

Xenia Chiaramonte*

La forma del sociale: Kelsen, Freud e Thomas a confronto

Abstract: How does the social take shape? Beginning with a joint reading of Kelsen's and Freud's thought, and in particular, from *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse* (1922) and *Massenpsychologie und Ich-Analyse* (1921) respectively, the question will be answered through the research and "method" of Yan Thomas. The comparison between the three authors allows us to illuminate the libidinal form of society as well as the legal form, both as attempts to respond to the still too naturalistic concept of the social bond. Here the concept of coercion (*Zwang*) plays a decisive role, particularly for Kelsen and Freud who propose a social model that has the features of the penal. By conflating the concept of coercion with a "civil" genealogy, however, Thomas can open up a new glimpse into the form of the social.

Parole chiave: Social form; legal form; law and society; coercion; legal subject.

Indice: 1. Come si istituisce la società? – 2. Il legame sociale visto da Kelsen – 3. Il legame sociale visto da Freud – 4. Aspetti critici – 5. Natura e società – 6. Isolare il diritto – 7. Norma di comportamento – 8. Il soggetto di diritto – 9. La mediazione istituzionale – 10. Il ruolo della coercizione – 11. Conclusioni.

1. Come si istituisce la società?

In che modo si istituisce la società? Come si dà qualcosa che non è più individuale, a partire da tale unità elementare? Come sorge qualcosa che supera l'individuale? Come si dà forma al sociale, in altre parole? Che cos'è l'istituzione – si potrebbe infine dire – e mediante quali mezzi vi si perviene? A questi quesiti, per vie diverse, ha tentato di rispondere una serie di autori, assegnabili alle più svariate discipline, dalle scienze sociali, al diritto, alla psicoanalisi. Questo contributo intende mettere in campo e leggere parallelamente le riflessioni di tre autori che si sono occupati della questione, seppure con obiettivi diversi e forniti di categorie provenienti da campi disciplinari distanti. Si tratta di Hans Kelsen, Sigmund Freud e Yan Thomas.

* Assegnista di ricerca presso l'Università Ca' Foscari di Venezia, xeniam.chiaramonte@unive.it

Proviamo a spiegare le ragioni di tale selezione. Circa l'incontro tra Freud e Kelsen è necessario ripercorrere alcuni passaggi cronologici. Nel 1922 su *Imago* Kelsen dà alle stampe una lunga relazione che era stata originariamente pronunciata dinanzi alla Società psicoanalitica di Vienna (il 30 novembre 1921) dal titolo *Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud (Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds Theorie der Masse)*. Kelsen commenta in questa sede il saggio di Freud pubblicato l'anno precedente: *Psicologia delle masse e analisi dell'Io (Massenpsychologie und Ich-Analyse)*. Se Kelsen ha sentito il bisogno di pubblicare presto il suo saggio e di farlo tradurre dal tedesco all'inglese due anni dopo, nel 1924, (*The Conception of the State and Social Psychology, with Special Reference to Freud's Group Theory*), è certamente poiché riteneva le sue analisi significative e degne di maggiore diffusione. Quanto a Freud, quel che sappiamo è solo che nel 1923 modificherà in nota il saggio in questione, e aggiungerà un commento rivolto proprio a Kelsen e alla sua "critica acuta e intelligente"¹.

Benché il riferimento esplicito sia presente solo in questa occasione, non va sottovalutata la reciprocità di una più profonda influenza. Questa è l'ipotesi sostenuta da Balibar in un saggio dal titolo *Freud e Kelsen. L'invenzione del Super-Io*: e cioè che, non solo per Kelsen ma anche per Freud, l'incontro con il giurista austriaco ha costituito una sfida e aperto uno squarcio, se non una vera e propria svolta teorica². Per anticipare, in modo stringato, si può dire sin da subito che l'elemento di congiunzione fra i due, che costituisce la domanda a cui, con scopi diversissimi eppure intrecciati, intendono rispondere, è il seguente: come prende forma il sociale? Nel linguaggio di Freud si potrebbe, forse più correttamente, dire: come si formano pulsioni che superano il narcisismo? Come si dà legame con gli altri? Qual è il vincolo che consente alla "massa" d'individui di costituire un'unità superiore? La proposta di Balibar è quella di valorizzare lo scambio fra Kelsen e Freud tanto da mostrare che nel secondo la formazione stessa del concetto di Super-Io non può non avere risentito del trasformativo incontro col giurista.

E, a sua volta, in Kelsen la domanda che risuona è: quale istanza produce l'interazione collettiva e il legame sociale di cui ci parlano i sociologi? Come si dà questo legame? Come si passa all'istituzione? "Col fatto che si verifichi interazione tra gli uomini, non è ancora affatto dimostrato quello specifico legame che di una molteplicità di uomini fa una società"³ – nota Kelsen, e dovrebbe adesso potersi mettere meglio a fuoco che il quesito non è affatto dissimile da quello freudiano. Tuttavia, solo leggendo accuratamente, insieme e parallelamente, le due analisi sapremo giungere a chiarire i diversi tragitti che consentono ai due di pervenire a simili intendimenti. La visione che emerge in entrambi gli autori si avvia, come vedremo, attorno al concetto di *Zwang* (coercizione, coazione) che per Kelsen è elemento costitutivo dell'ordinamento giuridico e per Freud è, nella teorizzazione

1 Freud 2011: 208.

2 Balibar 2012: 58.

3 Kelsen 1981: 390.

che segue i primi anni '20 – e che solo *in nuce* si presentava sotto il termine *censura* a partire da *L'interpretazione dei sogni* (1899) – quel tratto inconscio che si produce con la formazione del Super-Io. Se i motivi che hanno portato a tale formazione precedono lo scambio con Kelsen, lo stesso non si può dire della sua costruzione vera e propria che è portata via via a compimento a partire dal 1922 con *L'Io e l'Es* (*Das Ich und das Es*)⁴.

In questo senso Freud e Kelsen si fanno portavoce di una simile visione del mondo, che ammette il sociale a patto di leggersi contemporaneamente anche “disagio” e coercizione. La *Kultur* si impone, e ci costringe vincolandoci mediante un'istanza interna che si installa a protezione di sé stessa, cioè di una civiltà conquistata contro i desideri aggressivi degli individui – sostiene il Freud de *Il disagio della civiltà* (*Das Unbehagen in der Kultur*, 1930).

All'illecito segue la sanzione – sostiene Kelsen dal canto suo – e la norma ha come suo precipuo elemento la coazione. Una simile concezione che pare modellarsi sulle forme del penale, assumerne le sue fondamentali caratteristiche e elevarle a visione del diritto tutto, merita di essere fatta reagire con le ricerche storiche e teoriche di un pensatore vertiginoso come Yan Thomas.

In filigrana, se non delle volte, rare, in passaggi che paiono correre logicamente paralleli e che verranno qui ripercorsi, Thomas, che non è soltanto storico del diritto romano fra i più originali, ma anche “implicitamente” teorico del diritto fra i più geniali, si mostra lettore attento, critico affilato, raffinato cesellatore della dottrina kelseniana. Qui il suo sguardo si rivela necessario per mostrare le crepe di un potenziale intreccio fra diritto e psicoanalisi, ma soprattutto per offrire attraversamenti nuovi su domande senza tempo, come quella che guida il presente lavoro, e che Thomas non smette di porsi: cosa dà forma al sociale? Solo che lo fa a partire dalla casistica, dalla giurisprudenza romana, dalla storia e non dalla teoria generale del diritto. E, d'altronde, mai per pronunciarsi a livello puramente teoretico, mai per dire ciò che la *forma*, il diritto, è o per decrittare (costruendola, s'intende) qualcosa come una *essenza* dello stesso – impresa titanica che Kelsen si era invece dato – ma sempre per mostrare le *operazioni del diritto*⁵. E questo, con la, spesso solo implicita ma non per ciò meno ferma o evidente, consapevolezza che proprio le prassi, i casi, le liti, le procedure, costituiscono il sito in cui il diritto dà mostra di sé. In Thomas, se vogliamo fornire una definizione di cosa esso sia, l'unica dicitura possibile è: *il diritto è tecnica*. O, meglio, il diritto è la tecnica per eccellenza di *messa in forma* del sociale. E, precisamente, il diritto è la tecnica di sostituzione del sociale al naturale.

Prendiamo, dunque, avvio dal domandarci in che modo si possa giungere alla forma istituzionale, tenendo presente e ragionando con tutti e tre gli auto-

4 “I motivi che ci hanno indotto ad ammettere un gradino, una differenziazione all'interno dello stesso Io a cui va data la denominazione di ideale dell'Io, o Super-Io sono esposti altrove” – segnala Freud 1977: 491 – e il riferimento è proprio a *Psicologia delle masse e analisi dell'Io*, oltre che a *L'introduzione al narcisismo* (1914).

5 Si prende a prestito la felice locuzione che fa da titolo alla più ricca raccolta di saggi dell'autore in lingua originale: Thomas 2011.

ri, volta per volta, a partire dal quesito che ne collega le riflessioni. Per chiarezza espositiva, si è scelto di isolare alcuni tratti salienti che attraversano le ricerche dei tre. Il primo nodo è quello cui diamo il nome di *legame*, lemma in uso nella sociologia ma che Kelsen, Freud e, a seguire, Thomas tematizzeranno come tale, ossia come termine che, solo all'apparenza auto-evidente, merita in realtà di essere spiegato affinché possa chiarirsi quale sia l'istanza che consente il passaggio al collettivo.

Qui entra in gioco il concetto di *personificazione*, di ipostatizzazione – come ama chiamarla Kelsen ripetutamente – o di finzione, termine estremamente caro a Thomas ma in una visione del tutto diversa rispetto a quella del Viennese, e si intende mostrare il perché in dettaglio attraverso la disamina della rispettiva concezione di *soggetto di diritto*.

Il nodo centrale è la *forma della società*, punto nevralgico delle analisi, e kelseniane e thomasiane, su cui, a modo suo, anche Freud non potrà non pronunciarsi.

L'ultimo nodo è, come preannunciato, quello della *coercizione* come anello di congiunzione delle riflessioni che a partire dagli anni '20 hanno occupato Kelsen e Freud, ma anche come fonte di una potenziale apertura a una diversa genealogia del sociale che è possibile intravedere a partire dalle ricerche di Thomas.

È evidente che, benché particolare attenzione sarà riservata ai saggi summenzionati, non ci si potrà limitare a una disamina di quelli soltanto, il che costituirebbe di per sé un limite storico-ricostruttivo, privilegiandosi piuttosto un'indagine teoreticamente guidata.

2. Il legame sociale visto da Kelsen

Prendiamo allora avvio dalla disamina dell'articolo del 1922 in cui Kelsen si confronta con Freud e con la psicologia sociale⁶. Partendo proprio dallo statuto della scienza psico-sociale, Kelsen ingaggia un confronto coi teorici dell'interazione sociale, e con Durkheim in particolare. La domanda che vuole isolare – a dispetto della disinvoltura con cui i sociologi passano dal singolare al plurale, dall'individuo al gruppo organizzato – è: in che modo si istituisce il sociale? In che modo, cioè, si passa dalla singolarità individuale al collettivo? E non può accontentarsi di chi evita – dando per assodato questo passaggio –, di spiegare attraverso quale operazione, criterio, tecnica questo cambiamento così significativo possa avvenire, come – sottolinea Kelsen – coloro che pensano sia sufficiente fornire termini come “interazione”, “volontà collettiva”, o “legame”. Di per sé, dire che vi è interazione non sta chiarendo nulla, non sta quindi spiegando quello specifico legame che fa di una semplice molteplicità una società⁷, scrive, e cita più avanti il passaggio che, strettamente in linea col suo, mette in chiaro la stessa problematica in Freud – che affronteremo diffusamente a seguire: “se nella massa gli individui sono collegati tra

6 Kelsen 1981.

7 Ivi: 390.

loro in modo da costituire un'unità, deve esserci qualcosa che li lega" e "tale vincolo potrebbe essere proprio ciò che caratterizza la massa", ossia essere precisamente quanto da spiegare, e quindi da non potersi assumere come dato.⁸

Vediamo allora in che modo la spiegazione sociologica è posta. La scienza della società segue le dinamiche della conoscenza della natura. La sociologia è la biologia del sociale. Al contempo però essa sfrutta elementi della psicologia. Vede le concatenazioni fra fenomeni sociali come relazioni fra causa ed effetto. La legge naturale della causalità è quella che anche la sociologia fa propria. Con una precisazione necessaria – sottolinea Kelsen – e cioè che se i fatti sociali sono pensati dalla scienza sociale come "cose", essi sono al contempo processi di tipo psichico. Le interazioni fra individui formerebbero l'unità della società. Di qui, il più profondo quesito che anima lo scritto kelseniano: se così fosse, in che modo potremmo spiegare lo Stato? E, cioè, se le interazioni producono fra i soggetti sociali qualcosa come un legame, in che modo possiamo distinguere fra legami? In che modo una massa temporanea ed effimera si distingue dallo Stato?

Come mai i sociologi danno per assunto lo Stato stesso (così come le altre istituzioni) al posto di porsi la questione della sua natura e della sua formazione? La risposta pare essere quella di una unità che non si dà in modo materiale ma in modo coscienziale. L'unità della istituzione è spiegata dai sociologi come psichica. Epperò è lampante la contraddizione – ci tiene a sottolineare Kelsen, che non è di certo poco polemico in questo scritto, specie nei confronti delle scienze sociali: come si fa a sostenere contemporaneamente che le istituzioni sono cose del mondo, che si danno nel mondo sociale, ma che esse sono realtà immateriali, anzi precisamente psichiche? Le metafore di tipo organicistico e corporeo mettono in luce tale contraddizione. Se si tratta di un legame psichico allora non può superare l'individualità per stabilirsi come legame sociale. Si tratterà sempre della psiche del singolo o dei singoli. Se invece la società è legame "cosale" allora il fattore psichico non può rilevare.

È chiaro il punto cui Kelsen desidera arrivare. L'unità del molteplice è data dalla scienza giuridica, e "l'appartenenza allo Stato" – è chiarire il posto di questa specifica istituzione che interessa, in definitiva, l'autore – "è determinata in termini squisitamente giuridici secondo la validità coerente di un ordinamento giuridico presupposto valido."⁹ Non è per via psicologica – chiosa il giurista –, che si può assumere l'idea strettamente giuridica d'istituzione, la quale al contrario si presta esclusivamente a essere riconosciuta nella sua "autonomia specificamente giuridica".

Ma prima di ristabilire questo punto Kelsen si interroga sulla proposta di Freud. Si tratta principalmente di una presa in considerazione di *Massenpsychologie* – benché si noti l'attenta lettura da parte del giurista anche di altri lavori dello psicanalista. Kelsen riconosce a Freud la capacità di avere mantenuto l'individualismo metodologico che consente di non fare il passo falso tipico della sociologia, ossia di passare dalla psiche del singolo a quella collettiva senza l'intervento di alcun tipo di istanza che consentirebbe di cogliere tale spostamento. Psicologia individuale e

8 Freud 2011 [1921]: 194; Kelsen 1981: 404.

9 Kelsen 1981: 390.

sociale sono la stessa cosa. È scartata ogni ipotesi che preveda una nuova, emergente, qualità come quella della anima della massa, per spiegare i fenomeni collettivi. Non vi è da postulare alcuna nuova entità d'ordine psichico che si aggiunga alla psiche dell'individuo. I fenomeni sociali vanno dunque ridotti a fenomeni della psiche del singolo. La sociologia non è che psicologia applicata, come scriverà Freud nel 1932¹⁰.

3. Il legame sociale visto da Freud

Vediamo allora cosa prospetta Freud. Abbiamo accennato a come non possa essere soddisfatto neanche lui di una semplice descrizione che aspira a spiegare il sociale di per sé, in realtà mantenendolo come dato, ma dicendo che laddove vi è interazione vi è legame. Il peccato della psicologia collettiva è per Freud che non mantenga l'individualismo metodologico ma che aspiri piuttosto a spiegare il più-che-individuale senza altre istanze che non quelle che si fondano su una variazione quantitativa. Insomma, laddove si danno per associati certi caratteri, questi in realtà andrebbero teoricamente giustificati.

Il singolo, però, per come lo intende Freud è già sociale. Nella sua vita psichica, infatti, l'altro è sempre presente nelle vesti di modello o di oggetto ed è per ciò stesso che "la psicologia individuale è anche, fin dall'inizio, psicologia sociale"¹¹.

Bisogna ancora spiegare come si possa dare una psicologia delle masse. Freud a questo punto impiega il concetto di *libido*. I moti pulsionali detti libidici sono quelli che si possono ascrivere al concetto di amore, da intendersi non solo come espressione del legame fra due di tipo classicamente romantico, ma anche come forma di legame con gli altri la cui meta sessuale viene sublimata.

La massa è caratterizzata da legami libidici. La libido è l'istanza che comanda il legame che si stabilisce con gli altri. Ma proviamo a districarci nella costruzione teorica che Freud propone e che non si trova certamente solo in *Massen* ma innerva tutta la sua teoria psicanalitica.

Freud pone una distinzione fra masse effimere e masse altamente organizzate, le istituzioni, e si sofferma sulle seconde isolando i due casi della chiesa e dell'esercito. Queste sono definite masse artificiali che, in quanto tali, e per non andare incontro alla dissoluzione abbisognano di un elemento di coercizione. Tale coercizione esterna serve a salvaguardare l'istituzione nella quale non si sceglie volontariamente di entrare, così come non è data in modo libero e autonomo l'uscita. Ulteriore distinzione necessaria per Freud è quella fra masse senza capo e masse con un capo. Nei due esempi della chiesa e dell'esercito, egli crede di vedere la presenza, o per meglio dire, l'illusione della presenza rispettivamente di un capo (Cristo) invisibile, e di un capo in carne e ossa. Contemporaneamente poi va situato un secondo legame che passa fra i simili, fra i credenti, fra i fratelli, fra i commilitoni.

10 Freud 2007: 572.

11 Freud 2011: 191.

In generale, nelle relazioni egli vede l'evoluzione di ciò che accade alla libido dell'individuo, e ciò a partire dall'amore che legge come fatto d'incivilimento, il quale consente la trasformazione dell'egoismo in altruismo. "Se quindi nella massa compaiono limitazioni dell'egoismo narcisistico non operanti all'infuori di essa, ciò costituisce una testimonianza persuasiva del fatto che l'essenza della formazione collettiva consiste in legami libidici di tipo nuovo fra i membri della massa"¹². Tali legami affettivi sono caratterizzati dalla deviazione rispetto alla meta sessuale.

E questo è spiegato da Freud a partire dal concetto di *identificazione*. Si tratta della più originaria espressione di un legame emotivo con l'altro, con cui appunto ci si identifica (come si sa, per Freud ciò avviene a partire dalla identificazione del maschietto col padre); vi corrisponde l'investimento oggettuale rivolto a un soggetto diverso (tipicamente la madre).

Ora, senza addentrarci nel dettaglio di una dinamica complessa che Freud sviluppa in una serie di saggi¹³, si può già individuare l'argomento principale utile ai nostri fini. L'innamoramento, l'ipnosi, la pulsione gregaria, infine la massa e l'orda primordiale, servono a Freud per isolare una dinamica precisa che va dalla libido individuale a quella collettiva e in cui cambia di segno la pulsione iniziale per assumere le fattezze non più aggressive o negative, ma positive, generate dal processo di identificazione.

"Il senso sociale poggia [...] sul rovesciamento di un sentimento inizialmente ostile in un legame caratterizzato in senso positivo, la cui natura è quella di un'identificazione"¹⁴ per il cui tramite il singolo partecipa di molte masse, e costruisce il proprio ideale dell'Io in base ai modelli di diverso tipo.

L'essenza della massa allora sembrerebbe data dal doppio legame del singolo col capo e del singolo coi suoi pari. Tuttavia, e Kelsen non può che sottolinearlo con forza, non si coglie in questa lettura una vera e propria spiegazione di quelle masse organizzate e durature, in cui è proprio la regressione di cui ci dice Le Bon a non vedersi all'opera. È come se Freud pur distinguendo fra le masse e soffermandosi su quelle artificiali e durevoli, presentasse la stessa logica che si vede nelle masse di altro genere.

In altre parole, com'è che Freud spiega l'istituzione? Non si può dire che non intenda distinguerla dalla massa meno organizzata, come esplicita in vari passaggi e ad esempio in quello in cui si riferisce alle "formazioni collettive stabili e durature"¹⁵.

Tra l'altro ciò che a un certo punto della sua disamina Freud propone è non più di partire dalla psiche individuale, ma dall'istituzione stessa, come nel caso dei due esempi di chiesa ed esercito. Ed è qui che compie quel passo sul quale Kelsen indugia, poiché inverte la metodologia della psicanalisi e al posto dell'individuo concepisce una speculazione che parte dalla massa stessa. Inoltre, an-

12 Freud 2011: 223.

13 Si vedano quanto meno oltre a *Psicologia delle masse e analisi dell'Io* anche *Il disagio della civiltà* e la lezione 31 di *Introduzione alla psicoanalisi*.

14 Freud 2011: 240.

15 Freud 2011: 247.

drebbe sottolineato che forse – come sostiene Benvenuto¹⁶ – Freud in questo complesso testo non si sta davvero chiedendo come si dà legame sociale, bensì come funzionino a livello psichico quelle istituzioni con un capo nelle quali si entra “passionalmente”, potremmo dire per l’appunto libidicamente, con l’energia data da un certo entusiasmo. Ed è in questo senso che chiesa ed esercito valgono tanto quanto una folla rivoltosa.

4. Aspetti critici

La spiegazione fornita da Freud, è a detta di Kelsen, limitata o ancora eccessivamente fondata sul *legame* (piuttosto che sull’istituzione, diremmo); essa rimane legata a fenomeni troppo organici, interiori, se non familistici: Freud spiega il passaggio dall’individuale al collettivo in un modo insoddisfacente per Kelsen, dal momento che nella forma istituzionale dello Stato non si vedono i tratti dell’identificazione cui fa riferimento Freud.

Nei legami libidici i soggetti si conoscono e si influenzano. Questo non solo non basta a spiegare l’istituzione statale che non funziona attraverso tali meccanismi di per sé stessi *impersonali* ma non consente nemmeno le dovute distinzioni fra forme istituzionali, giacché qui Stato e dittatura si equivarrebbero.

Ma Freud, a ben vedere, ha uno scopo inverso e complementare a quello di Kelsen. Tutta la disamina che mette in campo ha l’aspirazione di spiegare l’altro dentro l’Io, il collettivo, il sociale, il politico se vogliamo, ma sempre in quanto dinamica psichica. Non così per Kelsen, ovviamente, il cui scopo era piuttosto quello di fondare aprioristicamente il diritto e lo Stato partendo da una fuoriuscita dall’io, ponendosi in un medio esterno all’io.

Come mostra Balibar, ciò che si evince fra le righe è che Kelsen non perdona a Freud il fatto di aver mancato di riconoscere al diritto il ruolo di fondamento principale della *Kultur*. Al contrario, rimane sospeso, in certo senso, proprio l’isolamento dell’istanza che consenta alla civiltà di porsi come tale. Lo abbiamo visto, a Freud basta dire che si tratta di legami libidici e di inibizione delle pulsioni rispetto alla meta sessuale. Tale sublimazione consentirebbe di trasformare il negativo in positivo, la distruzione in costruzione.

A Kelsen non basta: affinché si possa parlare di istituzione e non di generici legami, ci vuole qualcosa di più, e cioè qualcosa che è dell’ordine dell’*ordine* stesso. La coercizione di cui ci dice Freud è per Kelsen equivalente al diritto. Ordinamento giuridico = ordinamento coercitivo. E identicamente all’inverso: ordinamento coercitivo è ordinamento giuridico¹⁷.

È per questo che assumere la coercizione come elemento costitutivo della *Kultur* per Kelsen può voler dire solo una cosa: assumere contemporaneamente il di-

16 Benvenuto 2021

17 Balibar 2012: 89.

ritto come sua fonte. Ma questo Freud lo nega, o meglio non lo ammette, poiché evidentemente non è quella la cornice che intende porre per spiegare il sociale.

Freud è quantomeno elusivo riguardo, e alle istituzioni, e alle masse meno organizzate. Inizia col porre la questione per come emerge nella psicologia delle masse o folle, – come letteralmente si potrebbe tradurre se il riferimento prescelto fosse a Sighele e Le Bon. Fa effettivamente riferimento alle posizioni di Le Bon in modo esplicito. Le masse meno stabili sono, all’inizio del saggio, le uniche prese in considerazione, così come fa Le Bon, sulla cui disamina Freud si sofferma. Ma a un certo punto, lo abbiamo visto, Freud anticipa il riferimento alla chiesa e all’esercito, proprio con l’intento, precisato, di occuparsi adesso delle istituzioni, ossia delle masse stabili. Tuttavia, nel farlo rimane elusivo. C’è un tratto che – come sottolinea efficacemente Balibar – emerge con forza e che invece rimaneva metodologicamente molto diverso nell’analisi di Le Bon. In quest’ultimo, la dimensione patologica veniva assunta come condizione del ragionamento.

Al contrario, non c’è posto in Freud per una distinzione fra masse data dall’elemento della patologia o della normalità. Nella versione di Freud è come se, al contrario, siano proprio le istituzioni a essere lette con le lenti con cui Le Bon guardava alle folle. E cioè la patologia, se proprio da qualche parte deve essere posta come condizione della selezione dell’oggetto di studio, è proprio nelle istituzioni che va posta. Ciò, però, significa al contempo dire che “non vi è alcun bisogno di esaminare i fenomeni sociali e politici considerati come patologici, e al tempo stesso criminali, della razionalità dominante; basta osservare i risultati della coesione delle istituzioni e dell’adesione che impongono”¹⁸. Non vi è una differenza qualitativa fra masse stabili, o istituzioni, e masse instabili, o folle nello sguardo di Freud. E ciò probabilmente a partire da uno spostamento della visuale che era invece tipica della psicologia sociale e del positivismo criminologico. È curioso – va detto giusto *en passant* – che venga citato molto più frequentemente Le Bon che non Sighele, dal momento che il testo centrale di quest’ultimo, ossia *La folla delinquente*, precede il bestseller di Le Bon di diversi anni. Ma tralasciando il problema della ricezione, si può mantenere l’argomento: se lì si dava alla patologia il ruolo di *partage* – per Sighele si trattava nientemeno che di trovare soluzione giuridica alla responsabilità penale dei collettivi – e cioè, tramite il riferimento alla patologia, si costruiva e separava da quella il “normale”, ecco che Freud procede diversamente. Se la psicologia collettiva e ancora di più la cosiddetta Scuola Positiva (il positivismo criminologico) nasceva marchiando i fenomeni collettivi, etichettati come eversivi, patologici, per l’appunto delinquenti e criminali – è lo *stigma criminologico* come lo chiama Gallini¹⁹ – questo non è affatto il posizionamento di Freud.

Disinteressato o quanto meno dubbioso rispetto alla distinzione fra normale e patologico, Freud tende a vedere la normalità stessa come una patologia a cui non si è ancora attribuito un nome, oppure, in certi casi, più “classicamente” come deviazione rispetto al comune procedere, ma in generale la psicoanalisi è costruita

18 Balibar 2020: 71.

19 Gallini 1985.

come una scienza che compie una epochè rispetto ai giudizi di valore, e che fa della clinica piuttosto il suo banco di prova e la “risposta” rispetto alla condizione in cui il paziente/analizzante versa.

In questo contesto allora, le istituzioni rilevano in quanto forme di difesa rispetto alla disgregazione che costituisce sempre una dinamica interna a esse. Le istituzioni sono soggette in quanto tali al cedimento, dato dal venir meno, col tempo, della forza libidica aggregante che ne ha consentito il legame iniziale. Per questo esse necessitano di un rafforzamento, come nel caso della chiesa e dell'esercito in cui a fini di salvaguardia “dalla dissoluzione e per impedire modificazioni della loro struttura viene [...] impiegata una certa coercizione esterna”²⁰. Ciò che in definitiva rende una istituzione tale è la presenza di tale coercizione (*Zwang*).

Allora, quella degradazione della capacità di intendere e di volere, solitamente attribuita alle folle instabili ed effimere, è per Freud carattere proprio della istituzione, la massa artificiale, come la chiama. Il che implica anche che, strettamente parlando, entrare e uscire dall'istituzione sono processi non solo resi complicati, ma soprattutto già inconsapevoli. Freud lo dice molto chiaramente quando sottolinea che solitamente non ci viene chiesto di entrare a far parte dell'istituzione. Vi è “assenza di libertà del singolo all'interno della massa”²¹; “Di regola non veniamo consultati circa la nostra volontà di entrare a far parte di una massa siffatta né la cosa resta affidata alla nostra decisione; il tentativo di uscirne viene solitamente perseguito o severamente punito o risulta vincolato a condizioni ben determinate”²².

Relazione libidinale e coazione esterna sono i due elementi cruciali per mettere a fuoco l'istituzione freudianamente intesa. Il fattore intrinseco dell'istituzione è la sua precarietà e dissolubilità, la fragilità, cioè, dei legami di cui pure testimonia l'esistenza e che tenta di mantenere. I legami ne sono al centro e stanno, loro, al posto di ciò che, solo apparentemente, si configura direttamente come insieme di individui. Per Freud, a ben vedere, non si tratta di ipotizzare una società composta strettamente e immediatamente di individui quanto di leggere essi stessi come composti-di-relazioni. Sono i loro affetti, sostiene Balibar, cioè gli affetti degli individui, a rilevare in una società che non è tanto composizione di individui quanto composizione di relazioni²³. Questo è un elemento-chiave su cui sarà necessario tornare quando, contro o comunque oltre Kelsen, ci riferiremo al pensiero di Thomas in merito alla “questione sociale”.

In ultimo, va chiarita una ulteriore critica: Kelsen non rimprovera a Freud di avere ritagliato il posto del “sociale” già dentro il soggetto, quanto di avere mantenuto all'esterno di esso una coazione che pur essendo propria del vivere sociale, della civiltà, non viene precisata quanto alla sua fonte, alla istanza che la pone. Da un lato c'è l'istanza del Super-Io che è la coazione dentro all'Io stesso. Al di fuori,

20 Freud 2011: 214.

21 Ivi: 216.

22 Ivi: 214.

23 Balibar 2020: 76.

però, Freud riconosce la coazione nell'inevitabile *Kulturarbeit*: necessaria civiltà e inevitabile disagio.

Kelsen allora lamenta il fatto che, comunque, Freud concepisce una coercizione in cui rimangono le tracce del "naturale". Benché la definisca come sociale, si potrebbe ipotizzare che, agli occhi di Kelsen, il genere di coazione di cui dà conto Freud non ha che una fonte insondabile. Freud in effetti rimanendo elusivo lascia spazio a quella che il giurista chiama ipostatizzazione. Dal momento che Freud non ammette che è l'ordinamento giuridico a porre in essere la coazione, per Kelsen il sociale freudiano rimane sin troppo simile a quello tipico della sociologia: indistinto, potenzialmente personificato e organicistico.

Di fronte a questa critica, Freud rintuzzerà che non è vero, non sta seguendo la moda dei sociologi e non vuole che quella che per lui è la forma libidica della società sia dipinta come una ipostatizzazione (nota aggiunta a *Massen* nel 1923), ossia come un sociale che non sia sempre già individuale.²⁴

5. Natura e società

Distinguere in modo quanto più netto possibile natura e società è uno dei compiti preliminari che Kelsen si dà nella costruzione della sua dottrina pura del diritto. La società è un oggetto ben diverso rispetto alla natura, poiché la società è insieme di connessioni che si dà in modo del tutto differente rispetto a ciò che "troviamo" in natura, e il diritto è un fenomeno sociale – asserisce Kelsen –, non un fenomeno naturale²⁵. In diritto, come vedremo in dettaglio, la relazione fatto-atto è posta come *imputazione* e non come *causalità*, la quale è piuttosto una caratteristica dei fenomeni naturali.

Tuttavia, il diritto mostra un legame col naturale, che va chiarito, e dal quale merita di essere sganciato il più nettamente possibile, per poter muovere davvero verso una scienza del sociale in quanto diritto²⁶.

L'elemento "naturale" che il diritto presenta è relativo agli accadimenti esteriori, è dato dai "fatti" che occorrono, da quegli atti sensibilmente percepibili, gesti, comportamenti umani (prevalentemente, ma non solo) che, diremmo, semplicemente avvengono, che si danno "naturalisticamente". Noi vediamo due individui recarsi congiuntamente verso un altro che indossa una fascia in una

24 A onor del vero, benché Freud aggiunga in nota questa risposta alla critica di Kelsen, il giurista alla fine del suo testo (Kelsen 1952: 437) esplicita che "un inestimabile lavoro preliminare è compiuto dall'analisi psicologica di Freud, allorché essa dissolve nel modo più efficace le ipostatizzazioni, armate di tutta la magia di parole secolari, Dio, Società e Stato, nei loro elementi individual-psicologici".

25 Lungi dal sembrare una torsione ad effetto, si tratta qui di una vera e propria scelta di campo, in particolare se si pensa, ad esempio, all'incipit di uno dei manuali fra i più validi di filosofia del diritto, Barberis 2022, che parte proprio da una asserzione agli antipodi con Kelsen secondo la quale il diritto andrebbe annoverato fra i fenomeni *naturali* e, come tale, approcciato da una prospettiva evolutivista.

26 Kelsen 1952: 48.

sala comunale o in una chiesa. Un togato pronuncia delle parole dalla postazione sopraelevata di uno scranno davanti a una serie di astanti che gli si pongono di fronte. Una ragazza sale su un autobus. Un ragazzo alla guida di un veicolo investe un pedone.

Questi fatti sono ciò che ci è dato percepire. Sono occorrenze della vita quotidiana, che però, a questo livello del discorso, mancano di un elemento fondamentale, quello che Kelsen chiama “significato”. E, anzi, un significato specifico, cioè *giuridico*, che è “quasi immanente o aderente” all’accadimento che appare²⁷.

Qual è la “speciale caratteristica del materiale oggetto della conoscenza sociale e particolarmente della conoscenza giuridica”²⁸? Il suo significato pare adattarsi in modo completo al fenomeno naturalmente percepibile. Ecco perché è necessario isolare questa aderenza del fatto all’atto. Si tratta di mostrare come questa immanenza sia la qualità del giuridico, una qualità certamente capace di creare confusione dal momento che la sua prestazione si confonde col dato su cui agisce, ma che va isolata logicamente affinché si mostri il modo in cui il diritto in realtà operi una qualificazione.

Tale qualificazione che è la prestazione fondamentale del diritto consente il passaggio dal naturale al sociale. Il diritto è quel fenomeno sociale che qualifica un avvenimento naturale immettendolo nel campo del sociale. Per riprendere gli esempi precedenti allora: due individui staranno davanti a un officiante laico o meno, per unirsi in matrimonio o contrarre unione civile. Un giudice pronuncia una sentenza. Una ragazza, munita o meno di biglietto, diventa parte di un contratto di trasporto. Un ragazzo cagiona un danno ingiusto e, per ciò stesso, risarcibile, a un passante, o la morte, dal che discenderebbe la qualificazione di quel fatto come omicidio.

Prendiamo nuovamente l’esempio, pressoché di scuola, del negozio giuridico matrimoniale. Due individui si recano davanti a quello che adesso possiamo anche direttamente chiamare l’officiante di un matrimonio. Tale officiante pronunciando alcune parole *magiche*, “vi dichiaro marito e moglie”, non produrrà alcun tipo di mutazione in termini naturalistici; le due persone non potranno che essere identicamente percepibili rispetto all’istante che precede il pubblico proclamo. Eppure, un effetto invisibile ha preso *forma* fra le parti: un negozio giuridico personalissimo, con gli effetti previsti dalla legge che ne discendono e che danno luogo per il mezzo *giuridico* a entità *sociali* nuove (che è poi l’effetto che le scienze sociali tendono a non ammettere).

Le parti sanno che con quei gesti, fra di loro, esse stanno contraendo matrimonio (significato soggettivo), e in più lo fanno dinnanzi a un soggetto deputato a questo ruolo, di fronte a dei testimoni, per il tramite della pubblica pronuncia di un testo di legge da cui discenderanno gli effetti previsti dall’ordinamento giuridico (significato oggettivo). I due elementi in questo caso coincidono e li vediamo

27 Ibidem.

28 Ibidem.

agire insieme: il fatto naturalistico, percepibile esternamente, aderisce all'accadimento, e non basta che questa immanenza copra solo il significato soggettivo che quel rito possiede per le parti, poiché è necessaria – affinché quei gesti producano effetti e si possano quindi qualificare giuridicamente, cioè oggettivamente, nel lessico kelseniano – una *norma*: “una norma che nel suo contenuto vi si riferisce e gli impartisce il significato giuridico di modo che l’atto possa essere qualificato secondo questa norma”²⁹.

Tale norma è, quindi, *struttura qualificativa* da doversi distinguere, e rispetto alla dimensione psichica, il significato soggettivo che di volta in volta certi gesti posseggono per i soggetti coinvolti in quella prassi, e rispetto alla dimensione fattuale, le occorrenze che si presentano naturalisticamente, i dati fisici.

6. Isolare il diritto

Proviamo adesso a inforcare le lenti di Thomas nel commentare questo primo punto, per poi rivolgerci più largamente alla formazione sociale, seguendo il filo di connessione con la psicoanalisi freudiana.

La qualificazione può causare un effetto tautologico. Ne è consapevole Kelsen tanto quanto Thomas che si esprime proprio in termini di tautologia quando è posto davanti alla scivolosa, in particolare per il suo approccio al diritto, questione di dire cosa il diritto *sia*. Thomas si interroga sulla qualificazione come prestazione fondamentale del diritto non a partire, come per Kelsen, dal progetto di costruzione di una dottrina pura del diritto il cui orizzonte è filosofico ma dall'*isolamento*³⁰ del diritto come prassi sociale specifica (fra, o diremmo, *prima* delle scienze sociali). Thomas definisce il diritto come quel discorso che realizza ciò che designa, ossia quel discorso che, in assenza di “cose” esterne e tangibili, non ha avuto altra scelta che “scoprire”, diciamo così, il suo oggetto in sé stesso³¹.

È a partire da queste premesse che dovrebbe schiudersi il campo di comprensione di un sociale come giuridico, in cui non trova posto qualcosa come un *legame*. Kelsen e Thomas condividono, sulla scorta dell’anti-naturalismo che contraddistingue entrambi, l’ipotesi di una società che può essere tale solo se giuridicamente qualificata. Il sociale è, infatti, tale nella misura in cui è giuridico, ossia istituito; viceversa non si farebbe che mantenere l’equivalenza fra naturale e sociale. E, anzi, non si capirebbe quale operazione consenta il cambio di segno. L’unica qualificazione che permette il passaggio da una serie di fenomeni congiunti, naturali, che si danno indistintamente nel mondo, a una serie di *nomi* (intesi come *nomina iuris*, direbbe Thomas) o *atti* (direbbe Kelsen) prende il nome di diritto dimodoché la *forma* della società è, e non può che essere, *giuridica*.

29 Kelsen 1952: 50.

30 Si veda Thomas 1984 e Napoli 2009 per una proposta di *contre-Isolierung*.

31 Thomas 1978.

Se prendiamo la sua breve *Présentation* in *Annales, Histoire, Sciences sociales*³² vediamo che il confronto che Thomas installa è quello fra il diritto e la storia (e la sociologia, o una certa storia sociale). Le procedure e le categorie della qualificazione sono le componenti quintessenziali del diritto, ciò che Thomas chiama efficacemente la *matière du droit*³³. Il posto in cui tali prassi sono da collocarsi non è però lo stesso che Kelsen mette in luce. Vediamo meglio la questione, che è un fulmineo tentativo di affrontamento nientemeno che del rapporto che intercorre fra diritto e società. Si legge: “È ovvio che tali procedure abbiano posto nella società, e il fatto che siano sociali è tanto ovvio e generico che non ci fa avanzare oltre la tautologia dell’arcinoto ‘ubi societas ibi ius’. La posta in gioco nel diritto non è l’innegabile natura sociale del diritto, ma la forma giuridica delle società – o, per meglio dire, di alcune società, fra cui certamente la nostra”³⁴.

È chiaro che la tautologia che Kelsen aveva notato si legava a qualcosa di diverso e aveva a che vedere con la domanda circa l’oggetto della scienza giuridica. Qui Thomas dice che è tautologico un diverso aspetto, che pure, lo abbiamo visto, sta a cuore a Kelsen, e cioè il rapporto fra il sociale e il giuridico. Allora, qui la tautologia che Thomas vede è relativa alla qualificazione.

Ecco che il problema, dunque, è quello di intenderci sul concetto di qualificazione, il quale non significa propriamente la stessa cosa in Thomas e in Kelsen e, anzi, proprio a partire da questo “aggiustamento” possiamo cogliere uno degli aspetti innovativi di Thomas e una puntellata presa di distanza dal pensiero kelseniano.

Per Thomas la pratica mostra la sua stessa teoria: è dalla prassi stessa che si può dedurre – se vogliamo chiamare così il percorso logico mediante cui si perviene alla teoria – un insieme di qualità che definiscono il diritto; ma, non si possono sganciare le pratiche dalla teoria, se non al prezzo di filosofismi estremamente dubbi, agli occhi di Thomas, ossia al prezzo di smarrire precisamente l’oggetto stesso qui in questione.

Al contrario per Kelsen, il cui progetto è precisamente quello di sganciare il diritto dalla realtà concreta, e costruire piuttosto una dottrina pura dello stesso, che significa in breve, a questo livello del discorso, “pura” rispetto a qualsivoglia contenuto, ossia pura forma, la quale coincide col suo contenuto, e quindi pura in quanto “gnoseologicamente trascendentale”³⁵. È estremamente chiaro se non *tranchant*, Thomas, quando si esprime senza mezzi termini contro un certo kelsenismo, (e kantismo, evidentemente) e scrive che, così come un certo sguardo sociologico ha fatto del diritto una sorta di forza sociale normativa e vincolante – che agisce in un certo campo ed è più o meno interiorizzata dagli attori sociali – così i giuristi della scuola positiva kelseniana non hanno superato altri limiti. Vediamo quali, citando un passaggio che vale la pena di riprendere passo passo, scomponendo

32 Thomas 2002.

33 Ivi: 1427.

34 Traduzione nostra – così come più avanti – del passo contenuto in Thomas 2002: 1427.

35 Kelsen 1952: 65.

gli argomenti che usa Thomas, per poterli efficacemente commentare, ponendo parallelamente dei contro-argomenti kelseniani, al fine di mostrare la distanza e la differenza che intercorre fra i due.

7. Norma di comportamento

Iniziamo da una prima critica di Thomas, circa *Sein e Sollen*:

la nozione di ‘norma di comportamento’ di ispirazione kantiana coglie la dualità dell’*essere* e del *dover essere* nella modalità di un’imposizione più o meno riuscita, e più o meno efficace, del secondo sul primo. Tuttavia, la questione giuridica è ben lungi dall’essere esaurita dalla constatazione, o dal tentativo di riduzione, della dualità fatti-norme.³⁶

Sappiamo che la norma di comportamento prende forma nel pensiero di Kelsen. Il concetto che Kelsen isola, a differenza di Thomas, con riguardo al diritto è proprio *norma*. Lo si vede in molteplici punti della sua opera ovviamente, ma per limitarci ai passi dei *Lineamenti* su cui si poneva l’attenzione già sopra, ecco che proprio qui vi si legge che la dottrina pura del diritto altro non è se non lo studio del diritto come norma, o più precisamente quella “specifica scienza giuridica” che “non rivolge la sua attenzione alle norme giuridiche considerate come fatti di coscienza, né alla volizione o alla rappresentazione di queste, ma la rivolge alle norme giuridiche come strutture qualificative volute o rappresentate”³⁷.

Il diritto, così concepito, è per Kelsen, per sua stessa definizione, una “specifica tecnica sociale” che agisce mediante quella che Thomas chiama *norme de comportement*: “l’ordinamento giuridico parte dal presupposto che gli uomini, il cui comportamento è regolato dal diritto, considerino questo atto coattivo come un male che cercano di evitare. [...] L’ordinamento giuridico ha pertanto il fine di indurre gli uomini a seguire un comportamento contrario”³⁸.

Quando Kelsen è chiamato a occuparsi della esistenza delle norme, egli scinde fra validità-appartenenza e obbligatorietà-efficacia. La prima, la validità, è tale se si guarda all’ordinamento: la norma è valida in quanto facente parte di un ordinamento, essa è esistente in quanto è lì valida (si rimanda qui all’aspetto oggettivo, chiarito sopra).

Ma per ciò che qui interessa è all’obbligatorietà e all’efficacia che dobbiamo rivolgerci. Dal punto di vista del soggetto, una norma valida è una norma che prescrive un comportamento da assumere. Riconoscere la norma valida per il soggetto equivale a tenere quel comportamento che è prescritto dalla norma. Norma di comportamento è norma che pone il dovere di conformarsi a essa, ossia alla prescrizione in essa contenuta. La norma, come si usa dire, orienta il comporta-

36 Thomas 2002: 1426.

37 Kelsen 1952: 54-55.

38 Ivi: 68-69.

mento, per Kelsen. Qui, allora, validità potrà anche sostituirsi con “efficacia”: una norma è efficace, quando riconosciuta valida dal soggetto (quindi, a partire dalla sua prospettiva soggettiva), il quale col suo comportamento si conformerà a essa, così mostrando che la norma lo regola, guida, dirige, o indirizza.

La “vera” validità, la validità in senso oggettivo, non passa per alcun tipo di “rappresentazione”, che è invece un aspetto soggettivo, relativo all’individuo che abbraccia la norma. “Con la rappresentazione” – sottolinea Kelsen – di un “male minacciato nel caso di un determinato comportamento”, la norma persegue “il fine di indurre gli uomini a seguire un comportamento contrario”³⁹.

Si dà il caso che evidentemente, e anzi per il fatto stesso della minaccia sanzionatoria, il soggetto possa anche essere *inversamente* orientato quanto al suo comportamento, e cioè: seguire la norma implica anche, potenzialmente, il conformarsi a ciò che prescrive. Seguire la norma è contravvenire a essa, tanto quanto conformarsi. Nel primo caso non si incorrerà in una sanzione, e viceversa nel secondo caso. Riconoscere una norma è, allora, tanto fare l’opposto di ciò che prescrive e punisce quanto compiere l’illecito che sanziona.

Vediamo meglio la questione attraverso il ruolo della sanzione, che, come si mostrava sopra, è decisiva per Kelsen nella definizione della norma stessa. “La sanzione è imputata all’illecito, non è un effetto dell’illecito”⁴⁰. Da un lato noi abbiamo qualcosa che accade, dall’altro abbiamo qualcosa che *deve* accadere, non come conseguenza di ciò che è successo, ma della qualificazione di ciò che è successo, l’imputazione.

Le norme non ci dicono in un alcun modo cosa accade ma cosa *deve* accadere. Né tanto meno asseriscono che qualcosa è accaduto in natura, ma che *deve* accadere come conseguenza (sanzione) di una condizione posta (norma). Se c’è una analogia con le leggi naturali essa è solo apparente, lo abbiamo visto. Le leggi naturali sono proposizioni esplicative di una relazione che si dà ipoteticamente, così come in diritto. Se a, allora b. Ma nelle leggi naturali dire che se un corpo cade è per la forza di gravità, non è lo stesso che dire “se Tizio commette un reato, allora sarà punito”. Perché? La relazione si dà in modo diverso e precisamente perché in diritto si presenta un giudizio ipotetico tale per cui l’illecito funge da condizione e la sanzione da conseguenza. Ed è, allora, proprio per questo che la sanzione costituisce la norma primaria, in quanto essa è condizione affinché un certo comportamento sia una norma giuridica di comportamento.

Vediamo ad esempio il caso della pena: la pena non è conseguenza del delitto – come si direbbe se si volesse leggerla come una legge di natura –, e cioè, non è l’effetto di un fatto naturalmente prodottosi, ma è ciò che, tramite l’imputazione, *deve* seguire. “Il senso col quale la condizione e la conseguenza si trovano collegate nella norma giuridica è quello del ‘dover essere’”⁴¹.

39 Kelsen 1952: 69.

40 Kelsen 1952: 211.

41 Ivi: 191.

Torneremo sulla serie di implicazioni che discende da qui, quando ci soffermeremo su *Causalità e imputazione*, per mostrare, in specie attraverso una (rinnovata) distinzione fra natura e società, il Kelsen che Thomas ha fatto suo, ma anche il diverso ruolo, che i due autori attribuiscono alla sanzione.

8. Il soggetto di diritto

Proseguiamo, allora, con il passo di Thomas, dove si legge:

La difficoltà del diritto – e della sua storia – risiede altrove. Sta nella logica stessa dell'attuazione delle norme attraverso la riconfigurazione dei fatti davanti ai tribunali. Infatti, le norme non si applicano direttamente ai fatti stessi, che sono infinitamente diversi e polimorfi, così come non si rivolgono immediatamente ai soggetti, che sono irriducibilmente singolari. Si applicano piuttosto a situazioni tipiche, nel cui disegno l'interprete inizia a ridurre i fatti imprimendo loro una forma adatta all'applicazione della norma, e proiettando su di essi i contorni della norma. Allo stesso modo, si rivolgono a soggetti che sono astratti rispetto agli individui stessi come un soggetto grammaticale lo è rispetto alla singolarità di ogni individuo.⁴²

Le norme non si applicano direttamente ai fatti. Riprendiamo da qui. Da un lato anche Kelsen direbbe che è vero, in un certo senso; sarebbe d'accordo, ma a patto d'intendersi rispetto alla norma di cui si sta parlando. Prima di una norma c'è un'altra norma. Fra individuo e norma non c'è un fatto, ma un'imputazione. La norma che punisce con una determinata sanzione un certo fatto, non sta punendo per l'appunto il fatto in quanto tale, ma una condotta che è stata qualificata come illecita da una norma. Tuttavia, ciò che intende dire Thomas, o almeno così si crede, è che, ad ogni modo, Kelsen pone una corrispondenza fra l'agire dell'individuo, il suo comportamento, e la norma.

Allora, la difficoltà del diritto non è risolta mediante la costruzione dualistica che pone norme da un lato e fatti dall'altro. Perché questa, – e qui è esplicitamente espresso il diverso orizzonte di Thomas rispetto a Kelsen – non può dare conto né della *storia* (del diritto) né tanto meno del diritto stesso.

Se così è, agli occhi di Thomas, è perché l'errore di Kelsen non è solo quello di avere schiacciato la norma sul comportamento umano, ma di averlo fatto a partire da una concezione dell'umano come individuo concreto (e non come soggetto di diritto), il cui comportamento può essere guidato da una norma, benché con la mediazione dell'ordinamento giuridico, sistema delle norme giuridiche, che dà unità alla pluralità attraverso la *Grundnorm*.⁴³

Ma i fatti sono troppo diversi e polimorfi, e i soggetti irriducibilmente singolari – avverte Thomas. Bisogna volgere lo sguardo altrove: esplorare il terreno delle

42 Thomas 2002: 1426. Sul soggetto di diritto in Thomas si veda, in ultimo, l'acuta ricerca di Francis 2022.

43 Kelsen 1952: 95 e ss.

mediazioni, che Kelsen non ha battuto, porre l'attenzione verso le prassi di *rimodelage* dei fatti mediante le procedure che li vedono al centro, guardare alle operazioni di riduzione che trasformano i fatti in situazioni tipiche, imprimendo loro la forma che meglio si addice all'applicazione della norma. Di qui, i soggetti che il diritto "maneggia", sui quali compie le sue operazioni magiche, i suoi giochi di prestigio, non potranno che essere anche loro modellati dalle pratiche, mediati dalle procedure, e saranno allora dei centri di imputazione di situazioni tipiche. Non si tratta, evidentemente, di soggetti in carne e ossa, visti *à la* Kelsen come destinatari della norma di comportamento, ma di soggetti assolutamente denaturalizzati: come l'astratto soggetto della grammatica, così è il soggetto per il diritto, sostiene Thomas.

Ma conviene chiarire cosa intenda Kelsen per diritto soggettivo o soggetto di diritto per non incorrere in equivoci, ma soprattutto per non appiattare, a torto, la visione di Kelsen essendo ingiusti nei confronti della sua stratificata concezione.

L'avversario polemico di Kelsen è la scuola storica, con la sua visione del diritto secondo cui vi sarebbe innanzitutto il diritto soggettivo, quindi il soggetto, fondato sulla volontà individuale dell'uomo e sulla sua autodeterminazione, e poi il diritto oggettivo che da quello promanerebbe con i suoi vari attributi, innanzitutto il potere coattivo. Solo per astrazione si passerebbe dal diritto soggettivo, che viene dunque logicamente così come storicamente prima, a quello oggettivo – il primo fondato sulla libertà, il secondo sulla coazione – e cioè mediante norma eteronoma. Kelsen critica innanzitutto – ma è sempre il giusnaturalismo, a ben vedere, il principale *sparring partner* (in questo caso quello promosso dalla scuola storica) – il posto che viene attribuito al diritto oggettivo. Nella dottrina pura del diritto è inammissibile una concezione siffatta. Quanto sostiene Kelsen è, infatti, precisamente il contrario: un diritto soggettivo, se pure lo si voglia distinguere da un diritto oggettivo, non può che essere posto da un ordinamento giuridico. Il "riconoscimento" di diritti soggettivi preesistenti da parte dell'ordinamento non sarebbe che un classico movimento dalle "tendenze giusnaturalistiche"⁴⁴. È evidente il perché Kelsen non può apprezzare questa logica: ci porterebbe fuori del diritto, e precisamente nel mondo della morale e dell'etica, della natura e della giustizia ideale, da cui invece il diritto va "depurato". E, l'ideologia di tale visione, come la chiama Kelsen polemicamente, è chiara e recita come segue: "dapprima si formano i diritti soggettivi, prima di tutto la proprietà, il prototipo del diritto soggettivo (e ciò per via dell'appropriazione originaria), soltanto più tardi appare il diritto oggettivo come ordinamento statale che protegge, riconosce e garantisce i diritti soggettivi formatisi indipendentemente."⁴⁵

Thomas non potrebbe essere più d'accordo su questo specifico punto, e cita Kelsen espressamente, ribadendo:

44 Ivi: 81.

45 Ivi: 78.

L'idea stessa di diritto soggettivo è, analiticamente, fonte di errore. Essa suggerisce che il diritto ritiene che questo soggetto esista naturalmente, mentre ciò che esiste nel diritto, come ha ampiamente dimostrato Kelsen, è un insieme di norme che impongono agli individui governati da un determinato ordinamento giuridico degli obblighi, i quali hanno come controparte i diritti soggettivi – tutto il diritto soggettivo essendo un corollario d'una obbligazione giuridica.⁴⁶

Ma in che modo la dottrina pura del diritto guarda al soggetto di diritto? Innanzitutto, essa supera il dualismo fra un diritto che si presume soggettivo e uno, che ne conseguirebbe, di tipo oggettivo. “Il diritto soggettivo non è diverso da quello oggettivo; è il diritto oggettivo stesso soltanto in quanto si rivolge contro un soggetto concreto (obbligo) oppure si mette a disposizione di questo (autorizzazione) in forza della conseguenza giuridica da esso stabilita”. Vediamo in che modo rileva allora il soggetto di diritto, per arrivare poi a questo “soggetto concreto” in cui si situa l'elemento che Thomas contesta a Kelsen.

Soggetto di diritto – o persona (l'autore non distingue fra i due concetti) – è “un artificio del pensiero” forgiato “sotto la pressione di un linguaggio giuridico antropomorfizzante”⁴⁷, espressione personificante che costituisce il centro d'imputazione di obblighi e autorizzazioni. È sul concetto di obbligo giuridico che tale concezione fa perno. Vediamo perché: da un lato, Kelsen chiarisce che la persona fisica non è da intendersi come l'uomo in carne e ossa, poiché solo alcune sue azioni – non l'individuo nella sua interezza – possono qualificarsi come obblighi o autorizzazioni. La persona fisica è principio d'unità dentro alla pluralità di tali obblighi o autorizzazioni, “il punto comune di imputazione delle fattispecie della condotta umana regolate come obblighi o autorizzazioni”⁴⁸. Ecco che ci si potrebbe aspettare che Kelsen dica che le *persone*, intese come soggetti di diritto, siano autorizzate o obbligate da norme. Ma invece ci avverte: sono obbligati gli *uomini*, e non le persone. Dopo averne spiegato le vicende, e averla vista come un “punto di imputazione”⁴⁹, la logica del soggetto di diritto viene insospettabilmente tolta alla sua stessa forma, sulla scorta di un disvelamento che in realtà pare più tipico di un atteggiamento sociologico che non degno della dottrina pura. Kelsen scrive a chiare lettere: “squarciando totalmente il velo della personificazione si giunge ai rapporti giuridici reali, allora si manifestano sempre e soltanto rapporti giuridici fra gli uomini”⁵⁰.

È come se la finzione che pure aveva decrittato già sotto il profilo della sua logica formale, andasse adesso “svelata” alla maniera del sociologo che, vedendo la finzione non tanto come “artificio del pensiero” (come pure Kelsen stesso l'aveva acutamente definita) quanto come falsità, o come *doxa* – si pensi all'atteggiamento

46 Thomas 1998: 102.

47 Kelsen 1952: 87.

48 Ivi: 88.

49 Ivi: 91.

50 Ivi: 93. La frase viene ultimata con un chiarimento “classico”: “più precisamente fra fatti del comportamento umano che sono collegati reciprocamente dalla norma giuridica, cioè come contenuto della norma giuridica”. Il risultato però non cambia.

di Bourdieu che fa largo uso di tale lemma – ritiene doveroso se non criticamente necessario additare e smantellare⁵¹.

Questo è ciò che Thomas contesta a Kelsen, ossia che dal piano formale (la costruzione giuridica) si possa passare – in aperta contraddizione, diremmo noi adesso, con quanto proprio la dottrina pura lascerebbe presumere – a quello concreto (non le persone o il soggetto di diritto, ma gli uomini). È la sociologia, difatti, a compiere questo passo falso solitamente per Thomas.

La costruzione giuridica ha, infatti, una vocazione normativa, e non descrittiva o esplicativa, come invece quella sociologica. Le costruzioni di cui parlano i sociologi con riferimento al diritto mirano a rivelare in esso degli elementi “reali”: spiegando il diritto come una serie di costrutti sociali, la pretesa della sociologia, quando prende come oggetto d’indagine il diritto, è quella di svelarne la “vera” natura. Accostando le categorie del diritto a quelle del senso comune, inteso come vero o reale, l’intento è in definitiva quello di dimostrare che il diritto è falso!⁵²

Tuttavia, esso non avrebbe bisogno di alcuna disciplina del sapere che ne sveli la falsità dal momento che non considera sé stesso vero o reale, ma *fittizio*. E, c’è di più: nel suo carattere artificiale, e nella sua capacità di funzionare tramite finzioni, risiede il suo potere. Il diritto non si preoccupa affatto di essere scoperto o disvelato per quello che è o sarebbe già, ma di operare tramite “giochi d’artificio”.⁵³

Ed è proprio attorno all’artificio che gira quel modo di guardare al diritto e alle sue operazioni di Thomas, il quale qui mostra, se così si può dire, di essere più kelseniano di Kelsen stesso, o di certo più “puro” della dottrina pura.

Chiariamo: se il reale, l’empirico, è da escludersi, come pare ovunque essere il caso per la dottrina pura, come mai a un certo punto è sugli uomini in carne e ossa (mai sulle persone) che la norma dovrebbe cadere?

Thomas la vede come Kelsen fino a un certo livello del discorso, e cioè fino a quando il soggetto di diritto è da intendersi come centro di imputazione. Ma è il passaggio che segue che Thomas non accetta: non si passa mai in diritto dal soggetto all’individuo concreto. Le donne, gli uomini, chi non si riconosce né nell’uno né nell’altro, i corpi umani in carne e ossa, insomma, non sono affare del diritto.

9. La mediazione istituzionale

Cosa vede al centro del diritto Thomas? Non la norma, non i comportamenti degli esseri umani che la norma orienterebbe. Thomas vede il diritto come quella tecnica che forgia istituti, la cui prestazione fondamentale è per l’appunto istituire,

51 In particolare alla finzione Kelsen ha dedicato un articolo del 1919, si veda per la traduzione italiana Kelsen 1988.

52 Hermitte 1999.

53 Ci si permette di rinviare per una trattazione più approfondita di questo punto a Chiaramonte 2022.

non normare. Non guidare i singoli esseri umani, ma trasformare e potenziare i loro rapporti mediante la mediazione istituzionale. Kelsen non ha di certo una buona parola per questo sguardo, e lo si nota quando asserisce espressamente che si tratta di un atteggiamento proprio della giurisprudenza romana e dei pareri dei giureconsulti, da cui discenderebbe una “concezione avvocatesca che considera soltanto il diritto dal punto di vista dell’interesse di parte”.⁵⁴

Thomas è un romanista, lo sappiamo, e aggiungerebbe una considerazione propriamente tecnica e illustrativa di come quella tradizione funzioni:

Nel diritto romano, allo stesso individuo concreto possono essere imputate più persone. E all’inverso più individui concreti possono avere una sola persona come supporto. Per come è costituita nel diritto, la persona è una funzione astratta, un contenitore che si presta a ogni tipo di contenuto.⁵⁵

Per spiegare questa statuizione, Thomas non può che affrontare una serie di casi, e questo perché il suo modo di fare col diritto si fonda sulla casistica; tutto il contrario che per Kelsen, il quale dà uno scopo “universalistico” e un intento “oggettivistico” alla sua dottrina, la quale si rivolge “alla totalità del diritto e cerca solo di comprendere ogni singolo fenomeno nel nesso sistematico con tutti gli altri e di comprendere in ogni parte del diritto la funzione della totalità del diritto”⁵⁶. Thomas precisa la sua distinzione fra soggetto di diritto e individuo in carne e ossa quando scrive che

La persona oggetto di diritti e obblighi non è l’essere umano concreto, con le sue caratteristiche fisiche e psichiche: è un’asserzione dell’ordinamento giuridico, un punto di personalizzazione delle regole giuridiche che governano questo essere umano. La persona ha, ovviamente, generalmente un individuo come substrato, ma può anche averne diversi, come dimostra l’esempio della cosiddetta persona morale. Può anche non averne, come dimostra la teoria giuridica dell’assenza, che presuppone che i morti possano essere vivi e soggetti di diritto. La persona soggetta a diritti e doveri non è l’essere umano concreto con le sue caratteristiche fisiche e psichiche, ma un’astrazione radicata nell’ordinamento giuridico, un punto di imputazione personalizzato delle norme giuridiche che regolano l’essere umano.⁵⁷

Ma allora agli occhi di Thomas si dovrebbe descrivere diversamente il mondo sociale *more iuridico*. E cioè, innanzitutto, si dovrebbe elidere l’individuo per come inteso e compreso nella dottrina pura. Al suo posto, al posto cioè del singolare, Thomas installa al cuore del diritto il collettivo e il molteplice⁵⁸. Al centro vi sono quelle concrezioni di senso che prendono il nome di istituzioni.

54 Kelsen 1952: 93.

55 Thomas 1998: 98.

56 Kelsen 1952: 93.

57 Thomas 1998: 102.

58 Si veda Spanò 2022; Dello stesso autore, per una acuta introduzione a Thomas, si veda almeno Spanò 2015.

I fatti possono avere posto nel diritto solo nella misura in cui esso stesso nominandoli li istituisce come tali. Poiché nel mondo delle istituzioni non c'è posto per i dati o fatti, ecco che la prestazione prima che il diritto compie è quella di dare *forma* a essi affinché sia possibile al contempo la loro conoscenza e la loro valutazione. Se non fosse giuridicamente qualificato, il mondo sociale – pensiamo a come lo intendono l'antropologia o la sociologia – sarebbe una sequenza interminabile di fenomeni interconnessi senza qualificazione, rispetto ai quali per ciò stesso non sarebbe consentito né discernimento né valutazione⁵⁹. Le due operazioni fondamentali che il diritto compie hanno per Thomas a che vedere precisamente col conoscere e col decidere, col discernere e col giudicare⁶⁰. *Res* è contemporaneamente “cosa” e “disputa”, l'*oggetto in causa*, ossia *cosa* tanto quanto *causa*⁶¹.

Il diritto si può dunque definire come quella tecnica istituyente che modella la realtà attraverso artifici, anzitutto linguistici. I suoi dispositivi sono fatti di lemmi. Il diritto è quell'arte che crea le cose attraverso le proprie parole. La sua natura artificiale e performativa si mostra nella messa in forma di situazioni tipiche, nel *modelage* di istituzioni, che sono, per usare le parole di Deleuze, l'espressione di una *intelligenza collettiva*⁶².

Non vi sono singoli individui a crearle dal momento che, forse, nessun'altra arte tanto quanto il diritto è volutamente dimentica della sua origine e impersonale⁶³; ma non sono destinatari diretti neanche gli individui intesi come esseri concreti, per Thomas, diversamente che per Kelsen, poiché le norme interessano eventualmente i soggetti di diritto e non direttamente gli esseri umani in quanto tali. Questo perché non entra nel diritto nulla che il diritto non abbia già nominato ovvero istituito col suo linguaggio. Il diritto quindi non si rivolge all'individuo concreto poiché lo ha trasformato in debitore, creditore, proprietario, rappresentante. Specie se si guarda al diritto romano – che si è preoccupato anzitutto del destino delle cose, in particolare del patrimonio, e solo di riflesso delle persone implicate in quell'operazione primaria – non è neppure rivolto alla persona, ma alla cosa, la quale – aldilà di qualsiasi primato valoriale, di per sé sconosciuto al diritto – ha un posto di prim'ordine nelle vicende giuridiche. Il materialismo di Thomas permette di illuminare una dimensione del diritto molto più “cosale” che non umana. I beni, *poi* i loro possessori, proprietari o eredi, i quali sono sempre mutevoli, a dispetto di una materia che è ben più longeva⁶⁴.

59 Si veda in particolare Kelsen 1952: 217 e ss.; Thomas 1999, trad. ita 2020 e 2022.

60 La norma non è una definizione, sottolinea Kelsen 1952: 210: “Definizione indica un atto di conoscenza. Gli atti che hanno per oggetto una norma non sono atti di conoscenza; sono atti di volontà”.

61 Ripresa negli anni a seguire, tale questione è già sviluppata esaustivamente nella ricerca dottorale di Thomas 1976.

62 Deleuze 1955, trad. ita 2014.

63 Si veda Thomas 2011 e, in particolare, il saggio: *Idées romaines sur l'origine et la transmission du droit* pp. 69-84; per approfondimento ci si permette di rimandare a Chiaramonte 2022b.

64 Si veda Napoli 2013.

A rigore, dunque, se al posto di “umani” si dicesse “fatti” per Thomas non cambierebbe nulla, essendo entrambi espressioni della natura, del dato, e non del diritto, cioè dell’istituto. Ecco perché Thomas, come sopra si accennava, può considerarsi davvero più kelseniano di Kelsen stesso quando dice che

L’operazione giuridica non consiste nell’impenetrabile e impossibile imposizione della legge sui fatti, ma nella riconfigurazione che qualifica questi ultimi per il giudizio pratico di valore che essa ordina.⁶⁵

Giacché il fatto, così descritto, in quanto tale non ha posto in diritto, Thomas isola questa “riconfigurazione” in quei *mezzi* che sono le istituzioni. Gli umani si servono sì dell’istituto proprietario o della successione ereditaria ma in diritto ciò che rileva è la loro qualifica di proprietario o di successore, non la loro datità in quanto individui concreti.

Ora, Thomas aggiunge:

Questa operazione può essere analizzata da un punto di vista nominalista: ai fatti non viene dato il nome che si adatta alla loro natura, ma quello che si adatta al trattamento che si vuole dare loro. Ma può essere analizzata anche dal punto di vista dell’efficacia delle operazioni giuridiche, dal punto di vista plastico delle forme a cui danno luogo, indipendentemente anche dall’imposizione del diritto sul modo di costringere: la qualificazione giuridica dà forma alla vita sociale, ritaglia e singolarizza entità o relazioni come la persona, la proprietà, il contratto, il lavoro, la rappresentanza, eccetera, tutte forme necessarie alle operazioni pratiche e mutevoli del diritto, che diventano così realtà.⁶⁶

In un’ipotetica sequenza, Kelsen si vedrebbe allora attribuiti i termini *fatti-norme-individui* mentre Thomas *fatti-istituti-giudizi*. Il dialogo più serrato e il Kelsen più apprezzato e fatto proprio da Thomas è senza dubbio quello anti-naturalista. Entrambi gli autori sono acerrimi nemici di ogni forma di giusnaturalismo. Rimane, però, un aspetto che in Kelsen traduce ancora un certo naturalismo: la norma, seppur con una certa dubbiosità (l’essere non tocca mai il dover essere), orienterebbe i comportamenti umani (benché per il tramite dell’ordinamento giuridico); le norme agiscono sui concreti individui. Non sulle persone, ossia i soggetti di diritto, ma sugli esseri umani in carne e ossa.

10. Il posto della coercizione

Riprendiamo allora il filo che connetteva Freud a Kelsen, poi a Thomas. Il ragionamento dei due austriaci ha un punto di congiunzione. Il fattore comune a Freud e Kelsen sta nel posto assegnato nelle loro teorie alla coercizione, *Zwang*. Ma come arriviamo a questo in un saggio che si chiede in che modo si dia il sociale, e cioè

65 Thomas 2002: 1426.

66 Ibidem.

l'istituzione? Bisogna tornare sul punto e vedere in che modo Kelsen legga *norma* laddove legge contemporaneamente anche *coercizione* (*Zwang*). E questo, come sinora fatto, congiuntamente alla lettura di Thomas. Prendiamo avvio dalla teorizzazione kelseniana, per poi fare il contrappunto con Thomas, e alla fine chiarire la relazione Kelsen-Freud e il ruolo di *Zwang* nella psicoanalisi.

“La sanzione è imputata all'illecito, non è un effetto dell'illecito”⁶⁷ sostiene Kelsen. E possiamo facilmente capire il perché adesso: è una norma a vincolare e obbligare, non il fatto in sé, che sarebbe privo di qualificazione giuridica. Sarebbe natura, e non diritto, per l'appunto mero fatto non qualificato giuridicamente. Dal momento che nel mondo del diritto si dà la qualificazione, la relazione fatto-atto si presenterà come *imputazione* e non come *causalità*, la quale è piuttosto una caratteristica dei fenomeni naturali. La legge di gravità costituisce la causa fisica di un oggetto che cade. L'imputazione costituisce il nesso fra illecito e sanzione. L'imputazione è prevista, chiaramente, da una norma.

Quando Kelsen si sofferma a definire il principio di imputazione, distingue fra la condizione di capace e quella di incapace per poter giungere a dire che, nel primo caso l'illecito sarà imputato all'individuo che lo ha commesso, mentre nel secondo caso no. Ora, in entrambi i casi, come avevamo notato in precedenza, si vede la relazione diretta fra norma che sanziona l'illecito e individuo concreto. Questa relazione si dà diversamente in Thomas, che a partire dalla casistica romana, illustra una concezione differente:

L'idea stessa di obbligarsi con le proprie azioni è estranea a un modo di pensare che fa del soggetto l'accessorio della sua azione: *noxae se obligare*, “legarsi al proprio atto” (e non: “essere legati dal proprio atto”), implica una relazione opposta a quella che definisce l'impegno in senso proprio; qui è il misfatto (*nox*) che si racchiude sul colpevole e retroagisce su di lui. Quest'ultimo non è realmente l'agente, ma il soggetto incluso di un reato. Legato o vincolato alla sua azione, non è obbligato a risponderne, ma è esattamente tenuto dal diritto: *actione teneri*, cioè “essere tenuto da un'azione legale”. La relazione non è quindi dall'agente all'atto, ma dall'atto all'agente.⁶⁸

Ciò che in Kelsen si dà in modo diretto e interno (la norma orienta il comportamento dell'individuo, che ne è responsabile), per Thomas, alla luce del diritto romano, si dà solo esteriormente. Il soggetto (non l'individuo) è vincolato dal diritto e cioè dalla azione legale (relazione esterna); qui perciò non è presente alcuna continuità psicologica o morale, che è invece insita nel concetto di responsabilità⁶⁹.

Thomas menziona esplicitamente il “punto di vista kelseniano” in relazione al posto della sanzione e scrive che le leggi romane, da un punto di vista formulare, isolano la sanzione in una specifica norma. Contrariamente a ciò che sostiene Kel-

67 Kelsen 1952: 211.

68 Thomas 1977: 71.

69 Kelsen 1952: 192 e ss. distingue fra obbligo e responsabilità, per contrasto con Austin, ma con una argomentazione e un fine diverso da quello di Thomas. Kelsen isola l'illecito di cui dovrà rispondere chi lo ha effettivamente commesso da quello di cui risponderanno altri, e eventualmente in via collettiva, come può avvenire in diritto internazionale.

sen, quindi, ci troviamo davanti a norme in cui la sanzione, pur essendo complementare alla norma, non è, come Kelsen vorrebbe, *costitutiva* della norma stessa. Dal termine *sanctio* derivano una serie di connessioni, sistematicamente stabilite, col concetto di *munizione*: la norma così vista sarebbe dunque *munita* della sanzione, ma non coestensiva ad essa⁷⁰

Per paradossale che possa sembrare, la visione kelseniana relativa alla sanzione può essere accostata proprio alla tanto contestata sociologia. Durkheim così come Kelsen infatti – e lo sottolinea magistralmente Karsenti⁷¹ – vede la sanzione come costitutiva della norma, e dunque inscindibile da essa. Per la tradizione sociologica, questo ha significato l’ancoraggio alla norma in quanto istituita, e mai come “data” a partire da una ipotetica legge morale: la sanzione non ha nulla di naturale ma è per l’appunto istituita mediante la norma, e non si punisce dunque un comportamento poiché esso sia in sé malvagio, ma poiché una norma lo sanziona – sostiene notoriamente Durkheim.

La domanda che rimane aperta però è: la sanzione è davvero dimensione costitutiva della norma? C’è spazio per una visione che non la veda coestensiva a essa? Che diritto e che sociologia si profilerebbero a partire da questa disgiunzione? L’imperativo normativo è *allo stesso tempo* sanzionatorio per Kelsen. La coercizione *fa* la norma, la quale viceversa sarebbe vuota. La perfetta coestensività fra normativo e coercitivo implica che una norma sia tale nella misura in cui sanziona, e viceversa – il che è lo stesso –, che è la sanzione a fare della norma una norma.

Se non ci fosse trasgressione alla norma, questa non avrebbe di per sé alcun senso. Il delitto allora non è in contraddizione con la norma, ma al contrario la realizza confermandola. La trasgressione alla norma non fa che affermarla – come, tra l’altro, da classico postulato del realismo giuridico. È di qui che per Kelsen l’obbligazione non può che seguire la sanzione, e non viceversa. La sanzione, dunque, ha un primato logico sulla norma: “La norma che ordina il comportamento che evita la sanzione può valere quindi soltanto come norma giuridica secondaria”⁷².

Per Thomas, che offre una diversa genealogia, la risposta è invece negativa: la norma è *munita* di sanzione ma tale sanzione non corrisponde al suo elemento costitutivo. Ora, la domanda qui aperta, e avanzata da Karsenti lettore di Thomas, coincide precisamente con quella che si pone Balibar nel saggio che dedica all’invenzione del *Super-Io* in Freud e che guiderà la disamina del concetto di *Zwang* per la psicanalisi. Balibar sostiene nella sua lettura congiunta di Kelsen e di Freud che il secondo (e non solo il primo, come si sa) abbia subito l’influenza della dottrina pura e che anzi proprio l’invenzione del Super-Io mostri quanto l’elemento coercitivo sia penetrato, per divenire finanche cruciale, nella psicanalisi freudiana. Il sovraindividuale a cui Kelsen si riferisce molteplici volte con riguardo all’istituzione, statale soprattutto, è presente anche in Freud – e secon-

70 Thomas 2011 [1993]

71 Karsenti 2013.

72 Kelsen 1952: 70.

do l'ipotesi di Balibar proprio a partire dalle cruciali domande poste da Kelsen – nella forma del *Super-Io*.

Diversamente che in diritto, nella psicanalisi freudiana per il soggetto non è sufficiente seguire il comportamento contrario a quello che la norma sanziona, anzi si crea qui una equivalenza assurda fra obbedienza e trasgressione. Non è questa la sede per diffonderci a dovere sulla *identificazione* e sulla formazione del *Super-Io* in Freud, ma è necessario almeno ricordare il suo effetto: tanto più il soggetto si avvicina agli ideali dell'Io tanto meno si sentirà di agire nel giusto; sopravviene un sentimento di colpa benché le rinunce richieste per questa adesione all'ideale sono affrontate e accettate. Più si segue la norma più si viene puniti, o meglio, ci si autopunisce. Si instaura quindi una corrispondenza “ingiusta” agli occhi di qualsiasi giurista giacché qui tanto maggiore è l'ottemperanza alla autorità quanto maggiore sarà il bisogno di punizione.⁷³

Quel che invece Freud propone a Kelsen è “un'analisi degli effetti ambivalenti che l'accoppiamento dell'idea di diritto con quella della coercizione statale produce nell'inconscio del soggetto”⁷⁴. Sottolinea efficacemente Balibar:

Tutto si regge – mi sembra – sull'effetto sovversivo prodotto dal confronto tra l'equazione kelseniana *Rechtsordnung ist Zwangsordnung* (l'ordinamento giuridico è nello stesso tempo un ordine coercitivo) e l'equazione freudiana *Schuldgefühl ist Strafbedürfnis* (il senso di colpa è identicamente bisogno di punizione e quindi appello alla trasgressione).⁷⁵

A partire da Freud non vediamo “lo Stato nella testa” ma dobbiamo problematizzare la questione dell'obbedienza, che si dà in due scene, quella giuridico-sociale e quella psichica-inconscia le quali, poste così a confronto, offrono un effetto di deflagrazione⁷⁶. E, forse, non è nemmeno solo o principalmente la questione dell'obbedienza che rileva in Freud quanto quella della coesione che porta l'istituzione a non disgregarsi. O, per lo meno, da un lato la domanda gira attorno alla coesione istituzionale e dall'altro attorno alla adesione a esse.

Va in ultimo chiarito che quella necessità di sicurezza e salvaguardia che Kelsen non può che leggere attraverso e con l'istituzione è da Freud posta nell'Io. È l'Io a essere orientato alla autoconservazione, e a dovere controllare l'orientamento al piacere (proprio dell'Es, che di per sé non presenta tratti morali, anzi è del tutto amorale). L'Io deve costantemente compiere sforzi di moralità e si trova in seno una istanza iper-morale che è il Super-Io. “L'Io è soggetto all'imperativo categorico del Super-Io”⁷⁷. L'ostacolo, il divieto che segue alla ammonizione, è eretto dentro l'Io. Tale potente formazione che reagisce alle scelte oggettuali è ciò che prende la forma della critica. Il Super-Io è la severa istanza interna all'Io – quel gradino all'interno di sé stesso – che assume le sembianze del senso di colpa e di ciò che

73 Balibar 2012: 79.

74 Balibar 2012: 77.

75 Ivi: 89.

76 Ivi: 75.

77 Freud 1977: 510.

solitamente chiamiamo coscienza morale. Tale “carattere rigido e spietato” è descritto da Freud come un “imperioso *dover essere*”⁷⁸.

Il linguaggio che è comune a quello giuridico viene spesso impiegato, come in un passo a seguire in cui Freud scrive che “in rapporto all’azione l’Io ha più o meno la posizione di un monarca costituzionale senza la cui ratifica nulla può divenire legge, e che però esita a lungo prima di opporre il proprio veto a una proposta del parlamento”⁷⁹.

L’Io non è padrone in casa propria, ma come sottolinea il Freud de *Il disagio della civiltà* il collettivo *deve* sostituire l’individuo. “Questa sostituzione del potere della comunità a quello del singolo è il passo decisivo verso la civiltà”⁸⁰.

11. Conclusioni

Per concludere, si potrebbe azzardare nel dire che, se c’è una “verità” per l’individuo concreto, dove l’individuo concreto, singolare e irriducibile – come lo chiama lo stesso Thomas – merita e assume un posto centrale, questa è la psicanalisi. (Non ci si può qui diffondere sui modi di questo “individuale”, tuttavia va precisato che, con ciò, non si intende negare la tesi che fa di questo “individuale” già sempre un *transindividuale*⁸¹).

Si aggiunge questa implicazione che non si pretende di mettere in bocca a Thomas. Si crede di poter sostenere, tuttavia, che così si possa dedurre quando emerge, per via inversa, che il ruolo del diritto non è quello di indirizzarsi agli individui concreti, ma di mettere in forma giuridica il sociale, e ciò anche mediante l’istituzione del *soggetto*. E si potrebbe pensare questa prospettiva come la migliore garanzia che il diritto possa fornire, non visto come la fonte di un’etica, e cioè dell’orientamento dei nostri comportamenti ma come deposito di quelle concrezioni di senso che sono le istituzioni.

Questa è la prestazione fondamentale del diritto e il senso che, scavando negli archivi e nella casistica romana, Thomas ci offre. Se il diritto non si permette di penetrare nelle vite degli umani in carne e ossa, e se però fornisce loro strumenti per fare e disfare le forme di vita che preferiscono, allora, ecco che, qualora di converso si voglia isolare un sapere che invece della singolarità e irriducibilità dell’umano si occuperà, quello potrebbe avere il nome di psicanalisi. Mischiare questi due mondi crea confusione in merito al soggetto: il soggetto di diritto non è il soggetto della psicanalisi. Ma rischia di produrre un altro autogol: attribuire al diritto ciò che gli umani hanno deciso di farne, specie a partire dall’età moderna: una fonte di limitazione per le molteplici forme di vita che si desidera assumere. Per questo motivo Thomas non usa mezze parole quando sostiene che

78 Freud 1977: 516 (corsivo nostro).

79 Freud 1977: 517.

80 Freud 2012: 231.

81 Ci si riferisce alla lettura che di Freud è stata proposta da Balibar; sul transindividuale sono da vedere anche Morfino e Balibar (a cura di) 2014, da Read 2018 e Morfino 2022.

certi “psico-giuristi” sono dei conservatori che dicono al diritto, à la Maine, di esserlo per sua stessa *natura*.⁸² Ma se il diritto è, come si è tentato di sostenere, precisamente quella tecnica di trasformazione che mediante l’artificio denaturalizza il mondo sociale, allora non si potrà più dire così disinvoltamente come il diritto deve svolgere la sua funzione di orientamento dei comportamenti perché non è faccenda sua.

E, anzi, la questione che si aprirebbe sarebbe del tutto diversa: di fronte a quale visione del diritto ci troveremmo se ripensassimo, a partire dall’externalità della sanzione alla norma, l’equazione *Rechtsordnung ist Zwangsordnung*? Se, in altre parole, il diritto non equivalesse alla coercizione, se il modello con cui guardiamo al diritto non fosse sempre, più o meno consapevolmente, quello penale, cosa ne sarebbe di *ius*?

Bibliografia

- Balibar E. 2012, “Freud e Kelsen. L’invenzione del Super-Io”, *Quaderni materialisti*, 10: 58-92.
- Balibar E. 2020, *Filosofie del transindividuale: Spinoza, Marx, Freud*, Milano: Mimesis.
- Barberis M. 2022, *Diritto in evoluzione. Un manuale?*, Torino: Giappichelli.
- Benvenuto S. 2021, *Soggetto e masse. La psicologia delle folle di Freud*, Roma: Castelvecchi.
- Chiaramonte X. 2022 “Law Is Other Wor(l)ds”, in *The Case for Reduction*, (a cura di) C. Holzhey e J. Schillinger, Berlin: ICI Berlin Press, 227-50.
- Chiaramonte X. 2022b, “Instituting. A legal practice”, *Humana.Mente Journal of Philosophical Studies*, 15, 41, 1-23.
- Deleuze G. 2014 [1955], *Istinti e istituzioni*, (a cura di) U. Fadini e K. Rossi, Milano: Mimesis.
- Francis C. 2022, “The subject and/of the law: Yan Thomas and the excess of history over concept”, *Afterlives: transcendentals, universals, others*, (a cura di) P. Osborne, London: CRMEP, 72-100.
- Freud S. 1977, *Opere. L’io e l’es e altri scritti (1917-1923)* (Vol. 9), Torino: Bollati Boringhieri.
- Freud S. 2011 [1921], *Totem e tabù – Psicologia delle masse e Analisi dell’Io*, Torino: Bollati Boringhieri.
- Gallini, C. 1985 [1893], “Introduzione”, in S. Sighele, *La folla delinquente*, (a cura di) C. Gallini, Venezia: Marsilio, 7-43.
- Hermitte M-A. 1999, “Le droit est un autre monde”, *Enquête* [En ligne], 7, consulté le 19 avril 2023. URL: <http://journals.openedition.org/enquete/1553>; DOI: 10.4000/enquete.1553
- Karsenti B. 2013, “Loi et sanction. L’«Isolierung» de Yan Thomas”, (a cura di) P. Napoli, *Aux origines des cultures juridiques européennes. Yan Thomas entre droit et sciences sociales*, Roma: École française de Rome: 235-248.
- Kelsen H. 1952 [1934], *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Torino: Einaudi.
- Kelsen H. 1981 [1922], “Il concetto di Stato e la psicologia sociale. Con particolare riguardo alla teoria delle masse di Freud”, in *La democrazia*, trad. di G. B. Contri e C. Marzotto, Bologna: Il Mulino, 385-437.

- Kelsen H. 1988, "Sulla teoria delle finzioni giuridiche" in *Dio e Stato. La giurisprudenza come scienza dello spirito*, (a cura di) A. Carrino, ESI, 235-265.
- Kelsen H. 1922, *Che cos'è la dottrina pura del diritto?*, (a cura di) T. Gazzolo, Milano: La Nave di Teseo.
- Gazzolo T. 2022, "Kelsen, o la possibilità del diritto", in H. Kelsen, *Che cos'è la dottrina pura del diritto?*, (a cura di) T. Gazzolo, Milano: La Nave di Teseo: 9-92.
- Morfino V., Balibar E. (a cura di) 2014, *Il transindividuale. Soggetti, relazioni, mutazioni*, Milano: Mimesis.
- Morfino V. 2022, *Intersoggettività o transindividualità. Materiali per un'alternativa*, Roma: Manifestolibri.
- Napoli P. 2009, "La pensée de «l'entre»", *Agenda de la pensée contemporaine*, (14) 157-164.
- Napoli P. 2013, "Indisponibilità, servizio pubblico, uso. Concetti orientativi su comune e beni comuni", *Politica & Società*, (3): 403-26.
- Read, J. 2018, "The Transindividual Unconscious", *Australasian Philosophical Review*, 2 (1): 62-68.
- Spanò M. 2022, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, Rosenberg & Sellier.
- Spanò M. 2015, *Le parole e le cose (del diritto)*, in Yan Thomas, *Il valore delle cose*, a cura di Michele Spanò, Quodlibet, Macerata.
- Thomas Y. 1976, *Causa. Sens et fonction d'un concept dans le langage du droit romain*, Paris: Thèse de doctorat d'Etat en droit.
- Thomas Y. 1977, "Acte, agent, société. Sur l'homme coupable dans la pensée juridique romaine", *Archives de Philosophie du Droit*, 22 (1): 63-83.
- Thomas Y. 1978, "Le droit entre les mots et les choses. Rhétorique et jurisprudence à Rome" in *Archives de Philosophie du Droit*, 23: 93-114.
- Thomas Y. 1984, "Mommsen et «l'Isolierung» du droit. Rome, l'Allemagne et l'Etat", prefazione a T. Mommsen, *Droit public romain*, Paris: De Boccard, vol. 1: 3-48.
- Thomas Y. 1998, "Le sujet de droit, la personne et la nature: Sur la critique contemporaine du sujet de droit" *Le Débat*, 100: 85-107.
- Thomas Y. 2002, "Présentation" in *Annales, Histoire, Sciences sociales*, 57 (6): 1425-1428.
- Thomas Y. 2011 [1993], "De la «sanction» et de la «sainteté» des lois à Rome. Remarques sur l'institution juridique de l'inviolabilité", *Les opérations du droit*, Paris: EHESS-Seuil-Gallimard.
- Thomas Y. 2011, *Les opérations du droit*, Paris: EHESS-Seuil-Gallimard.
- Thomas Y. 2020 [1999], "Prefazione a L'artificio delle istituzioni", (a cura di) M. Spanò, in *Almanacco di Filosofia e Politica 2. Istituzione. Filosofia, politica, storia*, (a cura di) M. Di Pierro, F. Marchesi, e E. Zaru, Macerata: Quodlibet: 249-253.