

ORDINE CONCRETO E NORMATIVISMO

1. Nella sintesi della problematica di questo incontro si fa riferimento alla “*philia*, ciment de la cité antique”. Questa *philia* era intesa nel mondo greco e romano per lo più in un modo del tutto particolare, quello espresso da Socrate nel Gorgia “impossibile è vivere in una umana relazione se non c’è amicizia (*philia*). Chi se ne intende dice, invece, o Callicle, che cielo, terra, dèi, uomini, sono collegati in un tutto grazie all’unione, all’amicizia (*philia*), all’armonia, alla temperanza, alla giustizia, e che per tale ragione, amico mio, questo tutto è chiamato ‘cosmo’ [ordine], e non ‘acosmia’ [disordine] e dissolutezza”, Ovvero questa *philia* è il riflesso, nella comunità umana della *philia* che assicura l’ordine dell’universo.

Tale concezione era alla base anche del “De re publica” di Cicerone; passa poi nel pensiero cristiano. Eusebio di Cesarea vede nella monarchia cristiana il riflesso – imitazione – del Dio unico e dell’ordine da questi dato al mondo (Discorso per il trentennale, 3); S. Agostino nel comandamento della carità il fondamento di ogni società umana (*De Civitate Dei* 19, XII-XVII); è inutile insistere a ricordare come nella concezione cristiana l’ordine sociale e politico è collegato a quello divino e metafisico.

2. Nella modernità il legame tra *ordine* (prima metafisico, poi politico) e *ordinamento* (cioè organizzazione sociale e giuridica) viene progressivamente, anche se non generalmente, affievolito e risolto. Il riflesso e conseguenza più evidente di ciò è nelle concezioni del diritto.

Hobbes è considerato da molti il “padre” nel positivismo giuridico “classico”: cioè quella sintesi tra decisionismo e normativismo correttamente rappresentato da Carl Schmitt nel saggio “Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens”. Questa concezione, anche se col monopolio della decisione politica e della violenza legittima affievolisce il legame con il diritto naturale, mantiene proprio nel sovrano il *punto d’Archimede* dell’ordinamento (politico e giuridico). Ciò è, a mio avviso, assai importante per le teorie dello Stato e del diritto e i loro sviluppi successivi. È in sostanza la volontà umana – del sovrano – a costituire il *punto d’Archimede*: è a questa volontà che si connette la legge positiva, l’interpretazione della legge e del diritto e la loro applicazione, attraverso la forza pubblica e la coazione.

Tale concezione si mantenne negli sviluppi successivi. In Sieyès è il “pouvoir constituant” cioè la volontà nazionale il punto di riferimento e modellazione dell’ordinamento. La volontà della Nazione è sempre legge.

La Nazione è “tutto ciò che può essere per il solo fatto di esistere” (*Qu'est-ce-que le Tiers Etat?*, cap. 5) (frase ripresa, in sostanza, da Rousseau *Du contrat social* I, 7).

Il collegamento tra volontà, esistenza ed ordinamento, presente nel pensiero politico del XVIII secolo è mantenuto nel secolo successivo dal positivismo “classico”, come dai giuristi istituzionalisti come Hauriou e Santi Romano (e prima di essi dai teorici controrivoluzionari, in particolare da de Bonald).

Nel positivismo giuridico “classico” (cioè prima di Kelsen e dei normativisti del XX secolo), la “posizione di norme è consegnata, sempre e soltanto alla volontà dell'uomo; e nessun criterio esterno è legittimato a guidare e valutare le scelte così compiute. La decisione della volontà sta a se, e nulla riconosce dietro o sopra di se”. La volontà umana “è *sufficiente a se stessa*, e non ha bisogno di volgersi altrove – l'altrove del divino o del naturale – per trovare giustificazione delle proprie scelte. Queste si fanno giuste nel loro storico ed effettuale accadere” scrive Natalino Irti, che aggiunge come Nietzsche lo colga nell'aforisma 459 di *Umano, troppo umano*, “Il diritto moderno si è affrancato dal *problema della verità*, dall'esigenza di eseguire la parola divina e di conformarsi ad un valore assoluto. Oggi suona addirittura arcaica la relazione fra *diritto e verità*, poiché il diritto, identificandosi con la contingenza del volere umano, *non ha bisogno di un sapere assoluto intorno ai fini*”¹.

Tuttavia anche nel positivismo classico il collegamento tra *sollen* e *sein* è assicurato in molti modi, per cui c'è comunque un riferimento del *sollen* al *sein* e con ciò ad *almeno un* “punto d'Archimede” esterno al diritto: che sia la volontà, che sia l'ordine (almeno come *fine* del diritto) che sia lo “scopo” del diritto. Il neopositivismo ha compiuto l'ultimo passo: ha eliminato dopo l'ordine “metafisico” e del diritto naturale anche scopo e volontà. Questa nel diritto ha, e conservava anche nel positivismo “classico”, un senso “costituente” e “fondante”: sia come incontro di volontà tra esseri liberi ed uguali nel contratto (e come ipotesi politica nel *contrat social*), sia come volontà “prevalente” ed “unificante” nella concezione istituzionista e decisionista; sia come criterio d'interpretazione della legge. Nella visione normativista la volontà è scomparsa, assorbita, come scrive Kelsen “dalla libera azione della conoscenza giuridica” (alla quale è inutile).

¹ Il passo di Nietzsche recita “Ma dove il diritto non è più, come da noi, tradizione, esso può essere solo *imposto*, solo costrizione; noi tutti non abbiamo più un senso tradizionale del diritto, perciò dobbiamo accontentarci di diritti *arbitrari*, che sono espressione della necessità che *esista* un diritto”.

Così la *reine rechtslehre* non elimina solo la volontà – che nella modernità ha avuto le sue più compiute espressioni dapprima nel sovrano di Bodin, Hobbes e Spinoza, poi nel *législateur* degli illuministi e nel *pouvoir constituant* di Sieyès – ma qualsiasi “punto d’Archimede” extra-normativo del diritto. Nel diritto naturale aristotelico – tomista questo era costituito dall’ordine della creazione; nell’istituzionismo dall’esistenza dell’istituzione, come organizzazione del gruppo sociale; nel decisionismo del “primo” Schmitt dalla decisione che crea il diritto, come scriveva Löwith, dal nulla (e che è sospesa sul “nulla”). Ogni altra concezione del diritto parte da una base non normativa (ovvero da un *sein* e non da un *sollen* e da questo torna al *sein*) - che sia la “forza normativa del fattuale”, (Jellinek) la “necessità” (Santi Romano) ovvero “la forza che sacrifica il diritto per salvare la vita” (Jhering) - la quale pone, mantiene, trasforma la comunità e con essa, il diritto che la regola. Astraendo da ogni elemento reale – e da ogni “qualità” di contenuto, il normativismo toglie al diritto ciò che ne costituisce la ragione (pratica) e la funzione. Ma viene meno (o si riduce drasticamente) anche il contenuto di “senso” che il diritto ha (e deve avere); quel contenuto che è “aperto” alla metafisica – o al meta-giuridico. Come scriveva Hauriou “dietro ogni fisica, c’è una metafisica: il diritto non sfugge a questa legge. Normalmente il diritto riveste il contenuto (*fond*) metafisico di un rivestimento (*couche*) giuridico... Ma quando il rivestimento giuridico viene meno, come nel *potere* di fatto, si ricade nel contenuto (*fond*) metafisico o teologico”².

3. Eliminando il “metagiuridico” si è incrementata la “discrezionalità” (o meglio la libertà) dell’interprete: contrariamente alla asserita ricerca di obiettività, il neopositivismo, sul piano concreto, ricade nel soggettivismo esegetico stigmatizzato nel detto *tot capita tot sententiae*. Fin quando c’è un sovrano o una sovranità, o un ordine (ideale) c’è un punto unico e definitivo, anche per l’interpretazione di ciò ch’è diritto e come tale va applicato.

Hauriou muoveva a Kelsen un serie di critiche, le più pregnanti delle quali sono:

1) d’essere un *monismo*, non solo nel senso di aver eliminato il dualismo di Stato e diritto ma anche quello di materia e forma, di diritto soggettivo ed oggettivo sopprimendo lì la materia, qui il diritto

² Hauriou *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1929, p. 29

soggettivo³.

2) D'essere *statico*. Scrive il *doyen* criticando *les systèmes statiques* (tra cui la *reine rechtslehre*) “si presentano volentieri come oggettivi, ed in effetti lo sono perché eliminano il fatto dell'uomo che è la fonte del soggettivo; ma sono soprattutto statici per la concezione erronea dell'ordine sociale, ed è sotto questo aspetto statico che li esamineremo, perché manifesta la loro *incompatibilità con la vita*”⁴.

3) Kelsen è non solo “kantiano, ma anche un panteista idealistico e per conseguenza monista. In questo sistema esclusivamente idealista, gli esseri reali spariscono, non essendo rappresentati che da ordinamenti (*ordonnements*) di regole”.

4) Questo sistema è “pericoloso per la libertà, perché non riconosce diritti individuali opponibili allo Stato. Apparentemente evita i danni della dottrina (tedesca) della *Herrschaft*, ma non quelli del dominio d'un imperativo categorico, che equivale a un ordine sociale essenzialmente (coattivo e) necessitante (*nécessitant*)”. Per cui il “giogo di una simile filosofia sarebbe per il diritto peggio di quello della teologia, perché la teologia cattolica fonda il primato della libertà umana⁵. Hauriou vi ritorna ⁶ rilevando che nel sistema di Kelsen organizzazione dello Stato e diritto “procedono entrambi da un *imperativo categorico trascendentale*, agente sulle coscienze sotto forma di norme”⁷.

Hauriou insiste sul carattere idealistico e panteista della *reine rechtslehre*, nonché sulla di essa incompatibilità con la vita. Questi giudizi vanno riconsiderati perché non è agevole coniugare il panteismo (che appartiene alla metafisica) con un idealismo che appare riconducibile al cosiddetto idealismo “gnoseologico” (ovvero una dottrina neo-Kantiana). In realtà la combinazione appare inconsueta, ma è proprio quello che succede nella *reine rechtslehre*. Infatti è indubitabile che il punto centrale di questa è la “conoscenza giuridica” dell'interprete, il quale riconduce ad unità - e sistema - il “pluriverso” normativo, ma è altrettanto vero che, con l'eliminazione di ogni aspetto metagiuridico e soprattutto con quello della sovranità, la coerenza e la stessa possibilità del sistema stesso è conferito al medesimo. In altre parole il *tutto si tiene in piedi da solo*; in quanto tale sarebbe compiutamente ricostruibile dall'interprete. L'opposizione tra oggetto

³ v. *op. cit.* *Préface*, p. VIII ss.

⁴ *Op. cit.*, p. 8 ss. (il corsivo è nostro).

⁵ *Op. cit.*, p. 11.

⁶ *Op. cit.*, p. 102.

⁷ *Op. loc. cit.* (il corsivo è nostro).

“reale” e soggetto “conoscente” è *risolta* eliminando il primo, o meglio riportandolo nella conoscenza (nell’ “intelletto”) dell’esegeta.

5. Uno dei caratteri della modernità è di aver tolto dalla concezione del mondo non solo il Dio creatore, ma anche quella figura “minore” che è il Dio *ordinatore* (il *demiurgo* platonico). Questo spiega l’insistenza con cui Donoso Cortés qualificava come *panteista* il socialismo e Hauriou il normativismo: in effetti nelle concezioni teiste o anche deiste l’ordine scaturisce da un rapporto tra *ordinatore* (Dio) e *l’ordinato* (il cosmo): mentre nel panteismo è il tutto che si *ordina da sé*. Nell’ordinamento sociale – corrispondente a quel fond metafisico - vale anche per il comunismo “realizzato” della società senza classi la frase di Saint Simon che “l’amministrazione delle cose sostituirà il governo degli uomini”, tanto cara ad Engels, e che significa che non c’è alcuna necessità di un *ordinatore*, perché *l’ordine è nelle cose*.

Nel normativismo l’ordine è nell’intelletto dell’interprete; così si compie la definitiva espulsione dal mondo giuridico di ogni riferimento concreto e reale. Se qualcuno *pensava* al *sein* (l’ordine, la volontà, la decisione) come *causa efficiente* del *sollen*, e insieme come *causa finale* (l’ordine, la vita) questo rapporto è troncato. Il che ha anche una conseguenza per la concezione dell’ordine, giacché la causalità ha, almeno dalla filosofia neoplatonica, un senso gerarchico⁸ e di ordine.

Quindi se Irti qualifica come nichilismo il positivismo giuridico “classico” per aver eliminato il riferimento all’ordine teologico-metafisico, questo è stato superato di gran lunga dal neo-positivismo che ha cancellato qualsiasi riferimento a elementi e cause, reali e concrete, separando la *reine rechtslehre* da quelli.

Ciò stante occorre tirare le somme di cosa sia essenzialmente la teoria normativa del diritto e quale l’esito conseguente. All’uopo occorre prenderne la definizione che ne dà Bobbio “la teoria normativa definisce il diritto come *giudizio* su di un comportamento o su una relazione di comportamenti, o, con altre formule sostanzialmente riconducibili ad un’unica ispirazione, come una *proposizione normativa*, come una *valutazione* e simili”⁹ (i corsivi sono nostri). L’insistenza con cui, in questa definizione, si impiegano termini come “giudizio”, “proposizione normativa”, “valutazione”, conferma come momento essenziale di questa

⁸ V. Proclo *Inst theol* 11 dove è affermato “se di nessuno degli enti vi fosse la causa, non vi sarebbe alcun ordine di secondi e di primi, di perfezionatori e di perfezionati, di ordinatori ed ordinati, di agenti e di pazienti; nè scienza di alcuno degli enti”.

⁹ *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino 1955 p. 20

l'attività conoscitiva e valutativa del soggetto interprete. Kelsen ne indica l'ideale "Come la filosofia critica della natura cerca soprattutto di conformarsi al postulato dell'oggettività, così l'ideale del positivismo giuridico è quello di preservare la teoria del diritto positivo dall'influenza di qualsiasi tendenza politica o, ciò che è lo stesso, da qualsiasi giudizio soggettivo di valore. La purezza della sua *conoscenza*, nel senso di una indifferenza politica, è il suo *scopo* caratteristico"¹⁰ (i corsivi sono nostri).

A tale scopo non occorre il dato "reale" cioè il contenuto "La questione relativa al dove sia stato originato il contenuto dell'ordinamento giuridico positivo, a quali fattori abbiano causato questo contenuto, è al di là di questa *conoscenza*, che si limita al sistema dato di norme giuridiche positive nella sua qualità di "dover essere"¹¹ (i corsivi sono nostri).

L'ideale di giustizia perseguito dal giusnaturalismo (come da altre teorie del diritto) si risolve "nell'idea di un ordinamento formale, nell'idea di un sistema contraddittorio, in una formula, in altre parole, che è conciliabile con qualsiasi diritto positivo. L'ideale di giustizia non ha in definitiva un significato diverso da quello della norma fondamentale ipotetica del positivismo critico, con la sua funzione di costituire quale ordinamento il *materiale giuridico empirico*"¹², perciò si avvicinerrebbe a quello del normativismo. Tutte considerazioni che tra le altre, confortano l'assunto che il normativismo ha nel *soggetto interpretante* il proprio punto d'Archimede, e in quanto tale è una teoria *gnoseologica* del diritto, ovvero che risponde non alla domanda che cos'è il diritto? ma all'altra: com'è una (corretta) conoscenza giuridica?

Questa *gnoseologia* giuridica è rafforzata, come di consueto, dall'orrore per la metafisica (e quindi per *le fond* teologico): ad esempio Bobbio scrive criticando Carnelutti "questo presupposto ideologico è evidente, per esempio, là dove il Carnelutti definisce la giustizia come "conformità all'ordine dell'universo" che viene poi identificato con l'ordine etico o morale" (l'accusa preferita è quasi sempre quella di "ideologia")¹³ e dalla

¹⁰ *General theory of law and State* trad it. di S. Cotta e G. Treves, Milano 1952 p. 442.

¹¹ *Op. loc. cit.*

¹² Kelsen *op. ult. cit.* p. 447

¹³ *Op. ult. cit.* p. 11 e prosegue "Ora, che l'universo abbia un ordine e che quest'ordine sia un ordine morale o etico, sono due affermazioni che acquistano senso soltanto se riferite ad una concezione metafisica che il Carnelutti accetta evidentemente per ragioni non teoretiche: naturalmente non gli si vuol far carico di ciò, per la ovvia ragione che non c'è nessuna ragione teoretica che riesca a dimostrare che un ordine vi sia e, posto che vi sia, sia un ordine morale, senza che un'altra ragione a pari diritto teoretica

sistematica eliminazione dal concetto del diritto di ogni riferimento a elementi concreti, “fattuali” e in particolare non riconducibili a quanto possa essere inquadrabile nella concezione di una “conoscenza giuridica” ristretta essenzialmente alla ricostruzione logica (e linguistica) del “materiale giuridico empirico”. Dal diritto è espunto l’elemento (essenziale) dell’ordine; l’efficacia è ridotta ad una “condizione” della validità dell’ordinamento; anche il diritto soggettivo è ricondotto a quello oggettivo; lo “scopo” e la “funzione” del diritto esulano dalla scienza giuridica; la rappresentazione dell’ordine ideale (il diritto naturale) è ideologia.

In altre parole il diritto è quella “fila di volumi che sono le raccolte ufficiali delle leggi e dei decreti”, su cui esercitava una garbata ironia Santi Romano, più il soggetto interpretante. Soggetto al quale, forse per semplificare il lavoro, si eliminano tutti i problemi e gli aspetti che potrebbero disturbare il rapporto - decisivo per l’unità, e non solo, tra soggetto e “materiale giuridico empirico”.

La stessa visione normativistica non prende in considerazione il carattere intersoggettivo (sociale) del diritto, del richiedere questo necessariamente un rapporto tra (almeno due) uomini; in effetti il rapporto che considera è quello tra soggetto e “materiale giuridico”. L’altro, il carattere intersoggettivo - e quindi sociale - del diritto è eliminato dal *concetto* di diritto. Hauriou ritiene (v. sopra) che, sotto questo profilo “l’ordine giuridico e statale è contemplato (*envisagé*) come l’espressione d’un *imperativo categorico della ragion pratica*”¹⁴. E in effetti di quello possiede, da un canto il rapporto tra coscienza e ragione; dall’altro il fatto di non considerare lo scopo possibile o reale (altrimenti costituirebbe, adottando la terminologia Kantiana un *imperativo ipotetico*). Il che per un’attività umana per cui Jhering sosteneva che “lo scopo è il creatore di tutto il diritto, non esiste alcuna *norma giuridica* che non debba la sua origine ad uno *scopo cioè ad un motivo pratico*”¹⁵, eliminarlo significa togliergli il senso (e la funzione). E sottrarre il motivo pratico da un’attività eminentemente pratica, volta a regolare la convivenza sociale è ridurla a nulla.

Nulla che può rimanere ripiegato in se stesso, in un gioco intellettualistico (“il diritto per il diritto” come “l’arte per l’arte”); ma,

dimostri la tesi perfettamente contraria, cioè che non c’è ordine nell’universo e tanto meno un ordine morale”.

¹⁴ *Op. cit.* p. 9.

¹⁵ *Der Zweck im Recht*, trad. it. Torino 1972, p. 6 (i corsivi sono nostri).

dato che lo scopo e la natura pratica del diritto – e della conoscenza giuridica – sono comunque prevalenti e decisivi, diviene – in concreto – l'ideologia giuridica funzionale ad un potere svincolato dai vincoli di carattere etico e sociale. Senza la funzione di proteggere la vita (Jhering) di creare e mantenere l'ordine (Hauriou) o forme nuove di convivenza politica e sociale (Romano). È la concezione “ideale” di una società ripiegata in se stessa che ha smarrito la capacità di creare nuove forme.

7. A questo punto occorre riconnettere al tema del convegno quanto sopra sostenuto. La modernità non riesce a controllare, a ri-comporre la conflittualità (*nella* comunità e *tra* comunità) perché ha smarrito la *cultura dell'ordine*. Conflitti intra – ed inter-comunitari sono, ovviamente, sempre esistiti: ma era compito e finalità della politica riportarli all'unità; come pensava Freund, carattere peculiare del “pubblico” è l'affermazione dell'unità¹⁶.

Per attingere quest'unità è necessaria una concezione dell'ordine, quella che i Romani chiamavano *l'idem sentire de re publica*. L'ordine può essere fondato sulla trascendenza; può anche essere fondato sulla esistenza di una data comunità e sul potere che (la) costituisce (cioè essere “immanente”) ma non appare possibile che si costituisca una comunità senza fare riferimento ad un ordine, (e a un potere, nel senso di Hauriou). Ordine e potere comunque *sovrapersonali*. Una società che si basi sull'assoluta libertà (“privata”) dei componenti o sulla amministrazione delle cose senza potere organizzato (il governo degli uomini), o esprima una concezione del diritto senza alcun riferimento concreto e reale ma riconducibili in una gnoseologia giuridica, sono tutte espressioni della modernità – e della post-modernità – che si risolvono nella negazione di qualsiasi costruzione-organizzazione di un'esistenza comunitaria possibile, cioè concreta e reale.

Che per le loro aporie, il loro sforzo di sostenersi senza fare i conti con la realtà (il nemico, la devianza, la giustizia, l'ordine), mi ricordano vagamente il barone di Münchhausen che evitava di affogare nella palude tenendosi per il codino della parrucca. Ma che, in realtà, come capitato al comunismo, alla fine - e senza dover troppo attendere - nella palude sono sprofondati.

Teodoro Klitsche de la Grange

¹⁶ *L'essence du politique*, Paris 1965.