



Politica.eu

NUMERO 1 – GIUGNO 2018

INDICE

EDITORIALE	2
<i>STUDI E RICERCHE</i>	
BRITISH DIPLOMATS IN THE KINGDOM OF SARDINIA ENRICO GENTA TERNAVASIO	5
IMMANENZA E TRASCENDENZA NELLA TEORIA DELLA LEGALITÀ SALVATORE AMATO	30
POLITICA E FILOSOFIA GIOVANNI GENTILE	61
FILOSOFIA E POLITICA: 1918-2018. (UN RINVIO DA GENTILE A DEL NOCE, A SEVERINO) LORENZO SCILLITANI	75
LA RIVOLUZIONE PERMANENTE STEFANO CAPRIO	80
STORIA E SOCIOLOGIA DELLE EMOZIONI. NOTE DI LETTURA PAOLO IAGULLI	101
<i>PAGINE LIBERE</i>	
VASILY GROSSMAN, A RUSSIAN WRITER IN THE WORLD: THE ACTIVITY OF THE «STUDY CENTER VASILIJ GROSSMAN» MICHELE ROSBOCH E ALEXANDER LINNIKOV	109

IMMANENZA E TRASCENDENZA NELLA TEORIA DELLA LEGALITÀ*

SALVATORE AMATO**

Abstract: the analogy between God and State is constantly present in the juridical thought. The analogy helps us reflect on the role of legality and on the meaning of social union. Schmitt is absolutely convinced that the true categories in discussion are transcendence and immanency. Kelsen convinced himself otherwise. In the background we can see the influence of Kierkegaard and Freud. Kierkegaard with the idea that human identity is founded on radical choices between good and evil. Freud with the idea that the morality is an illusion created by humanity itself. However different these views may be, they analyze the problem of the legality in terms of we may call the essence of a fundamental constraint on the juridical decision-making process.

Keywords: transcendence – immanence – act on behalf of – presumption of innocence.

Of Justice-as if Justice could be any thing, but same
ample law, expounded by natural judges and saviors,
As if it might be this thing or that thing, according to
decisions.

(W. Whitman, *Thought in Leaves of Grass*, 1891-2)

1. La legalità come vincolo

Lo sviluppo del diritto, ci fa notare Perelman, presuppone la conciliazione dell'inconciliabile, la sintesi degli opposti. «Questo sforzo per risolvere delle incompatibilità è in uso a tutti i livelli dell'attività giuridica»¹. Il legislatore, il giudice e il singolo interprete si trovano, ciascuno a suo modo, a produrre incoerenze, dando però

* Il saggio riproduce con ampie revisioni il IV Capitolo di S. Amato, 2002, *Coazione, coesistenza, compassione*. Giappichelli, Torino.

** Salvatore Amato, Professore ordinario di Filosofia del diritto IUS/20, Università di Catania. Email: samato@lex.unict.it

¹ Ch. Perelman, 1966, 436.

per scontata la coerenza del tutto. A questa capacità del sistema giuridico di restare (o di apparire?) coerente nell'incoerenza noi diamo il nome di legalità. La legalità è il valore (la normalità) che sta dietro una struttura variabile (i rapporti tra regole). È un principio: l'esistenza di un ordine, l'esistenza di un senso nel confuso insieme di leggi, sentenze, comportamenti. È un fatto: l'esistenza di un rapporto tra norma e norma, tra norma e comportamento. Potremmo parlare di una sorta di «effetto specchio» tanto necessario quanto apparentemente impossibile. Ogni atto giuridico dovrebbe essere il riflesso di un atto precedente dal quale deriva e al quale rimanda. Tuttavia, questi legami di conformità, che la legalità dovrebbe garantire, sono osservabili empiricamente (la costituzione rimanda alla legge, la legge alla sentenza... e così via), ma appaiono difficilmente giustificabili teoricamente. La regola precede la regola cronologicamente, nel senso che ogni regola presuppone l'esistenza di un'altra regola e poi di un'altra e così all'infinito, ma c'è qualcosa che giustifichi questo continuo rincorrersi? Oltre la cronologia, c'è l'ontologia? C'è un'essenza a cui questo rimando reciproco conduce?

Queste domande diventano ancora più cruciali alla luce del diritto moderno che, in quanto diritto posto, assume la mutabilità e variabilità a modello della propria dimensione strutturale. Come osserva Luhmann, «il diritto vale positivamente solo quando la decidibilità e quindi la mutabilità diventa permanente attualità e può essere sopportata come tale»². Se tutto è difforme, se tutto cambia non esiste la legalità, non esiste alcuna plausibile connessione tra le norme. La natura, Dio, la ragione... costituivano, nei modelli giusnaturalistici, una valvola di sfogo con cui rendere tollerabile la mutabilità del diritto attraverso la convinzione di una immutabilità delle premesse³.

Non possiamo ignorare che nel pensiero greco, e in particolare in Platone e Aristotele, l'espressione che più si avvicina al nostro concetto di legalità, *nómimos*, ha un connotato meramente descrittivo che assume connotati positivi solo quando giunge a garantire una visione e un sentimento comune (*omonoia*, *omodoxia*). Nell'esperienza giuridica romana non troviamo neppure un termine immediatamente corrispondente a *nómimos*. *Legalitas* è un'espressione del linguaggio medievale. Tuttavia, proprio il lento definirsi di una scienza del diritto, con le sue suddivisioni e le sue concettualizzazioni, rende ancora più indispensabile rinvenire un elemento unificante che tenga assieme le tante frammentazioni di una prassi sempre più complessa e articolata. Nel *De legibus*, forse il primo trattato di filosofia del diritto scritto da un giurista, Cicerone afferma che il senso dell'esperienza giuridica non si può certo trovare nei libercoli sugli stillicidi e sui diritti annessi ai muri o nelle formule di contratti e di sentenze⁴, ma in quella sintesi di *summa auctoritas et scientia* che è riposta in «universi iuris ac legum». La legalità è

² N. Luhmann, 1990, 116.

³ «La *teoria giusnaturalistica* consiglia... un corso *deflattivo*. Poiché ammette fondamenti normativi naturali e quindi autoevidenti... In quanto a ciò il *positivismo giuridico* opta piuttosto per un corso *inflattivo*. Tipicamente esso ammette più diritto di quanto sia coperto da consenso...» Ivi, 381-2.

⁴ «Ut libellos conficiam de stillicidiorum ac de parietum iure? An ut stipulationum et iudiciorum formulas componam?» (I, 4, 14).

universo, il verso unico a cui il diritto deve riuscire a ricondurre le esigenze umane. Se è possibile questo *universo*, tra la contraddittorietà di libercoli e formule⁵, si può aspirare a quell'universalità di valori e sentimenti, cara a Cicerone e alla filosofia stoica.

Eliminando ogni fondamento meta-giuridico o meta-legale come presupposto dei processi normativi, il diritto moderno pone la legge e solo la legge al centro dell'esperienza giuridica, ma poi non riesce a definire una via teorica con cui garantire uno stabile legame con la legge. La legge vincola, ma nulla vincola alla legge. La legalità dovrebbe esprimere un'immutabilità di principio, nonostante la mutabilità di fatto delle norme. Dovrebbe essere un momento di chiusura assoluto e non problematizzabile: tanto necessario concettualmente quanto inesistente empiricamente. E infatti il concetto di legalità si allarga in quello di legittimità, tende a ricomprendere il problema della giustificazione del potere di emanare norme, della giustificazione dell'autorità e, di riflesso, della soggezione all'autorità. Abbiamo un ampliamento o una contrapposizione di concetti? La legalità presuppone la legittimità, ma la legittimità non è deducibile dalla legalità se prestiamo fede all'osservazione di Böckenförde secondo cui «lo Stato liberale, secolarizzato, vive di presupposti che esso di per sé non può garantire»⁶. I giuristi oggi si trovano avviluppati in questa contraddizione che non sanno risolvere, ma che non riescono neppure a mettere da parte: avvertono l'evidente crisi del principio di legalità e intanto sanno di non poter rinunciare a pensare in termini di «legalità»⁷. Un disagio che si riflette involontariamente anche nell'uso linguistico ormai costante di circonlocuzioni del tipo «quale che sia», «in qualche misura», per indicare il legame, necessario ma indecifrabile, tra il giudice (e, più in generale, il giurista) e la legge.

Sotto questo punto di vista, non possiamo fare a meno di porre la domanda: la legalità, il *sovrappiù* che pretendiamo di scorgere oltre la singola norma, è un mito? I miti, nel senso classico dell'espressione, hanno sempre il compito di fondare un'esperienza umana a partire da una frattura, dalla rottura di un equilibrio. Il mito, come rivela già la sua radice etimologica (narrazione, favola), racconta quello che la ragione non riesce ad analizzare, ma non può neppure escludere o confutare. È necessario dare per presupposti questi racconti; è inutile pretendere di ricondurli entro un quadro definito di premesse e spiegazioni. I miti sono sempre al plurale, sempre infiniti racconti diversi del medesimo evento. Non è importante, infatti, la coerenza del racconto, ma la sua carica rivelativa... un po' come la poesia che non ci colpisce per la rigosità della trama, ma per la bellezza dei singoli versi. Il mito costituisce, dunque, il «pregiudizio» teoretico che rende pensabile tutto ciò che altrimenti sarebbe impensabile, perché sfuggente, equivoco, contraddittorio... Anche se non troviamo Giove o Apollo, possiamo ugualmente denunciarne la «presenza» in tutte quelle «costruzioni che, implicitamente o esplicitamente... ci permettono di collegare tra loro le componenti condizionate e

⁵ Nel *De oratore* Cicerone ribadisce che è compito della filosofia «rem dissolutam divulsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret» (I, 42, 189).

⁶ E. W. Böckenförde, 2007, 53.

⁷ S. Fois, 1978, 703.

mutevoli dell'esperienza, riferendole a realtà incondizionate...»⁸. Sotto questo punto di vista non è un caso se una delle analogie cui il pensiero umano ha fatto con maggior insistenza ricorso⁹ sia quella tra pensiero teologico e pensiero giuridico-politico. Il fondamento della politica è lo Stato? Il fondamento del diritto è la legalità? Tuttavia nessuno ha mai visto lo Stato, ma solo singoli atti d'autorità; nessuno ha mai visto la legalità, ma solo singole norme. Eppure tutti si comportano come se l'uno e l'altra esistessero nella stessa misura in cui la maggior parte delle persone crede in Dio, anche se non ne ha mai avuto la percezione materiale. Al di là di un accostamento così banale, nell'incontro tra la legalità come dato essenziale, eppure inverificabile, di pensabilità del diritto e Dio come dato essenziale, eppure sfuggente, di pensabilità del mondo troviamo un processo inibitorio e una carica rivelativa, che meritano una particolare attenzione.

Abbiamo un processo inibitorio in tutte quelle forme di negativismo e di nichilismo che avvertono il problema della legalità come presenza di un vincolo, ma intanto pretendono di dimostrare che questo vincolo non ha alcuna essenza. È un espediente mentale che inibisce la proposizione di ulteriori problemi. Vincola proprio perché non vincola ad alcuna precisa visione dell'uomo o della società. Sotto questo punto di vista mi sembrano particolarmente indicative tre prospettive: una legalità senza legittimità (Kelsen), una legittimità senza legalità (Schmitt) e, infine, una legalità senza senso (Legendre).

La scelta non è casuale né sul piano della storia delle idee del nostro secolo né su quello strettamente teoretico¹⁰. Sul piano della storia delle idee, il ruolo della teologia nella costruzione degli schemi giuridici e, in particolare, della relazione tra Stato e diritto rappresenta uno dei tanti punti di polemica tra Kelsen e Schmitt. Riproporre le grandi linee di queste visioni alternative serve, in fondo, a «ripassare» alcuni dei punti centrali della sempre aperta questione della «giuridicità» del politico e della «politicalità» del giuridico. Sul piano teoretico, il richiamo teologico finisce per spingere l'argomentazione fino ai suoi dati estremi, mettendo in discussione il fondamento stesso dell'esperienza giuridica: possiamo pensare il diritto e lo Stato senza affrontare il problema del ruolo di Dio nel mondo e, quindi, il problema dell'origine di ogni pensiero e di ogni vincolo? Schmitt è profondamente consapevole che le vere categorie in discussione sono quelle di trascendenza e metafisica. Kelsen è profondamente convinto che proprio di queste categorie dobbiamo liberarci. Nello sfondo intravediamo Kierkegaard e Freud. Kierkegaard con l'idea che l'uomo trovi nella tensione delle scelte più profonde, le radici di un'esistenza che non sarà mai integralmente ed esclusivamente sua. Freud con l'idea che l'uomo trovi solo in sé stesso, nelle turbe nascoste del proprio intimo, le ragioni della propria condizione. Un'alternativa che riflette l'irruzione nel secolo scorso (e ancora nel nostro?) delle masse al centro dell'orizzonte politico. Una massa che si costituisce

⁸ L. Kolakowski, 1992, 24. Usano il concetto di mito o meglio di deriva mitologica per descrivere certi percorsi della scienza giuridica anche J. Lenoble e F. Ost in 1980.

⁹ N. Rouland, 1992, 382.

¹⁰ Ad esempio, il lavoro di D. Dyzenhaus, 1997.

attraverso l'identificazione con qualcosa che la trascende: la razza, la classe, la nazione. Una massa che si costituisce attraverso le proprie suggestioni: il «Super io» come rappresentante del politico nella teoria dell'inconscio e dello psichico nella teoria politica¹¹.

In Schmitt, la teoria della legalità riproduce lo sfondo metafisico del conflitto tra bene e male della teodicea che, attraverso il marchio di Caino, si manifesta nell'alternativa politica radicale tra amico e nemico. In Kelsen, la teoria della legalità esprime, attraverso l'indecifrabilità della «norma fondamentale», un ordinamento che si auto-genera e auto-produce senza offrire una ragione all'essere *del proprio dover essere*. Schmitt non ha dubbi nel porre l'eccezionalità della presa di posizione radicale sul senso dell'esistenza a fondamento delle articolazioni giuridiche. Kelsen è incerto nello spiegare da cosa deriva un ordinamento giuridico: l'inizio dell'ordine delle norme non è mai così «puro» da essere solo uno schema logico o così «impuro» da essere solo un atto di volontà, allo stesso modo in cui conoscenza e volontà sembrano confondersi in Dio e la teologia oscilla tra l'una e l'altra visione, tra un Dio «pensiero del pensiero» e un Dio «volontà della volontà».

La terza prospettiva che qui propongo si affida, invece, all'analisi di uno studio *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'état e du droit* di Pierre Legendre¹² che riguarda più la psicologia e la storia delle istituzioni che la teoria del diritto. Tuttavia, mi sembra riesca a rendere molto bene il paradosso dell'insensato come senso della legalità verso cui ci sospingono sia il funzionalismo sia il realismo giuridico. Nella ritualità delle procedure (funzionalismo) e nella fatalistica fiducia nella conformità del comportamento dei giudici (realismo) non troviamo né il bisogno logico di un Dio (Kelsen) né il bisogno politico di trascendenza (Schmitt), ma l'esigenza psicologica di attribuire a ogni comportamento sociale dei referenti costanti che rendano comunicabile l'incomunicabile, affidabile l'inaffidabile.

Per quanto siano tra loro diverse, tutte queste prospettive affrontano il problema della legalità nei termini dell'essenza di un vincolo. Ci mostrano che la domanda su cosa vincola le norme tra loro, non è separabile da quella ulteriore su cosa vincola l'uno al tutto (Dio), il pensiero all'esigenza del pensare (Dio), l'uomo all'uomo. Ci mettono, insomma, di fronte a quella carica rivelativa implicita nel problema *dell'oltre, del sovrappiù*¹³. Non lo risolvono, lo registrano: Dio è presente nel ragionamento dei giuristi; l'esigenza di un vincolo è presente nel ragionamento dei giuristi. Anzi ci dicono ancora di più: Dio è presente e non può non essere presente. Avremmo, quindi, una premessa necessaria e inspiegabile, tanto difficile da definire compiutamente quanto impossibile da accantonare definitivamente. Io vorrei provare a riflettere proprio su questo apparente paradosso, per dimostrare come attraverso le riflessioni di Kelsen, Schmitt e Legendre, sia

¹¹ E. Balibar, 2012, 57.

¹² P. Legendre, 1988.

¹³ Vi è sempre un *oltre* che, come scrive Cotta, impone il passaggio dall'ordine del misurabile o della quantità all'ordine del pensabile o della qualità: 1993, 150.

possibile incominciare a definire alcuni elementi di questo *oltre*, di questa presenza del divino nell'esperienza giuridica: non come suggestione da demistificare, ma come «essenza» di ogni vincolo, condizione di pensabilità del diritto.

Si tratta di un semplice mutamento della prospettiva, un modo per cercare di intravedere quello che, attraverso un diverso approccio, restava magari nell'ombra. Non possiamo non pensare al delizioso aneddoto che ci racconta Ernst Bloch.

«Un altro rabbino, vero cabalista, disse una volta: per instaurare il regno della pace non è necessario distruggere tutto e dare inizio a un mondo completamente nuovo; basta spostare solo un pochino questa tazza o quell'arbusto o questa pietra, e così tutte le cose. Ma questo pochino è così difficile da realizzare e la sua misura è così difficile da trovare che, per quanto riguarda il mondo, gli uomini non ce la fanno ed è necessario che arrivi il messia»¹⁴.

E anche nel nostro caso forse basterebbe discostarsi solo un po' dalle conclusioni di Kelsen, Schmitt e Legendre per trovare uno spunto ulteriore di riflessione. Il problema è solo quello, tanto semplice quanto impossibile, di trovare la corretta misura di questo distacco.

2. Kelsen: la legalità come immanenza

Kelsen è un pensatore così rigorosamente sistematico che è quasi riuscito a cancellare, di una produzione vastissima, le opere minori, gli scritti d'occasione, le riflessioni marginali. Nel tornare e ritornare, con una puntigliosità notarile, sui propri pensieri ha finito per porre un ideale asterisco d'autorevolezza alle intuizioni più rilevanti, riproponendole, se non addirittura riproducendole integralmente nelle opere principali in quel continuo ed instancabile affinamento della dottrina pura del diritto che lega in un'unica trama gli *Hauptprobleme* degli anni giovanili all'*Allgemeine Theorie der Normen* degli ultimi anni di vita.

In un simile contesto non è casuale che egli stesso affermi di aver più volte fatto ricorso a «quell'analogia solo apparentemente paradossale, che ricorre tra il concetto di Dio e il concetto di Stato per una ricerca più profondamente penetrante che persegua le tracce della tecnica concettuale e dell'economia del pensiero»¹⁵. L'asterisco d'autorevolezza, il luogo in cui l'argomento è ampiamente sviluppato in diverse possibili sfaccettature, sta nel saggio *Dio e Stato*, apparso sul vol. 11, 1922-23, della rivista «Logos»¹⁶. La connessione con la dottrina pura sta nell'analogia dei "procedimenti mentali" che esigono di pensare ad una norma fondamentale sul modello dell'idea di un Dio supremo: l'una e l'altro sono «condizioni logico-trascendentali» della conoscenza che

¹⁴ E. Bloch, 1989, 216.

¹⁵ H. Kelsen, 1988b, 24.

¹⁶ Tradotto in italiano nei saggi raccolti da Agostino Carrino: H. Kelsen, 1988a, 139-164.

consentono di «interpretare il senso soggettivo dell'atto costituente e degli atti statuiti conformemente alla costituzione come loro senso oggettivo»¹⁷. Il problema di ogni teoria consiste nello spiegare in che modo tanti singoli atti soggettivi di volontà (la volontà del legislatore, la volontà del giudice, la volontà di chi stipula un contratto) finiscano per diventare quell'entità oggettiva e vincolante che chiamiamo diritto. In che modo quello che io voglio, quello che il giudice vuole, possono diventare un vincolo generale che tutti devono rispettare, che tutti devono volere (un contratto, una sentenza)? Kelsen trova la risposta nella norma fondamentale che chiude dall'interno i processi argomentativi, fondando la validità dei singoli atti giuridici, e tuttavia resta all'esterno, ricavando validità da se stessa. Un atto soggettivo di volontà è diverso da un atto giuridico perché solo quest'ultimo è autorizzato da una norma che è autorizzata da un'altra norma e così via fino alla norma fondamentale. Allo stesso modo,

«un'etica teologica, considerando Dio come la massima autorità creatrice di norme, non può ritenere che qualcun altro abbia ordinato di obbedire agli ordini di Dio. E se si fosse supposto che la norma, secondo cui bisogna ubbidire agli ordini di Dio, fosse statuita da Dio stesso, essa non potrebbe essere il fondamento della validità delle norme poste da Dio, dal momento che essa stessa sarebbe una norma posta da Dio. Anche l'etica teologica come tale non può statuire questa norma, cioè ordinare di ubbidire agli imperativi divini, perché, essendo una conoscenza, non può essere un'autorità che produce diritto»¹⁸.

Questa *intronizzazione* della norma, per usare la felice espressione di Merkl¹⁹, appare, sin dalle prime opere kelseniane, intimamente legata all'alternativa tra conoscenza e autorità. Stava già al centro di *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, l'opera in cui si manifestava per la prima volta la suggestione dell'idea di Dio come momento supremo e non derivato (di conoscenza o di autorità?) con cui spiegare il motivo per cui ogni sistema normativo deve avere un solo centro di «osservazione, valutazione e spiegazione»: una norma originaria (*Ursprungsnorm*)²⁰. Si tratta di una serrata analisi del pensiero teologico tesa a dimostrare come questo abbia alla propria base un dato teoretico ineliminabile: Dio, nel suo essere Dio, non può che essere unico ed esclusivo. Il biblico «Non avrai altro Dio fuori che me» non è un atto di autorità, un comando rivolto all'uomo, ma una raffigurazione intellettuale che si offre alla nostra conoscenza, anzi è la condizione di ogni conoscenza. Che Dio sarebbe mai quello che ha bisogno di ordinare di aver fede solo in lui? Altrimenti? Altrimenti, gli verrebbe contestata la qualità divina? e da chi? Un Dio che ordinasse al mondo di ubbidirgli sarebbe auto-confutatorio, verrebbe egli stesso a mettere in discussione la propria autorità.

¹⁷ H. Kelsen, 1975³, 226-7.

¹⁸ Ivi, p. 228.

¹⁹ A. Merkl, 1987, 79.

²⁰ H. Kelsen, 1922 che io cito nella ristampa del 1962, *Scientia Verlag Aalen*, 92-105. L'analogia tra Dio e Stato è, invece, sviluppata nella parte finale del libro (parte IV, 205 ss.).

Non abbiamo, quindi, una volontà assoluta che si impone alla nostra conoscenza limitata, ma un nostro atto di conoscenza che attinge all'assoluto, nel senso che non ammette logicamente alternative (non avrai altro Dio fuori che me), e solo in quanto tale vincola la nostra volontà. Per fare un esempio banalissimo (e non kelseniano), potremmo affermare che il tempo è la condizione logico-trascendentale di pensabilità dell'orologio nel senso che, se non avessimo l'idea del tempo, non potremmo neppure immaginare uno strumento attraverso il quale misurarlo. Il tempo è la conoscenza minima e fondamentale (*Ursprungsnorm*) dalla quale partire per pensare l'orologio. Ho già affermato che l'esempio forza e banalizza l'impostazione kelseniana²¹. Tuttavia riesce a rendere l'idea di quanto, in questi termini, il principio d'autorità serva poco. Il tempo non impone uno strumento di misura, non ci impone di usare l'orologio, ma usiamo uno strumento di misura in quanto conosciamo l'idea di tempo e in forza di questa conoscenza vogliamo (qui si colloca il momento dell'autorità) costruire infinite cronologie, imporre limiti, fissare scadenze. Non ci sono autorità e volontà, senza conoscenza. *Voglio e ordino, perché so.*

Con un analogo procedimento mentale, l'ordinamento giuridico appare innanzitutto una validità suprema (conoscenza), l'unico possibile centro logico di riferimento, piuttosto che un'esistenza suprema (autorità). Non è la volontà del giudice a determinare la sua autorità, e quindi l'obbligatorietà della sentenza, ma il fatto che io so che questa volontà è autorizzata da una norma che trae fondamento da una serie di ulteriori meccanismi autorizzativi che fanno capo a un momento fondamentale (e fondativo) iniziale. Ha poca importanza che questa norma fondamentale esista o non esista: io non posso distinguere un atto di volontà da un atto di autorità senza presupporre la norma fondamentale. Sul piano fattuale possiamo avere infiniti comandi contraddittori che provengono dalla stessa autorità o da autorità diverse. Sul piano logico è, invece, indispensabile affermare il principio di esclusività perché non posso ubbidire e non ubbidire nello stesso tempo. La condizione di pensabilità dell'insieme delle norme come sistema unitario e coerente riposa, quindi, sulla capacità di riconoscere un solo centro univoco di riferimento. C'è Dio e nient'altro che Dio. C'è la norma fondamentale e nient'altro che la norma fondamentale. L'elaborazione teologica serve a Kelsen per compiere un passo decisivo: trasformare la sovranità da esistenza suprema in validità suprema; da situazione di fatto (Dio c'è) a modello del pensiero (deve esserci Dio). Non sappiamo²² quanto Kelsen sia stato influenzato dalle riflessioni di Freud sui nostri meccanismi inibitori e sul rapporto tra l'istituzione del tabù dell'incesto e l'invenzione della religione. Certo è che Freud sosteneva che fosse di natura illusoria «un altro patrimonio dell'umanità che noi altamente apprezziamo e al quale affidiamo il governo della nostra vita; vale a dire se i presupposti che regolano i nostri ordinamenti statali non

²¹ Su questo problema si veda la raffinata analisi di R. Alexy, 1997, 109 ss.

²² Anche se sono innegabili i reciproci rapporti: F. Lijoi, F. S. Trincia, 2015.

debbano parimenti esser chiamati illusioni e se le relazioni tra i sessi della nostra civiltà non siano turbati da una o da una serie di illusioni erotiche»²³.

Resta, tuttavia, aperto il dubbio se questa incapacità di costruire un'immagine del mondo e di noi stessi senza dover ricorrere a un modello complessivo inglobante non sia il segno del limite intellettuale della nostra conoscenza. Perché mai ricorriamo al concetto di Dio e alla sfera religiosa per capire il mondo? Perché abbiamo bisogno del concetto di sovrano e di Stato per capire il diritto? È una necessità teoretica o un'ideologia sociale? Quale radice psichica, «quale complesso di rappresentazioni viventi nella coscienza dell'umanità», sta alla base dell'identità tra atteggiamento religioso e costruzione politica? In *Dio e Stato* Kelsen non si appaga della constatazione dell'analogia e neppure della facile rilevazione del bisogno di «un tutto sentito come qualcosa di supremo che condiziona e rende possibile la propria esistenza di membro...». Il problema cruciale è capire la «situazione gnoseologica» che sta dietro quell'ansia di totalità, con i suoi correlati di infallibilità, onnipotenza, onnivalenza, su cui si fonda l'ideologia sociale dell'identità tra Dio e Stato. Se strappiamo «la maschera al volto degli attori» troviamo soltanto un meccanismo imperfetto del pensiero. Nel concetto di Dio elaborato dalla teologia si rinvencono, infatti, due funzioni profondamente diverse: Dio è lo scopo e la causa. È tanto il fine supremo del tutto (sommo bene) quanto la causa originaria del tutto. «Egli serve sia alla giustificazione di ogni dovere sia alla spiegazione di ogni essere, la sua volontà è tanto la norma etica quanto la legge naturale»²⁴. Il mondo del *dover essere* (quello che Dio ha voluto) e il mondo dell'*essere* (quello che Dio ha creato) dovrebbero coincidere in un'unità che è logicamente insostenibile. La possibilità (voglio il mondo) non è la necessità (il mondo esiste). La causa non è il fine. Il normativo non è il fattuale. E soprattutto l'essere non può coincidere con il dover essere, nella prospettiva di un non cognitivismo che Kelsen non cita mai esplicitamente in questo saggio, ma di cui subisce l'evidente condizionamento.

Il primitivo non avverte il problema. Risolve questo «scoppio logico» di concetti nell'ingenuità della visione antropomorfa. Volendo capire il mondo, lo personifica in un tutto dotato di senso (il Dio creatore), confondendo lo strumento della conoscenza (l'ipotesi che tutto abbia un senso) con l'oggetto della conoscenza (il senso del tutto: Dio). La stessa ipostatizzazione avviene attraverso il concetto di Stato. Per spiegare l'unità astratta dell'ordinamento giuridico, si crea una persona (lo Stato) «la cui volontà è il contenuto dell'ordinamento giuridico». Ed ecco riprodursi l'assurdo dualismo della teologia. Lo Stato sarebbe un ideale e un fatto; il potere e la personificazione del potere, la validità del dovere e l'effettività dell'essere.

«L'atto psichico della rappresentazione delle norme che formano l'ordinamento statale è un fatto del mondo della realtà naturale ed ha – in quanto causa – i suoi effetti. La forza

²³ S. Freud, 1978, vol. X, 431-485.

²⁴ H. Kelsen, 1988a, 141; 1988b, 25.

motivante ora maggiore ora minore di queste rappresentazioni è sicuramente un “potere” nel senso naturale, solo che questo fatto non può essere mischiato con quell'ordine idealmente normativo che trova considerazione solo come ordinamento dello Stato o ordinamento giuridico²⁵».

Kelsen sviluppa una dettagliata casistica in cui la teologia e la teoria del diritto sembrano seguire i medesimi e «primitivi» percorsi mentali. Come l'idea di *incarnazione* aiuta a spiegare l'assurdo di un Dio, onnipotente e senza vincoli, eppure soggetto alle leggi di natura fino al punto di morire, così la teoria del diritto pubblico escogita la dottrina dell'*auto-obbligazione* dello Stato per giustificare il fatto che il creatore onnipotente del diritto sia, nello stesso tempo, soggetto al diritto fino al punto di essere condannato se compie un atto illecito. La *teodicea* serve a trovare un motivo alla presenza del male in quel sommo bene che è l'ordine divino? La teoria dell'*illecito* dello Stato svolge l'analogo ruolo di spiegare come lo Stato possa compiere atti illegittimi, trasgredire la legge e intanto essere la «legge». Stesso tipo di ragionamento potremmo fare per il rapporto tra l'idea di *miracolo* e quella di diritto pubblico. La teologia concepisce l'uno come deroga imposta dalla volontà divina alle leggi di natura, la dottrina costruisce l'altro come qualcosa di diverso dal diritto privato, pur essendo entrambi atti dello Stato (*Staatsrecht*). Vi sarebbe «più Stato» nel diritto pubblico come vi sarebbe «più Dio» nel miracolo...

Incarnazione, miracolo, teodicea, auto-obbligazione, illecito dello Stato, pubblico e privato, sono il frutto di uno pseudo-problema: il rapporto impossibile tra un sistema e la sua ipostatizzazione. Abbiamo una sostanzializzazione che presenta Dio e lo Stato come essenza e fondamento del mondo e del diritto, mentre sono il mondo e il diritto. Non esiste un soggetto creatore e un oggetto creato. Dio è il mondo e il mondo è Dio; lo Stato è il diritto e il diritto è lo Stato. Ogni preteso dualismo riesce a mascherare la propria evidente assurdità logica e fragilità teorica solo attraverso l'idea di trascendenza. La trascendenza di Dio rispetto al mondo diventa anche la trascendenza dello Stato rispetto al diritto, presentando questa fittizia dualità come quella «peculiare unità» in virtù della quale, per capire la natura, è indispensabile il concetto meta-naturale di Dio e, di riflesso, per capire l'ordinamento giuridico è necessario il concetto meta-giuridico e meta-positivo di Stato.

Secondo Kelsen, la scienza moderna ci ha liberato definitivamente sia dal condizionamento metafisico di un'unità ideale trascendente le singole manifestazioni reali sia dalla conseguente ansia di sostanzializzazione che raffigura il mondo a misura di un'inattingibile essenza *a priori*. «... Dio e Stato esistono solo se e nella misura in cui ci si crede, e vanno in fumo con la loro eccezionale potenza, che ha riempito la storia del mondo, non appena la mente umana si libera di questa credenza»²⁶. Questa liberazione, a livello epistemologico, è avvenuta sostituendo all'idea di sostanza quella di funzione che

²⁵ H. Kelsen, 1988a, 150-151.

²⁶ Ivi, 162.

commisura ogni conoscenza ai livelli oggettivi di rilevazione empirica. La domanda, cos'è il mondo, è stata sostituita da quella su come funziona, dall'analisi delle leggi che determinano la struttura di ogni cosa. La scienza moderna ci ha abituato a non cercare più l'essenza dell'universo (Dio), ma leggi attraverso cui si articola. L'universo è l'insieme di queste leggi. Allo stesso modo lo Stato non esiste come essenza, ma è un insieme di norme, l'insieme degli atti attraverso cui funziona. Se possiamo elaborare una scienza della natura senza Dio, anche la scienza del diritto, in quanto *dottrina pura del diritto*, deve distruggere l'abuso della pseudo-idea di Stato. Lo Stato è l'ordinamento giuridico: la dottrina pura del diritto è quindi, senza nulla di paradossale, una teoria dello diritto senza Stato, se non dello «Stato senza Stato».

Kelsen definisce, non so con quanta ironia, questo suo modo di procedere un «anarchismo puramente gnoseologico». In effetti, si tratta di un modello teorico in cui il preteso processo di razionalizzazione delle costruzioni giuridiche coincide integralmente con il radicale rifiuto di qualsiasi fondamento dell'esperienza del diritto, e addirittura dell'esperienza del mondo stesso, che vada oltre i limiti del verificabile empiricamente. Tuttavia Kelsen, se è anarchico, non è un anarchico così «puro» come vorrebbe fosse la sua teoria. Sono stati spesi volumi e volumi per dimostrarci che non riesce a liberarsi di un residuo, costante ed assillante, di *arché*: la norma fondamentale. Abbiamo visto precedentemente che la *Dottrina pura* affronta l'analogia tra Dio e Stato per spiegare i motivi per cui non si può fare a meno di pensare a una norma fondamentale e per chiarire quale esigenza logica nasconda questo trabocchetto concettuale al quale egli non intende, nonostante le continue e costanti critiche, rinunciare. La soluzione è la stessa già formulata nello studio sul concetto sociologico e giuridico di Stato del '22: la norma fondamentale non può essere un atto di volontà, ma deve essere un atto di conoscenza così assoluto ed incondizionato da assumere una forza costitutiva vincolante. E' così e non può essere diversamente... come il numero, come Dio, sembra dirci Kelsen, mentre attribuisce alla norma fondamentale fattezze quasi aristoteliche: pensiero del pensiero²⁷.

Questa prospettiva cambia lentamente, a mano a mano che Kelsen accentua gli aspetti volontaristici del suo pensiero. La *Teoria generale delle norme*, l'opera che lascia incompiuta e a cui dedica gli ultimi anni di vita, è percorsa dal fascino e insieme dal tormento di eliminare ogni residuo logico e contenutistico dalla conoscenza del diritto. La norma fondamentale non svolge più quel ruolo di ipotesi logica di pensabilità teoretica del sistema che le aveva affidato la *Dottrina pura*, ma diventa una finzione necessaria: il collante empirico degli atti di volontà. È il «nesso generativo» che «stabilisce chi debba statuire le norme dell'ordinamento», «statuisce l'atto della statuizione». Il problema della coordinazione sistematica tra le norme si risolve, quindi, nell'individuazione delle gerarchie di sovra- e sotto-ordinazione e il quesito sulla validità dell'ordinamento

²⁷ Sull'analogia tra norma originaria e assiomi matematici: H. Kelsen, 1922, 95. Nella *Dottrina pura*, leggiamo: «...se la norma fondamentale non può essere una norma voluta, ma se è logicamente indispensabile enunciarla nella premessa maggiore di un sillogismo che fondi la validità oggettiva di certe norme, può essere soltanto una norma pensata» (H. Kelsen, 1975³,228).

giuridico va a parare nell'enigma di chi può autorizzare l'autorizzazione di ogni singola statuizione. Qui Kelsen sfiora le vertigini di una volontà che, per essere così assoluta da non tradire alcun condizionamento contenutistico, è sempre e soltanto relativa a sé stessa: deve volere di volere. Una sorta di «autismo» che non può non rievocare Dio nella sua assoluta autosufficienza come arbitrio assoluto, come volontà che vuole perché vuole: «la validità della norma stabilita da Dio "Gli uomini non devono uccidere altri uomini", come tutte le norme stabilite da Dio, trova fondamento nella presupposta validità della norma fondamentale, cioè è conforme alla norma fondamentale presupposta che autorizza Dio a statuire norme»²⁸. Come non è possibile trovare chi autorizza Dio a porre norme così non è possibile trovare chi attribuisce legalità al sistema delle norme. Dunque, non c'è conoscenza senza volontà e autorità. *Conosco perché voglio*.

Non mi viene in mente altro commento che la sofferta constatazione di Horkheimer: «È vano salvare un senso incondizionato senza Dio»²⁹. Il processo di razionalizzazione dell'Illuminismo ha un solo esito coerente il nichilismo. Horkheimer lo constatava con tristezza: senza metafisica e senza ricerca della verità non è possibile né trovare un fondamento plausibile alla conoscenza né dare un senso compiuto e definitivo all'impegno etico. Mi pare che il lento progredire di Kelsen verso gli esiti della *Teoria generale delle norme* sia proprio la manifestazione evidente di una ricerca di senso (la norma fondamentale) che finisce per sfociare nel non senso (la volontà della volontà). E così abbiamo un diritto dello Stato senza Stato e una teoria della legalità senza legittimità.

3. Schmitt: la legalità come trascendenza

Schmitt, nella *Teologia politica*, conduce una decisa polemica contro quegli estremi del riduzionismo metodologico kelseniano che finiscono per costruire tutto il pensiero umano a ricalco delle scienze naturali, ignorando persino qualsiasi differenza tra legge di natura e legge normativa, tra causa e creazione, tra sostanza naturalistica e dottrina politica della titolarità del potere: «crede che la critica di Hume e Kant al concetto di sostanza possono essere trasferite alla dottrina dello Stato, senza scorgere che il concetto di sostanza del pensiero scolastico è cosa diversa da quello del pensiero delle scienze matematiche e naturali»³⁰. La polemica ha per oggetto *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff* e si rivolge, quindi, solo al Kelsen classico o addirittura pre-classico ancora molto lontano dagli ultimi esiti volontaristici. Pone tuttavia in luce un aspetto che rimane costante in tutto il pensiero kelseniano: quello di non riuscire ad andare oltre una «sociologia della concettualizzazione» (credo si possa chiamare così) nel

²⁸ H. Kelsen, 1985, 438. Potremmo ricordare per inciso quanto Leibniz avesse orrore proprio di un Dio «volere del volere»: sarebbe un «paradosso inaudito» che «Dio esista perché così ha ordinato» (1951, 256)

²⁹ Su cui ha richiamato recentemente l'attenzione J. Habermas, 1993, 115 ss.

³⁰ C. Schmitt, 1972, 65.

senso che individua astrattamente un certo percorso intellettuale, ad esempio «il legame logico tra teologia e giurisprudenza», e attraverso questo percorso pretende di spiegare qualsiasi schema mentale, ignorando «l'eccezione», la particolarità tipica di ogni costruzione del pensiero umano. Si limita ad osservare l'analogia tra processi di astrazione, metodologie olistiche, tecniche di inferenza senza fare nessuna differenza tra la varietà e complessità dei singoli referenti teoretici. In questo modo tutto appare uguale (il culto di Dio, il culto degli idoli e il culto del sovrano) e tutto affetto dagli stessi vizi logici.

Nel concetto di norma fondamentale avvertiamo l'influenza di Freud? L'influenza dell'idea che i meccanismi inibitori, e quindi l'esigenza della normatività, derivino da noi stessi, da quanto ci portiamo dentro e poi trasformiamo nella normalizzazione di paure e illusioni. Allo stesso modo è possibile scorgere Kierkegaard dietro la centralità dell'eccezione come «forza della vita reale»³¹ nel pensiero di Schmitt. L'eccezione come dato costitutivo della sovranità, come situazione limite da cui trae origine il diritto (*Grundnahme*), dissolve la facile immanenza di una ripetitività che si propone e ripropone continuamente in una normalità senza mistero, per porre il problema della trascendenza in tutta la radicalità delle sue inquietudini.

Schmitt rifiuta la logica della secolarizzazione che si appaga di utilizzare concetti sui cui fondamenti non si interroga, perché inutili o illusori. Come abbiamo visto già negli scritti giovanili, e in particolare in *Gesetz und Urteil* del 1912, critica la pretesa kelseniana di tenere rigidamente separate indagine giuridica e indagine sociologica per elaborare «una teoria del diritto valido, la quale, muovendo dal proposito di prescindere da tutto ciò che non sia deducibile dalla legge, non ha per sua natura nulla a che fare con il metodo che procede dalla prassi»³². Schmitt intende invece assumere integralmente al centro delle sue riflessioni la prassi da cui deriva l'ordine dei rapporti sociali, la *Grundnahme* che sta oltre ogni *Grundnorm*. «Nessuna validità normativa si fa valere da sé; e non esiste neppure -se non si vuole indulgere a metafore o allegorie- alcuna gerarchia delle norme, ma solo una gerarchia di persone e di istanze concrete»³³.

A differenza di quella sociologia della concettualizzazione che induce Kelsen a riflettere sul perché si formano certi concetti e che ruolo svolgono nel processo di teorizzazione, Schmitt intende sviluppare una sorta di «sociologia dei concetti» che si fonda proprio sulla peculiarità di ogni percorso intellettuale, rintracciando prima «la struttura ultima e radicalmente sistematica» dei concetti di teologia e di politica e comparando poi questa struttura concettuale con «la struttura sociale di una determinata epoca»³⁴. Schmitt non analizza idee, ma gli uomini o i fatti che stanno dietro le idee. Se Kelsen domanda quali sono le condizioni di pensabilità di Dio e del diritto, Schmitt domanda quali sono le condizioni di pensabilità del Dio cristiano, o forse meglio cattolico,

³¹ J. Taubes, 1997, 125.

³² C. Schmitt, 2016, 75.

³³ C. Schmitt, 2018, 87.

³⁴ C. Schmitt, 1972, 68.

e del diritto in un certo momento storico. Se l'uno privilegia la prospettiva astratta, cercando di analizzare il modo in cui l'uomo ha sempre pensato, l'altro esaspera i particolari per cogliere in che modo il «moderno» concepisca e non possa non concepire Dio e il diritto a partire dai presupposti culturali che ha alla base. Un particolarismo che, esaminando ogni costruzione nella sua radicalità teoretica e storica, evidenzia l'esistenza di teologia e teologia, di politica e politica, con tutta una serie di legami ed esiti assolutamente inconciliabili tra loro. Il nucleo centrale di queste differenze è rappresentato dalla contrapposizione tra due «metafisiche», tra due visioni del mondo alternative: dominate l'una dalla trascendenza e l'altra dall'immanenza; l'una dal modello dell'architetto e del creatore, l'altra dal modello della macchina che si muove da sé.

La macchina è, a suo avviso, il simbolo del processo di secolarizzazione con cui l'uomo, attraverso la scienza e la tecnica, si è auto-investito del perfezionamento del mondo. Il «moderno» si radica nella sicurezza di un continuo progresso eretto sugli ideali razionalistici dell'oggettività, stabilità, certezza e calcolabilità di qualsiasi legge, tanto naturale quanto umana: «l'idea del moderno Stato di diritto si realizza con il deismo, con una teologia e una metafisica che esclude il miracolo dal mondo e che elimina la violazione delle leggi di natura, contenuta nel concetto di miracolo e produttiva, attraverso un intervento diretto di una eccezione, allo stesso modo in cui esclude l'intervento diretto del sovrano sull'ordinamento giuridico vigente»³⁵. È il mondo della neutralizzazione, della spoliticizzazione e della deresponsabilizzazione in cui il momento fondativo dell'*ordine* dello Stato si risolve nell'insieme impersonale dell'*ordinamento* giuridico e l'immediatezza radicale della *decisione* politica nel complesso anonimo delle *procedure* dell'apparato burocratico. In questo dominio dell'immanenza il deismo di Hegel incontra l'ateismo di Kelsen, lo storicismo dell'uno si trasforma nel funzionalismo dell'altro, assumendo ora l'aspetto «pragmatico-razionale» di una volontà popolare russovianamente sempre giusta ed indiscutibile, ora la veste teorica di un potere costituente kelsenianamente invisibile ed intangibile, ora la condizione di assoggettamento a un mercato già perfetto nei suoi equilibri. In ogni caso oltre la prassi c'è il vuoto, «un funzionalismo e formalismo senza motivazione e senza riferimenti concreti».

L'analisi tra Stato e Chiesa che si sviluppa nei particolari percorsi della *Teologia politica* ha, quindi, un ruolo innanzitutto dirompente, ponendosi come netta alternativa alla dissoluzione, nella modernità, del momento soggettivo e trascendente. La sociologia dei concetti assume sempre più i caratteri di un'analisi dei limiti teoretici di pensabilità della nostra cultura. L'affermazione secondo cui «tutti i concetti più pregnanti della moderna dottrina dello Stato sono concetti teologici secolarizzati»³⁶ non si limita a rilevare un uso linguistico o una desueta psicologia dell'agire sociale, ma sottolinea un nodo problematico ineludibile: la teologia è la chiave di comprensione della politica e la politica è la chiave di comprensione dell'antropologia. La secolarizzazione non determina,

³⁵ Ivi, 61.

³⁶ *Ibidem*.

quindi, solo la cancellazione del politico, ma la stessa messa in discussione dell'umano. Se Dio scompare dall'orizzonte di comprensione del mondo e la Chiesa si riduce allo svago domenicale «per curare i dolori della libera concorrenza»³⁷, l'uomo perde ogni identità e diventa il meccanismo anonimo di una società di produttori e consumatori, pacificata perché resa indifferente alla domanda di senso che le viene dall'esistenza.

Dio e politica nascono assieme e tramontano assieme. Le istituzioni (lo Stato, la Sovranità o la stessa Legislazione), che in Kelsen sono pure astrazioni concettuali ipostatizzate e personificate, residui logori del bisogno primitivo e irrazionale di totalità, appaiono in Schmitt le specifiche creazioni con cui la politica avvicina il divino all'umano, esprimendo lo sforzo supremo per dare un senso al mondo, per rendere visibile l'invisibile.

Pensiamo al problema della «rappresentanza» politica. Per Kelsen è soltanto una tecnica di assunzione delle decisioni: un insieme di norme attraverso le quali i cittadini attribuiscono ai governanti il potere di assumere decisioni collettive. Per Schmitt è, invece, la rappresentazione, proprio nel senso di raffigurazione, specifica e reale dell'identità di un popolo. «Qualcosa di morto, qualcosa di scadente o privo di valore, qualcosa di basso non può essere rappresentato»³⁸. La rappresentanza è quindi la dimensione esistenziale dell'unità di un popolo, espressa dalla sovranità nelle forme del diritto. L'*ethos* di una comunità spirituale si incontra con il *pathos* dell'autorità: trova in questa la sua «rappresentazione» e la giustifica con la sua presenza. «...nella realtà concreta dell'esistenza politica non governano ordinamenti e insiemi di norme astratte, ma vi sono sempre soltanto uomini o gruppi concreti che dominano su altri uomini o gruppi concreti»³⁹. Solo nella Chiesa troviamo questi concetti in tutta la loro purezza e pienezza. «La Chiesa rappresenta la *civitas humana*, rappresenta in ogni attimo il rapporto storico con l'incarnazione e con il sacrificio in croce di Cristo, rappresenta Cristo stesso in forma personale, il Dio che si è fatto uomo nella sua realtà storica. Nel rappresentare sta la sua superiorità su di un'epoca di pensiero economico»⁴⁰.

Potremmo quasi affermare che la politica appare qui l'attestazione profonda e definitiva di un atto di fede: Dio c'è. Come in Kelsen la dottrina pura del diritto rappresenta l'esemplificazione massima di uno sforzo intellettuale: Dio non c'è o quantomeno non è rilevante nei processi di teorizzazione. È come se Schmitt ci dicesse: «Dio c'è e quindi c'è Cristo e quindi c'è la Chiesa e quindi l'uomo con il problema radicale della decisione tra il bene e il male». Kelsen sembra dirci, invece: «Esiste la Chiesa perché abbiamo bisogno di credere in Cristo. Crediamo in Cristo perché abbiamo bisogno di credere in Dio e crediamo in Dio perché le esigenze sociali ci impongono di distinguere tra

³⁷ C. Schmitt, 1986, 40.

³⁸ C. Schmitt, 1984, 277.

³⁹ C. Schmitt, 1972, 159.

⁴⁰ C. Schmitt, 1986, 47.

il bene e il male». Un altro legame tra Kelsen e Freud? Anche Freud sosteneva che sia stato il tabù a istituire la religione e non la religione a istituire il tabù⁴¹.

Io non vorrei addentrarmi nelle tante possibili letture di Schmitt, ma solo accentuare quegli aspetti del suo pensiero che mi sembrano particolarmente significativi per riprendere e capovolgere le conclusioni a cui era giunto Kelsen. In fondo l'ultimo Kelsen sembra estremamente vicino a Schmitt. Cosa separa la volontà che vuole se stessa della *Teoria generale delle norme* dal decisionismo delle *Categorie del politico*? La dimensione cognitiva. Schmitt afferma quello che Kelsen intende negare; è come se gli domandasse: perché mai Dio dovrebbe autorizzare se stesso a produrre norme, se questo atto non ha un senso e se non è per ricercare questo senso che esiste il mondo? La *Grundnorm* non può, né vuole, rispondere a questa domanda. La *decisione* è, invece, il segno della presenza del divino nell'uomo non solo come atto di libertà, come pura capacità di creare il nuovo e l'inedito rispetto alla causalità indeterminata dell'immanentismo meccanicistico, ma soprattutto come impossibilità di escludere il momento etico: ogni decisione è una presa di posizione sul mondo.

Dio e lo Stato rappresentano, nella loro essenza, questo momento costitutivo in funzione del quale la realtà esiste. «Il concetto di Stato in rapporto al diritto riceve così una posizione del tutto analoga a quella che il concetto di Dio, che sorge dalla necessità di realizzare ciò che è morale nel mondo, assume riguardo all'etica»⁴². Questa idea attraversa le opere giovanili, prima ancora di divenire uno dei temi di fondo della *Teologia politica*. «Il creatore del mondo è nello stesso tempo causa originaria e legislatore, cioè autorità legittimante»⁴³. Se non vi è l'*ordine* non vi può essere l'ordinamento. L'idea di legittimità ha una profonda valenza cognitiva che si giustifica solo in chiave teologica: Dio esiste come autorità suprema e creatrice. A misura di questa conoscenza si costruisce la dimensione dell'autorità terrena nella sovranità. Il problema non è tanto chiarire da chi e come vengono statuite le norme (l'angustia epistemologica da cui Kelsen non riesce a liberarsi) quanto comprendere le implicazioni teoretiche insite nell'idea di statuizione: la sovranità è l'autorità e l'autorità è la verità, quella verità prima che l'immagine di Dio proietta sul mondo attraverso la Chiesa come «presenza della trascendenza»: «un'organizzazione volta a far valere l'invisibile nel visibile deve radicarsi nell'invisibile ed apparire nel visibile»⁴⁴.

La legittimità dà forma giuridica a questa presenza di Dio nel mondo come dato concreto, evidente, ineludibile, che rende impossibile svincolare il potere dalla verità e l'ordinamento giuridico dall'ordine teologico della Rivelazione. In fondo, «anche il diavolo ha la propria legalità»⁴⁵ nel senso che sviluppa comportamenti coerenti con un principio primo fondativo (il rifiuto di Dio), ma ha una legittimità? Quale dimensione veritativa

⁴¹ S. Freud, 1978, vol. VII, 3021.

⁴² C. Schmitt, 2013, 60.

⁴³ C. Schmitt, 1972, 70.

⁴⁴ C. Schmitt, 1986, 78.

⁴⁵ Ivi, 84.

dischiude all'uomo se non quella della propria ostinazione a negare, della propria condanna alla contrapposizione? Una «cattiva caricatura» di Dio «che viene punita dal fatto di avere una propria orribile norma di sviluppo». Il diavolo è condannato all'immanenza, non ha nulla oltre sé stesso da svelarci. Sarei tentato di affermare che sembra quasi ricalcare certi aspetti della norma fondamentale kelseniana: «pura» presenza, volontà chiusa nel proprio volere, essere irrimediabilmente scisso dal dover essere.

Si tratta, è ovvio, di un'iperbole, che però ci aiuta a capire l'orrore che Schmitt ha per una legalità fine a sé stessa, un puro vincolo alla coazione, la «legalità che uccide» della rivoluzione francese. Questa esasperante pretesa di costruire il diritto su un vuoto teoretico, sull'impossibilità di giustificare sé stesso, evidenzia gli involontari risvolti nichilistici a cui il pensiero kelseniano potrebbe giungere. Nello sfiorare il nulla, Kelsen è sempre sorretto dal profondo intento etico di dischiudere all'uomo un mondo senza altro condizionamento che non sia la capacità razionale di costruire il proprio pensiero. È animato dall'esigenza di portare a compimento il processo di maturazione della libertà, aiutando la fragile democrazia del suo (e del nostro?) tempo a capire che ciascuno di noi è l'artefice del proprio destino, a capire che «lo Stato è opera dell'uomo, fatto dall'uomo e per l'uomo, e che perciò dall'essenza dello Stato non si può ricavare nulla *contro* l'uomo»⁴⁶. Un Dio calato a forza nel mondo e nel diritto finirebbe dunque per aprire le vie a qualsiasi operazione anche la più inumana; finirebbe per scaricare su Dio le nefandezze dell'uomo.

Schmitt è perfettamente consapevole di questo rischio. Non a caso torna più volte sulla valenza etica del *Silete theologi in munere alieno!* di Alberico Gentile. Tuttavia, a suo avviso, una cosa è la pretesa giustificazione teologica della singola azione politica, come nel caso del concetto di guerra giusta, che rifiuta perché gli appare come un'intromissione indebita del teologico e del giuridico nel politico; altro è il richiamo alla teologia come statuto teoretico di comprensione delle istituzioni umane: l'uomo, come gli ha insegnato De Maistre, non può pretendere di trovare da solo la misura dell'orientamento. Una misura relativa, variabile, funzionale, che si aggiusta ora su questo o su quell'equilibrio sul modello della democrazia kelseniana, sarebbe un'ipocrisia. La misura è sempre in rapporto con la capacità di valutare e di decidere, con la capacità quindi di fornire una risposta alla domanda originaria: da che parte sto? Dal peccato originale all'omicidio di Caino, la teologia vincola l'identità umana alla capacità di prendere posizione sul mondo. L'uomo vive l'alternativa tra il bene e il male, entro i propri limiti creaturali, come conflitto esistenziale tra amico e nemico, come spartizione materiale del territorio, come raggruppamento giuridico attorno allo stesso *nomos*... ma quella che resta inconfutabile è la declinazione politica dell'unità. L'unità è teologicamente possibile solo nella dualità, nel conflitto tra opposti, perfettamente esemplificato, nei sofferti e confusi percorsi della *Teologia politica II*, dalla ripresa

⁴⁶ H. Kelsen, 1988a, 163.

dell'enigmatico passo di Gregorio di Nazianzo: «L'Uno – to Hen – è sempre in rivolta – stasiatson – contro se stesso – pros heauton»⁴⁷.

Il conflitto finisce quindi per rappresentare una sorta di grande imbuto esistenziale in cui tutto si riversa e sbiadisce. Ogni cosa trae origine dal conflitto, ma dal conflitto non deriva nulla, tranne lo stesso conflitto: siamo sempre fermi alla scelta iniziale tra amico e nemico. La verità si afferma perché c'è l'errore. L'autorità si impone perché c'è il caos. Una continua tensione tra gli opposti in cui quello che emerge come il dato teoretico decisivo è la tensione e non l'ermeneutica. La verità è il conflitto, ma c'è una verità da raggiungere attraverso il conflitto?

La presa di posizione che fonda l'esistenza umana è tanto necessaria quanto indeterminata: chiunque può essere amico e chiunque può essere nemico, purché vi sia un'aggregazione. Un fondamento senza altro fondamento che la propria fatticità⁴⁸. Per questo ho parlato di una legittimità senza legalità. Perché dal vincolo della scelta originaria non possiamo trarre alcun vincolo ulteriore, se non quello di restare fedeli a questa scelta. È come se non potessimo andare oltre la *Grundnorm*, perché creare un vincolo del vincolo sarebbe correre dietro ai parametri formali della legalità, dimenticando l'assolutezza della presa di posizione originaria (*Grundnahme*); perché privilegiare i rapporti di aggregazione significherebbe trascurare il pericolo della disgregazione.

È assai significativo che Schmitt accentui, nelle opere più mature e sofferte, il versante esistenziale della «legittimità» del politico. «Chi posso in generale riconoscere come mio nemico? Evidentemente soltanto colui che mi può mettere in questione. Riconoscendolo come nemico, riconosco ch'egli mi può mettere in questione. E chi può mettermi realmente in questione? Solo io stesso. O mio fratello. Ecco. L'altro è mio fratello. L'altro si rivela fratello mio, e il fratello, mio nemico. Adamo ed Eva ebbero due figli, Caino e Abele. Così comincia la storia dell'umanità. Questo è il volto del padre di tutte le cose. Questa la tensione dialettica che tiene in moto la storia del mondo, e la storia del mondo non è ancora alla fine»⁴⁹. A Schmitt non interessa risolvere il problema se la verità stia dalla parte di Caino o da quella di Abele, ma sottolineare l'impossibilità di separare ontologicamente e definitivamente fratello e nemico. Non a caso, riscopre questa conflittualità latente all'interno stesso dell'animo umano: non solo l'altro, ma già io stesso posso mettermi in questione. Identità umana e conflittualità esistenziale sono così legate che la teologia sconfinata nella polemologia, diventa «una stasiologia teologico-politica», secondo la definizione della *Teologia politica II*.

⁴⁷ C. Schmitt, 1992, 95.

⁴⁸ E. Balibar, 2003, 157.

⁴⁹ C. Schmitt, 1987, 91-92.

4. Legendre: la legalità come performativo

In fondo, alla base della tensione teoretica di Schmitt troviamo, come già in Kelsen, solo un bisogno di identità colorito dalla divinità. Nell'ultimo Kelsen l'analogia tra pensiero teologico e pensiero giuridico serve ancora a costruire la metafora della norma fondamentale come illusione che vi sia almeno l'esigenza di una costante teoretica nell'effettualità del potere. In Schmitt la teologia fonda il politico, ma viene a sua volta politicizzata nel senso che il richiamo alla trascendenza come ricerca di un senso e di un orientamento nella costruzione del potere si identifica con l'intrascendibilità della decisione che risolve il conflitto proprio perché lo risolve (*auctoritas*) e non perché lo dirime (*veritas*): una «*decisione per la decisionalità*»⁵⁰. Nella totale irrazionalità di una così drastica *decisione per la decisione* ci rendiamo conto di come Schmitt sembra ricadere in quel nichilismo che intende combattere. Parla di Dio, del Cristianesimo, ma poi finisce per non offrirci altro che un vincolo fine a sé stesso: Dio dà un volto, legittimandolo, all'onnipotenza del potere, di qualsiasi potere, come la *Grundnorm* nasconde, legalizzandolo, il volto del potere, di qualsiasi potere...

Dinanzi a questa conclusione, mi sembra opportuno, come ho già osservato, analizzare un'opera che tende proprio a dimostrare che la legalità è necessaria, ma è senza senso. Si tratta di quella strana mescolanza di Lacan e Foucault, di psicoanalisi che si perde nella semiologia e di semiologia che prepara lo strutturalismo con cui Legendre cerca di dimostrare come vi sia un modulo religioso in ogni istituzione, e in particolare nelle istituzioni giuridiche e politiche, proprio perché hanno innanzitutto lo scopo di *instituere vitam*, sono «vivate parlate» che dà forma e rende comunicabili i dati essenziali dello spazio umano.

Come ho già detto, mi occupo di Legendre, ma penso al realismo, al funzionalismo, al decostruzionismo, a tutte quelle concezioni che considerano il diritto un meccanismo interattivo che assorbe funzioni e che scarica tensioni. Anche il realismo, per quanto varie siano le sue componenti, assimila i concetti giuridici a «meccanismi psicologici» e attribuisce alla morale il ruolo pragmatico o «magico» di difendere i valori socialmente diffusi... perché socialmente diffusi e non perché giusti o buoni. Anche il realismo, in particolare Olivecrona, ricorre spesso all'esempio del Decalogo come modello di un sistema di obbedienza che si sviluppa senza che vi sia un comando specifico e determinato, osservabile empiricamente. Anche Luhmann ricorre frequentemente al paradigma della perfezione divina come esempio del modello di funzionamento di qualsiasi sistema sociale e comunicativo. I sistemi comunicativi hanno il problema di «variare», apparendo invariati, devono cioè assorbire la contingenza, ritornando su sé stessi, eliminano e, intanto, fanno proprio (riflessività) ogni cambiamento. Operano attraverso un paradosso che i nostri processi mentali considerano consueto proprio attraverso l'idea di Dio. È il paradosso della «inseparabile fusione» tra la funzione di dare

⁵⁰ Cfr. V. Höslle, 1990, 71.

istruzioni per la selezione dei dati (riduzione della complessità) e la funzione di ricostruzione del caos indeterminato come invarianza determinabile (mantenimento della differenziazione, complessificazione): Dio è la determinazione dell'indeterminabile.

Che vuol dire? Potremmo provare a capire attraverso un esempio, anche se non è Luhmann a farlo. Le parole, che stanno alla base di ogni sistema comunicativo, contengono istruzioni per selezionare la realtà: dico «cane» e implico in questo enunciato tutta una serie di animali pelosi che hanno certi requisiti. Le parole sono anche istruzioni per ricondurre tutta la realtà a linguaggio: dico «cane» e implico in questo enunciato ogni possibile incrocio tra razze e ogni cane, naturale o artificiale, che esiste o esisterà. Al linguaggio chiediamo proprio di definire senza definire, di aprire la possibilità della conoscenza senza esaurire le possibilità della conoscenza. La fede in Dio ci pone di fronte a un processo analogo, ci apre le porte dell'assoluto senza chiarire mai cosa sia l'assoluto: pone «*la questione dell'accettazione o del rifiuto del mondo, senza poter, per ragioni strutturali, deciderla, bensì differendola sino alla fine*»⁵¹. Allo stesso modo i processi comunicativi (e il diritto è uno di questi) assumono la capacità di determinare la singola comunicazione, lasciando indeterminata la possibilità del comunicare. «Non è affatto necessario che il consenso sui valori sia prestabilito; è il problema della doppia contingenza (cioè l'autoriferimento, vuoto, chiuso, indefinibile) che aspira letteralmente la casualità e rende il sistema sensibile al caso: se non esistesse il consenso sui valori lo si inventerebbe. Il sistema si forma, *etsi non daretur Deus*»⁵².

Derrida compie, invece, il processo inverso, per spiegare il ruolo di Dio, del «messia» nella religione, ricorre al concetto di legalità nel diritto. Ogni ragionamento, ogni pretesa di razionalità, si arresta, nella religione e nel diritto, davanti all'irrisolubilità del paradosso che il fondamento dell'ordine e della legge – la legge della legge, l'istituzione dell'istituzione, l'origine della costituzione – è un evento «performativo» che non può appartenere all'insieme che fonda, inaugura o giustifica. «È la decisione dell'altro nell'indicibile»⁵³. Un «che sia così» che chiude la catena delle domande proprio perché non dice che cosa non dice⁵⁴. In un altro dei pochi scritti che dedica al diritto Derrida ribadisce che «l'operazione consistente nel fondare, inaugurare, giustificare il diritto, nel *fare la legge*, consisterebbe in un colpo di forza, in una violenza performativa che in sé non è né giusta né ingiusta e che nessuna giustizia, nessun diritto preliminarmente e anteriormente fondatore, nessuna fondazione preesistente, per definizione, potrebbe garantire né contraddire o invalidare»⁵⁵.

Legendre analizza proprio il dato che tutte queste visioni danno per scontato: i processi sociali e le istituzioni come modelli senza senso attraverso cui dare un senso a tutto quello che avviene. Nel *Désir politique de Dieu*, la religione presiede a questa

⁵¹ N. Luhmann, 1991, 132.

⁵² N. Luhmann, 1990, 207.

⁵³ J. Derrida, 1995, 20.

⁵⁴ Analoghi sviluppi troviamo ancora in N. Luhmann, 2013, 73.

⁵⁵ J. Derrida, 2003, 62-63.

costituzione del vivente, che è l'archetipo di ogni ulteriore manifestazione di organizzazione sociale, attraverso un duplice processo di «civilizzazione della rappresentazione» e di controllo del cambiamento. L'uomo si caratterizza per due dati elementari, la domanda e il desiderio, costitutivamente dominati, entrambi, dalla dismisura. Ogni domanda sul mondo è un'ansia globale e indifferenziata di sapere che si riflette in un desiderio generico e incondizionato. L'uomo si interroga su tutto e desidera tutto. Il sistema istituzionale serve proprio a far fronte a questa domanda smisurata, circoscrivendo l'assoluto, definendo i giochi del sapere e del volere, mettendo ogni cosa entro un limite, di apprendimento e comunicazione (*l'interdetto*) in cui sia chiaro tanto l'oggetto del desiderabile e la soggettività del desiderante quanto il limite del desiderabile e la responsabilità del desiderante. *L'interdetto* indica tanto il linguaggio con stiamo assieme quanto i divieti che ci tengono assieme. Impone, insomma, ad una premessa una conseguenza, attribuisce al soggetto l'oggetto, definendo la logica del discorso e, nel contempo, definendo gli spazi sociali. Legalità, per i Bizantini, era uguale a *logos*, nel doppio senso di parola o discorso e causalità⁵⁶. Civilizzare la rappresentazione significa organizzare questo «montaggio» di relazioni e rapporti, inscrivendo ogni soggetto entro un ordine politico nel senso aristotelico di «spazio organizzato attorno alla parola». La parola è un «sistema di referenti»; è la possibilità di *referire* qualcosa a qualcuno. Un sistema che istituisce e alimenta il desiderio, assimila e differenzia la sfera del desiderabile. Non si può realizzare un desiderio senza identificarlo; non si può identificarlo senza differenziarlo; ma non si può fare nulla di tutto questo se non si ha una scala globale di referenti. Dio è il primo referente che fonda e condiziona tutti i successivi giochi dell'esistenza. Non possiamo avere sistemi istituzionali che non funzionino «in nome di» (*au nom de*): solo questa «referenza inventata», questa «costruzione del nome di» permette di produrre effetti soggettivi e sociali⁵⁷.

Ecco perché, ad avviso di Legendre, non vi può essere nessuna norma in una società senza che vi sia anche una «religione del potere»; o meglio, senza che si costruiscano tecniche che assumono in sé il sistema della referenza assoluta («in nome di»): lo Stato, ma soprattutto il diritto. È proprio la tecnica giuridica, e in particolare la dogmatica, a consentire il riciclaggio periodico e costante dei modelli di referenza, offrendo la possibilità dell'interpretazione e, allo stesso tempo, della sovversione di questa possibilità nel continuo vai e vieni della dogmatica che, come Dio, crea e distrugge, conferma, completa, contraddice, eppure è sempre uguale a se stessa. La dogmatica starebbe a indicare *ciò che è legale in quanto tale*, rievocando, o meglio mettendo in scena, lo spazio originario e proprio di ogni comunicazione: *l'interdetto* come parola che istituisce il linguaggio e il diritto, esprimendo l'essenza dell'umano (*instituere vitam*).

Da Dio al diritto, dal diritto allo Stato, le manovre della referenza sono un lavoro di *réglage* della rappresentazione, di continuo aggiustamento del tiro ed equilibrio sociale

⁵⁶ P. Legendre, 1988, 145.

⁵⁷ Ivi, 20.

delle misure: un lento e costante processo di umanizzazione in cui l'individualità del desiderio e l'assolutezza della volontà si stemperano nel senso del dovere che la legalità, attraverso l'*interdetto*, «notifica» a ciascuno di noi, mettendoci di fronte all'impossibilità di essere il tutto. Per rappresentare il mio mondo dell'immaginazione, *devo* scoprirmi legato ad una referenza che non mi appartiene: il «*chi è chi?*». Avverto di *dover* agire sempre e solo «in nome di», rinunciando all'onnipotenza, alla pretesa di un desiderio assoluto e totalizzante.

Come ci mostra l'uso estremamente particolare dell'espressione dogmatica, Dio in questa ricostruzione non è un dogma nel senso di finzione necessaria (come in Kelsen), ma il dogma. Il dogma del limite che allude continuamente al problema dell'origine. L'inizio dell'identità umana e della società come separazione, frattura, *interdetto*, la scoperta di quel limite invalicabile che determina l'instaurarsi della vita (*instituire vitam*) come necessità della referenza, del riferirsi al «nome di». Ma dietro «il nome di» non c'è un «chi». La domanda radicale sul senso del mondo, «*chi è chi?*», si perde dietro il «che sia così» della *Grundnorm* o dietro il «che sia così» della *Grundnahme*, confusi entrambi nella performatività dell'*interdetto*.

Invenzione simbolica e necessità politica si legano al diritto quasi in un gioco assurdo attraverso cui la dogmatica genera la parola e la mette in scena, genera la parola e la mette in scena, genera la parola e la mette in scena e così via all'infinito di interpretazione in interpretazione. E tutto perché desideriamo, ma non siamo padroni dell'assolutezza dei nostri desideri. La religione e il diritto sarebbero meccanismi inibenti ed evocativi, allo stesso tempo. Inibenti la totalità ed evocativi dell'assoluto. Con una netta differenza di piani: la totalità esiste nell'immediatezza della volontà e del desiderio, mentre l'assoluto, quale conclusione del processo intellettuale e creativo, esiste solo come invenzione, come strumento inventato per dare «parola al vivente», *instituire vitam*. Inventiamo Dio, scoprendolo nella rimozione del desiderio. Organizziamo la dogmatica giuridica e pensiamo la legalità per lasciare sempre aperto questo processo di invenzione e rimozione attraverso il quale esistiamo e pensiamo. Vale a dire: mettiamo in scena noi stessi. E il diritto non è altro che una di queste messe in scena.

5. L'essenza della legalità

Questa è l'unica conclusione possibile, almeno credo, se vogliamo restare fedeli alle intenzioni di Legendre. Potremmo, però, servircene per rimettere in discussione tutto quello che abbiamo finora osservato, partendo da Kelsen e Schmitt e finendo proprio a Legendre. Come ho detto, basterebbe forse solo spostare la prospettiva di lettura, per cercare di considerare quello che nella teoria appare solo un meccanismo del pensiero come il principio filosofico di lettura del significato esistenziale del diritto. La filosofia della legalità comincia dove la teoria della legalità si ferma. Proprio la metafora di Dio ci

aiuta a compiere questo passaggio se proviamo a concepirla non solo come meccanismo di raccordo dei rapporti tra norme, ma come segno rivelativo della presenza del divino nel diritto.

Sotto questo punto di vista tanto la norma fondamentale, alla luce della teoria dell'ordinamento giuridico, è vuota, sia come premessa intellettuale che come impulso volontaristico, quanto «au nom de» è carico di contenuti, alla luce dei moventi individuali. Quello che in Kelsen è uno schema di autorizzazione diventa così una carica valorativa: il problema del fondamento dell'azione. L'atto assolutamente volontaristico o consapevolmente arbitrario non si esercita in nome di nulla, come mette perfettamente in luce la teoria politica dell'assolutismo attraverso la radicalità dell'*hoc volo sic iubeo*. Invocare il «nome di» significa vincolare la pretesa alla necessità di un sostegno etico, ma anche riconoscere l'esistenza di un ordine più ampio di solidarietà e di tutela. Strappato alla sua singolarità, l'uomo non incontra il divino per caso, come ipostasi o invenzione, ma come la condizione teoretica originaria senza la quale sarebbe impossibile un orizzonte complessivo di giustificazione.

In nome di chi agisce Caino? Legendre e Schmitt, letti assieme, fanno pensare alla singolare esegesi biblica che Neher suggerisce nel *Pozzo dell'esilio*⁵⁸. Caino e Abele affrontano per la prima volta, nella storia dell'umanità, il problema del dialogo orizzontale. Fino ad allora Adamo ed Eva avevano parlato, verticalmente, solo con Dio o attraverso Dio. Con la coppia fraterna, le cose cambiano: abbiamo due esseri soli ed esclusivi, a tal punto separati radicalmente l'uno dall'altro che conoscono esclusivamente la logica del monologo. Ciascuno intende parlare solo in nome proprio. In questa chiave la forma ontologia della comunicazione non può che essere la *concorrenza*, portata fino alle estreme conseguenze del conflitto e della distruzione reciproca. Caino non era più malvagio di Abele e l'assassino avrebbe potuto essere indifferentemente l'uno o l'altro. Il caso ha voluto che il marchio del fratricidio segnasse Caino e riproducesse in Abele il simbolo dell'innocenza. In realtà, la posta in gioco era proprio la parzialità di ciascun essere eretta a sistema della comunicazione: se ciascuno agisce per far valere soltanto la «propria parte» non c'è alternativa, schmittianamente, al conflitto: l'altro, anche mio fratello, proprio mio fratello, è soltanto colui che «mi mette in discussione», il nemico da sottomettere o da uccidere.

Per capovolgere radicalmente questa impossibilità della comunicazione è necessario trovare un elemento di contatto, una mediazione che renda il dialogo non solo possibile, ma necessario. Neher si rifà all'«*emsa*» e pensa alla *Torah*, in conformità alla tradizione ebraica in cui si muove. L'«*emsa*» è la parola, quella misura comune che consente di mettere il *logos* dell'uno in contatto con il *logos* dell'altro. Solo così è possibile il dialogo. Attraverso la fenomenologia del «nome di» Legendre ci suggerisce un percorso analogo. Agendo «in nome di» porto avanti me stesso, le mie rivendicazioni, le mie esigenze, eppure già riconosco la loro insufficienza ed anzi invoco un riconoscimento ulteriore.

⁵⁸ A. Neher, 1990, 127-131.

Nell'esperienza giuridica ciascuno fa valere il proprio diritto, ma non agisce mai in nome proprio. Il «proprio» è tale solo se si trova ad essere conforme a tutta una serie di elementi meta-individuali: la sentenza, la legge, il contratto... o, in sintesi, il principio di legalità. Anche i casi estremi e marginali di autodifesa devono essere legittimi, trovare un avallo che non sia la reazione fine a sé stessa. Il dramma di Caino e Abele ci porta ancora, come già in Schmitt, davanti ad una sorta di religiosità intrinseca ed immediata. Qui, però, il conflitto eretto a mistero teologico e a vincolo ontologico lascia il posto alla necessità dell'«*emsa*», alla pacificazione della parola. L'una e l'altra legano il diritto a quello strano paradosso per cui, pur essendo in gran parte solo un sistema di attuazione delle rivendicazioni individuali, è inconcepibile in chiave di pura autosufficienza individuale.

Potremmo ripercorrere, in questa prospettiva, il parallelo kelseniano tra Dio e norma fondamentale? Io sono autorizzato ad agire da una sentenza (in nome del provvedimento emesso in data... dal...), il giudice è autorizzato ad emettere la sentenza dalla legge (in nome della legge), la legge è autorizzata dalla Costituzione (in nome del popolo italiano): un continuo andare e riandare dalla base al vertice, dalla situazione di fatto alla norma, dalla norma alla legge, dalla legge alla Costituzione, dalla Costituzione ai valori sociali, in cui l'aspetto logico-volontaristico (la chiusura dei rapporti di inferenza) non esclude la valenza etico-esistenziale: l'esigenza della relazionalità. L'interpretazione è sempre un mettere in relazione l'uomo con la parola, le parole tra loro, l'insieme delle parole con la realtà sociale. L'interpretazione non è mai un atto assolutamente individuale e non può neppure mai essere una manifestazione di conflittualità. Interpretando, ciascuno si sottomette al controllo, all'accettazione o al rifiuto dell'altro, di qualsiasi altro. Nell'interpretazione la persona non rinuncia a sé stessa, come fa notare Pareyson⁵⁹, e, anzi, compie lo sforzo più estremo per affermare la propria verità, ma intanto incontra gli oggetti e gli altri, esce fuori di sé e si apre al mondo. Nell'interpretazione troviamo il senso più genuino della filosofia come

«consapevolezza del rapporto ontologico, in cui il nesso con la verità è *totale* e la formulazione che se ne dà è *personale*; il pensiero teologico è l'unico che permette al pensiero filosofico d'essere insieme *filosofia della filosofia*, cioè punto di vista critico, consapevole e giustificato sulla molteplicità delle filosofie, e quindi riconoscimento di personalità, alterità, intersoggettività delle prospettive, e *filosofia*, cioè presa di posizione, ripudio d'una neutralità pseudo scientifica, formulazione personale e responsabile della verità; ed è così che solo nella filosofia è possibile ammettere le altre adottandone una, e quindi aprire veramente le prospettive al dialogo»⁶⁰.

L'interpretazione evidenzia nel sistema di vincoli della legalità, nel reciproco rimando delle norme alle norme, un vincolo etico ulteriore e più profondo: il rifiuto della solitudine, l'impossibilità dell'indifferenza. Ha probabilmente ragione Legendre nel

⁵⁹ L. Pareyson, 1975, 93.

⁶⁰ Ivi, 210

sostenere che la religione è la conquista del mondo attraverso degli interpreti ⁶¹ e nell'individuare nei moduli della dogmatica giuridica scolastica il riflesso politico e istituzionale di questo lavoro ininterrotto di «montaggio» della realtà. Solo che l'interpretazione non è soltanto, come egli vorrebbe, un gioco intellettuale che mescola i tasselli di un *puzzle* infinito per creare l'illusione che vi sia un senso. L'interpretazione mette l'uomo di fronte al problema dell'eccedenza. Se non vi fosse un "di più" che allontana e separa enunciato e significato, disposizione e norma, vita e vissuto, pensiero e pensato, non avremmo interpretazione, ma reazione, *feedback*. Il cigolio di una porta è la conseguenza di un attrito e non l'interpretazione di un disagio proprio perché è integralmente spiegato dai meccanismi di funzionamento: il cardine che non scorre, l'ostruzione che si è creata. I meccanismi di funzionamento del pensiero non esauriscono, invece, il problema dell'uomo. L'uomo non sa mai fino a che punto sia l'artefice dei propri disagi, il costruttore del «di più» che avverte e non sa leggere integralmente, che mette in relazione a sé stesso eppure non riesce a dominare solo con le proprie forze. Dobbiamo sempre interpretare, cercare oltre... oltre che cosa? Ecco che compare la trascendenza come senso ultimo dell'esistenza.

Qui il pensiero va a Schmitt. Dio non è la trascendenza imperscrutabile di una volontà quale che sia. L'onnipotenza divina non significa onnivalenza dei percorsi: un Dio indifferentemente amico e nemico. Dalla vicenda biblica racchiusa nel libro di *Giobbe*, stranamente la filosofia politica, e con essa Schmitt, hanno estrapolato solo il *Leviathan*, il mostro di forza e potenza. Eppure, nel libro di *Giobbe*, c'è proprio l'antitesi della persecuzione e della violenza. Alla fine, Dio interviene a difendere l'uomo anche «contro Dio», ponendo il vincolo etico dell'intollerabilità dell'indifferenza: come Dio, anche l'uomo deve intervenire a difesa di ogni altro uomo⁶². L'egoismo ha strutturalmente un limite oggettivo e su questo limite va ricercata l'idea di giustizia: «ogni senso di umanità poggia su una facoltà della coscienza che non è per nulla ovvia, cioè che non dobbiamo pensarci per quello che siamo, ma che possiamo pensare ogni altro per quello che potremmo essere... il prossimo come quello che per caso non si è»⁶³. Il diritto è tutto costruito, come la religione, sulla necessità di pensarci per quello che non siamo, di uscire dai vincoli chiusi della parte in cui sto. Solo così possiamo agire «in nome di» ed invocare «il nome di». La sofferenza dell'altro perché ripugna alla mia coscienza, la sofferenza dell'altro perché potrei essere io, costituisce comunque il segno dell'impossibilità dell'indifferenza, vale a dire del rifiuto di ogni mezzo di comunicazione. Appena nasce la comunicazione, diventa impossibile continuare a pronunciare la famosa frase di Caino: sono forse io il custode di mio fratello?

L'impossibilità dell'indifferenza pone in luce un altro aspetto, tipicamente religioso e giuridico, la non equivalenza delle posizioni esistenziali. Se la naturalità del male è una

⁶¹ P. Legendre, 1988, 393.

⁶² Seguendo la suggestiva lettura di R. Girard, 1994, 173.

⁶³ H. Blumenberg, 1989, 59.

condizione originaria dell'uomo, non è mai così forte da poter escludere la possibilità del bene. È questo il profondo significato etico che svela il diritto di difesa nel lento sviluppo storico che lo ha portato ad essere uno dei cardini di ogni sistema giuridico. Anche il reo confesso, anche il soggetto colto in flagranza di reato hanno diritto a un difensore e a un processo. Perché? Potremmo trovare la risposta nei riti seicenteschi dell'inquisizione, in cui l'ansia di riuscire con qualsiasi mezzo a redimere l'imputato aveva portato a elaborare una specifica categoria di reati, i reati di stregoneria (*il crimen exceptum*), così gravi da non meritare nessuna tutela processuale e, tanto meno, l'assistenza di un difensore. Ma proprio all'interno della Chiesa veniva sollevato un problema teologico estremamente complesso: può essere il male così assoluto da escludere ogni possibilità di redenzione? E se la redenzione è sempre possibile, ed è anzi l'essenza stessa del Cristianesimo, nessuno può essere mai considerato colpevole *a priori*. Penso alle accorate pagine con cui la *Cautio criminalis* di Von Spee⁶⁴ sviluppava proprio questa argomentazione per combattere gli assurdi pregiudizi e le crudeli nefandezze che animavano in quel tempo i processi di stregoneria. Come è possibile, domandava Von Spee, avere la certezza della colpa senza celebrare il processo e come è possibile celebrare un processo senza garantire il diritto difesa? Più grave sarà il reato, più gravi saranno i rischi; più il reato è efferato, «tanto più gli strumenti difensivi messi a mia disposizione dovranno essere all'altezza della situazione e gli avvocati abili e idonei secondo i principi del diritto naturale». Lo esige il diritto, ma ancor più «la carità cristiana, che non solo non ti vieta di difenderti, ma vuole anzi aiutarti e fornirti gli strumenti migliori per questo».

Sono le parole di un cristiano, ma sono anche le parole di un giurista, che ricordava come l'essenza del diritto non stesse nella capacità di condannare (qualsiasi tiranno sa incarcerare, torturare, impiccare...), ma nella possibilità di assolvere. E' quello che dimentichiamo ancora oggi: tutte le volte in cui ci lamentiamo dell'eccesso di «garanzie» che rendono estremamente difficile la condanna dell'imputato, quasi «una ruota della fortuna truccata a favore del criminale»⁶⁵. Ed è vero: il diritto di difesa spesso è negativo dal punto di vista pratico, perché impedisce un rapido sviluppo delle indagini ed un efficace accertamento istruttorio. Esprime solo l'importanza di un principio: quell'insopprimibile dignità dell'imputato che impone di non escludere mai la possibilità dell'innocenza. L'innocenza, purtroppo, è inutile: non serve alla società che vuole scoperto il colpevole al più presto; non serve all'inquisitore che vede vanificato il proprio lavoro; non serve alle vittime che non ottengono giustizia. Serve solo all'imputato, fosse anche il più abietto tra gli uomini. Insomma non si può sfuggire al paradosso per cui il diritto, con tutti i suoi assilli pragmatici, è costretto a rifiutare il più immediato degli impulsi pratici: quello del risultato ad ogni costo. Si trova, infatti, a dover costruire la ricerca della giustizia sul timore dell'ingiustizia (*in dubio pro reo*), rifiutando l'intransigenza di reprimere il male, l'intransigenza dell'utilità collettiva, la considerazione

⁶⁴ F. Von Spee, 1986, 98.

⁶⁵ T. Capote, 1999, 822.

dell'uno e dell'altra come valori a cui va sacrificato tutto. Se il processo è uno spiraglio sempre aperto sulla possibilità del bene, al vertice della propria gerarchia di valori deve stare la salvaguardia di ogni essere umano, malgrado i suoi vizi, le sue falsità, le sue reticenze: *nemo tenetur se detegere*. Il diritto si sforza di attribuire un difensore a chi non lo vuole (artt. 82 c.p.c. e 96 e 97 c.p.p.), di celebrare un processo anche dinanzi all'evidenza della confessione o della flagranza di reato. Anche se non serve a nulla, anche se si già quale sarà l'esito, va sempre lasciato uno spazio al dubbio ed uno spiraglio al dialogo. Ogni giurista dovrebbe essere pronto a sottoscrivere la dichiarazione di colpevolezza del Rubasciov di *Buio a Mezzogiorno*: «Mi riconosco colpevole di avere posto il problema della colpevolezza e dell'innocenza più in alto di quello dell'utilità e del danno»⁶⁶.

Proprio perché nessun uomo può mai essere considerato *a priori* colpevole, il processo nasce e si alimenta sulla presunzione di innocenza, vale a dire sulla necessità di lasciare uno spiraglio sempre aperto alla ricerca del bene, nonostante le miserie del mondo, nonostante la presenza del male. È «in nome di» questa verità suprema che il diritto erige tutte le sue complesse orditure e pone il caso singolo, marginale, secondario, al centro dei propri interessi. Se la società guarda le cose all'ingrosso, come dice Bergson⁶⁷, e valuta sui grandi numeri, il diritto si costruisce sulle minuzie dei particolari, delle vicende personali, delle pretese anche più meschine e marginali. Ogni processo ha la stessa importanza, ogni sentenza deve avere la sua motivazione. La microfisica di ogni sentenza rimette quasi in discussione la macrofisica della teodicea, si interroga sul bene e sul male, ma soprattutto cerca un senso ad ogni cosa. Il diritto è, sotto questo punto di vista, un continuo ed involontario atto di fede: c'è Dio e non il caso, l'ordine e non il disordine.

Mi ero ripromesso all'inizio di queste riflessioni di seguire i percorsi intellettuali di Kelsen, Schmitt e Legendre, per vedere se il rapporto tra idea di Dio e legalità fosse solo il segno di una difficoltà concettuale insuperabile, un'illusione con cui inibire ogni ulteriore problematizzazione, o se fosse il segno di una particolare caratterizzazione etica. In particolare, volevo provare a spostare la chiave di lettura dai meccanismi mentali alle esigenze esistenziali, senza alterare la lezione di Kelsen, Schmitt e Legendre. Ci siano trovati allora davanti tre dati inconfutabili del nostro contatto quotidiano con il diritto: l'agire «in nome di», l'interpretazione, il diritto di difesa con la presunzione di innocenza. Ciascuno di essi pone il problema della relazionalità, della trascendenza e del bene in maniera così radicale da rendere impossibile continuare a considerare il rapporto tra esperienza giuridica ed esperienza religiosa solo la metafora inconsistente di un bisogno insoddisfatto di totalità. Kelsen, Schmitt, Legendre sembrano quasi assumere un significato diverso se, abbandonando la teoria dell'ordinamento giuridico, le categorie del politico, la struttura psicologica delle istituzioni burocratiche, osserviamo il disagio e la sofferenza del singolo individuo, qui ed ora. Mi rendo conto di quanto questa conclusione

⁶⁶ A. Koestler, 1981, 218.

⁶⁷ H. Bergson, 1979, 220.

possa apparire leziosa, eppure «col dare al mondo un Kraus, Dio pone il mondo in un certo senso dinanzi ad un enigma oscuro, insolubile. Un enigma che non sarà mai penetrato, perché, vedi caso, non c'è nessuno che si preoccupi di risolverlo... perché la sua soluzione non attira nessuno, perché non ci sarà neppure un uomo sulla terra che possa sopporre l'esistenza, dietro a codesto Kraus anonimo e insignificante, di una qualunque missione, di un qualunque enigma, di un senso più squisito»⁶⁸. La religione e il diritto esistono per dare una soluzione a questo enigma, per dare un «senso più squisito» anche al più insignificante dei Kraus.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ALEXY Robert, 1997, *Concetto e validità del diritto*. Einaudi, Torino.

AMATO Salvatore, 2002, *Coazione, coesistenza, compassione*. Giappichelli, Torino.

BALIBAR Étienne, 2003, *Schmitt: une lecture conservatrice de Hobbes*. In «Droits», n. 38, 149-158.

BALIBAR Étienne, 2012, *Freud e Kelsen. L'invenzione del Super-io*. In «Quaderni materialisti», vol. 10, 57-92.

BERGSON Henri, 1979, *Le due fonti della morale e della religione*. UTET, Torino.

BLOCH Ernst, 1989, *Tracce*. Coliseum, Milano.

BLUMENBERG Hans, 1989, *L'ansia si specchia sul fondo*. Il Mulino, Bologna.

BÖCKENFÖRDE Ernst-Wolfgang, 2007, *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*. Laterza, Roma-Bari.

CAPOTE Truman, 1999, «A sangue freddo». In Id., *Opere*. Mondadori, Milano.

COTTA Sergio, 1993, *Droit et religion entre 'close' et 'ouvert'*. In «Archives de philosophie du droit», 38, 147-154.

DERRIDA Jacques, 1995, «Fede e sapere. Le due fonti della "religione" ai limiti della semplice ragione». In *La religione*, a cura di J. Derrida e G. Vattimo. Laterza, Roma-Bari.

⁶⁸ R. Walser, 1992, 86.

DERRIDA Jacques, 2003, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità*. Bollati Boringhieri, Torino.

DYZENHAUS David, 1997, *Legality and Legitimacy*. Clarendon Press, Oxford.

FOIS Sergio, 1978, «Legalità (principio di)». In *Enciclopedia del diritto*. Vol. XXIII. Giuffrè, Milano.

FREUD Sigmund, 1978, «Avvenire di un'illusione». In ID., *Opere complete*. Vol. X. Bollati Boringhieri, Torino, 431-485.

FREUD Sigmund, 1978, «Totem e Tabù. Alcune concordanze nella vita psichica dei selvaggi e dei nevrotici». In ID., *Opere complete*. Vol. VII. Bollati Boringhieri, Torino.

GIRARD René, 1994, *L'antica via degli empi*. Adelphi, Milano.

HÖSLE Vittorio, 1990, *La legittimità del politico*. Guerini e associati, Milano.

HABERMAS Jürgen, 1993, «Sulla frase di Horkheimer "È vano salvare un senso incondizionato senza Dio"». In ID., *Testi filosofici e contesti storici*. Laterza, Bari.

KELSEN Hans, 1922, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung der Verhältnisses zwischen Staat und Recht*. Mohr, Tübingen.

KELSEN Hans, 1975³, *La dottrina pura del diritto*. Einaudi, Torino.

KELSEN Hans, 1985, *Teoria generale delle norme*. Einaudi, Torino

KELSEN Hans, 1998a, *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, a cura di A. Carrino. E.S.I., Napoli.

KELSEN Hans, 1988b, *L'illecito dello Stato*. E.S.I., Napoli.

KOESTLER Arthur, 1981, *Buio a mezzogiorno*. Oscar Mondadori, Milano. Il ristampa.

KOLAKOWSKI Leszek, 1992, *Presenza del mito*. Il Mulino, Bologna.

LEGENDRE Pierre, 1988, *Le désir politique de Dieu. Étude sur les montages de l'état e du droit*. Fayard, Paris.

LEIBNIZ Gottfried Wilhelm von, 1951, «Parere sui principi di Samuel Pufendorf». In ID., *Scritti politici e di diritto naturale*. UTET, Torino.

LENOBLE Jacques e OST François, 1980, *Droit, mythe et raison. Essay sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*. FUSL, Bruxelles.

LIJOI Federico e TRINCIA Francesco Saverio, 2015, *L'anima e lo Stato. Hans Kelsen e Sigmund Freud*. Morcelliana, Brescia.

LUHMANN Niklas, 1990, *La differenziazione del diritto*. Il Mulino, Bologna.

LUHMANN Niklas, 1990, *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale*. Il Mulino, Bologna.

LUHMANN Niklas, 1991, *Funzione della religione*. Morcelliana, Brescia.

LUHMANN Niklas, 2013, *Esistono ancora norme indispensabili?*. Armando, Roma.

MERKL Adolf, 1987, «Il sistema kelseniano di teoria pura del diritto». In ID., *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*. Giuffrè, Milano.

NEHER André, 1990, *Il pozzo dell'esilio. La teologia dialettica del Maharal di Praga (1512-1609)*. Marietti, Genova.

PAREYSON Luigi, 1975, *Filosofia dell'interpretazione*. Rosenberg & Sellier, Torino.

PERELMAN Chaim, 1966, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Vol. II. Einaudi, Torino.

ROULAND Norbert, 1992, *Antropologia giuridica*. Giuffrè, Milano.

SCHMITT Carl, 1972, «Il concetto di "politico"». In ID., *Le categorie del «politico»*. Il Mulino, Bologna.

SCHMITT Carl, 1972, «Teologia politica». In ID., *Le categorie del «politico»*. Il Mulino, Bologna.

SCHMITT Carl, 1984, *Dottrina della costituzione*. Giuffrè, Milano.

SCHMITT Carl, 1986, *Cattolicesimo romano e forma politica. La visibilità della Chiesa. Una riflessione scolastica*. Giuffrè, Milano.

SCHMITT Carl, 1987, «L'esperienza della cella». In ID., *Ex captivitate salus*. Adelphi, Milano.

SCHMITT Carl, 1992, «Postfazione. Sulla situazione del problema: la legittimità dell'età moderna». In ID., *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*. Giuffrè, Milano.

SCHMITT Carl, 2013, *Il valore dello Stato e il significato dell'individuo*. Il Mulino Bologna.

SCHMITT Carl, 2016, *Legge e giudizio. Uno studio sul problema della prassi giudiziale*. Giuffrè, Milano.

SCHMITT Carl, 2018, *Legalità e legittimità*. Il Mulino, Bologna.

TAUBES Jacob, 1997, *La teologia politica di San Paolo*. Adelphi, Milano.

VON SPEE Friedrich, 1986, *Cautio criminalis ovvero dei processi alle streghe*. Salerno, Roma.

WALSER Robert, 1992, *Jakob von Gunten*. Adelphi, Milano.