

IL DIRITTO E LA VIOLENZA. A PARTIRE DA CHRISTOPH MENKE

1. La violenza del diritto - 2. Dover-essere e dovere-di-essere - 3. Il “fuori” del diritto - 3.1. Il “non-giusto” - 3.2. L’eccezione - 4. Passaggi critici - 5. Che cosa significa “destituzione” del diritto?

Abstract

L’articolo è dedicato al problema del rapporto tra diritto e violenza, a partire dal confronto con la riflessione di Christoph Menke. In particolare, la “violenza del diritto” viene qui intesa non come la violenza di cui il diritto, inevitabilmente, si serve per realizzarsi, ma come la violenza che il diritto stesso è.

The article is devoted to the problem of the relationship between law and violence, starting with a comparison with Christoph Menke’s reflection. In particular, the ‘violence of law’ is understood here not as the violence that law inevitably uses to realise itself, but as the violence that law itself is.

Keywords: Violence, Law, Menke, Sollen, Ought-to-be.

1. La violenza del diritto

Che cosa significa “violenza *del* diritto”? Che cosa dice, qui, il genitivo “del”? La violenza che il diritto è, o la violenza che il diritto esercita? Il diritto è violenza, o, diversamente, il diritto si attua, opera, agisce con violenza? Si tratta davvero di una differenza, qui? Proverò a fornire una prima, provvisoria, risposta alla fine di questo paragrafo. Per ora, queste domande mi servono soltanto a “dialogare” con il libro di Christoph Menke, *Diritto e violenza* – finalmente tradotto nella collana *Ombre del diritto* diretta da Francesco Mancuso per Castelvechi¹.

Capita, talvolta, che certe tesi, certe riflessioni, possano divenire chiare al suo autore soltanto attraverso la lettura del libro di un altro. Di qualcuno che ti concede, così, la «possibilità di pensare grazie a lui pensando a lui»². Così è accaduto, per me, con il testo di Menke. Il che non ne fa, per ciò che mi riguarda, un libro come gli altri, un libro che potrei trovare “interessante” o meno.

¹ C. MENKE, *Diritto e violenza*, trad. it. a cura di F. Mancuso e G. Andreozzi, Roma, 2022. La traduzione dal tedesco del libro, di Giovanni Andreozzi, comprende anche la traduzione del testo di Menke *Die Kritik des Rechts und das Recht der Kritik*, qui pubblicata come postfazione con il titolo *Com’è possibile in generale una critica del diritto?* L’edizione italiana comprende anche un saggio introduttivo di Francesco Mancuso, dal titolo *Oltre il destino della violenza*, ed una postfazione conclusiva di Giovanni Andreozzi, dal titolo *Entsetzung del diritto: sulla prospettiva critica di Christoph Menke*.

² J. DERRIDA, *Dovrò camminare da solo*, in ID., *Ogni volta unica, la fine del mondo*, trad. it. di M. Zannini, Milano, 2005, p. 209.

Sapevo di essere costretto a confrontarmi con lui – è questa la sensazione che ho provato, fin dalle prime pagine. Costretto perché solo in questo confronto avrei potuto chiarire, grazie a lui, la mia stessa ricerca sul diritto, ed il suo rapporto con la violenza. Non riesco a parlare di Menke, in altri termini, senza parlare di me – ma questo sia detto a testimonianza dell'importanza del suo libro, e non certo della mia voglia di “introdurmi” dentro di esso.

Fin dalle *Considerazioni preliminari* c'è qualcosa che fa problema, che devo provare a capire e spiegare. La tesi di Menke è che il rapporto tra diritto e violenza non possa che essere compreso a partire da due proposizioni in contraddizione tra loro: che il diritto è il contrario della violenza, da una parte, e che il diritto è esso stesso violenza, dall'altra. In particolare, il diritto è violenza, scrive Menke, in quanto esso *esercita* violenza, in quanto, cioè, la violenza starebbe nel modo in cui il diritto realizza la propria pretesa. È cioè l'«impiego della violenza» (*Gewaltanwendung*) che farebbe problema – dove, per “violenza”, Menke intende un «modo di agire che lede l'integrità del corpo o dell'anima»³. “Violenza” traduce *violare*: è, cioè, il *fare* violenza, è qualcosa che riguarda l'agire, una modalità d'azione (*Wirkungsweise*).

La proposizione “il diritto stesso è violenza”, è allora intesa da Menke, almeno nelle prime pagine del libro, in questo senso preciso: il diritto è violenza in quanto fa violenza, in quanto impiega la violenza per affermarsi – diremo pure: per poter imporre se stesso. Non voglio dire che sia scorretto quanto scrive Menke, che non *corrisponda* alla realtà del diritto. Pure, non sono convinto che il diritto sia esso stesso violenza nell'accezione che fa propria e per le ragioni che Menke espone.

Il “nodo” concettuale intorno al quale credo occorra ragionare, riguarda la definizione di che cosa sia il diritto. Se pur implicitamente, Menke identifica il diritto con il *dovere-di-essere*. O, in altri termini: per Menke, non c'è diritto, non c'è dover-essere, che non contenga in sé la necessità, l'*esigenza* di passare all'essere, di “realizzarsi” nel senso di divenire efficace, “effettuale” (*wirklich*). La “pretesa” del diritto, cioè, è di *agire*, in quanto esso pretende che l'essere si *adegui* al dover-essere, la realtà fattuale alla regola giuridica che si riferisce ad essa. Il diritto regola il comportamento, insomma, e lo fa esprimendo – ed assicurando – la pretesa che ciò che deve-essere fatto *sia* fatto. Come vedremo ancora, in Menke è questa pretesa ad implicare, inevitabilmente, la violenza, il fatto che il diritto si imponga *con* violenza e facendo violenza. Credo che occorra, però, assumere fino in fondo la tesi da cui avevamo preso le mosse, dandole il significato appropriato. Conveniamo con

³ C. MENKE, *Diritto e violenza*, cit., p. 16.

Menke: violenza è *assenza di diritto*. Quando, allora, diciamo che il diritto è violenza, diciamo che il diritto non esiste che come violenza, ossia in assenza di diritto. Diciamo, cioè, che il diritto è sempre senza diritto.

2. Dover-essere e dovere-di-essere

Per spiegare la “violenza del diritto” dovremo però, forse provare a smettere di parlare di “violenza”, per riferirci al concetto che stiamo cercando di chiarire. “Violenza”, riferito al diritto, infatti, è termine suggestivo – che sembra richiamare, essenzialmente, l’idea di spargimento di sangue –, ma del tutto impreciso. Se proviamo a darne una definizione più rigorosa, in realtà essa, in diritto, ha due significati possibili. Si può intendere, infatti, con “violenza”, ogni atto che implichi una limitazione, se non l’esclusione, della libertà di autodeterminazione altrui – è il significato che Menke, almeno nelle prime pagine del libro, fa proprio (quando parla del diritto come di «violenza esterna, che investe il corpo, così come la violenza interna che lede l’essere e l’anima del condannato», o quando parla di «pura imposizione»). Ora, se intendiamo parlare della “violenza” in questa accezione, allora dobbiamo ammettere che non è vero che il diritto *sia* violenza. Al limite, dovremmo dire che il diritto agisce *con* violenza (ed è questa la tesi che, in effetti, Menke, all’inizio, in realtà sembra voler sostenere).

C’è però un altro significato possibile di “violenza”, di ciò che Menke chiama pura *imposizione*. Violenza non indica, qui, che ciò che accade *de facto*. Ogni accadimento della realtà è, in qualche modo, “violento”, laddove accada senza diritto. Ciò che accade *de facto tantum* (di solo fatto e non di diritto). È il significato, per intenderci, che si può trovare in Marsilio da Padova, quando scrive contro quei vescovi che «affermano che è solo di fatto (*de facto*), per violenza e non di diritto (*de iure*), che sono sottoposti al giudizio dei governanti secolari»⁴. O che è implicito ogni volta che si parla di un “potere” che si impone *de facto* – ossia: in assenza di diritto, e quindi in modo illegittimo, con violenza, e così via⁵.

⁴ MARSILIO DA PADOVA, *Il difensore della pace*, trad. it. a cura C. Vasoli, Torino, 1960, p. 676.

⁵ Cfr. ad esempio A. GROPPALI, *Dottrina dello Stato*, Milano, 1952, p. 222: «Ora, in contrapposto ai governi di diritto (*de jure*), col termine “governi di fatto” (*de facto*) si designano quei governi che sono arrivati al potere con la violenza od in forza di un’insurrezione popolare».

Si chiarisce così in che senso il diritto è sempre anche violenza, che cosa ciò significhi: significa che *il diritto è sempre anche il suo fatto*, il suo porsi *de facto* – ossia in assenza di un precedente diritto che ne legittimi quel porsi. Se il diritto è (anche) violenza, e lo è nel suo stesso porsi, darsi come diritto, è perché questo porsi, questo “darsi”, è appunto qualcosa che accade *de facto*, in assenza del diritto stesso.

Possiamo dirlo, ancora, in un altro modo. Se il diritto è dover-essere, è *Sollen* – è, cioè, un modo di linguaggio che pretende di dire come le cose devono-essere –, allora tutto ciò che è *de facto* non è altro che l'essere, le cose per come di fatto sono. In questo senso, la proposizione secondo cui il diritto è anche sempre violenza può essere tradotta con la proposizione secondo cui *il dover-essere è sempre anche il suo essere*. E cioè: il dover-essere non può affermare se stesso se non *ponendosi* come tale, e cioè ponendo il suo proprio essere⁶.

Le tre proposizioni (a) “il diritto è esso stesso violenza”, (b) “il diritto è anche il suo stesso fatto” e (c) “il dover-essere è sempre anche il suo essere” dicono – se correttamente intese – lo stesso. Dicono – è qui ciò che mi divide profondamente da Menke – che la contraddizione, l'aporia, non sta nella differenza tra il diritto ed il suo modo di agire, di realizzare la propria pretesa, ma nel concetto stesso di diritto, nella circostanza per la quale il diritto non può affermarsi, *dirsi*, se non come ciò che è senza diritto. Le riformulazioni che ho proposto, servono proprio a rendere *leggibile* questa aporia, questa *contraddizione* di un diritto che si afferma come un fatto, di un dover-essere che si afferma come un essere.

Per questo, dal mio punto di vista, la questione della relazione tra diritto e violenza è radicalmente diversa da come Menke la pensa. Perché, se per lui il problema consiste nel fatto che il diritto non potrebbe sopravvivere senza ricorrere alla violenza – il problema, lo ripetiamo, è cioè che il diritto *agisce* con violenza –, per me, diversamente, la questione è che il diritto è (anche) sempre violenza. *Das Recht ist selbst Gewalt*: credo che occorra, in altri termini, assumere questa posizione di Menke in ciò che propriamente dice, ossia che il diritto è *esso stesso* violenza – mentre, ripeto, mi pare che Menke, subito dopo averlo affermato, cambi prospettiva.

Credo che le ragioni di questa differenza dipendano, in ultima istanza, dal modo in cui muoviamo, entrambi, dal concetto di dover-essere. Come accennavo, in Menke il dover-essere è

⁶ Questo tema è sviluppato in due miei testi recenti: T. GAZZOLO, *Origin of law*, in *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 108, 4, 2022; ID., *Kelsen, o la possibilità del diritto*, in H. KELSEN, *Che cos'è la dottrina pura del diritto?*, Milano, 2022, pp. 9-92.

pensato come dovere-di-essere, ossia come un dovere che, in sé, esige di essere attuato, realizzato: di *essere*, ossia di trovare esistenza, effettività, sul piano della realtà. Per questo il diritto è essenzialmente *agire*, è cioè il movimento del suo attuarsi nel senso di farsi *wirklich*, (im)porsi nella e come “realtà”. Ora se il diritto è il suo realizzarsi (è la sua *Verwirklichung*, il suo affermarsi nella realtà effettiva), diventa chiaro perché Menke possa affermare che esso è violenza: perché esso si realizza, si attua, entra *nella realtà effettuale*, in modo necessariamente violento.

Se si dice che il diritto consiste nel suo realizzarsi – ed è questo, credo, il solo modo che Menke ha per tenere insieme l’affermazione secondo cui il diritto è esso stesso violenza con quella secondo cui la violenza consiste nel suo modo di agire, di realizzare le proprie pretese –, si sta dicendo che il dover-essere consiste *nel suo essere* (inteso come essere “effettuale”, come *Wirklichkeit*). Finché non si “realizza”, in altri termini, il diritto resterebbe nient’altro che una *mera* pretesa, potremmo dire con Menke – e tutto si gioca qui, per lui, nella contraddizione tra la pretesa (*Anspruch*) del diritto di porre fine alla violenza e la violenza che «inevitabilmente ritorna nel modo in cui il diritto realizza questa pretesa (*mit der das Recht diesen Anspruch verwirklicht*)»⁷.

Il diritto è essenzialmente “pretesa”, per Menke, *Anspruch* – termine difficile, che rimanda, perlomeno, alla costruzione del concetto romano di *actio* da parte di Windscheid. Weismann definiva la “pretesa” come «il diritto nella sua direzione verso una persona e un evento»⁸, e qualcosa di analogo direi che vale per Menke. Il diritto, cioè, è pretesa nel senso che è dovere-di-essere, è dovere che esige di essere, e che trova nella sua realizzazione il proprio “essere”. Credo che, da qui, passino diversi problemi. Bisognerebbe, però, anzitutto, capire cosa intenda Menke con quella “e”, quell’*und* che separa, che indica uno iato, uno scarto, tra la pretesa del diritto a porre fine alla violenza e la realizzazione (violenta) di quella pretesa. Che cosa dice quello *scarto*, come lo pensa Menke?

Se questo scarto, per Menke, definisce la *contraddizione* che sarebbe propria del diritto, è perché, credo, in esso viene indicato esattamente come il dover-essere, per poter essere ciò che è (ossia: pretesa che l’essere si adegui ad esso), deve, esige – logicamente – di *essere* (ossia: esige l’adeguamento dell’essere ad esso). Menke ha dunque ragione: il diritto, in questo senso, sarebbe il contraddittorio affermarsi del dover-essere come essere, la contraddittoria affermazione dell’*essere del*

⁷ C. MENKE, *Diritto e violenza*, cit., pp. 15-16.

⁸ J. WEISMANN, *Hauptintervention und Streitgenossenschaft. Ein Beitrag zu den Grundlehren des Aktionen- und Processrechts*, Leipzig, 1884, p. 77: «Das Recht aber in persönlicher Richtung und in Richtung auf einem Erfolg nennen wir Anspruch».

dover-essere. Negazione del dovere nell'essere, perché «il dovere che è, nega se stesso, dacché essendo perde se stesso, la sua doverosità»⁹. È questa contraddizione logica che sta dietro ciò che Menke denuncia: ossia che il diritto pone fine alla violenza attraverso la violenza. Ma essa si definisce in questi termini se e solo se si assume che il diritto non sia dover-essere, bensì dovere-di-essere, ossia dovere che, per “essere” ciò che è, deve farsi *essere*. E dunque, aggiungo, negarsi come tale, negare se stesso.

È allora l'idea che il diritto sia regola del comportamento, sia cioè un dovere che “mira” all'azione, al suo realizzarsi, al suo essere, che andrebbe finalmente ripensata, credo. La “violenza” (o: il fatto) non è la modalità con cui il diritto si attua, non è semplicemente il modo in cui il diritto agisce. È il modo in cui il diritto “è”. È il *porsi* stesso del diritto ad essere violenza, ad essere un fatto. Il diritto è senza diritto. Per quanto, allora, il diritto non si dia che come altro rispetto al fatto, a ciò che esiste solo *de facto*, esso stesso non esiste che di fatto, non esiste che come un fatto. Per poter parlare del diritto, per poter anche solo iniziare a considerare il diritto, devo sempre muovere dal *fatto* del diritto, dal fatto che esso c'è – ma, al contempo, non c'è diritto se non riesco a dirne, se esso stesso non riesce ad affermarsi come differenza rispetto al fatto. In altri termini: anche il dover-essere non si dà se non come qualcosa che “è” essere. Ma, al contempo, il dover-essere “è” – intendi: è se stesso, è dover-essere – solo non essendo, solo se *non* è il *suo* stesso essere.

La contraddizione, allora, non è tra il diritto e la sua modalità di realizzazione, tra il diritto per come esso è, diremmo, e il diritto per come si “attua” nella realtà; la contraddizione è interna al concetto stesso di diritto. La contraddizione è tra il diritto ed il suo “essere”, dal momento che il diritto è qualcosa che, per poter essere se stesso (ossia dover-essere), deve *non* essere. Siamo così tornati alla formulazione dei “paradossi” che avevamo proposto: il diritto è anche sempre il *suo* fatto; il dover-essere è sempre anche il *suo* essere. È questo che fa problema. Ed è questo il terreno su cui l'aporia del diritto va ripensata. Il problema del rapporto tra diritto e violenza, la “contraddizione” che deve poter essere risolta per poter “salvare” il diritto, è – a mio avviso – il problema del rapporto tra il diritto ed il suo fatto, il dover-essere ed il suo essere.

Non si tratta, allora, di poter pensare un diritto che non “sia” violenza, sia *distinto* dal suo fatto – come se potesse darsi un diritto indipendente e *separato* dal suo stesso esserci. Si tratta, piuttosto, di poter pensare un diritto che sia la *differenza tra sé ed il suo stesso fatto*. Differenza che

⁹ V. VITIELLO, *Immanuel Kant. L'Architetto della Neuzeit*, Roma, 2021, p. 267.

non è “data”, ma che il diritto stesso deve poter fare, nel suo farsi¹⁰. Ma differenza che è, come necessità *logica*, inscritta nel concetto stesso di diritto, di dover-essere – “diritto” dice, cioè, la (necessità della) propria differenza dal suo stesso fatto, “dover-essere” dice la (necessità della) propria differenza rispetto al suo stesso essere. Qui, come dovremo vedere, si gioca, a mio avviso, il senso della «destituzione» del diritto – cui Menke dedica la terza e ultima parte del suo testo.

Ancora una precisazione, ed un chiarimento. Menke insiste più volte – anche rispetto alle discussioni che il suo libro ha provocato – sul fatto che la violenza del diritto andrebbe intesa come ciò che non attiene ai mezzi di cui il diritto si serve, ma alla forma stessa del diritto. La violenza del diritto sarebbe, cioè, «una determinazione ontologica», in quanto definisce «l'essenza del diritto: la modalità in cui esso consiste ed opera»¹¹. Eppure, come si vede, Menke continua a dire che l'essenza del diritto comprenderebbe anche le modalità (violente) attraverso cui esso opera. Questo perché, in ultima istanza, per lui l'essenza del diritto è inseparabile dal modo in cui il diritto si realizza, si impone sull'essere – in quanto il diritto è dovere-di-essere. Violento, allora, non è mai per Menke il *fatto* del dover-essere, quanto la *pretesa* del dover-essere di essere.

Per questo, anche quando Menke passa dall'idea che “violenza” indica la *modalità* attraverso cui il diritto si realizza, si impone (cfr. p. 52: «il diritto deve continuamente imporre se stesso, con violenza»; p. 59: «nei loro confronti il diritto non può presentarsi con il potere normativo del convincimento e della giustificazione, ma solo con la violenza del proprio imporsi tramite minacce, restrizioni, lesioni»), all'idea che “violenza” dica l'essenza stessa del diritto, in realtà non “cambia”, propriamente, idea. Dire che la violenza non è un *mezzo*, ma è la forma del diritto, significa dire, per Menke, che la violenza del diritto non riguarda il suo impiego di certi mezzi (la costrizione, la punizione, etc.), bensì il fatto del suo *imporsi*. Senonché, Menke continua a intendere che violento non sia il *fatto* del diritto, ossia il *porsi* del diritto come tale, quanto il suo *imporsi*, ossia il suo pretendere, più che di valere, di farsi effettuale, di essere osservato, applicato.

Quando, con Benjamin, si definisce la violenza che *crea* il diritto, che lo pone, come non altro che il *fatto* del diritto che *si* (im)pone, si possono allora intendere due cose diverse: (a) che il

¹⁰ Qui andrebbe ripreso, e a fondo, il modo in cui Derrida definisce la relazione tra forza (e non: violenza) e diritto, se non altro perché nella “forza di legge” si può pensare, credo, proprio la *differenza* che la legge, affermandosi come forza, dice tra sé e la propria forza, la forza della sua affermazione. Non possiamo, tuttavia, affrontare la questione, se non altro perché in gioco, nei testi di Derrida, c'è anche e sempre il problema della differenza tra il diritto e la giustizia, che richiederebbe, va da sé, una trattazione a parte. Cfr., sul tema, A. ANDRONICO, *La disfunzione del sistema. Giustizia, alterità e giudizio in Jacques Derrida*, Milano, 2006, soprattutto pp. 111 ss.

¹¹ C. MENKE, *Postfazione*, in ID., *Diritto e violenza*, cit., p. 89.

diritto è senza diritto, in quanto non si pone che come un fatto – che esso è il fatto del suo stesso porsi, ed è questo fatto ad essere violento, in quanto non è altro che *mera posizione di se stesso*; (b) oppure, è l'interpretazione di Menke, che il diritto è senza diritto, in quanto non si impone sull'essere che come un fatto – che esso, cioè, è la mera imposizione sull'altro di se stesso. Dovremo, inevitabilmente, tornare su tutto ciò, ma è su questo punto, credo, che posso cominciare a rispondere alle domande che mi ponevo all'inizio, circa il significato dell'espressione “violenza *del* diritto”:

(a) se il diritto è *dovere-di-essere*, come Menke assume, allora si può rispondere che il diritto è violenza in quanto la esercita, in quanto agisce con violenza. Qui, non c'è distinzione tra il diritto ed il suo modo di imporsi, dal momento che il diritto è definito come dovere che esige di essere, e che dunque ha, nella sua “imposizione”, un momento necessario del suo stesso costituirsi come diritto. Questa è la ragione per cui Menke può affermare che la violenza costituisca una determinazione *ontologica* del diritto, ed al contempo pensarla dal lato della modalità, dell'azione con cui il diritto si realizza. La violenza è l'imporsi del dover-essere sull'essere¹²;

(b) se il diritto è, invece, *dover-essere*, allora la distinzione tra ciò che il diritto è e il suo modo di imporsi diventa essenziale, nella misura in cui il concetto di diritto non implica anche quello della sua realizzazione. Qui, allora, la “violenza” è determinazione *ontologica* del diritto in quanto essa non si riferisce al suo modo di attuarsi, ma al porsi del dover-essere stesso. La violenza è il fatto del dover-essere.

Cercheremo più avanti di fornire una serie di ragioni a sostegno di una concezione del diritto come dover-essere, e non come dovere-di-essere. Per ora, occorre tornare ancora alla lettura di Menke.

3. Il “fuori” del diritto

Non sono in grado, in queste pagine, di discutere come meriterebbe la riflessione di Menke sulla tragedia – o, più correttamente: sulla tragedia come ciò entro cui si produce il diritto come forma di giustizia. Mi interessa però il modo in cui Menke ritorna sul concetto di “violenza del

¹² Come chiarisce Menke stesso, «The violence is fateful because law is forced to continue exercising it again and again, given that the violence follows from the legal form of normativity, which stands in contrast to what happens on its own, or in nature or in society. Against this violence law must violently enforce its normativity. The violence which law exercises is thus defined by the fact that law itself is forced to assert or enforce itself» (C. MENKE, *A reply to my critics*, in ID. (a cura di), *Law and violence. Christoph Menke in dialogue*, Manchester, 2018, p. 228).

diritto”, *Gewalt des Rechts*, la violenza che il diritto è. Con riferimento a quanto detto in precedenza, Menke, ora, fornisce una serie di precisazioni importanti. Rispetto alla vendetta, il diritto sarebbe violenza secondo una logica differente. La vendetta è violenta in quanto non può che ripetere senza fine la violenza stessa cui intende porre fine: ogni atto di vendetta *ripete* l’offesa – punisco l’uccisore uccidendolo, e quindi commettendo un omicidio. La vendetta, cioè, compie la giustizia attraverso un atto che viola la giustizia stessa. È questa logica che, nel diritto, viene ri-dislocata, ri-articolata.

Cerchiamo di capire il punto. La giustizia del diritto è sempre per definizione *giusta* – dal momento che “giusto” è ciò che è conforme al diritto stesso. O, in altri termini: contro chi è “ingiusto”, contro chi viola o trasgredisce il diritto, il diritto è sempre per definizione *nel* “giusto”. Qui non c’è violenza. Il che, tuttavia, non vuol dire che essa sia, finalmente, eliminata. È, piuttosto, spostata. Il diritto, infatti, non produce, ponendosi, semplicemente la distinzione – interna al suo “ambito” – tra l’onesto e il ladro, tra il cittadino che osserva la legge e il cittadino che la trasgredisce; produce, sempre, anche la distinzione tra il suo ambito e ciò che resta *al di fuori* di esso. Ora, la trasgressione della legge non è altro che la condizione che la legge stessa pone per la sua applicazione – la legge, come diceva Kelsen, si applica proprio in quanto non viene osservata; essa richiede, cioè, la sua stessa violazione (da qui la tesi kelseniana, per la quale *Unrecht ist Recht*). Il ladro che ruba, allora, non è qualcuno che si ponga al di “fuori” del diritto: al contrario, la sua azione è la condizione affinché il diritto stesso possa realizzarsi, attuarsi. La sua punizione, pertanto, non è mai “ingiusta”, non è mai propriamente una *violenza*: contro il ladro, ciò che si attua è la legge stessa, è la sua giustizia. Altra, è però, la distinzione che il diritto istituisce tra se stesso – il proprio ambito di applicazione – ed il suo “fuori”, ciò che è ad esso *esterno*. Non, dunque, ciò che è propriamente *contrario* al diritto, che gli oppone dall’interno, ma ciò che è estraneo ad esso, zona di «non-diritto» (*Nichtrecht*).

Il problema, però, è che quel *fuori* – prodotto dalla legge stessa – diviene uno spazio in cui la legge si trova a poter agire *senza legge*, senza le garanzie che essa deve a chi è al suo interno. Se pertanto, scrive Menke, anche il diritto «ripete costantemente il suo imporsi tramite violenza», lo fa in modo diverso dalla vendetta: il diritto, infatti, non produce in sé ciò contro cui è diretto, ma «lo produce come qualcosa di esterno e contrario a esso». Il diritto, cioè, produce il proprio *altro*.

Ed è rispetto a questo “fuori”, spazio di non-diritto, che il diritto si impone, a questo punto, in assenza di diritto, e dunque con «pura violenza»¹³, pura imposizione.

Bisogna allora distinguere, osserva Menke, tra *Unrecht* e *Nichtrecht*, tra ciò che nega il diritto e ciò che è non-diritto. Il diritto si contrappone, nel suo stesso affermarsi, all'illecito (*Unrecht*), ossia a «colui o colei che lede l'uguaglianza del diritto di sua volontà»¹⁴. Punisce il ladro, perché ha trasgredito, ha violato la legge. Ma esso si contrappone anche, a «colui o colei che si sottrae al giudicare secondo il diritto e l'illecito», ossia a chi «dimentica il diritto, lo rifiuta oppure non intende parteciparvi»: egli non viola il diritto, ma vive, diversamente, senza diritto. Direi anche: non nega il diritto, ma afferma il non-diritto (*Nichtrecht*).

È però sempre e solo il diritto che «produce il proprio altro», come ricorda Menke: è il diritto che pone non solo ciò che lo trasgredisce, ma anche il non-diritto. Il che può esser inteso in diversi modi, ma certo è – direi – che vivere *al di fuori* della legge implica che la legge sia già data, che sia solo in riferimento ad essa, cioè, che si dia un “fuori”. Rispetto a questa vita posta “fuori” dal diritto da parte del diritto stesso, Menke si limita a evidenziare come il diritto non potrebbe che ogni volta imporsi – in modo violento – su di essa, non potrebbe mai rinunciare alla «sua pretesa di imporsi» contro di essa. Questo “esterno” alla giustizia, come lo chiama Menke, in cui il diritto deve fare i conti non con chi è “ingiusto”, ma con chi è “non-giusto”, sarebbe ciò che rende impossibile, al diritto, separarsi dalla sua violenza o, meglio, dal *ripetersi infinito* della sua imposizione violenta. Questo meccanismo è spiegato da Menke richiamandosi a due distinti problemi.

3.1. Il “non-giusto”

il primo è quello del rapporto tra il diritto e gli individui – e, in particolare, della relazione tra il processo, il giudizio – o meglio: la giustizia come giudizio – e chi vi è sottoposto. Qui Menke distingue tra chi è “ingiusto”, nel senso che è processato – ed eventualmente condannato – in quanto ha violato, trasgredito consapevolmente la legge, e chi è “non-giusto”, ossia colui che “ignora” la legge, non vuole saperne nulla, non si cura di essa, non si riconosce nella sua giustizia, e così via (Menke parla di «dimenticanza, rifiuto e incapacità»). La distinzione, in ultima istanza, sarebbe tra chi viene giudicato (e punito) perché, pur accettando il diritto, lo trasgredisce e chi viene

¹³ ID., *Diritto e violenza*, cit., p. 38.

¹⁴ *Ibid.*, p. 76.

invece sottoposto al giudizio in quanto esso gli viene “imposto”, dal momento che egli non vuole saperne nulla di essa. Nei confronti di chi è “non-giusto”, scrive Menke, la legge non potrà fare altro che imporsi, che giudicarlo a forza: «nei confronti di colui che sta fuori dal diritto i giudici possono far valere il proprio giudicare solamente imponendolo contro di lui; nei confronti di colui che è esterno ed estraneo al diritto, il giudicare dei giudici può condannare solo attraverso la paura»¹⁵.

Quando Menke si riferisce al “non-diritto” come al diritto che i giudici applicano a quanti non lo “riconoscono”, a quanti non vogliono aver a che fare con esso, lo fa certamente per sostenere come, qui, il diritto non potrebbe fare a meno di imporsi con violenza (dal momento che qui non si applicherebbe più quel dispositivo “edipico”, come lo chiama Menke, che consentirebbe di separare la violenza dal diritto: non è la legge a giudicarti, sei tu stesso che ti giudichi). Ma se così stanno le cose, mi chiedo allora: per dove passa la differenza tra l’“ingiusto” e il “non giusto”, tra l’illecito e il non-diritto? È evidente che, qui, non si tratti di soggetti che sono posti “fuori” dalla legge – che sono, cioè, esclusi dal suo ambito di applicazione e tutela. Qui, al contrario, la legge pretende ancora e sempre di giudicarli, e dunque di includerli all’interno della propria *giurisdizione*.

Penso allora che la tesi di Menke – per come articolata a questo livello – vada intesa come una tesi che verte essenzialmente sul giudizio, sul *processo* e le sue regole discorsive, che molto deve alla distinzione teorizzata da Lyotard tra *lite* e *dissidio*. Il diritto, per come lo intende Menke, non si costituisce che laddove dalla vendetta si passi al procedimento – procedimento giudiziario, anzitutto. Per il diritto c’è “lite”, c’è controversia – e dunque giudizio – unicamente rispetto a ciò che può essere messo in discorso all’interno di un processo, ed attraverso una procedura che consenta alle parti di rendere le proprie pretese *convalidabili* all’interno del regolamento processuale. La distinzione tra una pretesa “giusta” ed una “ingiusta” è *interna*, allora, al giudizio, nella misura in cui entrambe sono già da sempre costituite come frasi convalidabili, verificabili, all’interno di esso. Rispetto alla “controversia”, alla “lite”, Lyotard ha chiamato *dissidio* quel caso in cui, diversamente, «l’attore è privato dei mezzi di argomentare»¹⁶, in cui, cioè, il *registro linguistico* (l’*idioma*, l’«ordine del discorso») proprio del diritto (del tribunale) non consente all’attore di *poter dire* ciò che vorrebbe esprimere: «un caso di dissidio fra due parti ha luogo quando il “regolamento” del conflitto

¹⁵ *Ibid.*, p. 37. Riflessione ripresa identica a p. 59: «nei loro confronti il diritto non può presentarsi con il potere normativo del convincimento e della giustificazione, ma solo con la violenza del proprio imporsi tramite “minacce, restrizioni e lesioni”».

¹⁶ J.-F. LYOTARD, *Le Différend*, Paris, 1983, trad. it. di A. Serra, *Il dissidio*, Milano, 1985, p. 26.

che le oppone si svolge nell'idioma di una di essa mentre il torto di cui l'altra soffre *non si significa in tale idioma*. Il dissidio si ha dunque quando «qualcosa “chiede” di essere messo in frasi e soffre del torto di non poterlo essere immediatamente»¹⁷. Si segua uno degli esempi di Lyotard. Un Martinicano è un cittadino francese e, come tale, può sporgere denuncia a un tribunale contro ciò che lede i suoi diritti di francese. Qui si definisce un *registro di discorso* al cui *interno* si possono pensare ed esprimere tutta una serie di *liti* possibili, in cui, cioè, c'è possibilità di un conflitto e di una sua *risoluzione* e “giustiziabilità”. Non è invece esprimibile – non fa mai “caso”, non è mai oggetto possibile di *lite* – il *torto* che il Martinicano ritiene di subire per il fatto di essere cittadino francese: «l'asserzione secondo la quale egli subisce un torto per la cittadinanza che si vede assegnare non è verificabile con procedure esplicite e effettive»¹⁸.

La differenza tra *lite* (*litige*) e dissidio (*différend*) è quella tra *frasi di regime eterogeneo*: i dissidi sono frasi *non convalidabili* all'interno dell'ordine del discorso giuridico. A me sembra che la distinzione di Menke tra dentro e fuori, tra diritto e non-diritto, qui ricalchi quella tra *lite* e dissidio. Chi è “fuori” dal diritto, qui, non è tanto qualcuno, lo ripetiamo, che è stato posto fuori la tutela della sua giurisdizione, quanto qualcuno che è *costretto* ad essere giudicato, o a far valere le sue pretese nel processo – ed in questa costrizione gli viene *precluso* di dire esattamente ciò che, in realtà, vorrebbe far valere: ossia il suo “diritto” a non avere alcun rapporto con il diritto, la sua giustizia, la sua giurisdizione. La violenza del diritto, qui, è dunque individuata, in ultima istanza, in questo: che è impossibile far valere, *all'interno* del diritto, il torto che si subisce per il fatto che si è inclusi – come soggetti – all'interno del diritto stesso.

La costituzione della giustizia come processo (giurisdizione) implica che non si diano altri conflitti se non quelli che possono essere giuridicamente regolati e decisi – è, ovviamente, lo notava già Bourdieu, una *tautologia*: non c'è altro conflitto (come *lite*) che quello che il diritto stesso prevede possa essere risolto. Ma è questo che produce costantemente, per dirla con Menke, un non-diritto, che è lo spazio di tutti quei conflitti su cui è impossibile contendere, quei torti che è impossibile denunciare – a cominciare, come dicevamo, dal torto che consiste nel processo stesso, o meglio nel *dovere* ricorrere al processo, al diritto, quale unico strumento per poter ottenere giustizia. Inutile è “ampliare”, qui, le tutele, inutile introdurre possibilità di rivendicare *all'interno* del diritto

¹⁷ *Ibid.*, p. 30.

¹⁸ *Ibid.*, p. 47.

pretese che prima stavano “fuori” dal diritto: in quel caso, infatti, esse cessano semplicemente di essere quel che erano, ossia appunto posizioni di quanti chiedevano di poter restare “fuori”¹⁹.

Questo meccanismo, in realtà, è quello attraverso cui Menke pensa, più in generale, il problema del rapporto tra il diritto e la sua critica – e lo fa, credo, in modo veramente notevole. In termini semplici: non c'è critica *del* diritto che non abbia, anzitutto, il problema di dire il proprio *diritto* a criticare il diritto. Il che, però, significa: il tentativo di criticare il diritto non fa, ogni volta, che ripeterne la logica, che riaffermare il diritto stesso. Ancora una volta, il diritto, diremmo, sembra escludere la possibilità di una sua critica, in quanto la include già da sempre al suo interno. Questa è una prima accezione, credo, di “non-diritto” – e del significato di “violenza del diritto” – che Menke, credo, fa propria.

3.2. L'eccezione

In altri passaggi del libro, invece, il concetto di “non-diritto” viene articolato, in Menke, non con riferimento alla relazione tra la legge e la vita dei singoli individui, ma, diversamente, a quella tra norma ed eccezione: è qui che viene recuperato il problema dello stato di eccezione, della “sospensione” del diritto, attraverso un confronto con Schmitt (e, soprattutto, la lettura che ne fornisce Agamben). Secondo Menke, la «sospensione del diritto» sarebbe, in Schmitt, il dispositivo attraverso cui il diritto assicurerebbe il proprio dominio «come *dominio violento* su ciò che è fuori dal diritto e non è diritto»²⁰. Quando allora Schmitt pensa lo stato di eccezione, in realtà non sta facendo altro che pensare quel «ritorno della conservazione del diritto alla sua posizione», la cui incessante ripetizione è ciò che impedisce di separare il diritto dalla sua violenza²¹. In altri termini: la “sospensione”, il caso d'eccezione, funzionerebbe esattamente come il momento, lo “spazio”, in cui il diritto si *impone* sul proprio *fuori*, e dunque ripete il proprio originario *porsi* – e lo ripeterà all'infinito, dal momento che «nel suo imporsi il diritto produce altrettanto ciò contro cui si rivolge», ossia un nuovo “fuori”. Schmitt libererebbe, qui, «la violenza creatrice di legge da ogni

¹⁹ A me pare chiarissimo dal seguente passaggio, molto bello peraltro: «In ogni procedimento del diritto si realizza un procedimento preliminare di giuridificazione. Pertanto, quando il diritto cerca di realizzare il diritto del non-diritto, affermato dal diritto stesso, deve trasporre il non-diritto nella forma del diritto, ossia deve mettere in atto la sua giuridificazione. Esso deve quindi privare il non-diritto proprio della sua differenza dal diritto: di ciò che lo caratterizza e che gli fa affermare di avere un diritto. Realizzare il diritto del non-diritto, all'interno del diritto, equivale a lederlo» (C. MENKE, *Diritto e violenza*, cit., p. 78).

²⁰ *Ibid.*, p. 59.

²¹ *Ibid.*, p. 57.

norma»: nello stato d'eccezione, cioè, una violenza *senza diritto* realizzerebbe ogni volta la *creazione* del diritto nel momento stesso in cui agisce per *conservarlo*.

Cerco di procedere velocemente – e con alcune inevitabili forzature. L'opposizione tra applicazione e validità è uno dei dispositivi, come noto, cui Schmitt ricorre per tentare di spiegare la relazione tra norma ed eccezione. Già nella *Dittatura*, Schmitt precisa come «la costituzione può essere sospesa senza cessare, con ciò, di rimanere in vigore»²²: *ohne aufzuhören zu gelten* – ovvero: senza per questo cessare di valere, o meglio di essere *valida*. Ad essere sospesa è, cioè, la sua *applicazione*, la sua *Verwirklichung*, non la sua validità, la sua “forza” intesa come il suo *dover-essere* osservata.

Schmitt, sul punto, è chiarissimo: «porre fuori vigore (*außer Kraft*) una norma significa concretamente: sopprimere con una dichiarazione esplicita la sua validità (*Geltung*) per se stessa e per ogni autorità che agisca nell'esercizio della sua competenza [...] Mettere fuori vigore significa sopprimere ed abolire. Ma è possibile con un procedimento oggettivo ignorare una norma [...], deviare da essa nel caso concreto, senza porla fuori vigore»²³. Ed aggiunge, a questo punto: l'eccezione presuppone [...] la continuazione immutata della vigenza (*Weitergeltung*) della norma, dalla quale essa si distacca. Appartiene al concetto di eccezione il fatto che essa agisca senza sopprimere (*ohne aufzuheben*) e si discosti senza porre fuori vigore (*ohne außer Kraft zu setzen*)²⁴.

Ora: la relazione tra validità e applicazione è per Schmitt la stessa relazione – in linea con una tradizione che è comune, in questo caso, anche a Kelsen – di quella tra il dover-essere ed il suo essere (la corrispondenza è chiarissima in Lassen: *Ohne die Begründung im Sein verlöre das Sollen seinen Sinn, ohne die Geltung und Verwirklichung in der Wirklichkeit seine Berechtigung*²⁵). Non bisogna mai dimenticare come, qui, ad essere articolato è un problema classico della teoria del diritto: tra il *fatto* che una norma venga applicata ed il suo *dover essere* applicata, vi è sempre uno scarto. Si aggiunga: dal *fatto* che una norma trovi applicazione non segue in alcun modo – proprio perché esso è un fatto – che essa *debba esserlo*, che sia cioè una norma “valida”.

²² C. SCHMITT, *Die Diktatur* (1921), Berlin, 2015, p. 134, trad. it. *La dittatura*, a cura di A. Caracciolo, Roma, 2006, p. 173.

²³ ID., *Die Diktatur des Reichspräsidenten nach artikel 48 der Weimarer Verfassung* (1924), ora pubblicato in *Die Diktatur*, cit., p. 228, trad. it. cit., p. 264.

²⁴ *Ibid.*, p. 228, trad. it. cit., p. 264. Manteniamo la traduzione, ma ricordiamo come “vigenza”, qui, indichi sempre la validità, *Geltung*, della norma, il suo dover-essere osservata ed applicata.

²⁵ R. LASSEN, *Der Dualismus von Sein und Sollen in der neuesten Staatslehre*, Köln, 1929, p. 18.

Schmitt non commette affatto l'errore, come talvolta si è detto, di confondere validità ed efficacia²⁶. Al contrario, è proprio dalla loro separazione, dallo scarto che vi è tra esse, che egli muove, per poter articolare il rapporto tra norma ed eccezione, realizzazione della norma attraverso la sua sospensione. Il diritto si realizza – diviene cioè effettivo, presente nella realtà, nell'essere, in ciò che esso è – solo sospendendosi: solo, cioè, affermandosi come ciò che continua a *dover* essere applicato anche quando non lo è, anche quando esso cessa di trovare applicazione. Ad essere individuato, qui, è quel rapporto tra validità ed applicazione che, come scrive Schmitt, «permea tutto il diritto» (*das ganze Recht durchzieht*), e non riguarda affatto il solo caso della dittatura. Se il diritto è ciò che esiste *nel* mondo *come* dover-essere, come idea, di tale esistenza noi facciamo propriamente esperienza proprio nel caso estremo: l'irrompere della decisione, dell'eccezione, del non-diritto, non si dà, infatti, se non come momento della realizzazione del diritto, perché è in essa che il diritto continua ad esistere, senza “esserci”, come ciò che *deve-essere attuato*. L'eccezione “dimostra” tutto, spiega tutto, spiega cioè il concetto del diritto, proprio perché, in essa, il diritto si rende visibile per ciò che è: pretesa di essere, dovere che, non essendo, *esige di essere*.

4. Passaggi critici

Le due “vie” attraverso cui Menke articola il concetto di “non-diritto” sono, a mio avviso, legate dalla comune idea per cui la violenza del diritto, la violenza che è *all'origine* del suo imporsi (e che consiste nel fatto stesso di imporsi), sarebbe sempre destinata a ripetersi, all'infinito, in ogni atto attraverso cui il diritto *conserva se stesso*. Il *destino* del diritto è quello di ripetere indefinitamente questa violenza originaria, di riattivarla ogni volta in cui esso giudica, punisce, si conserva.

Lo si vede, diremmo con Menke, nella sua giustizia, nel “giudizio”: non perché ogni giudizio implica “modalità” violente, ma perché ogni giudizio *ripete* la violenza originaria con la quale esso rende “giusta” la sua giustizia – con la quale, direi, trasforma ogni dissidio in “lite”, escludendo quindi ogni possibilità di poter rivendicare una giustizia al “fuori” di esso. E lo si vede, parimenti, nell'eccezione, quando il diritto, per potersi conservare, deve in realtà ripetere la propria creazione: deve, in altri termini, ripresentarsi come ciò che deve-essere realizzato, *imposto*, senza che ne abbia

²⁶ Cfr. V. NEUMANN, *Carl Schmitt als Jurist*, Tübingen, 2015, p. 102.

diritto – è la lettura che Menke fa di Schmitt, in cui l'autorità dimostra di non aver bisogno di diritto per poter creare diritto.

È qui che, però, la mia lettura differisce da quella di Menke. La violenza *del* diritto, per Menke, continua ad essere pensata – anche laddove venga in linea di principio distinta dall'agire *con* violenza – come *imposizione*, dove con “imposizione” egli intende sempre il suo *imporsi sull'essere*, l'imporsi del diritto nella realtà, che avviene *senza* diritto. Lo si vede bene nell'interpretazione che egli fornisce dell'eccezione schmittiana: la violenza consiste nel fatto che, in assenza di diritto, il diritto viene posto, realizzato, reso *wirklich*, attraverso la decisione.

Dal mio punto di vista, però, non è qui che consiste la violenza, nel dispositivo dell'eccezione. Non credo, infatti, si possa dire che la decisione, qui, interviene in assenza del diritto, e pertanto sarebbe necessariamente violenza: quell' “assenza” del diritto, infatti, è esattamente la situazione in cui il diritto si rende visibile in ciò che propriamente è, ossia *dovere-di-essere realizzato*, “idea”. Detto in altri termini: nell'eccezione, non c'è “anomia”, “assenza” di diritto. C'è, piuttosto, il diritto come sospeso, negato – dove proprio tale sospensione consente di fare esperienza di esso per ciò che è, ossia come “idea” (così Schmitt lo definiva nel 1914) o, più propriamente, come dovere che *esige* di essere. E questa “esigenza” non la si vede, non si esprime, che nell'eccezione – ossia: laddove il diritto non c'è, non si applica, ma *deve* applicarsi. Ed allora: violenta non è la decisione, in sé. Violenta, direi, è l'*esigenza* della decisione. Violenta è la “pretesa”, l'esigenza, di passare all'essere, di realizzarsi.

Il che ci fa tornare alle nostre considerazioni iniziali. La mia convinzione è che Menke non riesca, in definitiva, a distinguere la violenza che il diritto *è* dalla violenza attraverso cui il diritto si afferma (come *modalità* della sua azione), in quanto continua sempre a presupporre che il diritto sia sempre e comunque (in ciò in accordo con Schmitt) *dovere-di-essere*, dover-essere che tende, necessariamente, all'essere, che esprime la pretesa di essere. Se il diritto è dovere-di-essere, ciò implica infatti che esso sia violenza in quanto violento sia il suo *modo* di essere, di realizzarsi²⁷.

²⁷ In realtà, come ho cercato di spiegare, la possibilità di Menke di parlare *indifferentemente* della violenza attraverso cui il diritto si esercita e la violenza che il diritto stesso è, è *garantita* dalla sua concezione del diritto come dovere-di-essere – in cui, peraltro, la modalità (violenta) della realizzazione-imposizione del diritto fa parte del concetto stesso del diritto, della sua “essenza”. Per questo, a mio avviso, ciò che fa problema, in Menke, è l'identificazione del diritto come dovere-di-essere. Ciò non toglie, tuttavia, che spesso lui stesso – e, con lui, i suoi interpreti – tenda, forse per esigenze di semplificazione, a porre la violenza semplicemente dal lato dell'azione. Interessante è la posizione di Daniel Loick, secondo il quale Menke non riuscirebbe a separare il diritto dalla sua realizzazione violenta in quanto assumerebbe la definizione kantiana per la quale il concetto di diritto implicherebbe *a priori* la “coercizione”, la sua attuazione attraverso la coercizione (D. LOICK, *Law without violence*, in C. MENKE (a cura di), *Law and violence*).

Perché, allora, questa concezione continua a porre, a mio avviso, problemi?

Perché esso continua a rischiare di collocare la violenza dal lato dell'azione, del modo in cui il diritto opera. Credo, tuttavia, che fare i conti con la "violenza *del* diritto" significhi fare i conti, anzitutto, con la violenza non che il diritto *fa*, esercita, ma con la violenza che il diritto *è*. Il diritto è violenza non tanto perché si impone con violenza, ma perché violento è il fatto stesso del diritto – del dover-essere –, in quanto è, appunto, un *fatto*. E ciò indipendentemente dal diverso problema che riguarda la sua "realizzazione", attuazione, e così via (essi diventano invece lo stesso problema soltanto nel caso in cui, come in Schmitt, si identifichi il dover-essere con il dovere-di-essere).

Tutto ciò, credo, si vede bene laddove si prenda in considerazione, ad esempio, un'accezione del "fuori" che Menke trascura – e che è quella che sta alla base della struttura del bando (che credo vada distinta dall'eccezione schmittiana). Riprendiamo Menke, e l'idea, del tutto corretta, secondo cui la legge *produce* sempre il proprio "fuori". Nell'atto stesso di porre la distinzione tra una vita "giusta" ed una vita "ingiusta" – entrambe interne al giudizio, alla giustizia del diritto –, essa produce, *in eccesso*, sempre e anche la possibilità di una vita "non giusta", di una vita, cioè, posta dalla legge al di fuori della sua giustizia, del suo ambito di applicazione. Ma, secondo questa logica, la legge non dovrebbe mai pretendere, a rigore, di "giudicare" una vita del genere: al contrario, proprio perché l'ha sottratta alla sua giurisdizione, potrà al limite ucciderla impunemente, ma mai "imporre" ad essa la propria giustizia²⁸. Vivere al di "fuori" del diritto, qui, non significa essere giudicati "a forza", ma, diversamente, essere *posti* dalla legge stessa al di fuori del suo ambito di applicazione e protezione. Se si vuole parlare di un "fuori" con riferimento agli individui, direi che a rigore l'unico caso in cui l'espressione ha senso è quello in cui la legge pone una vita al di fuori della propria protezione, del proprio ambito di applicazione – ed è questo movimento che *produce* la possibilità di una vita al di "fuori" della legge (che dunque è qualcosa di radicalmente diverso da una ipotetica vita "prima" della legge). Ma, in questo caso, non si può affermare che la violenza

Christoph Menke in dialogue, cit., pp. 96-111). L'interpretazione di Loick, credo, è corretta, ma solo nella misura in cui si chiarisca che ciò non significa sostenere che la violenza sia sempre la modalità di cui il diritto ha bisogno per realizzarsi. Non è questa la tesi di Menke: la sua tesi è che il diritto *è* violenza, e non che il diritto si serva, strumentalmente, della violenza (per ragioni essenzialmente "empiriche" e contingenti, direi). Il problema, a mio avviso, è un altro: ed è che la tesi di Menke per cui "il diritto è violenza" significa, in lui, che violento è l'*imporsi* del diritto (sull'essere, nella realtà), mentre, personalmente, ciò che cerco di mostrare è che violento è il *porsi* del diritto (dal momento che non c'è diritto se non come il *fatto che ci sia diritto*).

²⁸ Ovviamente vale qui il rinvio ai lavori di J.-L. NANCY, *L'imperativo categorico*, trad. it. a cura di F.L. Palese, Nardò, 2011; ID., *L'essere abbandonato*, trad. it. di E. Stimilli, Macerata, 1995, e soprattutto G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, 1995.

consista nel fatto che il diritto *imporrebbe* loro, con la forza, le proprie leggi e i propri tribunali. Un “fuorilegge” non si giudica, non si può per definizione giudicare – dal momento che egli a rigore non ha *violato* alcuna legge, non ha commesso alcun illecito (*Unrecht*), e non avrebbe potuto mai farlo, considerato che la legge stessa ha posto la sua vita al di fuori del proprio ambito. Non si può essere giudicati, cioè, per il fatto di essere fuori dalla legge – si può essere giudicati solo per aver violato la legge (il che può avvenire quando un fuorilegge diventa un ladro, un rapinatore).

Se le cose stanno così, la relazione tra la legge ed il proprio “fuori” – o meglio, a questo livello: e la vita posta al di fuori di essa – è più complessa, e la violenza dislocata in modo diverso. Rispetto a chi è fuori dalla legge, quest’ultima non pretende affatto di imporsi, non rivendica il diritto di imporsi. Qui, al contrario, viene proprio spezzata quella relazione tra legge e la sua *pretesa* di realizzarsi, viene spezzata l’idea che il diritto faccia valere il proprio diritto sul non-diritto, che costituisce la logica del discorso di Menke. Direi, cioè, che la relazione tra la legge ed il suo “fuori” rende problematica l’affermazione che Menke pretende di ricavarne, ossia che il diritto si impone sul non-diritto proclamando «il diritto a imporre il diritto contro il non-diritto»²⁹. Qui siamo di fronte, piuttosto, ad una legge che c’è, che *vige senza applicarsi*, senza cioè *pretendere* di essere osservata ed applicata. Rispetto a chi vive al di “fuori” di essa, cioè, la legge continua ad essere presente, ma nella forma del suo abbandono.

Dove sta allora la “violenza *del* diritto”? Dobbiamo escludere che stia dove Menke la individua, ossia nella *pretesa* del diritto, in assenza di ogni diritto, di imporsi sul non-diritto in assenza di ogni diritto. Termini come “pretesa”, “imposizione”, “dominio”, non funzionano nella relazione tra la legge e la vita posta al di “fuori” di essa. Qui ad essere confutata – direi finalmente – è l’idea secondo la quale il diritto sarebbe *dovere-di-essere*: rispetto al non-diritto, al suo “fuori”, il diritto, al contrario, si mostra come *dovere* che non pretende di *essere*, di “realizzarsi”, attuarsi nella realtà effettuale, nei comportamenti e nelle azioni degli individui (né nella pretesa di qualificarli). La vita fuori dalla legge, da questo punto di vista, non *ha* doveri: il diritto non pretende né di ottenere osservanza né di essere applicato. Non si impone *sulla* vita. Eppure, non per questo viene meno, o è meno “violento”.

Cerchiamo di capire perché. La legge, pur sospendendosi e ritirandosi, non cessa di vigere, non cessa di essere *presente* nella sua stessa assenza (dal momento che è solo per la legge che l’ha

²⁹ C. MENKE, *Diritto e violenza*, cit., p. 76.

abbandonata che è possibile una vita “fuori” da essa: la vita non precede la legge, ma è da essa – dal suo sottrarsi – costituita). Il diritto, in altri termini, dimostra, qui, di non aver bisogno di *essere*, di imporsi nella realtà effettiva, per “legare” a sé la vita. E qui lo fa nella sua forma come “pura” violenza, diremmo: tutto ciò che resta, infatti, è una legge che non si applica e non si deve osservare, ma che semplicemente “vige” – è l’*essere* del dover-essere. Il diritto, qui, non è altro che il suo stesso *fatto*, il suo affermarsi come tale (senza disporre o prescrivere nulla). Nel bando, nella *struttura del bando* – a cui Menke fa talvolta riferimento – il “fuori” è uno spazio in cui la legge *c’è* nella sua assenza. Ecco la violenza del diritto: l’*essere del dover-essere*, il fatto del diritto, il fatto che ci sia diritto – che qui si mostra nella sua forma più “pura”, se si vuole, ossia anche laddove questo “essere”, questo “fatto”, non rinvia ad altro che alla presenza del dover-essere, senza che vi sia nessuna imposizione di norme, prescrizioni, etc.

Devo allora rispondere, a mia volta, ad una serie di questioni, che certo qui si impongono. La prima: perché penso il diritto come dover-essere, e non come dovere-di-essere? La ragione è che, credo, pensare il diritto come dovere-di-essere – come peraltro è sempre stato *storicamente* pensato, perlomeno da quando lo si è inteso come un mezzo per “regolare” comportamenti futuri – significa incorrere in una serie di contraddizioni. A cominciare dal fatto che “dovere-*di-essere*” implica ipostatizzare la *separazione* tra dovere ed essere per mezzo del “di”; implica, cioè, pensare che si dia qualcosa come il “dovere” e, *distinto* da esso, il suo passaggio all’essere, la sua esigenza di essere. È esattamente il problema di Schmitt, che separa il “dovere” (il diritto come idea) dalla realizzazione del dovere, dal suo “essere” – e che poi, per questo motivo, è costretto a pensare la necessità della decisione come ciò che consente al dovere di essere.

In realtà, non si dà mai – per il diritto – qualcosa come il “dovere” in quanto tale distinto dall’ “essere”. Per la semplice ragione che il diritto non esiste, non si dà, non ha “inizio” che come il suo *porsi*, ossia come l’*essere del dover-essere*. Se *c’è* diritto, ciò non significa: *c’è* il dovere (dove? In quale dimensione altra dalla realtà?), che attende o esige di essere realizzato, di farsi *wirklich*; ma: *c’è* il *fatto del diritto*, *c’è* già da sempre, nella realtà, l’affermazione dell’essere del dover-essere. Questo dice la struttura del bando: che – anche nella sua assenza – *c’è* comunque la legge; la legge è già da sempre qui, è già da sempre il suo fatto (senza che esso poi “imponga” una qualche realizzazione). E la violenza è tutta qui: non è la violenza che, inevitabilmente, si eserciterà in quanto il diritto dovrà essere posto in essere; è, diversamente, la violenza che consiste nel fatto del diritto stesso. Era questo che cercavo di esprimere dicendo che il diritto è sempre (anche) il suo fatto, che

il dover-essere è sempre (anche) il suo essere – e che è in questo senso che il diritto è sempre (anche) violenza. Tutto ciò significa, allora, che la relazione tra diritto e violenza deve essere ripensata chiedendosi non come sia possibile che il diritto *si realizzi* in modo non violento, ma chiedendosi come sia possibile che il dover-essere possa essere praticato nella *differenza* rispetto al proprio essere.

5. Che cosa significa “destituzione” del diritto?

Diventa a questo punto chiaro come la “destituzione” del diritto vada, a mio avviso, pensata. Rispetto a Menke, cerco di mantenere il nostro “dialogo” al livello che, credo, merita, ossia quello della *logica* propria del rapporto tra diritto e violenza. C’è un’affermazione di Menke che non esiterei a sottoscrivere: «il diritto auto-riflessivo non si distingue dal non-diritto [...], quanto piuttosto realizza la sua differenza dal non-diritto come propria operazione di differenziazione»³⁰. Ciò che ci separa, è il modo di intenderla. In Menke, essa è pensata sempre a partire dal problema di come liberare il diritto dal suo dominio su ciò che non è diritto, o, più propriamente, come *differenza tra il diritto e la sua realizzazione*, la sua imposizione. Il problema è, cioè, sempre quello dello scarto, del divario tra «la conoscenza del diritto e l’azione che lo esegue»³¹. Per questo la “destituzione” del diritto, per Menke, consiste in ultima istanza in un diritto che, reagendo a se stesso, riconosca se stesso come *rechtlos*, come privo di diritto: privo del diritto, cioè, ad *imporsi*, a far violenza sul proprio “altro”, direi sull’essere.

Il concetto di “destituzione” che Menke fa proprio è del tutto conseguente: si tratta infatti di praticare la differenza, di tenere aperto lo scarto che si dà tra il diritto e la sua realizzazione, tra il dovere e l’essere cui tende, tra, come dice benissimo Andreozzi, il diritto e la «costrizione della sua applicazione»³². Ciò a cui la “destituzione” mira, cioè, è mostrare come l’applicazione violenza del diritto possa essere trasformata da *necessità obbligata* – come scrive Menke – a questione aperta, strategica. La destituzione del diritto consiste, cioè, in una pratica attraverso cui il diritto riconosca che il *passaggio* dal dovere all’essere – che è intrinseco, ricordiamo, al concetto di diritto qui assunto, come dovere-di-essere – è segnato da una discontinuità, da un “salto”. Il passaggio dal diritto alla sua applicazione, attuazione, realizzazione, cioè, è un passaggio che resta *politico*, e non giuridico:

³⁰ *Ibid.*, p. 61.

³¹ *Ibid.*, p. 80.

³² G. ANDREOZZI, *Entsetzung del diritto: sulla prospettiva critica di Christoph Menke*, cit., p. 26.

l'applicazione non è l'esito di un'operazione *logica*, ma è la decisione violenta attraverso cui il diritto si impone.

Qui, credo, Menke è vicinissimo a Schmitt, pur “rovesciandone” drasticamente la direzione. Perché, con Schmitt, egli condivide esattamente le seguenti premesse concettuali: (a) che il diritto è dovere-di-essere, dovere che non si costituisce come tale se non realizzandosi; (b) che, tuttavia, tra dovere ed essere, tra il diritto e la sua realizzazione/applicazione, c'è sempre uno iato, uno scarto; (c) che, pertanto, la realizzazione del diritto non è qualcosa che segue logicamente il diritto, ma è il suo imporsi per mezzo di un atto che non ha nel diritto il proprio fondamento e criterio. *The violence which law exercises is thus defined by the fact that law itself is forced to assert or enforce itself*, scrive Menke in replica ai propri “critici”³³: la violenza del diritto è la violenza che consiste nel fatto che il diritto *deve* realizzarsi, imporsi sulla realtà, sull'essere. La “destituzione” del diritto, della sua violenza, consiste allora nel mostrare come, pur *dovendo* – per necessità logica – realizzarsi, il diritto non lo può fare che senza diritto. Solo così il diritto può problematizzare, e ri-aprire a possibili alternative, la sua “attuazione”, la sua applicazione.

Mi interessa, qui, ripetere la logica alla base del discorso di Menke: la destituzione del diritto è la pratica della differenza tra il diritto e la sua realizzazione – tra il dovere-di-essere e l'essere. Rispetto ad essa, ho seguito un'altra strada, pensando la disattivazione del diritto come la pratica della differenza tra il diritto ed il proprio fatto – tra il dover-essere e il proprio essere. Dovrebbe essere ormai chiaro come queste due strategie siano diverse, e perché. Per Menke, lo abbiamo più volte visto, il problema della violenza è sempre pensato a partire dall'identificazione del diritto con il *dovere-di-essere*. Il che implica che la violenza sia individuata, collocata, esattamente nello scarto, nello iato che separa il dovere dalla sua realizzazione, il dovere dall'essere a cui “mira”. Il problema, però, è che, date le sue premesse, Menke non può giungere a pensare la *differenza* tra il diritto e la sua violenza – dal momento che il concetto stesso di diritto implica la necessità (questa sì *logica*) della sua realizzazione. Per questo egli giunge, diversamente, alla necessità di un *riconoscimento* da parte del diritto della violenza che esso esercita: il diritto non può fare a meno della propria violenza, ma, “liberandola”, ossia rendendosi consapevole di essa, può *decidere* apertamente, ogni volta, se e come esercitarla o meno. Questo è ancora, credo, l'assunto in fondo “schmittiano” di Menke: se il diritto deve, necessariamente, attuarsi, è però sempre *contingente* la decisione che lo attua – e che

³³ C. MENKE, *A reply to my critics*, cit., p. 228.

pertanto può aprire, nella sua contingenza, anche alla possibilità di non decidere, alla possibilità di un'altra possibilità.

Pensare il diritto come dovere-di-essere, allora, implica già l'impossibilità di separare, di dire e praticare la differenza tra esso è la violenza che è. D'altra parte, perché il diritto sarebbe dovere-di-essere? Perché, in altri termini, nel concetto di diritto sarebbe già da sempre pensata, già da sempre necessaria, la sua realizzazione nell'essere? Personalmente, credo che il diritto vada inteso, nel suo concetto, come un *dover-essere che è* – e non un dovere-di-essere, un dovere che esige di essere. Le ragioni sono almeno tre:

(a) anzitutto, perché solo così si intende propriamente l'“essere” del diritto. Dire che il diritto è dovere-di-essere, significa infatti pensare il diritto come qualcosa che non esiste di per sé, ma viene all'essere solo attraverso qualcos'altro (una decisione, l'atto del potere che lo pone, etc.). Il che, tra gli altri problemi, pone quello, credo, di dover pensare il diritto come *distinzione* tra il diritto come puro *dovere* – che sarebbe il diritto “prima” della sua realizzazione – e il diritto come *essere* – che sarebbe il diritto una volta realizzato. A questo punto, a venir meno è il “diritto” stesso, dal momento che ciò che si ha è o soltanto il “dovere” senza essere (e dunque un dovere che esisterebbe solo *idealmente*, mera entità ideale) o soltanto l'essere senza il dovere (e cioè soltanto l'essere applicate ed osservate di una serie di norme). Insomma: o un diritto privo di violenza, ma del tutto impotente e inesistente, o un diritto che consiste soltanto nella violenza, nel fatto della sua imposizione. Ma, in questo modo, a sfuggire è il diritto stesso. Perché pensare il diritto, significa ovviamente pensarne l'esistenza, l'essere. Pensare che esso vi sia. Pensare, cioè, che il dover-essere è, è qualcosa che si dà nella realtà (e non in un mondo ideale, altrove). Possiamo anche dire, in termini più semplici: che una norma è, c'è, indipendentemente dal suo essere applicata ed osservata. Ed il problema è tutto qui: che, per pensare il diritto, il dover-essere, noi dobbiamo pensare l'essere del dover-essere, che è esattamente ciò che tuttavia lo nega, dal momento che il dover-essere non “è” ciò che è se non in quanto non è l'“essere”. È questo il problema della “violenza” del diritto: che il diritto è anche e sempre il proprio fatto, è anche e sempre il proprio essere;

(b) in secondo luogo, perché il concetto di dovere-di-essere è, a mio avviso, un concetto che richiederebbe almeno un chiarimento fondamentale. Se io definisco, infatti, il diritto come un dovere che “tende”, “esige” di essere per poter essere ciò che è, resta il problema di capire che tipo di *esigenza*, qui, è in gioco. È una esigenza *logica*? Per affermarlo, dovrei poter dimostrare che non è possibile pensare al concetto di dovere senza pensare alla sua realizzazione, al suo divenire essere.

Ma, in questo modo, ciò che penso, a mio avviso, è esattamente la *negazione* del dovere, dal momento che un dovere che è divenuto essere, non è più dovere, ma essere. Dire che il *dover-essere deve essere*, è a mio avviso una contraddizione impossibile da risolvere: è già negare, in partenza ed in linea di principio, il dover-essere, è dire che il dovere consiste nel suo essere³⁴.

Mentre, allora, l'essere-del-dover-essere, che abbiamo prima indicato, è la contraddizione da cui *comincia*, propriamente, il problema del diritto – che consisterà, dunque, nel fare la differenza tra il dover-essere ed il proprio essere –, in questo caso, invece, l'affermazione del dovere come essere è ciò che pone *fine* alla possibilità stessa del diritto di costituirsi come tale. Se, diversamente, questa “esigenza” non è logica, ma “normativa”, nel senso che essa indicherebbe il *dovere* di porre in essere il dovere, ciò comporterebbe la necessità di dimostrare un “diritto del diritto” – che è esattamente quello che, correttamente, Menke esclude possa darsi mai;

(c) infine, come l'esempio della struttura del bando mostra, pensare il diritto come dovere-di-essere finisce per occultare una violenza che sta logicamente prima dell'*imporsi* del diritto, e che è invece la violenza del suo stesso *porsi*. Se “violenza” dice “fatto”, dice ciò che si impone *di fatto*, allora essa riguarda la stessa posizione del diritto: nel *porre se stesso* – nell'affermazione per cui “il diritto è il diritto” (A è A) – il diritto pone se stesso come un fatto, il fatto del suo essere. Il dispositivo del bando, fa vedere esattamente questo: che il diritto c'è già da sempre, come il semplice fatto di esserci, a prescindere dalla sua “applicazione”. Esso, cioè, resta, come fatto, anche quando non si applica più a nulla. Se Menke non pensa al “fuori” nei termini del “bando”, ma dell'eccezione schmittiana, è proprio perché, dato il suo concetto di diritto, il “fuori” non è lo spazio in cui il diritto c'è, pur nella sua assenza, come semplice fatto, ma è lo spazio in cui il diritto, pur nella sua assenza, *deve* continuare ad esserci, ossia a imporsi nella realtà.

³⁴ Qui due citazioni che spesso ho utilizzato di Kelsen mi aiutano – sono folgoranti, credo. La prima, tratta da H. KELSEN, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato. Studio critico sul rapporto tra Stato e diritto*, trad. it. a cura di A. Carrino, Napoli, 1994, p. 86: «Nel momento in cui si dichiara che la connessione, definita dal dovere giuridico, degli elementi, è una connessione del tutto differente da quella causale che fonda l'essere naturale, viene esclusa dal dovere (*Sollen*) anche ogni relazione con la “realizzazione”, con l'attuazione. [...] Se l'uso linguistico comune afferma un qualche contenuto come dovuto, e specialmente afferma come dovuto il contenuto del diritto, s'intende con ciò una relazione – non più conciliabile con l'autonomia del dovere rispetto all'essere – all'essere. Qualcosa deve – *essere!* (*Etwas Soll – sein!*). Ciò che si afferma come dovuto viene in qualche modo considerato come non ancora compiuto, in qualche modo allo stato di frammento. Esso ha bisogno della *realizzazione*, di trapassare dalla sfera del mero “dovere” in quella dell'*essere!*» La seconda è tratta da H. KELSEN *Teoria generale delle norme*, trad. it. a cura di M.G. Losano, Torino, 1985, p. 99: «Diciamo: “Un dover essere mira ad un essere”. È una terminologia che trae in inganno. Non è il dover essere a mirare ad un essere, cioè ad avere una certa intenzione. [...] Se dicendo che il dover essere “mira” a qualcosa, è “rivolto” a qualcosa, se si vuol indicare il senso del dover essere, allora il dover essere non “mira” ad altro che a se stesso: il dover essere. [...] L'espressione comune “qualcosa deve essere” (*Etwas soll sein*) sostiene l'ipotesi errata che il dover essere sia rivolto a un essere».

Se ripensiamo il diritto a partire da qui, possiamo allora giungere ad un diverso concetto, credo, di “destituzione”, di *Entsetzung*. La violenza *del* diritto, ora, va intesa come la violenza che il diritto è sempre: è la violenza che consiste nella circostanza per la quale il diritto è sempre anche il suo fatto, che il dover-essere non si dà se non come essere del dover-essere. Ora, questa *contraddizione* è, tuttavia, “dinamica”, potremmo dire: perché in essa ciò che viene detto è che il diritto non giunge a costituirsi, ad essere ciò che è se non in una pratica, in un *farsi*. Nel suo “inizio”, cioè, il diritto non è mai *se stesso* – esso, infatti, non può che iniziare ponendo se stesso come un fatto, come il fatto del diritto, l’essere del dover-essere. È questa “contraddizione” che implica che il diritto debba ancora e sempre *divenire il proprio concetto*, che esso non divenga se stesso se non facendo la differenza tra sé ed il suo fatto, tra il dover-essere ed il suo essere, tra sé e la propria violenza. Questa è la realizzazione del diritto: non il suo divenire efficace, *effettuale* (realtà come *Wirklichkeit*), ma il suo divenire se stesso, *la sua propria possibilità* (realtà come *Realität, realitas, possibilitas*). Non il suo im-porsi, ma il suo porsi *come diritto*, e cioè come ciò che differisce dal suo stesso fatto, dal suo “esserci” di fatto.

Ed allora: se il diritto è dover-essere, e se il dover-essere non giunge a se stesso, a *realizzarsi*, se non laddove si affermi come ciò che non è essere (e nemmeno l’essere che esso stesso “è”), allora dovremmo dire che il diritto non compie se stesso se non nel suo “destituirsi”, ossia nel suo compiersi come dover-essere senza più essere. Qui c’è *Entsetzung*, nel senso proprio: *de-posizione*, il togliersi del diritto rispetto al suo esser posto. Ma, a differenza di Benjamin, direi che qui non è che il diritto venga finalmente “tolto”; al contrario, è qui che il diritto si realizza in ciò che esso è, si realizza come dover-essere che si differenzia dal suo stesso essere. Come intendere, allora, questa pratica di realizzazione del diritto?

Alcuni hanno criticato Menke in nome del fatto che la sua proposta sarebbe eccessivamente “astratta”, che i suoi argomenti sarebbero «troppo filosofici e, in fondo, ciechi nei confronti della concreta pratica legale», come ricorda Andreozzi. Credo non valga neppure la pena di replicare. La teoria del diritto non ha il compito di “adeguarsi” alla pratica legale, per poterla meglio descrivere o per rispondere alle sue esigenze. Al contrario, direi che ha esattamente il compito di pensare la possibilità di un’altra pratica del diritto, rispetto a quella che non smette di applicare la violenza del diritto. Certo, la mia difesa di Menke è una difesa preventiva di ciò a cui cerco di giungere. Ma se vogliamo assumere fino in fondo la possibilità di una de-posizione del diritto per come ho cercato di pensarla, allora credo che la pratica che realizzerà, finalmente, il diritto sarà quella che saprà far

apparire ogni volta la *differenza* tra il diritto ed il suo fatto, il dover-essere ed il suo essere, e di “custodire” questa differenza. C’è una figura di questi “custodi” del diritto, che è presente in Benjamin e che egli recupera da Kafka: sono gli *studenti*, gli studenti della legge che non dormono mai, che non smettono di “vegliare”. Sono lo studente di *America*, Berthold, quello de *Il Processo*, ma soprattutto è Bucefalo, il “nuovo avvocato”, il cavallo di Alessandro Magno che, separatosi dal dovere di sentire i lombi del cavaliere sui suoi fianchi, si è dato allo studio del diritto, è sprofondato nei codici. Ma che cosa fanno gli studenti?

Benjamin lo dice esplicitamente: *das Recht, das nicht mehr praktiziert und nur studiert wird* – nello studio, «il diritto non è più esercitato»³⁵, non è più “praticato”, non è più “attuato”, secondo il modo in cui normalmente pensiamo tutto ciò, come se la realtà del diritto consistesse nel suo essere osservato, applicato, nel suo farsi efficace, effettivo. Nello studio, non avviene nulla di tutto ciò: il diritto, la legge, resta solo studiata. Ed in questo senso, dice Benjamin, lo studio è «la porta della giustizia», *Die Pforte der Gerechtigkeit* – ma, poco prima, egli aveva detto, più propriamente, che è il diritto in quanto studiato ad essere questa porta (*Das Recht, das nicht mehr praktiziert und nur studiert wird, das ist die Pforte der Gerechtigkeit*). Direi di fare un passo oltre. Nello studio, nel diritto in quanto studiato e non praticato, il diritto si “compie”, giunge cioè finalmente al proprio concetto: al dover-essere che non è più, ad un dover-essere il cui “essere” viene costantemente depresso dagli studenti, che lo revocano nell’atto stesso di studiarlo – esso è ora puro dover-essere che non afferma neppure *se stesso*.

In realtà – e volendo qui prescindere dal problema del “messianismo” che ispira questa lettura di Kafka – queste figure di studenti pongono una questione essenziale. È possibile pensare, e in qualche modo “praticare”, un diritto che nel suo farsi non smetta di dire, di far apparire e di *mantenere* aperta, “custodire” la differenza tra sé e il suo stesso fatto? Credo che questa sia la domanda fondamentale di ogni filosofia del diritto – e la via per poter pensare la relazione tra il diritto e la violenza che esso è.

TOMMASO GAZZOLO
Università degli Studi di Sassari

³⁵ W. BENJAMIN, *Franz Kafka. Zur zehnten Wiederkehr seines Todestages*, in ID., *Gesammelte Schriften, II, Aufsätze, Essays, Vorträge*, a cura di R. Tiedemann, H. Schweppenhäuser, Frankfurt, 1991, p. 437, trad. it. Franz Kafka, *Nel decennale della morte*, in *Opere complete di Walter Benjamin*, ed. it. a cura di E. Ganni, VI, Scritti 1934-1937, Torino, 2004, p. 151. Rinvio qui a T. GAZZOLO, *Lo studio della legge. Levinas e la prescrizione delle prescrizioni*, in *Etica&Politica*, 1, 2021, pp. 285-304.