

Dimenticare Kelsen (e suo nonno Hegel)

ovvero perchè Sinologia si pone in senso antipositivistico

di Giacomo Maria Prati

*“...il diritto è nel mondo delle forme
visibili quello che è l'arte nel mondo
delle forme invisibili...”*

Salvatore Satta

Il termine “positivismo” deriva da “positum” (=posto) e già nel termine risiede il rischio di reificazione del concetto di diritto implicito in tale ideologia.

Si tratta di tesi basata sul concetto di “separazione” e genera a sua volta separazione: se non ci fosse la tesi positivista non ci sarebbe la concezione del “diritto naturale” : ora fantasma, ora etica sociale, ora diritto consuetudinario, ora petizione di metodo e di principio in senso antipositivistico !

Il riduzionismo della norma a "comando" produce paradossi e cortocircuiti nel pensiero extragiuridico sul diritto, oltre a portare ad una svalutazione del diritto quale sapere e sistema autonomo. Il positivismo ci sembra una resa di fronte alla logica del potere politico, ci sembra una desertificazione dei valori che poi porta al rilancio del "diritto naturale" contribuendo alla confusione delle dimensioni del sapere e del vivere. Il positivismo giuridico potrebbe essere coerente ed efficace solo se si dimostrasse che il diritto è un sistema formale e un sistema formale chiuso. Appare evidente che ciò è impossibile anche fosse solo per il fatto che ogni norma e ogni sentenza è assolutamente imprevedibile, pur conoscendone la procedura di produzione e gli imput iniziali di contesto: il diritto non è una macchina banale", per dirla alla Heinz Von Foerster, quindi non può essere ridotto ad un decorso causale semplicistico tipo : "A comanda X a B" quale fosse una successione regolare e fisica di fenomeni scientifici.

Oltre a ciò il tipico deduttivismo formalistico proprio del positivismo porta al paradosso del recursum ad infinitum fino alla fantomatica e surreale GrundNorm, la quale o è di diritto consuetudinario, e ciò confuta e fa crollare tutto il positivismo; oppure è metagiuridica e ciò fa crollare l'autonomia del diritto quale sapere organizzato e prassi organizzata. Si tratta di due incoerenti soluzioni che non aggradano l'istanza del metodo e della ricerca.

Il positivismo è fallace perchè sposta il baricentro del focus indagativo dal processo alla nomopoiesi istituzionale, cioè alle procedure formali di produzione di norme (parlamenti, consigli comunali, organi pubblici deliberanti....ecc.)

Mentre il "processo" appare con evidenza quale fenomeno unitario, controllabile, studiabile, verificabile, pubblico e ricorrente, e soprattutto quale fenomeno "puramente" giuridico, ogni produzione procedurale/istituzionale di norme è scarsamente indagabile per questioni di riservatezza dei pubblici poteri, è condizionata da infinite variabili sociopolitiche, massmediatiche, culturali ed economiche, e la posizione della norma appare un fenomeno produttivo "muto" in quanto non appena la norma viene "posta" viene "eiettata" ed esternalizzato del tutto, nella distinta dimensione dell' "efficacia"; la quale non è ricostruibile in termini di "sistema", neppure pratico !

Il processo inoltre è sia rito di controllo del conflitto che procedura di produzione di norme quindi appare un fenomeno più completo e più pratico/pragmatico rispetto alle procedure istituzionali finalizzate solo alla posizione di norme.

Il processo presenta tutte le caratteristiche giuridiche della nomopoiesi ma senza i suoi aspetti gnoseologicamente ostici : ad esempio anche il processo è fenomeno circolare!

Il positivismo infine è una tesi di tipo volitivista e quindi appartiene ad una logica psicologica ed individuale poco compatibile con i fenomeni istituzionali, oltre a ciò sembra ricalcato su modelli del diritto pubblico e sembra non avere porsì in modo efficace per indagare in profondità fenomeni come il diritto privato, gli accordi e i negozi (fra cui : il matrimonio) : fenomeni nei quali è il consenso e l'incontro della volontà a prevalere e non certo il concetto di "comando" !

Sinalogia è, per amore di Academo, antiaccademistica, cioè antiideologica, antiriduzionistica e antistoricistica !

Proviamo ora a sintetizzare ed estremizzare le problematiche implicate ed esplicate dal ridurre la norma a "comando" enucleando dei paradossi o degli aforismi sul tema :

I paradossi del "comando" :

a) Il paradosso della prescrizione

- 1. il comando è un fatto*
- 2. il comando genera un 'attesa*
- 3. questa attesa si chiama diritto*
- 3. il diritto è generato da un fatto incerto, bisogno di conferma pratica*

b) Il paradosso del deserto dei valori

- 1. il comando per sua definizione viene da un'autorità e va verso un soggetto che non è autorità o rappresenta un autorità dipendente*
- 2. il comando è sempre legittimo*
- 3. non c'è differenza fra giustizia, ordine e legittimità*
- 4. non c'è differenza fra società e (legge della) jungla (anche la jungla è un ordine con gerarchie e autorità e soggetti assoggettati)*

c) Il paradosso del diritto inutile

1. *il comando è espressione di potere*
2. *per sua natura influenza il destinatario*
3. *ogni potere si autolegittima e parla attraverso comandi*
4. *se non c'è potere non c'è diritto*
4. *il diritto è utile solo per chi ha potere*
6. *il diritto è inutile : basta il potere !*

d) Il paradosso del bisogno (o dell'inversione dialettica)

1. *chi comanda manifesta un'esigenza, un bisogno con il fatto stesso del comandare*
2. *chi comanda si affida alla volontà altrui*
3. *chi obbedisce conferma il comando*
4. *il diritto è obbedienza*
5. *il diritto è soddisfazione dei bisogni di chi formula "comandi" da parte di chi obbedisce*
6. *chi obbedisce possiede più potere giuridico di chi formula comandi*
7. *il diritto è "concessione" degli obbedienti (sono i destinatari che vanno studiati; non chi formula i comandi)*

e) Il paradosso dell'alienazione (o della volatilizzazione o reificazione del comando)

1. *chi comanda genera il comando (= intento modificativo di contesti e/o relazioni)*
2. *finché il comando non è pienamente adempiuto abbiamo tre realtà distinte : A che formula il comando, X il comando, e B il destinatario del comando*
3. *non sappiamo se B adempierà al comando né se A insisterà nel richiedere l'adempimento del comando*
4. *X è isolato : il "comando" quale fenomeno, è solo !*
5. *se B vuole adempiere allora realizzerà W, e W soddisfa X*
6. *se B realizza W, allora X svanisce*
7. *se B non realizza W allora A comanderà : Z (= ubbidite a X) e anche in questo caso X svanisce !*

f) Il paradosso della "perdita di controllo" (o della deriva applicativa o della moltiplicazione dei comandi e delle variabili)

1. A può formulare un comando X possedente un senso solo se : A e B possiedono il medesimo codice di linguaggio Z,

A e B si riferiscono a contesti comuni Y; X non muta; A e B non mutano;

2. nella prassi : A muta e B muta

3. nessuno definisce il codice di linguaggio e il contesto di riferimento ma viene autoreferenzialmente posto o presupposto da A

4. non sappiamo come B percepisca o conosca o interpreti o si relazioni con X

5. X muta perchè muta il contesto e il linguaggio e perchè mutano A e B

6. se B intende adempiere significa che intende modificare contesti/relazioni : l'adempimento di B è a sua volta un nuovo comando !

7. non sappiamo se e come B agirà, ma agendo modifica X e A e se stesso, oltre a modificare Z e Y;

8. B, Z e Y possiedono logiche autoconservative che agiscono e reagiscono su X

9. A e B perdono il controllo su X oppure X viene "abbandonato" da A e B !

Che il concetto di "comando" non risolve il fenomeno del diritto emerge da una semplice analisi pratica dello stesso.

Il comando può essere (e può essere ricercato) :

a) arbitrio/violenza (diritto = violenza o legge del più forte o di quello che formula meglio dei comandi ?)

b) diritto

c) scherzo/gioco/teatro/follia

d) va poi compiuta una riflessione ineludibile sul rapporto fra il concetto di comando e il mondo dei rapporti affettivi : è possibile il diritto in questo mondo affettivo alieno dal concetto di potere?

e) va indagata la presenza della logica del "comando" anche nel fenomeno del "processo": dove emerge il "comando" nel processo ? Non si tratta piuttosto di un accettazione da parte di tutti i tre attori processuali della sua necessità/opportunità/utilità ?

Il processo non si celebra se tutti e tre (quattro con la P.O.) gli attori non ci "credono" !

Analoga ricerca va compiuta nel campo del cosiddetto diritto privato, civile e commerciale dove "ad istinto" sembra emergere quale prevalente l'istanza del bisogno, del consenso, della collaborazione e non quella del comando ! Lo stesso concetto di "aspettativa" e di "affidamento" così importanti per il diritto, sono indipendenti dal concetto di "comando".

Ma pure nel diritto amministrativo lo spazio e la rilevanza per concetti quali: accordo, consenso, incontro di volontà, è recentemente cresciuto esponenzialmente.

La logica prescrittivistica (oltre a non considerare la possibilità delle pur esistenti norme di tipo "ascrittivo") appare quindi una logica di tipo "aziendale" in quanto meccanicistica e produttivistica; più adatta a semplici processi economici piuttosto che all'essenza e alla fenomenica del diritto. Il positivismo porta "alienazione" nella visione del diritto in quanto si fonda sulla scissione del diritto in relazioni di successione semplice (di origine deduttiva/gerarchica) : A si scinde da se stesso producendo X e pensando a B; B si scinde da se stesso pensandosi quale assoggettata ad X; B deve agire verso A autonomamente ma considerando X e A, ecc.

La distinzione fra a), b) e c) ci fa emergere invece l'importanza del contesto pratico/simbolico nel riconoscimento del fenomeno "diritto". Se il diritto si potesse ridurre infatti a semplice "linguaggio normativo" (altro diffuso riduzionismo) allora non si comprende il ricorrere di aule di Tribunali, toghe, consessi, votazioni, mozioni, forme, simboli, azioni rituali...

Tentando di sintetizzare e riformulare aforisticamente le aporie e le criticità dell'ideologia del positivismo, relativizzandone gli assiomi, possiamo esporre quanto segue :

- 1. siccome il significato di un enunciato è dato dall'ascoltatore (Heinz Von Foerster) il "comando" va indagato studiando i destinatari e non chi formula lo stesso; ergo il concetto di "effettività" non va dato quale postulato ma indagato quale fenomeno;*
- 2. siccome il comando è fenomeno di volizione, va indagato l'aspetto ricettivo, percettivo, relazionale, e comunicativo del fenomeno prescrittivo;*
- 3. se si configura il diritto in funzione di un autorità si arriva alla politicizzazione del diritto perdendone l'autonomia quale prassi e sapere organizzato e distinguibile dagli altri saperi e prassi, e se ne perde il tradizionale connotato di "difesa e garanzia" di pretese individuali;*
- 4. il comando può essere visto quale "indice" di riconoscimento del diritto ma non quale "ontologia" del diritto, in quanto ogni comando è "simbolo", è precipitato di altri valori, è forma e prova, che va sempre verificata nella prassi empiricamente;*
- 5. l'autorità/comando ci può dire **come** sia prodotto un certo enunciato e un certo testo cartaceo (simbolo/forma) dati certi presupposti, ma non ci dice ancora nulla sull'essenza e sulla fenomenica a cui rinvia tale enunciato e tale testo simbolico; (il postulato del riduzionismo del diritto a diritto scritto è appunto un postulato)*
- 6. il dito non va confuso con la luna; né prova di una rappresentazione o concetto ciò che è provato !*
- 7. la tripartizione " A , X, B " propria di ogni prescrizione appare quale modello causale e cronologico tutto da dimostrare : non è frutto di analisi ma di posizione di un modello non verificato, di solito utilizzato quale tecnica argomentativa e persuasiva in sede di discussione (ricostruzione) dibattimentale; infine A, X e B non appaiono tanto fenomeni empirici quanto a loro volta tipi di rappresentazioni (trattative)...se dobbiamo per forza cedere di fronte alla potenza numinosa del "Tre" allora forse è*

preferibile farlo con nuove formulazioni : esserci/occhio terzo che osserva/esserci; oppure: essere/dover essere/essere; oppure: conflitto/gestione del conflitto/soluzione simbolica; oppure : contesto-conflitto/mediazione/contexto-conflitto;

8. *Il positivismo "parte" da "dentro" il diritto e porta "fuori" dal diritto mente il metodo più corretto ed efficace implica che si inizi l'indagine da un diritto osservato "dal di fuori" per poi "avvicinarsi ..." al diritto*
9. *il positivismo vede tutto il diritto quale sistema formale e logico senza chiedersi se sia sistema e se non sia "solo" un sistema pratico ed empirico o euristico o gnoselogico !*
10. *se la norma può vedersi quale "comando" può anche vedersi quale "struttura", relazione, azione , simbolo, contesto.*

In prima sintesi il positivismo appare un tentativo conformista e hobbesiano di teorizzare scorciatoie nell' indagare l'enigma del "diritto", la cui complessità desideriamo invece esaltare e non semplificare !

Milano 6 06 2006

Giacomo Maria Prati

