsi dell'altro»³⁴: «anche il sublime è genuino “schema” [ossia *traduzione concettuale*] del sacro stesso»³⁵).

Dall'altro lato, lo stesso “numinoso” abbisogna, per così dire, di un lavoro progressivo di *neutralizzazione*. Tutto il lavoro di *traduzione concettuale* – sia la riconduzione complessiva a un insieme di categorie ontologiche, sia la riconduzione complessiva a un insieme di categorie razionali, sia l'*articolazione* in *distinte* categorie ontologiche e razionali – tutto questo lavoro si rivela, in realtà, in quanto fenomeno di progressiva “comprensione”, fenomeno di progressiva *neutralizzazione* («Di uno *spirito* “compreso” non si ha più terrore, come mostra lo spiritismo. Cessa pertanto di costituire argomento di indagine religiosa»³⁶). E, si potrebbe aggiungere, se la ragione è comprensione *progressiva* del numinoso come *primus movens* dell'uomo, che all'uomo fa problema, l'elaborazione dei concetti primi dell'uomo – esprimendosi nei concetti *ontologici* primi – non è se non elaborazione delle prime articolazioni del numinoso. «...le idee razionali dell'assolutezza, della completezza, della necessità, della sostanzialità come quella del buono, quale valore assoluto e oggettivamente, validamente cogente, non si “evolvono” affatto da una qualsiasi percezione sensibile. Ed una qualsiasi “epigenesi” o “eterogonia”, come del resto qualunque altra formula sia adoperata di compromesso e di incertezza, non fanno altro che mascherare il problema. Il rifugiarsi nel greco non è qui, come in molte altre occasioni, se non un confessare la propria insufficienza. Noi veniamo respinti da ogni percezione sensibile, per ripiegarci su quel che è indipendente da ogni “esperienza esteriore” e poggia sulla “ragion pura” dello spirito con il suo potere più originale»³⁷. In realtà, l' “assoluto”, il “necessario”, il “trascendente”, pur indicando il “soprarazionale” – l' “irrazionale” – sono, a guardare a fondo, *idee razionali*. Il “modo” – *neutralizzando il “come” – trasforma il “che”*.

Si tratta, a ben vedere, del surrettizio e progressivo processo di «moralizzazione del divino»³⁸: là dove «attraverso tutte le molteplici sembianze si effonde, collegato intimamente, un impulso singolarmente potente di un Bene che solamente la religione conosce e che è sostanzialmente

³⁴ *Op.cit.*, p.55 e p.56.

³⁵ *Op.cit.*, p.58; vedi anche p.57 e p.54.

³⁶ *Op.cit.*, p.185.

³⁷ *Op.cit.*, p.114.

³⁸ *Op.cit.*, p.134.

irrazionale. Lo spirito lo *avverte* alla maniera di un presentimento e lo scopre *attraverso oscuri e insufficienti simboli espressivi*³⁹.

L'uomo, consegnato al *fatto* della propria *soccombenza* al numinoso – alla irresistibile sua *tremendità* – deve poterglisi *affidare*. Non può non farlo. Deve poter (anche) scegliere di farlo. A ben vedere, tutto il percorso di discussione medievale intorno ai concetti di “Potestas assoluta” e di “Potestas ordinata” – tutto il plurisecolare dibattito fra il “volontarismo teologico” e il “razionalismo teologico” (“Dio vuole il Bene perché è Bene oppure, all’inverso, il Bene è Bene perché Dio lo vuole?”) – non sono che un travagliato commentario a questo problema, in cui giocano non solo *tonalità* interpretative variegata ma *Stimmungen* diverse di temperamenti teoretici. Se il “numinoso” è, nella sua pienezza, il “mistero tremendo” della “sovrappotenza” – ciò che è attraente e terrifico, «ciò che sgomenta», l’«irrazionale» nella sua radicale pienezza⁴⁰ –, d’altra parte, la ricerca dei predicativi “razionali” del “numinoso” ne costituisce una sostanziale interpretazione *neutralizzatrice*⁴¹. «Anche se i predicati razionali sono generalmente collocati in prima linea, essi esauriscono così poco la nozione integrale del divino, da risultare validi solo come attributi di un *irrazionale*»⁴².

Un possibile banco di prova è, in questo senso, l’impresa filosofica di Hegel. Dice Otto: «In Giovanni il cristianesimo assimila dalle religioni rivali luce e vita e a pieno diritto, poiché solo nel cristianesimo luce e vita si trovano a casa loro. Ma che cosa sono luce e vita? Chi non lo sente è di legno. Ma nessuno può dirlo. *Sono un’esaltazione dell’irrazionale*. Non si creda che tutto ciò non sia vero anche per quell’inciso giovanneo, al quale i razionalisti amano riportarsi con più vivo compiacimento: “Dio è Spirito”(IV, 24). A queste parole faceva appello Hegel per riconoscere e proclamare il cristianesimo come la religione più sublime, perché la genuinamente spirituale, poggiante cioè su Dio come Spirito, vale a dire come assoluta ragione. Ma questo si chiama grossolanamente fraintendere poiché, parlando di Spirito, Giovanni non pensa affatto all’assoluta ragione, bensì a ciò che è in assoluto contrasto con tutto il mondo, con ogni carne, all’essenza cioè puramente celestiale e miracolosa, a tutto ciò che è misterioso e sorprendente, a ciò che è al di là di

³⁹ *Op.cit.*, p.48.

⁴⁰ *Op.cit.*, p.68.

⁴¹ *Op.cit.*, p.54, p.62, p.71, p.48, p.16.

⁴² *Op.cit.*, p.16.

ogni comprensione e di ogni intelligenza umana. Ha di mira cioè lo Spirito che “dove vuole, soffia. Tu cogli molto bene la sua voce, ma non sai donde venga e dove si diriga”... Onde quell’inciso, dall’apparenza tutta razionale, richiama nella maniera più vigorosa *l’irrazionale dell’idea biblica di Dio*⁴³.

Si capisce, quindi, come «nell’esperienza religiosa di Lutero [...] è l’armonia dei contrasti che forma l’intima essenza nella religione di Lutero»⁴⁴.

L’«irrazionale» di Otto – il “numinoso” in quanto “irrazionale” – non è, quindi, il “non razionale” in quanto *opposto* al “razionale”; né è il “non razionale” in quanto *distinto* dal razionale; non è nemmeno il “non razionale” in quanto “sopra-razionale”: ma è, invece, la *sovrappotenza* percepita e vissuta in quanto *anteriore a tutte queste distinzioni/articolazioni*. Il numinoso è, cioè, – da un punto di vista che sappia di essere *ex post*, a valle della loro possibile articolazione – il venire a *coincidere* e a *combattersi* di quelle specifiche articolazioni di cui, guardando appunto *ex post*, si è tentati, a torto, di ritenere la preesistenza. Siamo, anche da questo punto di vista, davanti al venire a coincidere e a combattersi di dimensioni risonanti insieme: *davanti a un “simbolo”*⁴⁵.

Potrebbe anche dirsi: l’esserci umano, sconvolto dalla forza del numinoso – in quanto lo nomina e in quanto attiva, nel nominarlo, la “funzione simbolica” che lo dice (quella funzione di cui, nel suo richiamo a Lacan/Heidegger/Hegel, parla Bruno Romano) – lo “trova” simbolo. Lo inventa/trova come “simbolo”. Come espressione di una forza che cerca una forma – un segno un nome una rappresentazione mentale un’idea – che ne ri-generi e faccia risonare la forza.

In questa prospettiva gli attributi ontologici di “Potenza”, di “Ordine”, di “Bene”, di “Giusto”, di “Bello” si rivelano, in realtà, progressive enucleazioni – “estrazioni” – di idee “razionali” dal *costato del numinoso*. Mettendo il “numinoso” in regolato assetto di “ragione”. E potremmo, qui, accorgerci di aver *nominato* – per un caso che non è un caso – alcuni dei medievali “trascendentali” dell’ “Essere”.

Ma che cosa sono queste progressive estrazioni dal costato del Numinoso? Esse non sono, in realtà, meri concetti razionali: sono simboli. La Potenza è simbolo. L’Ordine è simbolo. Il Bene è simbolo.

⁴³ *Op.cit.*, p.98.

⁴⁴ *Op.cit.*, p.104.

⁴⁵ Ci permettiamo rinviare a Giuseppe LIMONE, *Dimensioni del simbolo*, cit.

Il Giusto è simbolo. Il Bello è simbolo. Sono “rappresentazioni mentali” – segni – in cui si dà e risuona, del simbolo, una forza fascinatrice.

Ma che cosa accade se questi “simboli”, razionalmente distinti, vengono riconnessi al loro fuoco comune? Che cosa accade nell’ “intersecarli”? Dire “Ordine” della “Potenza” significa dire che in essa è leggibile una *Lex* (ossia: non Le appartiene il *Tremendum* dell’Imprevedibile). Dire “Bene” dell’ “Ordine” significa dire che in questa *Lex* è leggibile un “Bene”, un “Giusto” (ossia: non Le appartiene il *Tremendum* del Male). Dire “Bello” di questo “Giusto” significa dire che il suo “Fascinare” è *positivo* (ossia: non Gli appartiene il *Tremendum* dell’Orrido). Sono le *Indistinzioni* Tremende che vivono negli Dei indoeuropei di cui si è occupata la più agguerrita critica antropologica (vedi Kerényi, Dumézil, Zimmer, Eliade, etc.)⁴⁶.

Ma dire questi attributi nella loro *distinzione* (formale, o modale, o accidentale) – se non nella loro *separazione* – significa dire che questi attributi possono essere còlti anche nella loro relativa *autonomia* (dire “Potenza” non significa necessariamente dire “Ordine”; dire “Ordine” non significa necessariamente dire “Giusto”; dire “Giusto” non significa necessariamente dire “Bello”). Non solo. Impiegare questi attributi significa dire che il “Numinoso” è stato messo in assetto di ragione. In *articolato*, *addomesticato*, *neutralizzato* assetto di “Ragione”.

É evidente che – in questa specifica forma in cui l’emozione, il fatto e il valore si danno come un tutt’uno indistinto nella “reazione radicale dell’anima”, anteriore a ogni articolazione – in questa forma la distinzione razionale moderna tra “fatto” e “valore” non ha senso. E si rivelerebbe anzi, in questo punto specifico, connotata da una paradossale *fallacia*: una *fallacia* razionalistica che deriva dalla tentata cancellazione della potenza energetica di cui ritiene di parlare.

In sintesi, la genealogia del *simbolico* dal *numinoso* ci fa scoprire che una potenza energetica non può essere tradotta in semplici forme concettuali senza che la stessa potenza sia *tradita*. Il simbolo, l’espressione simbolica intende trasmettere quella *forza* rispetto alla quale il *concetto* non è adeguato.

⁴⁶ Vedi, fra gli altri, Georges DUMÉZIL, *Gli dei sovrani degl’indoeuropei*, Einaudi, Torino 1985.

3. Due criteri indipendenti: il grado energetico e il tratto identitario

Ci preme, a questo punto del discorso, istituire due criteri indipendenti. La potenza, se si trae spunto dal discorso di Otto sul numinoso, può declinarsi secondo due criteri indipendenti fra loro. Il primo criterio istituisce una distinzione per tratti identitari; il secondo una distinzione per grado energetico. In base al primo criterio, distingueremo una potenza assoluta, un ordine (inteso come potenza ordinata) e una giustizia (intesa come potenza ordinata, il cui ordine sia giusto). In base al secondo criterio, distingueremo una scala in cui al primo livello si trova l'energia, al secondo livello si trova l'idea intesa come traccia energetica e al terzo livello il concetto come traccia spenta e conclusa di quella energia e di quella idea. I due criteri, pur indipendenti fra loro, vanno ulteriormente guardati nel loro incrocio. Consideriamo innanzitutto che, in base al primo criterio, la potenza rappresenta il tratto identitario del religioso e/o del politico, l'ordine rappresenta il tratto identitario del diritto e l'ordine giusto il tratto identitario dell'etica, dell'etica in quanto giustizia interiorizzata. In un tale contesto di riferimenti, la potenza, tratto distintivo del religioso e/o del politico, si declinerà secondo il grado dell'energia, dell'idea e del concetto; e, secondo la stessa struttura, si declineranno l'ordine (come istanza giuridica) e la giustizia (come istanza etica). Tutto ciò significa che il potere politico, il diritto e la giustizia potranno declinarsi secondo tre distinti gradi (energia, idea, concetto). L'energia, così, progressivamente si depotenzia in idea e in concetto. Essa, nel depotenziarsi in idea, lascia traccia di sé all'interno di un noema che, da un lato, conserva un minimo energetico e, dall'altro, si apre a una direzione, incarnandosi in un contenuto noematico senza chiudersi in una forma completa. Al primo grado energetico si realizza l'accadere di una potenza cui corrisponde la scossa di un vissuto; al secondo grado energetico si realizza un contenuto noetico aperto e direzionato; al terzo grado energetico si realizza un contenuto noetico definito e completo. Esempio istruttivo di questo paradigma può essere dato dal tratto identitario del diritto, che nel suo grado energetico massimo è valore, nel suo grado energetico intermedio è principio e nel suo grado energetico minimo è norma⁴⁷. Naturalmente, stiamo qui parlando del "valore" non come semplice noema, ma come potenza vissuta di cui si sente la scossa emozionale. In un tale contesto e in una tale scala, il valore si incarna attraverso

⁴⁷ Su questo percorso ci permettiamo richiamare Giuseppe Limone, *Tra il principio dell'intero e il principio dell'eccezione: l'equità dell'etica, l'etica dell'equità*, in *L'era di Antigone. L'etica dell'equità, l'equità dell'etica*, Vol. 4.1, a cura di Giuseppe Limone, Quaderni del Dipartimento di scienze giuridiche, FrancoAngeli, Milano 2010, pp. 9-44.

quei principi che sono un apparire dell'idea e s'incarna, in un passo ulteriore, in quelle norme che sono un precisarsi e circostanziarsi del concetto. In definitiva, il valore sta al principio e alla norma come la potenza emozionale sta all'idea e al concetto. La potenza del politico può pertanto guardarsi secondo il grado dell'energia, dell'idea o del concetto, così come accade dell'ordine in cui si sostanzia il diritto e dell'ordine giusto in cui si sostanzia l'etica. In un tale contesto di riferimenti, il primo grado esprime il livello simbolico, il secondo grado segna il livello ideale e il terzo grado definisce il livello concettuale. Potremmo anche dire, in una tale prospettiva, che il primo grado esprime il livello del simbolico forte e il secondo grado il livello del simbolico debole, laddove nel terzo grado il simbolico, depotenziandosi, si spegne. Dal primo livello al terzo un'energia si spegne in un noema concluso; dal terzo livello al primo un noema si apre e acquista forza di vissuto.

In una tale ottica, quando si parlerà di potere politico (nel senso della potenza), di diritto (nel senso dell'ordine) e di etica (nel senso della giustizia), bisognerà precisare a quale livello energetico ci si colloca nell'impiegare questi nomi.

L'intera prospettiva qui delineata potrà rappresentarsi sinotticamente secondo un quadro in cui in una prima riga saranno collocati i tre tratti distintivi (potenza, ordine, giustizia), mentre in una seconda e in una terza riga saranno indicati i livelli del loro progressivo depotenziarsi (energia, idea, concetto). In una tale rappresentazione s'incroceranno così i due criteri, fra loro indipendenti, dei tratti identitari e del grado energetico di riferimento.

In un tale quadro d'insieme, per quanto riguarda il diritto, distingueremo pertanto un vissuto dell'ordine giuridico (livello simbolico in senso forte), un'idea dell'ordine giuridico (livello simbolico in senso debole, quello dei principi) e un concetto dell'ordine giuridico (livello dell'ordine normativo concreto).

Proponiamo, per una migliore comprensione del percorso, il seguente schema sinottico:

POTENZA

bORDINE

GIUSTIZIA

ENERGIA	<i>VISSUTO DI POTENZA</i>	<i>VISSUTO DI ORDINE (PIANO DEI VALORI VISSUTI)</i>	<i>VISSUTO DI GIUSTIZIA</i>
IDEA	<i>IDEA DI POTENZA</i>	<i>IDEA DI ORDINE (PIANO DEI PRINCIPI, IDEA DELLA RAGIONE)</i>	<i>IDEA DI GIUSTIZIA</i>
CONCETTO	<i>CONCETTO DI POTENZA</i>	<i>CONCETTO DI ORDINE (PIANO DELLE NORME)</i>	<i>CONCETTO DI GIUSTIZIA</i>

4. Una prospettiva del giuridico

Per cogliere più significativamente l'incrocio fra il "simbolico" e il "giuridico", preferiamo sperimentare, in un tale contesto di premesse, la teoria analitica dell'autore che forse più potentemente degli altri *non* si presterebbe a quest'incrocio: il teorico del diritto Hans Kelsen. Talvolta, affrontare il leone nella sua tana è il miglior modo per saggiarne la ferocia.

Vediamone uno dei punti capitali: la cosiddetta "norma fondamentale". La "norma fondamentale" di Kelsen costituisce, per molteplici aspetti, un paradosso. Essa ha attirato gl'interessi e i fulmini dei critici più agguerriti, critici che hanno preferito, per saggiare la teoria kelseniana, proprio intorno a questa "fondamentalità" stringere l'assedio. La norma fondamentale è un paradosso. Anzi, un labirinto paradossale. La sua "sperimentazione mentale" è, però, *produttiva*. Essa ci consente di guardare in controluce Kelsen e i suoi critici. E, forse, ci consente di chiarificare, attraverso una scomposizione prismatica di Kelsen, la distinzione che la teoria politica cerca fra "obbligo politico" e "obbligo giuridico". Anzi: fra obbligo giuridico, obbligo politico e obbligo morale.

In sede analitica, il primo paradosso è, come è noto, quello del potere: si obbedisce perché c'è il potere o c'è il potere perché si obbedisce? Oppure, nei termini di Carlo Marx: è il re che fa i sudditi o sono i sudditi che fanno il re?

Ma il problema della “norma fondamentale” kelseniana è *più complesso*. Essa, infatti, come è noto e come Kelsen più volte precisa, *non* è “posta” dal potere, ma “presupposta” dallo scienziato del diritto.

È noto che, in questa chiave, viene scartata la tesi interpretativa – che per via obliqua sempre si riaffaccia (vedi lo stesso Capograssi su Kelsen⁴⁸) – per la quale tesi la “norma fondamentale” *fonderebbe* il sistema giuridico posto o, addirittura, *fonderebbe* il potere costituito che si è imposto.

A una simile tesi, che contesta a Kelsen di fondare il diritto sulla mera *potenza*, Kelsen sempre risponderebbe: «La norma fondamentale della dottrina pura del diritto non è affatto un diritto diverso dal diritto positivo, *ma* è soltanto il fondamento, la condizione logico-trascendentale della sua validità e, come tale, non ha un carattere etico-politico, bensì epistemologico»⁴⁹.

Ma se la “norma fondamentale” è solo l’ipotesi “logico-trascendentale” che lo scienziato del diritto presuppone per dare unità e validità al sistema giuridico da lui studiato, *perché* Kelsen la chiama “norma”? Essa dovrebbe essere la proposizione *descrittiva* di una norma: ossia, la proposizione *descrittiva* di una proposizione *prescrittiva*. Ma una proposizione *descrittiva* non è una “norma”. La *Soll-Satz* non è la *Soll-Norm*. In realtà, Kelsen sembra chiamarla “norma” *non solo* perché si tratta di una proposizione che descrive una proposizione *prescrittiva* (sorta di “immagine specchiante” che si confonde con l’ “oggetto specchiato”), ma perché tra le *condizioni* costitutive del suo essere ciò che è (del suo essere, cioè, la proposizione *descrittiva* fondamentale del sistema) c’è che l’*altra* “norma fondamentale” – la “norma fondamentale” *non* in senso kelseniano: la norma *posta* dal potere *effettivo* – sia *effettiva*, sia cioè *effettivamente obbedita*. Chiamare “norma” l’ipotesi logico-trascendentale che è a fondamento dell’unità e della validità del sistema è, in realtà, la strategia teorica obliqua attraverso cui Kelsen in forma brachilogica e in modo indiretto suggerisce che essa è *ipotesi fondamentale che riflette* – “rispecchia” – una *norma*: quella del potere costituito. La cosiddetta “norma fondamentale” è una “proposizione” (logica) fondamentale che rispecchia una “norma” (fondamentale) “reale”. Infatti, Kelsen esplicitamente nota che, se una rivoluzione riesce, e quindi il potere costituito cambia, anche la “norma fondamentale” cambia: perché, essendo

⁴⁸ Giuseppe CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, in ID., *Opere*, vol.V, Giuffrè, Milano 1959, p.313 ss.

⁴⁹Hans KELSEN, *Il problema della giustizia*, Einaudi, Milano 1975, p.125, ed.or. Wien 1960. Su alcuni profili problematici della norma fondamentale, vedi anche le osservazioni di Francesco GENTILE, *Intelligenza politica e Ragion di Stato*, Giuffrè, Milano 1984, p.147 ss..

cambiata la “norma fondamentale” “reale”, non può non cambiare la cd. norma fondamentale – la ‘norma logica’ – che la “riflette”⁵⁰.

Ora, la “norma fondamentale” di Kelsen *describe* quella specifica “norma” che comanda di obbedire all’ordinamento *in quanto* l’ordinamento è *effettivamente* obbedito. Ossia, la cd. “norma fondamentale” *describe* una norma che *comanda di obbedire poiché di fatto già si obbedisce*. Comandare di obbedire perché di fatto già si obbedisce sembra un assurdo. In realtà, si tratta di una “duplicazione”: 1) *non assurda*, perché tratta di una traslazione dal piano reale al piano logico; 2) *non inutile*: a. perché l’obbedienza *di fatto* di cui si parla è “a grandi linee”, e perciò fra l’obbedienza *in re* e l’obbedienza *intimata* c’è una differenza *strutturale*⁵¹; b. perché l’obbedienza realizzata a grandi linee, *qui e ora*, non implica necessariamente il *permanere di questa situazione nel tempo*; 3) *tecnicamente pertinente*, perché il fine (anche razionale) della duplicazione logica è quello di far *reagire*, attraverso gli operatori giuridici, l’*ordine logico* sull’*ordine reale* rendendolo *ordine tecnologico* (potrebbe, qui, rivelarsi, per certi aspetti, l’efficacia teorica della “funzione simbolica” di cui parla Bruno Romano⁵²).

5. Una genealogia del giuridico

Ma la “norma fondamentale” *effettiva* – quella intesa in senso *non* kelseniano, di cui la cosiddetta “norma fondamentale kelseniana” è la “descrizione logica” – *non* è l’atto del potere costituente. Non è l’atto del potere costituente, perché Kelsen più volte nettamente distingue fra “decisione” e “norma”, fra “volontà” e “norma”, fra “decisore” e “norma”. La “decisione”, la “volontà”, il “decisore” esistono *hic et nunc*: sono fatti *esistenziali*. La “norma”, invece, è “depsichizzata”, trascende l’*hic et nunc*, si colloca in un ordine spaziotemporale (fatto di “coerenza” e “stabilità”) che *prescinde* dagli accidenti dell’atto decisorio, dallo psichismo della volontà, dalla morte del decisore⁵³. Si noti. La “norma” si differenzia dalla “decisione”, dalla “volontà”, dal “decisore”, *non* perché sia “generale e astratta” laddove la “decisione” e la “volontà” tali non sarebbero. Una simile

⁵⁰ Hans KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1952, pp.99 ss..

⁵¹ Vedi, in proposito, H.KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit..

⁵² Vedi, in proposito, Bruno ROMANO, *Per una filosofia del diritto nella prospettiva di Jacques Lacan*, cit.

⁵³ Su questi profili critici della norma fondamentale e dell’ordinamento, vedi anche: Alfonso CATANIA, *Il diritto tra forza e consenso*, ESI, Napoli 1987; ID., *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 1998; spc. ID., *Manuale di filosofia del diritto*, ESI, Napoli 1995, p.180 ss., p.188 ss., p.208 ss., p.219 ss.

interpretazione, infatti, riguarderebbe solo il Kelsen degli *Hauptprobleme*, quello pre-merkliano, che vede nella “norma” dello Stato solo quella “generale e astratta”. *Ma*, qui, la distinzione fra “norma” da una parte e “volontà/decisione” dall’altra riguarda *tutto* Kelsen, ossia anche il Kelsen “merkliano”, quello che vede come “norma” anche la “norma individuale”. Infatti, qui la distinzione significa che la “norma” posta dalla decisione, dalla volontà, dal decisore è *istitutiva di un ordine*: e va quindi guardata “come se” la decisione fosse de-psichizzata, “come se” la volontà fosse devolontarizzata, “come se” il decisore non morisse più. La decisione è “esistenzialità” *hic et nunc*, la norma è “ordine”.

Ma c’è da chiedersi: quando *Kelsen*, parlando degli effetti, ai fini della dottrina pura del diritto, di un movimento riuscito di rovesciamento del potere⁵⁴, afferma derivarne che «cessa l’ordinamento antico e comincia ad avere effetti il nuovo»⁵⁵, *compie un passaggio analiticamente rigoroso*? Noi *non lo crediamo*. Che dall’imporsi di un *potere* esistenziale derivi l’imporsi di un *ordine* (dire “ordinamento” è dire “ordine”) – e che quindi il “comando” esistenziale, *hic et nunc*, di questo nuovo potere si trasformi direttamente nella “norma” che costituisce il suo “ordine” – è *passaggio improprio*. Tanto più insidioso perché apparentemente innocente. *Infatti*, dire che quel nuovo potere effettivo, in quanto si è imposto, costituisca “ordinamento”, e quindi “norma”, e quindi “ordine”, significa *implicare* che chi a quel potere obbedisce in quanto gli si è imposto, lo viva “come se” fosse “de-psichizzato”, “come se” emanasse norme *indipendenti* dalla vita concreta di chi di fatto esistenzialmente comanda. Significa, cioè, dire che il potere esistenziale, reale, è visto “come se” fosse “ordinamento”. Significa dire che chi a questo potere obbedisce già gli sta conferendo il senso – duraturo e de-psichizzato – di “ordinamento”. *Ma*, sul piano logico, “non” c’è passaggio logico “immediato” – non c’è “deducibilità logica” – dal “potere esistenziale” al suo “ordine”. E ciò *in due sensi*. 1) *Non* c’è passaggio – *non* c’è “deducibilità logica” – dal punto di vista dei “consocianti”, ossia di quelli che, istituendo il potere, *ipso facto* istituiscono i correlativi consociati: non si spiegherebbe, infatti, come si potrebbe passare dal qualificarlo “potere esistenziale” al qualificarlo “ordinamento”. 2) *Né* c’è passaggio dal punto di vista dei “consociati”: perché, come Wittgenstein

⁵⁴ H.KELSEN, *Enleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Franz Deuticke Verlag, Wien 1934, tr.it. *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cur. Renato Treves, Einaudi, Torino 1952, pp.99 ss.

⁵⁵ *Op.cit.*, p.99. La sottolineatura è nostra.

osserva, dai comportamenti dei soggetti “non” possono inferirsi le regole osservate (Amedeo Conte)⁵⁶.

Ma, se passaggio (non *logico* ma) *di fatto* c'è, un tale passaggio può essere osservato solo richiamando un livello che Kelsen *non* richiama: il “simbolico”. Infatti, *perché* il potere esistenziale *possa* “diventare” ordinamento, *occorre* che sia visto “come se” lo fosse. Occorre che gli sia dai consociati riconosciuta/conferita la forza del suo costituirsi così: come “ordinamento”. Occorre che i consociati *se lo rappresentino come ordinamento*⁵⁷. Ma, perché ciò avvenga, occorre che accada il fenomeno complesso per cui il *rappresentarsi* il Potere come Ordinamento da parte di *ogni* consociato divenga, in *risonanza a spirale* con quello di ogni altro, un rappresentarsi – in larga misura – condiviso, ossia una *forza*.

Per passare dal “potere esistenziale” alla “norma” dal punto di vista *logico*, si *esige* che il “deciso” dal potere esistenziale sia *guardato* “come se” fosse norma. Per passare dal “potere esistenziale” alla “norma” dal punto di vista del *fatto*, si *esige* che il “deciso” dal potere esistenziale sia *vissuto* “come se” fosse norma. E perché accada tutto questo, occorre che questi sguardi e questi vissuti entrino – sia gli uni sia gli altri – in risonanza al loro interno in un fenomeno condiviso. Qui il simbolico non si “vede”. Ma il “simbolico” è un assassino che non lascia tracce.

La norma fondamentale rivela, quindi, a uno sguardo attento, un *triplice* strato: 1) una proposizione descrittiva – ipotesi logico-trascendentale del sistema scientifico – che *descrive*; 2) una norma “fondamentale” effettiva, *prescrittiva*, quella “posta” dal costituirsi simbolico del potere come “ordine”, come “ordinamento”: una norma “fondamentale” effettiva che ri-dice con forza simbolica (“come se” istituisse un ordine permanente e de-psichizzato); 3) il comando concreto che con forza reale nell’*hic et nunc* si sostanzia nel potere costituito che dice: “obbedisci”.

E viceversa: il “comando” esistenzialmente concreto che con forza reale nell’*hic et nunc* il potere costituito impone (“obbedisci a quanto comando”) *diventa* – nel suo de-psichizzarsi e devolontarizzarsi – *norma di pari contenuto* (“obbedisci a ciò che il potere costituito comanda”). La

⁵⁶ Per alcuni contributi di Amedeo G.Conte, vedi in AA.VV., *Problemi di teoria del diritto*, a cura di Riccardo Guastino, Il Mulino, Bologna 1980 (pp.197 ss. e pp.325 ss); *Fenomeni di fenomeni*, in «Riv.int.le di fil.diritto», 1986, pp.29 ss.

⁵⁷ Per l’importanza, in Kelsen, della “rappresentazione mentale” come fattore direttamente produttivo, vedi *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., p.146 ss.

quale norma, avvenuta questa morfogenesi, *diventa* a sua volta l'“oggetto” che la proposizione descrittiva fondamentale del sistema kelseniano – la “norma” fondamentale – *descrive*.

Tutte le costruzioni *analitiche* condotte nell'interpretazione di Kelsen si arenano dentro il labirinto del rapporto fra l' “empirico” e l' “analitico”, fra il “logico” e lo “sperimentale”, perché epistemologicamente si autoinibiscono di aprirsi lo spazio teorico a quel livello senza il quale *non* c'è possibile passaggio: il “simbolico”, un simbolico rappresentato dall'*idea di ordine*. Non c'è, infatti, solo la fallacia naturalistica del passaggio *ingiustificato* dall' “essere” al “dover essere” perché, in un'indagine che si svolga sul “reale funzionamento del reale”, l'invocazione della “fallacia naturalistica” è un'*antifallacia fallace*. Non c'è, infatti, solo la fallacia *naturalistica* del passaggio ingiustificato dall' “essere” al “dover essere”: c'è anche la fallacia *razionalistica* della *separazione ingiustificata* fra queste *supposte* articolazioni del reale⁵⁸.

In realtà, Kelsen stesso, *pur non individuando questo spazio teorico nella sua autonomia* e pur non chiamandolo “simbolico”, è sotteraneamente consapevole della natura simbolica del problema: «Tutte le manifestazioni esterne, in cui si suole ravvisare la forza dello Stato, le prigioni e le fortezze, le forche e le mitragliatrici, sono di per sé oggetti inanimati. Si trasformano in strumenti della forza dello stato soltanto quando gli uomini si servono di essi nel senso di un determinato ordinamento, *soltanto quando questi uomini sono determinati dalla rappresentazione di questo ordinamento e dalla credenza di dover agire conformemente ad esso*»⁵⁹. Qui Kelsen sta dicendo che il complesso degli oggetti inanimati è, al tempo stesso, *vissuto* di un ordine che s'impone e *idea* di un ordine che s'impone.

Se vediamo la questione da un *altro* punto di vista, quello di un'analitica dell' “esserci”, possiamo osservare che, se è vero che l'attore sociale “può” obbedire e “può” *non* obbedire a un potere che gli s'imponga come tale, e se è vero quindi che egli non “deve” obbedire – *non è necessitato* a obbedire – al potere esistenziale che gli s'imponga come tale, perché non è un automa, è vero altresì che l'attore sociale *deve poter* obbedire a un potere che gli s'imponga come tale. Nel concentrarsi – nella struttura del potere costituito – del venire a *coincidere* e del *combattersi* fra il *poter obbedire*,

⁵⁸ Si guardi, in proposito, a tutte le costruzioni analitiche su Hobbes, e al loro arrestarsi davanti al paradosso dell' “Hobbes logico” in quanto spiega e presuppone l' “Hobbes realista”: e si pensi, in questo senso, al significativo rapporto Hobbes-Schmitt.

⁵⁹ H.KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura*, cit., p.146. Le sottolineature sono nostre.

il *poter non obbedire* e il *dover poter obbedire* – c'è un annuncio della sua simbolicità sociale condivisa, derivante dal vissuto della forza ordinante e dall'idea della forza ordinante. Detto in altri termini, l'obbligo politico corrisponde al “simbolo” della “potenza”, l'obbligo giuridico al “simbolo” dell' “ordine” in quanto tale (*non* l' “ordine giusto” ma l' “ordine”), l'obbligo morale al “simbolo” dell' “ordine giusto”. In ogni caso, quando diciamo *simbolo*, intendiamo dire *forza*, non concettualmente metabolizzabile, ossia non riducibile a mera concettualizzazione. Su questa falsariga, una *possibile* distinzione fra “obbligo morale”, “obbligo politico” e “obbligo giuridico” è *avvistata*.

In questo contesto, siamo davanti a tre forme del dovere. Nel dovere etico si dà un dovere realizzato secondo la modalità della convinzione; nel dovere giuridico si dà un dovere realizzato secondo la modalità di una persuasione rinforzata attraverso l'ordine (sia come vissuto, sia come idea); nel dovere politico si dà un dovere realizzato secondo la modalità di una costrizione logo-guidata.

Se vediamo, infine, la questione da un *ulteriore* punto di vista, quello del modello epistemologico adottato, può osservarsi che, nella successione dei modelli conoscitivi che hanno caratterizzato, nel suo processo plurisecolare, la scienza, questa è passata da un “trovare” l'ordine (Aristotele, Tommaso d'Aquino) a un “conferire” l'ordine (Kant) fino – col neokantismo della Scuola di Marburgo (si pensi a Cohen, di cui Kelsen è epistemologicamente debitore) – a un “produrre” l'ordine come ordine formale del discorso indipendentemente dall'oggetto empirico di riferimento.

In realtà, sia che la scienza *trovi* l'ordine sia che lo *conferisca* sia che lo *produca* come puro ordine formale, è sempre dell' “ordine” che si tratta, dell'idea di ordine: ossia del (surrettizio) *trànsito* di un *medesimo* nocciolo simbolico all'interno di un *diverso* modello di conoscenza. In questo senso, se è vero che Kant ha realizzato una “rivoluzione copernicana” nell'adottare, rispetto all'empirico, il punto di vista del *conferire* l'ordine e non quello del *trovarlo*, la sua rivoluzione non è tanto copernicana da *non* ruotare intorno a uno degli antichissimi simboli della ragione: l' “ordine”, *l'idea di ordine*, là dove si dà contemporaneamente un criterio di *regolarità*, *ripetibilità* e *prevedibilità* in un contesto di coerenza (in cui si sostanzia un'idea della ragione). Si tratta di una cosa che vale anche per gli epistemologi (*à la* Cohen) nel loro parlare di un ordine formale.

6. Per una disamina dell'“ordine”

Dicevamo che la “decisione” è “esistenzialità” *hic et nunc*, laddove la “norma” è “ordine”. Che la prospettiva di Kelsen sia questa è detto dalla sua vicenda intellettuale, là dove, in due scritti⁶⁰, istituendo una precisa analogia fra la dottrina politica e la teologia (fra lo Stato e Dio⁶¹), in questi due specifici scritti Kelsen si batte *contro* il dualismo fra Stato e Diritto: «...il peculiare contrasto in cui la teoria tedesca del *diritto pubblico* [*öffentliches Recht*] ha messo il concetto di Stato col concetto di diritto – in barba a tutte le interne contraddizioni, a dispetto di tutte le esigenze della logica – si spiega con lo sforzo di rimuovere la costituzione positiva costituzionale-democratica, il cosiddetto “Stato di diritto”, interpretando l’ “essenza dello Stato” a favore del principio monarchico-assolutistico dello Stato di polizia. Dimostrarlo nei fatti sarebbe tanto facile quanto meritevole⁶². E ancora⁶³: «Come Dio per la teologia, così lo Stato è per la dottrina del diritto pubblico, a rigore, *l’unica persona*». Mantenere il dualismo fra Stato e Diritto significa pensare a uno Stato che, nella sua esistenzialità temporale concretissima, *contrasti perennemente* la possibilità di un *ordine* che lo vincoli, esattamente come, nel dualismo teologico fra Dio e Natura, Dio, facendo miracoli, si sottrae tutte le volte che vuole all’*ordine* della Natura. Il bersaglio, come è chiaro, è l’«esistenzialità» della «decisione politica» *à la* Schmitt, verso la quale, invece, l’«ordine giuridico» deve costituire, per Kelsen, rete di vincolo e contenimento. In una tale prospettiva, il superamento del dualismo *giuspubblicistico*, conducendo all’*identificazione* dello Stato con l’Ordinamento giuridico, costituisce l’*analogo* del superamento del dualismo *teologico*, che, consumando Dio nella Natura, gli sottrae l’arbitrio dei miracoli. Potrebbe dirsi: Dio autore di

⁶⁰ Hans KELSEN, *Il rapporto fra Stato e Diritto dal punto di vista epistemologico*, in «Zeitschrift für öffentliches Recht», Neue Folge, Bd 1, 1921, pp.453-510, e Hans KELSEN, *L’essenza dello Stato*, in «Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts», Bd 1, 1926, pp.5-17: entrambi in tradotti in Hans KELSEN, *L’anima e il diritto*, a cura di Agostino Carrino, Edizioni Lavoro, Roma 1989, di seguito così citati.

⁶¹(«Tra “Dio” e “Stato” non c’è solo un parallelo logico ma anche una certa relazione reale» Hans KELSEN, *L’anima e il diritto*, cit., p.44; «...la validità dell’ordinamento normativo, di cui Stato o Dio sono espressioni» Hans KELSEN, *Op.cit.*, p.65.

⁶² *Op.cit.*, p.47.

⁶³ *Op.cit.*, p.56, *sub* nota n.97.

miracoli *sta* alla Natura *come* lo Stato esistenziale dell'eccezione (di Schmitt) *sta* al Diritto (di Kelsen)⁶⁴.

Quindi, l' "ordine" della "norma" costituisce vincolo – *oggettivo* vincolo – all'esistenzialità temporale del "potere costituito", del "potere politico concreto", dello "Stato".

In realtà, il paradosso epistemologico di Kelsen è nel fatto che, mentre combatte *contro* la teoria dello Stato metagiuridico per vincolarlo, combatte contemporaneamente contro la dottrina giusnaturalistica attraverso la tesi secondo cui il diritto positivo non può essere vincolato. Ma quest' "ordine", che *può*, per Kelsen, porsi come argine nei confronti dello Stato metagiuridico, *non è* – non "può" essere – un "ordine giusto": è un "ordine". L'Ordine non va confuso con l'Ordine Giusto. Ma è, pur sempre, Ordine. Si tratta una "giustizia" *sui generis*, consumata in quella proceduralità ripetitiva che costituisce ordine *non* "sostantivo", ma, per così dire, "sintattico". Si tratta di un ordine che si consuma nel proprio vincolare ciò che regola attraverso una "regola" qualsivoglia (si veda al rapporto fra "rex" e "regula": e alle possibili assonanze metaforiche con la "ruota")⁶⁵: regolare il "da-regolare" producendolo come ordine in atto. Borges, parlando della sua «Biblioteca di Babele», scrive: «...gli stessi volumi si ripetono nello stesso disordine (*che, ripetuto, sarebbe un ordine: l'Ordine*)»⁶⁶. Ma che cos'è mai questo "Ordine" dissaldato dall' "Ordine giusto" *se non una particolare declinazione del simbolico?* Che cosa è se non una forza del "razionale" intesa come forza regolatrice? Potrebbe dirsi: "L'ordine giuridico di Kelsen *sta* al potere esistenziale di Schmitt *come* l'ordine giuridico dei giusnaturalisti *sta* all'ordine giuridico di Kelsen".

Ma domandiamoci: *ha* l'"ordine giuridico" di Kelsen un suo *spessore*, un suo *specifico* – teoricamente collaudabile – spessore nei confronti del "potere politico esistenziale"?

7. Per una critica dell'"ordine"

È da dire, *però*, che Kelsen, mentre combatte la battaglia per la dottrina pura del diritto – ossia per il superamento del dualismo giuspubblicistico (allo scopo di conseguire l'*identificazione* dello Stato

⁶⁴ Sulla significatività forte del rapporto metaforico fra Dio e Stato in Kelsen vedi anche Hans KELSEN, *L'illecito dello Stato*, a cura di Angelo Abignente, ESI, Napoli, 1988, p.25.

⁶⁵ Sul punto vedi anche Domenica MAZZU', *Violenza, colpa e riparazione*, cit., pp.203 ss.

⁶⁶ Jorge Luis BORGES, *Finzioni*, tr. di Franco Lucentini, Einaudi, Torino, 1995, p.78.

con l'Ordinamento) –, deve, d'altra parte, affrontare l'altra difficoltà che gli deriva dall'aver costruito nei *Hauptprobleme* il diritto «come sistema formato soltanto da norme giuridiche generali»⁶⁷. Nella sua opera accade, cioè, che, «poiché i *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* non avevano ancora raggiunto la nozione più lata di diritto e si limitavano quindi a prendere in esame soltanto le norme giuridiche generali, sorgeva una contraddizione: da una parte, il punto finale dell'imputazione giuridica non poteva essere fuori dall'ordinamento giuridico stesso e quindi si rendeva necessario affermare che stato e diritto erano tutt'uno; d'altra parte, poiché lo stato entra in contatto con la società soprattutto sotto forma di norme giuridiche individuali, era inevitabile affermare che esso non coincideva col diritto costituito dalle sole norme giuridiche generali...»⁶⁸.

Ma, conseguita la nozione più lata di diritto, ossia la nozione per la quale il sistema delle norme giuridiche generali veniva completato con l'inclusione delle «norme giuridiche individuali»⁶⁹, c'è da chiedersi: qual è il rapporto logico che si instaura fra le norme del sistema?

Amedeo Conte⁷⁰ ha puntualmente analizzato come l'identificazione, da Kelsen posta, fra “validità” ed “esistenza” della norma, reagisca sui rapporti fra diritto e logica. A prima vista sembrerebbe, infatti, che, ove mai sussistano proposizioni prescrittive contraddittorie, una delle due sia invalida. «Ma – nota Conte – Kelsen nega»⁷¹. E, in secondo luogo, sembrerebbe che alla proposizione prescrittiva generale possa applicarsi il principio di inferenza e, quindi, che dalla validità della prima possa inferirsi la validità della seconda. «Ma – nota Conte – [anche qui] Kelsen nega»⁷².

In realtà, il rapporto fra le norme non è rapporto fra meri *noemi* logici, fra i quali sussistono il principio di non contraddizione e il principio di inferenza, ma è rapporto fra *esistenti*, fra i quali non sussiste né il principio di non contraddizione né il principio di inferenza: fra i quali, cioè, in caso di conflitto sussiste, come Kant direbbe, non una contraddizione logica, ma un'opposizione reale.

⁶⁷Mario G.LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milano 1981, p.28.

⁶⁸ *Op.cit.*, p.32.

⁶⁹ *Oip.cit.*, p.28.

⁷⁰ Amedeo G.CONTE, *In margine all'ultimo Kelsen*, in AA.VV., *Problemi di teoria del diritto*, a cura di Riccardo Guastini, Il Mulino, Bologna, 1980, pp.197 ss.

⁷¹ *Op.cit.*, p.197.

⁷² *Op.cit.*, p.200.

8. Alcune implicazioni.

La (tentata) combinazione del criterio simbolico dell' "ordine" (*deve* esserci un criterio *ripetuto* nel rapportarsi delle proposizioni prescrittive) col criterio dell' "esistenza", ossia l'individuazione del criterio dell'*ordine fra esistenti* – in quanto simbolicamente posto – produce alcune importanti conseguenze, a nostro avviso *aporetiche*, che non possiamo qui circostanziare, sulla configurazione del "sistema giuridico".

- 1) L'inesistenza delle lacune. L'ordinamento viene visto *come se* la presenza di lacune fosse puramente ideologica.
- 2) Una tensione contraddittoria fra la contraddizione fra enti logici e la contraddizione fra esistenti logici. Si veda, da un lato, la tematica dell'alternativa fra "annullabilità" e "inesistenza" degli atti giuridici e, dall'altro lato, il problema dell' "illecito dello Stato" (guardato anche *sub specie* della secolarizzazione dell'idea di Dio)⁷³.
- 3) L'inserimento della "persona" vista come "ordinamento particolare" senza che sia sufficientemente fondato *perché mai* essa costituisca "ordinamento" se è vero, come è vero, che nelle premesse kelseniane ogni ordinamento deve avere una "fonte": e qui la fonte *non c'è*⁷⁴. Potrebbe forse dirsi, in proposito, che l'esigenza simbolica dell'ordine (dell'idea di ordine), a livello del microsociale fa sì che un tale "ordinamento particolare" venga presupposto senza fondarlo: effetto distorsivo, questo, provocato da un certo operare del simbolico all'interno del sistema.
- 4) L'insufficiente tematizzazione degli esiti teorici della differenza fra il livello della scienza giuridica in quanto fa parte del diritto concretamente operato e il meta-livello della stessa scienza in quanto rifletta sul diritto e sul suo operare (oltre che sul proprio stesso operare di scienza). Infatti, nel caso del diritto come oggetto scientifico, la scienza che lo riguarda, nel *conoscerlo*, lo *produce*.

9. Due questioni

- 1) Ora, se si tratta di un ordine non fra "noemi logici" ma fra "esistenti (logici)", se cioè le proposizioni descrittive delle norme (prescrittive) assumono queste ultime, le norme prescrittive, "come se" fossero "esistenti" e se le stesse proposizioni descrittive (del prescrittivo) vengono a loro

⁷³ Sul punto, di veda Hans Kelsen, *L'illecito dello Stato*, cit.

⁷⁴ Vedi «Parolechiave», 10.11.1996, voce *Persona*, p.103. L'obiezione è in F.D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, CEDAM, Padova, 1989.

volta assunte come se fossero esistenti – *ci si domanda*: nel momento in cui il sistema giuridico in cui si identifica e consuma lo Stato è costituito di norme *generali* e *individuali* (che, in quanto esistenti, *ammettono* contraddizioni e *non* rendono logicamente automatiche inferenze rigorose), *quale vincolo costituirebbe mai l'ordinamento giuridico nei confronti di uno Stato esistenziale metagiuridico privo di vincoli?* In altri termini: *in che cosa* la kelseniana identificazione fra Stato e Ordinamento giuridico si differenzerebbe rispetto alla schmittiana teoria della *predominanza assoluta* dello Stato esistenziale metagiuridico senza vincoli, per arginare il quale Kelsen impiega *l'Ordinamento giuridico* che assorbe in sé lo Stato esistenziale? Si risponderà che una differenza *pur rimane*: è l'Ordine. *Ma* si tratta di un Ordine fortemente problematico, in teoria compatibile con qualsiasi Dis-Ordine. In specie, compatibile con un qualsivoglia conglomerato di contraddizioni possibili, con un Multiverso di “disordini”. Un Ordine compatibile con qualsiasi Disordine, quindi, e da trattare “come se” fosse ordine?

La stessa idea kelseniana per la quale l'interpretazione è una “decisione” – e non una “cognizione” – ossia l'idea che l'interpretazione sia un'arbitraria decisione esercitata *all'interno dello schema normativo*, *cela in realtà il fatto* che lo stesso atto “cognitivo” concernente i limiti dello schema è frutto pur sempre di una “decisione” che, in teoria, potrebbe, *in apicibus*, essere in contraddizione con lo schema.

2) Posta in forma consapevolmente estremizzata, la questione, pur nelle necessarie relativizzazioni critiche, che qui non si ha il tempo di circostanziare, *appare in questi termini*. Delle due l'una: o Kelsen deve *rinunciare* al superamento del dualismo fra Stato e Ordinamento per *mantenere* l'ordine giuridico come argine (“intrinsecamente valoriale” nel suo essere sintatticamente vincolante) nei confronti di uno Stato esistenziale concreto, fatto di decisioni sovrane arbitrarie e illimitate, *oppure* Kelsen deve *rinunciare* a mantenere l'ordine giuridico come argine e *realizzare*, *a questo punto*, il superamento (“scientifico”) del dualismo fra Ordine giuridico e Ordine politico.

In ogni caso, l'unico vero “residuo” non eliminabile – *resto essenziale* di un conflitto epistemologicamente appena governato – appare la messa in circuito – *contro* il potere esistenziale *hic et nunc*, in quanto tale arbitrario – della forza *simbolica* del “diritto” percepita come ordine “reale”. O meglio: la messa in circuito di un “ordine” (del diritto) *consumato così tanto al grado zero* da divenire *simbolo di sé*. E, al tempo stesso, radicale punto interrogativo su di sé.

Una cosa è certa. Se il Diritto realizza l'Ordine, l'idea di ordine, ciò non significa che l'Ordine realizzato dal Diritto vada confuso con l'Ordine *giusto*. Ma nemmeno significa, d'altra parte, che un tal Ordine non abbia un suo specifico *quid*, un proprio preciso nocciolo duro di connotati rispetto a un "Sistema" qualsiasi di arbitrii deliberati. Ci si domanda, infatti: può l'Ordine costituire un vincolo al Sistema delle decisioni ove si comporti come un linguaggio compossibile con qualsiasi "Sistema" di arbitrii decisionali? E, se invece esso *non* è compossibile con qualsiasi Sistema di arbitrii decisionali, perché non riconoscere, a questo punto, che l'Ordine rivendicato epistemologicamente al diritto celi, in realtà, nel suo fondo – consapevole o no che ne sia il rivendicante – un Ordine *altro*, un Ordine come valore simbolico, un'idea di ordine che, calata nel Diritto, costituisce pur sempre un *argine* rispetto a un Sistema qualsiasi di arbitrii decisionali? Hans Kelsen, collocandosi fra la polemica contro Schmitt e la polemica contro i giusnaturalisti e nel passare dalla dottrina premerkliana della norma astratta e generale alla dottrina postmerkliana delle norme anche individuali, occupa con la sua teoria uno spazio paradossale. Il positivismo giuridico kelseniano, in quanto positivismo *razionale*, si mostra come quello che, in quanto veramente *razionale*, non riesce ad essere interamente *positivista*. Perché, nel caso del diritto come oggetto scientifico, la scienza che lo riguarda, nel *conoscerlo*, lo *produce*. Lo studioso del diritto, nel momento in cui studia il suo oggetto, non si limita a riprodurlo contemplativamente, perché partecipa, consapevole o no, alla produzione del diritto che studia, dal momento che mette in circolo concetti e interpretazioni che modificheranno lo stesso oggetto studiato. Nel saper questo, il positivismo razionale kelseniano sottace che l'ordine razionale non è soltanto un modo del guardare scientifico (nel senso del guardare *contemplativo*), ma fa *transitare* in ciò che è *guardato* (sia in quanto *conosciuto* che in quanto *prodotto*) l'ordine simbolico, ossia un'idea di ragione come idea della ragione: un Ordine, a cui lo scienziato guardante si è sottomesso nel guardare. Il *positivismo giuridico* kelseniano si mostra come quello che, in quanto veramente *giuridico*, non riesce ad essere veramente *positivista*. Perché, nel dire ciò che dice, cela, nel performativo del suo dire, un'anima giusnaturalista.



Sesto San Giovanni (MI)
via Monfalcone, 17/19

© Metabasis.it, rivista semestrale di filosofia e comunicazione.
Autorizzazione del Tribunale di Varese n. 893 del 23/02/2006.
ISSN 1828-1567



Quest'opera è stata rilasciata sotto la licenza Creative Commons Attribuzione- NonCommerciale-NoOpereDerivate 2.5 Italy. Per leggere una copia della licenza visita il sito web <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/it/> o spedisci una lettera a Creative Commons, 559 Nathan Abbott Way, Stanford, California 94305, USA.