

## Capitolo primo

### L'universalismo giuridico da Ulpiano a Kelsen (e a Schmitt)

1. «Il dualismo fra persona dello stato e ordinamento giuridico [...] si rivela parallelo al dualismo (egualmente contraddittorio) fra Dio e il mondo [...]. Come la teologia affermava la trascendenza di Dio di fronte al mondo, ribadendone però contemporaneamente l'immanenza nel mondo, così la teoria dualistica del diritto e dello stato afferma la trascendenza dello stato di fronte al diritto, la sua esistenza metagiuridica, ribadendone però contemporaneamente l'immanenza nel diritto. Come il Dio creatore del mondo – nel mito della sua incarnazione – deve scendere sulla terra, sottomettersi alle leggi terrene (cioè all'ordinamento naturale), nascere, soffrire e morire, così lo stato, nella dottrina dell'auto-obbligazione, deve assoggettarsi al diritto che esso stesso ha creato. E, come si deve anzitutto raggiungere, per mezzo del panteismo, la via che conduce a un'autentica scienza della natura (identificando cioè Dio col mondo ovvero con l'ordinamento naturale), così l'identificazione dello stato con il diritto, il riconoscere che lo stato è un ordinamento giuridico, è la premessa per un'autentica scienza del diritto».

È Hans Kelsen a scrivere, in uno dei capitoli finali della seconda edizione de *La dottrina pura del diritto*, apparsa a Vienna nel 1960 (una prima stesura, più breve, che peraltro non conteneva questo passaggio, era già stata pubblicata nel '34)<sup>1</sup>. E si tratta di una pagina ben nota agli studiosi, nella quale è già stato messo in luce il valore cruciale (almeno nella prospettiva di Kelsen) del disvelamento degli aspetti teologico-politici presenti nella concezione moderna dello Stato-persona<sup>2</sup>. Ma non è questo il tema che qui interessa, bensì un altro, meno indagato, che credo possa far considerare questo testo come il punto d'arrivo di una lunghissima tradizione, e insieme come l'aper-

tura di una veduta radicalmente nuova su alcuni fondamentali caratteri della modernità, e sul loro destino.

Il punto d'approdo è costituito dal compimento ultimo – che qui emerge con un'insolita chiarezza – di una concezione integralmente formale del diritto, spinta sino alle sue conseguenze più estreme: fino al limite in cui è possibile ricondurvi totalmente anche la struttura e il peso della statualità, e di ogni sua sporgenza politica rispetto al carattere trascendentale e primario della norma. Al di fuori della forma, in altri termini – della norma come forma – non resta niente. Nemmeno l'ombra di quella presenza che pure si staglia come la grande invenzione politica e istituzionale della modernità, lo spartiacque fondamentale che separa «l'età nuova» dal medioevo e dal mondo antico: quella dello Stato, che non «si assoggetta» dall'esterno al diritto (secondo il modello dello «Stato di diritto», della *rule of law*), ma «si identifica» con il diritto – scrive Kelsen – se quest'ultimo, corazzato nel formalismo del suo impianto, riesce a distinguere sé stesso da ogni idea di «giustizia», come viene gelidamente affermato appena dopo le righe che abbiamo riportato<sup>3</sup>.

L'apertura della nuova veduta consiste invece nel fatto che, una volta smascherato il carattere solo «teologico» della costruzione dello Stato-persona, e ricondotta completamente la statualità – il profilo di ogni statualità – nel quadro onnicomprensivo di una giuridicità interamente e unicamente formale, non vi è più alcun ostacolo concettuale che possa bloccare l'idea di un diritto come forma globale e totalizzante, in grado di abbracciare l'interezza dell'umano e delle sue civiltà. Di una dimensione, cioè, spazialmente illimitata e delocalizzata della normatività giuridica, che fonda sé stessa su null'altro se non sul carattere in ultima istanza trascendentale – e dunque, in quanto tale, universale – della propria prescrittività. Il che è esattamente l'obiettivo di Kelsen, e la spiegazione del primato che egli assegna al diritto internazionale su quello interno statale: il traguardo esplicitamente dichiarato – e molto controverso – della sua ricerca<sup>4</sup>.

Certo, qualcosa avrebbe potuto continuare a far resistenza a questa costruzione; un elemento incardinato dentro la figura dello Stato così come costruita dalla modernità: un denso grumo fattuale – composto di nuda forza, tesa fino alla violenza,

e di ferrea volontà di dominio – irriducibile a ogni dissoluzione formale. E si trattava dell'esercizio effettivo della sovranità come esclusivo potere di decidere: la sua sporgenza, abbiamo detto, rispetto a ogni formalismo, con l'intreccio inestricabile di comando e di potenza che la caratterizzava. La volontà e la capacità del sovrano – chiunque egli fosse – di decidere anche, e soprattutto, sullo stato d'eccezione, sulla sospensione indeterminata di ogni altra regola o dispositivo (sto parafrasando volutamente il lessico e il quadro di riferimento schmittiano, perché è in esso che si trova, enunciata con una durezza e una limpidezza ineguagliate nel pensiero del Novecento, la critica piú radicale e – bisogna dire – piú convincente all'impostazione kelseniana)<sup>5</sup>.

E infatti è proprio contro il dogma della sovranità che Kelsen ha condotto la sua battaglia forse piú lunga e accanita, dal libro del '20 al saggio (in qualche modo conclusivo) del '62<sup>6</sup>. Formalismo *versus* sovranità; Kant contro Bodin (o meglio: contro una certa interpretazione di Bodin), per ricorrere a una semplificazione estrema. La tensione autofondante della Forma contro il peso insopprimibile della nuda forza, dell'aspra materialità della Cosa, espresso dalla politica ridotta alla figura elementare dell'opposizione amico-nemico. Ed è qui che, non inattesa, prende corpo la figura di Schmitt.

Ma prima di continuare su questa strada, dobbiamo prepararci a un lungo passo indietro.

2. Il formalismo universalizzante di Kelsen non ha solo – come è del tutto evidente e pacificamente acquisito – una derivazione kantiana, in parte anche filtrata attraverso il pensiero di Hermann Cohen<sup>7</sup>: gli ambienti neokantiani fra Vienna, Marburg e Berlino agli inizi del Novecento sono quelli nei quali si compie l'educazione intellettuale del giovane giurista, che si impadronisce di idee destinate a non abbandonarlo mai piú. Ha un'ascendenza molto piú antica; è l'esito, alto e complesso, di un percorso lunghissimo all'interno della tradizione di pensiero occidentale, anche se non saprei dire quanto Kelsen stesso ne fosse consapevole (ma propenderei per una risposta tutto sommato negativa).