

## CUSTODIRE IL VUOTO. STUDIO SUL FONDAMENTO DEL SISTEMA GIURIDICO

*Alberto Andronico*

### ABSTRACT

In this text I address the issue of the transcendental foundation of right through an in-depth discussion of some leading thinkers such as Kelsen, Schmitt, Benjamin, and Derrida. Firstly, I put into light the differences between Kelsen's and Schmitt's views: whereas the former believes that the right's foundation is a rule which serves as a transcendental condition for a science of right purified from all alien elements, the latter claims that the basis of right is to be found in the concrete unity of social order which constitutes the existential horizon of the sovereign decision about the state of exception. Secondly, I discuss Derrida's contribution to the problem of justice, namely his argument on the substantial impurity of all juridical systems: in synthesis, according to Derrida *justice is other than right* and, at the same time, is *the other in right*. In the last part of this paper I demonstrate how, following Benjamin, the juridical order must use the same violence from which it aims at protecting community.

### KEYWORDS

Right, Juridical Order, Exception, Justice, Deconstruction.

E precisamente questo pensare oltre se stesso,  
verso l'aperto, proprio questo è metafisica.

T. W. Adorno, *Metafisica*

### ALTRE DUE EPIGRAFI

Seconda epigrafe: l'inferno c'è, ma è vuoto. D'accordo, sembra che von Balthasar (1993) non l'abbia mai detto. Almeno non in questi termini, che anzi non gradiva. Ma non è di questo che si vuol parlare qui: non dell'inferno e neanche di von Balthasar. Il tema è un altro. E riguarda ben più prosaicamente la scienza giuridica. Senza entrare nel merito di delicate questioni teologiche, infatti, vorrei semplicemente provare a suggerire che quello che è stato detto dell'inferno, poco importa da chi, lo si possa sostenere per il fondamento del diritto: c'è, appunto, *ma è vuoto*. Questa, se non altro, è l'ipotesi che costituisce lo sfondo delle pagine che seguono. Prendendo così le distanze sia dall'idea – oggi piuttosto diffusa – che tale questione sia ormai superata, in nome della (pretesa e forse presunta) efficienza di un sistema che non avrebbe più bisogno di alcun fondamento, sia dalle pur sempre ricorrenti tentazioni di riempire lo spazio del fondamento di contenuti vari ed eventuali, etici, politici o economici che siano, quasi in preda a una sorta di *horror vacui*.

Prima di cominciare, però, una terza epigrafe mi aiuta a entrare nell'argomento, precisando meglio i contorni dell'ipotesi di partenza. Anche questa la traggo da un testo che non parla (non immediatamente, almeno) di ciò di cui vorrei parlare io. Non lo ha scritto un giurista e non parla di diritto. Lo ha scritto uno psicanalista. E parla del Padre. A ogni modo, eccola: «La funzione del padre è una funzione che custodisce il vuoto» (Recalcati 2011, 85). Lo ha affermato recentemente Massimo Recalcati. In un'epoca come la nostra, posta sotto il segno lacaniano

dell'evaporazione del padre, «si tratta di pensare al padre come *resto* e non come Ideale normativo» (22). Conserviamo intanto questa figura di un padre custode di un vuoto, di un buco nel tessuto del sapere. Perché è proprio di un buco nel tessuto del sapere giuridico che intendo occuparmi. Un buco che va custodito. Solo servendosi del Padre, del resto, è possibile farne a meno. Altra grande lezione di Lacan.

### UNA DOTTRINA PURA

Impostata così la cornice del discorso, possiamo ricominciare. Ricordando innanzitutto il lavoro di uno dei maestri che hanno fatto la storia del pensiero giuridico del Novecento. Un giurista austriaco (pur se nato a Praga, nel 1881) che, dopo essersi formato tra Vienna, Heidelberg e Berlino, insegnò a Vienna e a Colonia, poi a Ginevra, Praga, Harvard e infine a Berkeley, prima diritto pubblico e successivamente diritto internazionale e praticamente sempre filosofia del diritto. Si chiamava Hans Kelsen. E i motivi per riprendere le mosse da lui sono tanti. Uno di questi è che nessuno meglio di Kelsen ci consente di capire perché ancora oggi si ritiene che si possa (e si debba) studiare diritto studiando solo diritto. Quanto meno nella nostra parte di mondo, infatti, i corsi di laurea di Giurisprudenza continuano a essere organizzati intorno a un'idea che sembra ovvia, ma che ovvia non è. Un'idea tanto semplice quanto discutibile, che Kelsen ha messo in forma meglio di chiunque altro: quella secondo la quale il fondamento del diritto non sarebbe altro che il diritto stesso. Un altro motivo, che riguarda ancora più da vicino il tema di queste pagine, è che è proprio un fondamento vuoto che Kelsen pone al vertice del sistema giuridico. Solo che, come vedremo, si tratta di un vuoto pieno di potere. E che svolge la funzione di chiudere il sistema, e non di mantenerlo aperto.

Ricominciamo da qui, dunque. Da quel poderoso dispositivo concettuale che porta il nome di *Reine Rechtslehre* e che è bene ripercorrere per sommi capi, a costo di

risultare didascalici, cosa di cui mi perdoneranno gli addetti ai lavori (almeno spero). Com'è ampiamente noto, è questo il titolo dell'opera più celebre di Hans Kelsen (1990; 2000). Un testo che ha profondamente segnato la teoria del diritto del Novecento. E che ha conosciuto due versioni principali, entrambe pubblicate a Vienna. La seconda, piuttosto voluminosa, è del 1960. Ma è la prima, a mio modesto avviso, il suo vero capolavoro. Compare nel 1934 e risponde a un'esigenza ben precisa. È il lavoro di un uomo che sta preparando la propria fuga e che, per questo, ha un vitale bisogno di far conoscere il proprio pensiero anche al di fuori dei confini del proprio paese e anche al di fuori dei confini di quella ristretta comunità accademica che già lo conosceva. Insomma, si tratta di un testo propriamente divulgativo. Scritto da un maestro. Tanto che è difficile immaginare uno scritto più chiaro, lineare ed efficace di questo libretto. Per farla breve: è una lezione di stile.

Lo ricordo se non altro per giustificare il motivo per cui mi ostinerò a lavorare all'interno di questa prima versione, piuttosto che sulla seconda, nonostante quest'ultima sia decisamente più completa e dettagliata. Tanto più che per quel che riguarda la questione sulla quale vorrei concentrare la mia attenzione in questa sede, quella relativa alla soluzione data da Kelsen alla questione del fondamento del diritto, tra le due versioni non esistono differenze di rilievo<sup>9</sup>. Del resto, se un libro è un buon libro lo si capisce già dal titolo e dall'indice. E *La dottrina pura del diritto* del 1934 anche da questo punto di vista è un capolavoro. Titolo e sottotitolo dicono già quasi tutto. E quasi tutto quel che resta da capire lo si trova nell'indice, ancor prima che nello svolgimento del testo.

---

9 È appena il caso di sottolineare, del resto, come non sia mia intenzione offrire in questa sede una panoramica d'insieme dell'intero lavoro di Hans Kelsen nelle varie fasi del suo sviluppo, che per ovvie ragioni avrebbe richiesto ben altro spazio. Per un primo approfondimento, mi limito piuttosto a rinviare oltre che agli ancora imprescindibili saggi di Norberto Bobbio raccolti in Bobbio (1992), a Paulson (1998) e Gianformaggio (1990), nonché al puntuale lavoro introduttivo (e non solo) di Celano (1999).

Già il titolo, infatti, chiarisce un punto che è bene tenere presente, a meno di imbarazzanti fraintendimenti. Questo: il problema della dottrina pura del diritto è un problema epistemologico, e non ontologico. Detto in altri termini: a Kelsen non interessa definire l'essenza del diritto, ma circoscrivere i confini dell'oggetto della scienza giuridica. Si tratta di capire, insomma, di cosa deve occuparsi la scienza del diritto se vuole essere considerata una forma di conoscenza autenticamente scientifica, dotata di una sua autonomia rispetto ad altre scienze a essa contigue. È in gioco, appunto, una *dottrina pura del diritto*. E non una *dottrina del diritto puro*. Detto in altri termini: è la dottrina che va "purificata", non il diritto. E come se non bastasse, Kelsen lo precisa anche nel sottotitolo dell'edizione originale: *Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Il campo da gioco, dunque, è quello della scienza giuridica. Bisogna definire i confini di questo campo, ripulendolo da tutti gli elementi che possono inquinare la purezza. Ecco come lo spiega Kelsen:

Se viene indicata come dottrina 'pura' del diritto, ciò accade perché vorrebbe assicurare una conoscenza rivolta soltanto al diritto, e perché vorrebbe eliminare da tale conoscenza tutto ciò che non appartiene al suo oggetto esattamente determinato come diritto. Essa vuole liberare cioè la scienza del diritto da tutti gli elementi che le sono estranei. Questo è il suo principio metodologico fondamentale e sembra di per sé comprensibile a tutti. (2000, 47)

Ora, quali siano questi elementi "estranei" lo si capisce dai titoli dei primi due capitoli. Primo capitolo: *Diritto e natura*. Secondo capitolo: *Diritto e morale*. Ancora una volta Kelsen non poteva essere più chiaro. Per definire l'oggetto della scienza giuridica bisogna prendere le distanze prima dalla natura e poi dalla morale. Il che vuol dire distinguere le norme giuridiche prima dai fatti naturali e poi dalle norme morali. Si tratta di due mosse decisive nell'economia del discorso kelseniano, e non soltanto genericamente introduttive.

Con la prima, Kelsen prende risolutamente le distanze da ogni deriva sociologica della scienza giuridica: la scienza del diritto, a differenza della sociologia,

non si occupa (o meglio: non deve occuparsi) di fatti, ma di norme. E le norme non appartengono al campo della natura, ma a quello dello spirito. Non sono fatti, ma significati. Differenza, questa tra fatti e norme, che costituisce la vera e propria chiave di volta dell'intero edificio della dottrina pura del diritto. Con la seconda mossa, invece, si prendono altrettanto risolutamente le distanze da ogni forma di giusnaturalismo. Del resto, Kelsen non si stanca mai di ripeterlo: una scienza giuridica che voglia essere autenticamente tale non può che occuparsi del diritto positivo. Del diritto positivo così come esso è, peraltro, e non come *deve essere*. Qualunque considerazione in merito alla sua giustizia o alla sua ingiustizia va estromessa, dunque, dal campo della dottrina pura del diritto, essendo semmai di pertinenza della politica del diritto. Per la semplice (e forse semplicistica) ragione che la giustizia non è altro che un'ideale irrazionale, in quanto tale non accessibile alla conoscenza scientifica.

Detto questo, se ci si chiede che cos'è il diritto per Kelsen, la risposta è davvero elementare, per non dire banale: il diritto è un insieme ordinato di norme giuridiche. Resta da capire, però, che cosa sia una norma giuridica e come debbano essere ordinate tra loro queste norme per poter dar vita a un ordinamento che sia, appunto, in senso proprio giuridico. E qui le risposte di Kelsen diventano decisamente meno banali. Le ricordo velocemente, perché altrimenti si capisce ben poco della soluzione offerta dalla dottrina pura alla questione che ci interessa: quella, lo ripeto, del fondamento del diritto.

Ritorna, innanzitutto, l'esigenza di distinguere il diritto dalla morale. A differenza della norma morale, infatti, quella giuridica non va intesa come un imperativo, dice Kelsen (63), ma come «un giudizio ipotetico che esprime il rapporto specifico di un fatto condizionante con una conseguenza condizionata». Basti pensare alla differenza tra il quinto comandamento e l'art. 575 del nostro codice penale: il primo impone di non uccidere, il secondo si limita a collegare una sanzione al fatto dell'uccisione di un

uomo, attribuendo in tal modo un significato giuridico a questo fatto (che in quanto tale ne sarebbe privo). Questo collegamento viene definito da Kelsen nei termini di un nesso di imputazione che chiama in causa l'esistenza di un dover essere (*das Sollen*) specificamente giuridico, distinto dalla necessità (*das Müssen*) propria del nesso di causalità. Un dover essere puramente formale che nella dottrina pura del diritto assume le vesti di una categoria, in senso dichiaratamente kantiano, «gnoseologicamente trascendentale» (65). Ciò consente di comprendere, peraltro, anche il senso di una delle più controverse (e provocatorie) affermazioni di Kelsen: «Ogni qualsiasi contenuto può essere diritto» (96). Ancora una volta a differenza delle norme morali, infatti, quelle giuridiche valgono come tali non in virtù del loro contenuto, vale a dire di ciò che prescrivono, ma puramente e semplicemente in virtù della loro forma, vale a dire del modo in cui sono prodotte. Ed è sempre in virtù della loro forma, e non del loro contenuto, che si trovano a essere tra loro collegate.

Passaggio, quest'ultimo, che ci consente finalmente di avvicinarci al nostro tema. Per Kelsen, infatti, una pluralità di norme dà vita a un ordinamento quando tutte le norme che lo compongono si fondano (direttamente o indirettamente) su un'unica norma, che per questo risulta essere – appunto – “fondamentale”. Mentre, però, la norma fondamentale di un sistema morale ha un carattere *statico* e *materiale*, quella di un sistema giuridico non può che essere *formale* e *dinamica*. Il che vuol dire che, mentre le norme che compongono un sistema morale sono tutte logicamente deducibili da un'unica norma fondamentale che le contiene originariamente (e lo stesso vale per i vari sistemi di diritto naturale), le norme giuridiche appartengono a un ordinamento giuridico soltanto se e in quanto risultano essere poste conformemente a una norma fondamentale che regola semplicemente le modalità della loro produzione. Con le parole di Kelsen (96): «Una norma vale come norma giuridica, sempre e soltanto perché si è presentata in un modo particolarmente

stabilito, è stata prodotta secondo una regola del tutto determinata, è stata posta secondo un metodo specifico». E ancora:

La norma fondamentale di un ordinamento giuridico positivo [...] non è altro che la regola fondamentale per la quale sono prodotte le norme dell'ordinamento giuridico, la posizione della fattispecie fondamentale della produzione del diritto. Essa è il punto di partenza di un procedimento; ha un carattere assolutamente dinamico-formale (97).

Insomma, una norma giuridica è valida, cioè esiste in quanto tale, soltanto se e in quanto è prodotta conformemente a una norma superiore che ne regola la produzione, la quale a sua volta sarà valida soltanto se e in quanto prodotta conformemente a una norma ancora superiore e così via fino ad arrivare a una norma che costituisce il fondamento ultimo di tutte le altre: una norma fondamentale, appunto, giuridica alla stregua delle altre, a meno di inquinare la purezza della dottrina, ma che tuttavia non può essere posta, salvo regresso all'infinito. E infatti, precisa Kelsen:

Essa [la norma fondamentale di un ordinamento giuridico positivo] non vale come norma giuridica positiva, perché non è prodotta nel corso del procedimento del diritto; essa non è posta, ma è presupposta come condizione di ogni posizione del diritto, di ogni procedimento giuridico positivo (99).

Un presupposto (che viene dopo). Una norma presupposta, quindi. Questo è ciò che, per Kelsen, costituisce il fondamento dell'unità di un ordinamento giuridico: non una costituzione in senso giuridico-positivo, detto in altri termini, ma una costituzione in senso propriamente logico-giuridico. Risulta evidente, qui, la traccia del neo-kantismo della scuola di Marburgo. La norma fondamentale di cui parla la dottrina pura altro non è se non una condizione logico-trascendentale della scienza del diritto (positivo). Del resto, lo abbiamo già detto, ma è bene ripeterlo: l'obiettivo di Kelsen è quello di individuare le condizioni alle quali il diritto può essere

considerato oggetto di conoscenza scientifica, e non quello di descrivere ciò che il diritto è. Il piano del discorso è squisitamente epistemologico: oggetto di scienza non può che essere il sistema giuridico considerato nella sua unità, perché non può che essere unica, per ragioni di necessità logica, l'ipotesi dell'intelletto che, secondo l'insegnamento di Hermann Cohen, lo produce. Fino a questo punto, siamo in presenza di un radicale costruttivismo. Radicale tanto quanto la separazione tra il piano dell'essere, proprio della natura, e quello del dover essere, proprio del diritto, che ne costituisce lo sfondo e che Kelsen riprende, in particolare, dal neo-kantismo sud-occidentale di Wilhelm Windelband e Georg Simmel.<sup>10</sup>

Detto questo, però, proprio perché stiamo parlando di un libro scritto da un maestro, la *Reine Rechtslehre* non nasconde le crepe del suo edificio. E infatti, subito dopo aver presentato la norma fondamentale nei termini che abbiamo appena ricordato, Kelsen stacca un (sotto)paragrafo con un titolo che sembra riaprire la partita, mettendo in discussione la delicata architettura concettuale messa in piedi fino a questo momento e innanzitutto quella radicale separazione tra forma e contenuto che ne costituiva la chiave di volta. Il titolo è questo: *Il contenuto della norma fondamentale*. E il tema, giunti a questo punto, è quello del significato della norma fondamentale. Per spiegarlo, Kelsen ricorre ora all'esempio di ciò che accade in seguito a una rivoluzione che conduce all'instaurazione di un ordinamento repubblicano sulle ceneri di un regime monarchico:

Se ciò riesce, cioè se cessa l'ordinamento antico e comincia ad avere efficacia il nuovo, nel momento in cui l'effettivo comportamento degli uomini (per i quali l'ordinamento ha pretesa di validità) non corrisponde più all'antico, ma in generale al nuovo, ci si comporta allora con questo come con un ordinamento giuridico, cioè si concepiscono gli atti compiuti in esecuzione di questo come atti giuridici e i fatti che lo ledono come violazione di diritto. Si presuppone allora una nuova norma fondamentale, non più quella

---

<sup>10</sup> Sui rapporti di Kelsen con Kant e, in particolare, con il neo-kantismo, cfr.: Goyard-Fabre (1993); Stella (1997); Calabrò (1983); Paulson (1995) e Racinaro (1995). Si veda inoltre Paulson (1994).

che delega come autorità legislatrice il monarca, ma quella che delega invece il regime rivoluzionario. (2000, 99-100)

“Si presuppone allora”, scrive Kelsen. Curiosa espressione, che sembra portare con sé un cortocircuito: la norma fondamentale è sì *pre-supposta*, ma soltanto *dopo* che i destinatari di un ordinamento giuridico hanno *effettivamente* cominciato a comportarsi *come se* questo ordinamento esistesse davvero. *Come se*, ripetiamolo, perché in senso proprio questo ordinamento non esiste se non in seguito al lavoro della scienza giuridica che – letteralmente – lo mette in forma, presupponendone la norma fondamentale. Sembra un paradosso, e forse lo è. Ma lo si risolve distinguendo, ancora una volta, i piani del discorso. Ciò che l’esempio della rivoluzione consente ulteriormente di chiarire, infatti, è che la presupposizione che entra in gioco nella norma fondamentale si situa sul piano gnoseologico, e non storico. Ripetiamolo ancora una volta: è una presupposizione interna alla scienza del diritto, che si situa sul piano del dover essere, e non dell’essere.

Ciò non toglie, tuttavia, che giunti al vertice del sistema giuridico essere e dover essere finiscono con l’incontrarsi. Con la conseguenza che il loro rapporto assume ora le vesti di una semplice distinzione, e non più quelle di una radicale separazione, con buona pace del costruttivismo neo-kantiano inizialmente assunto come sfondo. Ed è lo stesso Kelsen a sottolinearlo:

La validità di un ordinamento giuridico, che regola il comportamento di determinati uomini, si trova pertanto in un sicuro rapporto di dipendenza col fatto che il comportamento reale di questi uomini corrisponde all’ordinamento giuridico o anche, come si suol dire, alla sua efficacia. Questo rapporto (che magari potrebbe essere rappresentato come tensione fra dover essere ed essere) non può essere determinato in altro modo che con un limite superiore e uno inferiore. La possibilità della corrispondenza non può superare un massimo stabilito né discendere sotto un minimo stabilito (101).

Non avrebbe alcun senso, insomma, un ordinamento giuridico che prescrivesse il necessario o l’impossibile. Ciò spiega la *tensione* tra essere e dover essere, che fa sì che

un minimo di efficacia sia comunque una condizione necessaria di esistenza di un ordinamento giuridico valido. Ma anche la necessità della *distinzione* tra questi due piani, e dunque tra il modo in cui gli uomini si comportano effettivamente (essere) e la validità delle norme che costituiscono l'ordinamento giuridico, da loro assunte come ragioni per l'azione (dover essere).

Quel che è in gioco, qui, è evidentemente l'annosa questione del rapporto tra diritto e potere. Si tratta di capire se il diritto sia puramente e semplicemente un mero prodotto del potere costituito oppure se sia quest'ultimo a dipendere dalle norme che individuano i soggetti autorizzati a esercitarlo. Quando Kelsen scrive che la presupposizione della norma fondamentale entra in gioco soltanto dopo che un (nuovo) potere si è di fatto affermato sembra, a prima vista, sostenere la prima tesi: prima verrebbe il potere, insomma, poi il diritto. Del resto, questa è la tesi del positivismo giuridico che trova in John Austin uno dei suoi riferimenti principali: l'unico vero diritto è il diritto positivo e il diritto positivo altro non è se non l'insieme dei comandi di un sovrano che riceve abitualmente obbedienza. Kelsen, però, non è Austin. La dottrina pura del diritto è una teoria del diritto positivo, certo. Kelsen lo precisa fin dalla prima riga. E il diritto positivo altro non è se non il diritto posto, ovvio. Ciò che aggiunge Kelsen, tuttavia, è che è il diritto stesso a dire chi può produrre (e applicare) le norme giuridiche e come. È il diritto a precedere il potere, dunque, e non il contrario. A ben vedere, del resto, la funzione della norma fondamentale è proprio questa: individuare il titolare del potere sovrano, qualificandolo come soggetto autorizzato a produrre il diritto.

Ecco così spiegato il primato del diritto: «Nel senso della teoria qui sviluppata il diritto è un determinato ordinamento (od organizzazione) della forza» (101-102). *Nel senso della teoria qui sviluppata*, scrive però Kelsen. Precisazione importante perché ci consente di capire come ciò valga soltanto se si resta all'interno della dottrina (pura) del diritto. Del resto, giunti al vertice del sistema, risulta davvero difficile capire dove

cominci il diritto e dove finisca il potere, e viceversa. Norma (fondamentale) e potere (sovrano) sono, a ben vedere, due facce della stessa medaglia. Tanto che la domanda se sia la prima a prevalere sul secondo o viceversa rischia di risultare senza senso. A meno, appunto, di assumere un determinato punto di vista. Ed è esattamente quello che fa Kelsen. Sceglie un punto di vista: quello della dottrina pura del diritto. Ed è da questo punto di vista che il diritto precede il potere. E non può non precederlo. Per la semplice ragione che se fosse il potere a precedere il diritto non vi sarebbe alcuna possibilità di isolare nella sua purezza l'oggetto della scienza del diritto rispetto a quello proprio della scienza politica, che del potere appunto si occupa, e più in generale il piano del dover essere, proprio – ripetiamolo per l'ennesima volta – delle norme, da quello dell'essere, proprio dei fatti.

Alla base di tutto l'edificio della dottrina pura vi è una precisa scelta, dunque, che a questo punto risulta essere però non soltanto gnoseologica. Una precisa presa di posizione che Bobbio ha illustrato con la sua consueta lucidità:

Per quanto Kelsen abbia insistentemente affermato il carattere scientifico della teoria pura del diritto e respinto ogni interpretazione ideologica, non si può rinunciare del tutto a cercare di cogliere il senso della sua costruzione e di capire il perché di certe tesi attraverso le sue scelte politiche. Che sotto alla teoria pura del diritto ci sia l'ideologia dello Stato borghese, ritengo sia scorretto, nonostante che i marxisti imperterriti abbiano continuato a ripeterlo. Direi piuttosto che dietro la tesi del primato del diritto sul potere, primato che si manifesta nella supposizione della norma fondamentale, c'è, se pure inconsapevole, e anche espressamente smentito, l'ideale dello Stato di diritto, cioè dello Stato in cui, per esprimermi con una formula tradizionale, usata per secoli dai legisti, "lex facit regem" e non "rex facit legem" (121-122).

*UNA SPORCA DOTTRINA*

Su questo ideale dello Stato di diritto che regge (o reggerebbe) l'intero edificio della dottrina pura del diritto, e in particolare la necessità della presupposizione della validità della norma posta al vertice del sistema giuridico, ci sarebbe tanto da dire. E qualcosa la diremo. Non prima, però, di avere introdotto il lavoro di un altro maestro che ha fatto la storia del pensiero giuridico del Novecento. Un autore discutibile e ampiamente discusso. Uno che nel 1933, anno in cui Hitler diventa Cancelliere del Reich e Kelsen lascia la Germania, assume la carica di Presidente dell'Unione Giuristi Nazionalsocialisti e che (anche) per questo è stato a un passo dal finire sul banco degli imputati durante il Processo di Norimberga, nonostante il fatto che da un certo momento in poi fosse caduto in disgrazia tra i membri del partito, in quanto tra l'altro troppo cattolico per i loro gusti. Ma anche uno che, nonostante queste ombre (usiamo questo eufemismo), è ormai unanimemente considerato, indubbiamente a ragione, come uno dei più grandi giuristi del Novecento. Sto parlando, ovviamente, di Carl Schmitt. E ancora una volta mi perdoneranno gli addetti ai lavori se continuerò a ricordare cose a loro già ampiamente note.

Due storie personali pressoché antitetiche, dunque, quelle di Kelsen e Schmitt. Ma non solo. Anche due maniere di scrivere molto diverse. Altro dettaglio tutt'altro che irrilevante. Stili diversi. E diversi pensieri. Tanto che per entrare nell'opera di Carl Schmitt una tentazione ancora piuttosto ricorrente è quella di metterla in contrappunto proprio con quella di Hans Kelsen, suo grande antagonista. In questa cornice, sembra tutto chiaro: la norma di Kelsen sarebbe la decisione di Schmitt, l'ipotesi del primo sarebbe la volontà del secondo, la purezza dell'uno sarebbe l'ideologia dell'altro, e così via dicendo fino al punto in cui ciò che per Kelsen è diritto, in Schmitt non sarebbe altro che semplice maschera della politica. Come spesso accade, però, la facilità di questo ingresso rischia di trarre in inganno. Se non

altro, perché consegna Schmitt all'esclusiva attenzione degli scienziati della politica: singolare destino per chi si è sempre dichiarato, e con orgoglio, giurista: «Mi sento al cento per cento giurista e niente altro. E non voglio essere altro. Io sono giurista e rimango e muoio come giurista e tutta la sfortuna del giurista vi è coinvolta» (Lanchester 1983, 34).<sup>11</sup>

A ben vedere, infatti, la faccenda è ben più complessa: nella polemica tra Kelsen e Schmitt non sono in gioco semplicemente due diverse definizioni dell'oggetto della scienza giuridica, ma, ben più alla radice, due diversi piani di costruzione dei concetti. È sufficiente notare questo: è vero che Schmitt ritiene che il diritto appartiene all'ambito dell'essere, ma il suo essere non è quello di Kelsen, non è cioè semplice insieme di muti fatti o volontà arbitrarie, ma concreto svolgersi dell'esistenza. Così, a dispetto delle apparenze, quando afferma la necessità per la scienza del diritto di occuparsi dell'unità concreta del suo oggetto, Schmitt non intende certo rivendicare una pretesa priorità della politica contro la fondazione autoreferenziale del diritto. Ma, piuttosto, superare la sterile opposizione tra ambito dell'essere e ambito del dover essere architrave epistemologica della dottrina pura<sup>12</sup>.

Si ritorna in tal modo ad una concezione della scienza del diritto per certi versi più tradizionale rispetto a quella kelseniana. Come oggetto di scienza, il diritto non può essere ridotto a semplice insieme di vuote norme, di volta in volta riempite dalla politica, dall'economia o dalla morale, ma va ricondotto alla vita. Con la conseguenza che compito del giurista è quello di comprenderne razionalmente l'unità concreta e non quello di inseguire la produzione normativa nel disperato tentativo di darle un senso. Cade così anche un'altra facile chiave di lettura del rapporto tra Kelsen e Schmitt: quella che contrappone al normativismo del primo un preteso decisionismo

---

11 Cfr. anche il quadro d'insieme offerto da A. Carrino (in Schmitt 1996, 7-30).

12 Per un inquadramento generale del pensiero di Carl Schmitt, all'interno di una letteratura a dir poco vasta, è necessario il rinvio agli ormai classici studi di Hofmann (1999) e Galli (1996). Si vedano, inoltre: Amendola (1999); Resta (1999); Preterossi (1996) e, da ultimo, Magrì (2013).

del secondo. Per Schmitt (1996), infatti, normativismo e decisionismo condividono l'idea, tutta moderna, e inaccettabile in quanto conduce ad una radicale identificazione del diritto con la legge, del carattere artificiale dell'ordine giuridico, inteso come qualcosa di creato dal nulla del disordine originario dall'atto di volontà di un soggetto razionale: «Il diritto, come ordinamento concreto, non può essere isolato dalla sua storia. Il vero diritto non è posto, bensì sorge in una evoluzione involontaria. Che cosa sia il vero diritto può quindi essere stabilito, oggi, nella concreta forma storica di esistenza del ceto dei giuristi, che prende coscienza di questa evoluzione» (67).

Il vero diritto non è posto, ma dato. Questo, del resto, è ciò che secondo Schmitt va conservato dell'insegnamento di Savigny: il diritto, al pari dell'arte, non è frutto di una volontà arbitraria, ma rappresentazione di un'essenza spirituale che tocca ai giuristi portare alla luce. Ed è in questa luce che va letto il suo noto rinvio alla decisione sovrana come fondamento dell'unità del diritto: «Anche l'ordinamento giuridico, come ogni altro ordine, riposa su una decisione e non su una norma» (Schmitt 1972, 37). Se l'essenza della sovranità risiede, infatti, nel monopolio della decisione ultima, questa non va certo pensata come mero frutto di una volontà arbitraria. Semmai, la questione riguarda proprio il suo legame con la costituzione, intesa come anima dello Stato e non semplice norma delle norme. Così come il sovrano non crea la costituzione, ma ne è il portavoce, il *Führer*, la sua decisione non poggia sul nulla dell'arbitrio soggettivo, ma sull'unità concreta dell'ordine sociale che ne costituisce l'orizzonte esistenziale di riferimento e che la sua volontà è chiamata a manifestare e garantire. Detto in altri termini, la costituzione è quella "normalità" dei rapporti sociali che costituisce condizione sia logica che ontologica tanto della validità quanto dell'efficacia delle norme giuridiche: «Noi sappiamo che ogni ordinamento – anche l'"ordinamento giuridico" – è legato a concreti concetti di normalità che non sono derivati da norme generali ma al contrario producono essi

stessi tali norme, solo in base al loro proprio ordine e in funzione del medesimo» (259).

L'attacco al formalismo kelseniano è radicale: nella costruzione del concetto di diritto entrano ora sia la normatività che la normalità, tanto la volontà con la sua qualificazione formale, quindi, quanto la situazione concreta che ne costituisce il contesto. Si potrebbe dire: così come non c'è normatività senza normalità, non c'è ordinamento senza ordine. L'ordinamento giuridico, inteso come semplice insieme di norme, non costituisce nient'altro che la manifestazione, la messa in forma di questa unità concreta che costituisce condizione di senso del diritto, e da questa non può essere separata. Né si tratta di far giocare la normalità contro la normatività o di ritenere quest'ultima semplice appendice della prima, ma di pensarle insieme evitando di cadere nelle arbitrarie opposizioni proprie del pensiero tecnico e della razionalità strumentale che si disinteressa dei fini in nome di una sterile efficacia del voluto.

Si tratta, in definitiva, di tenere uniti nella differenza i due elementi che compongono il concetto di ordinamento giuridico: l'ordine concreto e la regola astratta. Come tutti i concetti, infatti, anche questo si presta ad interpretazione assai lontane tra loro, a seconda dell'elemento che si ritiene dominante. Motivo per cui Schmitt lo ha pure ritenuto inutile, se non addirittura fuorviante, specie se consegnato al pensiero normativistico:

La composizione terminologica e concettuale di "ordinamento giuridico" non appartiene ormai più ai termini composti utili poiché essa può essere impiegata per nascondere la differenza esistente fra pensiero fondato su regole e pensiero fondato sull'ordinamento. Se infatti il termine "giuridico", in "ordinamento giuridico", viene pensato come norma, regola o legge astratta – e ogni giurista che pensa in termini normativi lo pensa proprio in questo modo -, in tal caso, partendo da una simile concezione normativa del diritto, ogni ordinamento si trasforma in un mero insieme o una mera somma di regole e di leggi. (251)

Nei testi di Schmitt, tuttavia, è possibile trovare anche un'altra chiave di lettura, che suggerisce di pensare il concetto di ordinamento giuridico come concetto complesso, costituito di elementi autonomi sì, ma inseparabili. Come sembra essere richiesto da questo passo, in cui Schmitt riflette sul rapporto tra il concetto di ordinamento giuridico ed un altro luogo decisivo del suo pensiero, quello dello stato d'eccezione:

Poiché lo stato d'eccezione è ancora qualcosa di diverso dall'anarchia o dal caos, dal punto di vista giuridico esiste ancora in esso un ordinamento, anche se non si tratta più di un ordinamento giuridico. [...] I due elementi del concetto "ordinamento-giuridico" vengono qui in contrapposizione e trovano la loro rispettiva autonomia concettuale (39).

### L'ORDINE DELL'ECCEZIONE

Nodo non facile da sciogliere: nello stato d'eccezione, *dal punto di vista giuridico*, esiste un ordinamento diverso dall'ordinamento giuridico. Come nel caso della presupposizione della norma fondamentale successiva all'effettivo consolidamento di un (nuovo) potere costituito, anche qui sembra entrare in gioco un paradosso. Solo che Schmitt, a differenza di Kelsen, non si preoccupa di risolverlo, quanto piuttosto di radicalizzarlo. D'altronde, è certamente a un paradosso che Schmitt (1972) fa appello al momento di definire il potere sovrano e il suo posto rispetto all'ordinamento giuridico: «Sovrano è chi decide sullo stato di eccezione. [...] Egli decide tanto sul fatto se sussista il caso estremo di emergenza, quanto sul fatto di che cosa si debba fare per superarlo. Egli sta al di fuori dell'ordinamento giuridico normalmente vigente e tuttavia appartiene ad esso poiché a lui tocca la competenza di decidere se la costituzione *in toto* possa essere sospesa» (p. 33-34).<sup>13</sup> Si potrebbe dire che come il sovrano sta tanto fuori quanto dentro l'ordinamento giuridico, così

---

<sup>13</sup> Ferma l'attenzione, con grande efficacia, sullo statuto paradossale di questa definizione della sovranità: Agamben (1995, 19-35).

L'ordinamento giuridico si costituisce come concetto solo nella riunione dell'ordine concreto e della sua manifestazione formale. Ed è questo paradosso che il diritto come *nomos*, come misura che riunisce, mantenendole distinte, decisione e norma, è chiamato a rappresentare: così come il *nomos basileus* è re in quanto è giusto ed è giusto in quanto è re, l'ordinamento giuridico è ordinamento in quanto è giuridico ed è giuridico in quanto è ordinamento: «Esattamente come nel termine-concetto composto "ordinamento-giuridico" i due concetti separati di diritto e ordinamento si definiscono l'uno contro l'altro, così nella connessione stabilita fra *nomos* e *re*, il *nomos* è già pensato come concreto ordinamento di vita associata, se si vuole dotare di senso il termine "re"» (254).

In questa cornice risulta essere messa radicalmente in discussione la riduzione normativistica dello Stato di diritto a un puro e semplice Stato della legge. L'idea per cui sarebbe la legge a governare, e non gli uomini, va declinata piuttosto nei termini di una sovranità del *nomos*: «Ma *nomos*, allo stesso modo di *law*, non significa legge, regola o norma, ma diritto, che è tanto norma, quanto decisione, quanto soprattutto ordinamento» (253). Anche il concetto di Stato di diritto, dunque, così come quello di ordinamento giuridico, è un concetto complesso. Si tratta pur sempre di pensare concetti costituiti da elementi che si definiscono per contrapposizione, e che in questa contrapposizione trovano il loro senso. Questo è tanto più vero, sembra dire Schmitt, una volta dissolta la chiave di volta dell'architettura giuridica e politica della modernità: quello Stato garante tanto della pace al suo interno quanto di definizioni concettuali chiare ed univoche: «La porzione europea dell'umanità ha vissuto, fino a poco tempo fa, in un'epoca i cui concetti giuridici erano totalmente improntati allo Stato e presupponevano lo Stato come modello dell'unità politica. L'epoca della statualità sta ormai giungendo alla fine: su ciò non è più il caso di spendere parole. Con essa vien meno l'intera sovrastruttura di concetti relativi allo Stato, innalzata da una scienza del diritto dello Stato e internazionale eurocentrica, nel corso di un

lavoro concettuale durato quattro secoli» (90). Se è vero, infatti, che i concetti così come non sono mai semplici, non sono neanche mai soli, una volta venuto meno il centro di gravità costituito dalla forma-Stato, tutti quei concetti ad esso legati devono essere ripensati, uno fra tutti quello di ordinamento giuridico.

Da questo punto di vista, sia detto tra parentesi, l'opera di Schmitt si rivela di straordinaria attualità. Se la sfida dell'Europa è, oggi, quella di costringere la scienza giuridica alla costruzione di nuovi concetti o quantomeno alla ridefinizione di quelli tradizionali, i testi di Schmitt iniziano a farlo, proprio giocando con la tradizione del pensiero giuridico moderno, situandosi nel crinale della sua crisi. Ma è qui che entra in gioco quella contraddizione presente nella sua opera e tanto frequentemente sottolineata dai suoi critici, che lo hanno giustamente definito come ultimo erede della grande tradizione del pensiero giuridico e politico della modernità, da una parte, e suo lucidissimo ed appassionato critico, dall'altra.

Insomma, la necessità di ridefinire i confini di concetti ormai classici va, in Schmitt, di pari passo con una permanente nostalgia nei confronti del rigore dell'architettura concettuale del pensiero moderno<sup>14</sup>. Invenzione e reazione si contendono il campo. Forse per questo l'abbandono di distinzioni chiare ed univoche, denunciata come logica e inevitabile conseguenza del venir meno della tenuta del concetto di Stato, non sembra essere stato da lui condotto fino alle estreme conseguenze. E' sufficiente pensare al ruolo giocato dalla distinzione tra interno ed esterno in un'opera come il *Nomos della terra*: «L'occupazione di terra, sia sotto il profilo interno, sia sotto quello esterno, rappresenta il primo titolo giuridico che sta a fondamento dell'intero diritto seguente. Diritto territoriale e successione nel territorio, esercito e milizia territoriale presuppongono l'occupazione di terra.

---

14 Lo ha efficacemente sottolineato Carlo Galli, nell'*Introduzione* alla sua monumentale opera dedicata a Carl Schmitt (1996, VII): «Figura intellettuale e umana che è stata segno di contraddizione, esempio in prima persona di *complexio oppositorum*, Schmitt ha contraddetto e si è contraddetto, definendosi tanto "un avventuriero intellettuale" quanto, al contempo, l'ultimo esponente del pensiero classico dell'ordine giuridico moderno».

Quest'ultima precede anche la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico. Soltanto con essa si creano in generale le condizioni di tale distinzione. Per questo l'occupazione di terra ha, se così ci si vuole esprimere, un carattere generale dal punto di vista giuridico» (Schmitt 1991, 23-24).

L'origine del diritto è legata all'occupazione del territorio e alla conseguente apposizione di confini. E' difficile pensare ad un'idea più "moderna" di questa: il diritto organizza lo spazio, unisce e distingue, traccia linee di amicizia ed inimicizia, di pace e di guerra. Insomma: dà senso al territorio. L'occupazione della terra agisce qui come condizione, tanto logica quanto storica, del diritto: la storia del diritto è storia di ripartizioni territoriali. Pur perfettamente consapevole di come ormai sia possibile pensare che «l'aria divorì il mare e forse persino anche la terra» (p. 29), Schmitt rimane legato all'idea che il compito del pensiero giuridico e politico sia quello di ridisegnare nuove linee di amicizia che distinguano l'interno dall'esterno in modo chiaro ed univoco. Ma, ritornando al nostro presente, è proprio questo modo di intendere il rapporto tra diritto e territorio che il concetto di ordinamento giuridico dell'Unione europea rischia di mettere in crisi. Meglio: è l'idea stessa del confine tra un dentro ed un fuori che la sua costruzione rimette in discussione. Quasi che il problema dell'Europa sia proprio, in termini schmittiani, quello di una *Ortung* senza territorio.

Se per Kelsen, dunque, il fondamento del diritto è una norma presupposta, intesa quale condizione trascendentale di una scienza del diritto depurata da tutti gli elementi che le sono estranei, per Schmitt risiede nell'unità concreta dell'ordine sociale che costituisce l'orizzonte esistenziale di riferimento della decisione sovrana sullo stato di eccezione. Nel primo caso si tratta di una costituzione in senso logico-giuridico. Nel secondo di una costituzione materiale, per riprendere una celebre espressione del nostro Costantino Mortati, intesa quale misura del concreto assetto delle forze sociali. Schmitt riunisce, insomma, ciò che Kelsen distingue (e separa).

Detto in altri termini: se il diritto di cui parla Kelsen è un oggetto semplice, quello di cui parla Schmitt è un oggetto decisamente complesso, composto sì da norme, ma anche da decisioni e istituzioni. Kelsen scompone, analizza e, come abbiamo visto, *separa*: il diritto dalla morale, il diritto dalla politica, il diritto dalla società, il diritto dalla natura e via dicendo. Schmitt invece *tiene insieme* elementi astrattamente contrapposti. Proprio per evitare di isolare il diritto rispetto al contesto della sua esistenza materiale, quello in cui si trova concretamente a operare, privandolo della sua vita. Del resto, basti pensare al titolo del testo che Schmitt pubblica per la prima volta nel 1922 e la cui seconda edizione compare nel 1934, nello stesso anno della prima edizione della *Dottrina pura del diritto* di Hans Kelsen: *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*. Già da questo titolo si capisce quanto sia diverso il campo da gioco di questi due maestri della scienza giuridica del Novecento. Difficile, infatti, immaginare un titolo kelsenianamente più “impuro” di questo.

Detto questo, la permanente nostalgia nei confronti delle distinzioni chiare e univoche proprie del discorso giuridico moderno ritagliato intorno alla centralità riconosciuta al concetto di Stato conduce Schmitt nelle secche di quella metafisica della presenza, per dirla con Jacques Derrida (1989), la cui preoccupazione principale è da sempre stata – appunto – quella di “tenere di fuori il fuori”. Ed è per questo che può essere il caso, in chiusura, di rivolgere l’attenzione proprio al lavoro di Derrida. Del resto, per quanto possa sembrare strano e forse anche provocatorio visto il modo in cui solitamente Derrida viene letto (dai giuristi, e non solo) è davvero difficile trovare nel panorama della filosofia contemporanea un autore che illustri con altrettanta lucidità e chiarezza cos’è il diritto, qual è la sua origine e come (non) funziona la sua struttura. Ma soprattutto: perché è *giusto* che il diritto ci sia. Beninteso, non perché è *necessario*: secondo il vecchio motivo di un certo realismo politico che vedrebbe nel diritto nient’altro, appunto, che *un male necessario*, lungo una linea che va da Agostino a Lutero, a Hobbes, passando persino per Kant fino ad

arrivare a Carl Schmitt e oltre. No, in Derrida si trova qualcos'altro, di ben più interessante. In una battuta: l'idea che senza il diritto non sarebbe possibile la giustizia (e viceversa). Questa, infatti, è una delle sue lezioni: con buona pace del positivismo giuridico, il sistema giuridico, alla stregua di ogni altro sistema, non può chiudersi puramente e semplicemente in se stesso, essendo piuttosto costitutivamente ed originariamente attraversato dal suo *altro*.

### *IL SISTEMA IMPOSSIBILE*

Beninteso, per quanto noto, è il caso di ricordarlo. La decostruzione non può essere applicata al diritto. Perché non è un'analisi, una critica, un atto o un'operazione. E neanche un metodo o un progetto imputabile a chissà quale soggetto. Ma un *evento*. È qualcosa che *ha luogo*. Al di là di ogni previsione o anticipazione. Come la giustizia. Punto che Derrida non si stanca di sottolineare. E il motivo è semplice. Nella decostruzione, così come nella giustizia, la posta in gioco è la possibilità dell'altro: il suo *avvenire*. Questa è una delle chiavi di volta del suo lavoro: in ogni identità, in ogni "presenza", entra in gioco un meccanismo di rimozione che fa sì che quell'"altro" relegato ai margini la ossessioni dall'interno. È il destino della parola: che, per costituirsi come segno, non può fare a meno di quella scrittura che intende escludere dal campo della verità. Come della coscienza: la cui presenza a sé, tipica pretesa di ogni filosofia riflessiva, non può che fondarsi sulla rimozione di quell'"altro" che originariamente la abita. E anche del sistema giuridico: che, come la "nazione", si chiude in sé solo in virtù dell'oblio della violenza del suo atto di fondazione, in qualche modo dimenticando la propria origine<sup>15</sup>. L'alterità,

---

15 Cfr. Derrida (2003c, 16). Sul piano della teoria del diritto, il trattamento decostruttivo di questa strategia dell'esclusione è ben illustrato da Costas Douzinas e Ronnie Warrington, che lo assumono come chiave di volta del loro lavoro: «An entity, work or field can claim unity only if it can be clearly delineated from its outside. As we saw, this is the first law of jurisprudence and legal

insomma, intacca originariamente l'identità: tanto che non c'è cultura di sé, senza cultura dell'altro<sup>16</sup>. È questa, peraltro, la radice di quell'ospitalità su cui Derrida ritorna con insistenza nei suoi ultimi lavori: che, ancor prima di essere un dovere, è una condizione<sup>17</sup>. Un'etica dove non si tratta di fondare delle regole per l'accoglienza dell'altro, dello straniero, ma di mostrare all'opera l'apertura verso un tu che, *già da sempre*, contamina la presenza a sé dell'io (e la rende possibile).<sup>18</sup>

Non è certo per trovare nei suoi testi un metodo o un progetto, dunque, che un giurista dovrebbe leggere Derrida. Ma per imparare qualcosa di ancora più elementare, sebbene non per questo meno importante. In una battuta: che il diritto non è mai puramente e semplicemente diritto. Per imparare, insomma, che nel diritto c'è un luogo dove il sistema non si chiude. Un luogo che è quello della decostruzione. E della giustizia, intesa nei termini dell'avvenire dell'altro nel cuore del medesimo. Come uno "spettro": quello di Marx, per esempio. Del resto, suggerisce Derrida, proprio ora che il marxismo è morto è il caso di riprendere in mano Marx: leggendolo come quell'altro che il capitalismo trionfante ha relegato ormai ai suoi margini, ma che è ancora capace di funzionare come risorsa per pensare altrimenti il diritto, la politica e, appunto, la giustizia. La giustizia di cui parla Derrida (1994), infatti, non è né presente, né presentabile, non è né un valore, né un'idea né un concetto, essendo piuttosto l'evento dell'impossibile. La promessa di una "presentazione

---

dogmatic. However, a field is self-sufficient only if its outside is marked as distinct from its own beginning and end so as to frame and constitute what is inside. If this is the case of exterior is as much part of the constitution of the field as any element inside it. in other words, what is non-legal is always necessary to make legal properly legal. The frame between the two, rather than being a wall, is a point of passage. Law's empire, as proper, united and coherent, depends on what is legally improper and denies law's imperialism» (Douzinas et al. 1993, 26).

16 Cfr. Derrida (1991, 14).

17 Cfr. in particolare Derrida (1997, 2000).

18 Per un quadro d'insieme del lavoro condotto da Derrida sul piano etico e politico, cfr. Resta (2003). Cfr. inoltre, specificamente in relazione all'impatto della decostruzione sul ripensamento del "politico", l'ampia ricostruzione offerta da Regazzoni (2006).

impresentabile”, che presuppone una sorta di anacronia nel cuore stesso del presente:

La giustizia come rapporto all’altro, al di là del diritto, e ancor più del giuridicismo, al di là della morale, e ancor più del moralismo, non suppone l’irriducibile eccesso di una disgiuntura o di una anacronia, una qualche *Un-Fuge*, una dislocazione “*out of joint*” nell’essere e nel tempo stesso, una disgiuntura che, per rischiare sempre e comunque il male, l’espropriazione e l’ingiustizia (*adikía*), contro cui non c’è assicurazione calcolabile, potrebbe solo *fare giustizia* o *rendere giustizia* all’altro in quanto altro? Un *fare* che non si consumerebbe nell’azione e un *rendere* che non tornerebbe a restituire? (20)

La giustizia è *altro dal diritto*, dunque. Ma è anche *altro nel diritto*. È quel “resto” che ne contamina, già da sempre, la presunta purezza, aprendo così lo spazio della sua decostruzione.<sup>19</sup> E che fa sì, appunto, che il diritto non sia mai puramente e semplicemente “presente”, essendo piuttosto sempre *in corso di decostruzione*. La questione stessa della giustizia, d’altronde, si apre proprio a partire dalla «*non-contemporaneità a sé del presente vivente*» (Derrida 1994, 5), dal suo “disaggiustamento” inteso nei termini della *différance*, del differimento come produzione di differenze e come movimento di dislocazione. Come il tempo di cui parla Amleto, infatti, anche il presente del diritto è strutturalmente *out of joint*. Lo spettro della giustizia lo attraversa, nel suo presentarsi come “dato”. Alla stregua di una zona cieca che, tuttavia, ne consente anche la chiusura in quanto sistema. Conclusione dai toni paradossali, la cui logica è illustrata magistralmente da Derrida in apertura di un colloquio con Maurizio Ferraris:

---

19 Lezione importante anche sul piano della configurazione del compito della filosofia del diritto. Da sottoscrivere, infatti, quanto recentemente affermato da Paolo Heritier (Legendre 2009, 96-97): «Compito della filosofia del diritto è [...] di studiare *anche* il “resto” nel diritto, ciò che non trova luogo nelle categorie giuridiche tradizionali ma che non è posto al di fuori del diritto, ma al suo centro: l’idea stessa di libertà nelle proprie trasformazioni epocali, nell’incessante rinnovarsi, pensata in rapporto alla legge».

La decostruzione, pur non essendo anti-sistemica, è [...] non solo la ricerca, ma la conseguenza deliberata del fatto che il sistema è impossibile; spesso consiste, in modo regolare o ricorrente, nel fare apparire in ogni preteso sistema, in ogni autointerpretazione del sistema, una forza di dislocazione, un limite nella totalizzazione, nel movimento di sintesi sillogistica. La decostruzione non è un metodo per trovare quello che resiste al sistema, ma consiste nel prendere atto – nella lettura e nell’interpretazione dei testi – del fatto che ciò che ha reso possibile l’effetto di sistema in certi filosofi è una certa disfunzione o disaggiustamento, una certa incapacità di chiudere il sistema. Tutte le volte che questa prospettiva di lavoro mi ha attratto, era questione di notare che il sistema non funziona; e che questa disfunzione non solo interrompe il sistema, ma anche rende conto del desiderio di sistema, che prende forza in questa sorta di disgiungimento, di disgiunzione. (Derrida & Ferraris 1997, 5-6)

Ciò che rende possibile la chiusura di un qualsiasi sistema è, dunque, allo stesso tempo, ciò che la impedisce. Il sistema è impossibile, afferma Derrida. E il diritto non fa certo eccezione, aggiungiamo noi. Anche il sistema giuridico, infatti, proprio in quanto sistema, *non funziona*. Bisogna intendersi, però. Non si tratta (soltanto) di riconoscere la strutturale incompletezza dell’ordinamento giuridico, cosa che peraltro la teoria del diritto più avvertita non ha certo mancato di fare, quanto piuttosto di affermare che ciò che impedisce al diritto di chiudersi in se stesso è anche ciò che ne consente il funzionamento. Detto altrimenti: il sistema giuridico, come ogni altro sistema, *funziona proprio in quanto non funziona*. E questo per la semplice ragione che è il suo stesso fondamento a essere “differente”: né puramente e semplicemente *interno* al diritto (come la norma fondamentale di Kelsen, tanto per intenderci), né altrettanto puramente e semplicemente *esterno* a esso (politica, morale, economia o natura che dir si voglia). Insomma: l’origine stessa del diritto è contaminata da ciò che il sistema intende “tenere di fuori”. E innanzitutto da quella

“forza” che pretenderebbe di regolare e che invece entra in gioco già nella definizione del suo concetto.<sup>20</sup>

Il fondamento del diritto, in altre parole, è un “fondamento mistico”, per dirla con il Montaigne che Derrida riprende e sviluppa in *Forza di legge*. Quel fondamento mistico che fa sì, stavolta secondo Pascal, che il forte *debba* essere giusto ed il giusto *debba* essere forte: «La necessità della forza è dunque implicata nel giusto della giustizia» (59).<sup>21</sup> Ancora una volta, però, è necessaria una precisazione. Ciò non vuol dire assecondare il vecchio adagio di un diritto inteso quale pura e semplice maschera del potere, sia esso economico o politico. Se non altro perché questa “forza” di cui parla Derrida non è che un ennesimo “indecidibile”: il nome (impossibile) della differenza tra la forza legittima e la violenza illegittima.<sup>22</sup> La questione è ben più radicale. Anche qui, infatti, a essere in discussione è innanzitutto la tenuta di quella “metafisica della presenza” la cui preoccupazione principale è da sempre stata quella di mettere ordine nel discorso, istituendo gerarchie concettuali, grazie all’esclusione del “fuori”, inteso tradizionalmente nei termini di un supplemento accessorio, inessenziale ed in ultima analisi nocivo: «Tenere di fuori il

---

20 «[La parola *enforceability*] ci ricorda letteralmente che non c’è diritto che non implichi in se stesso, a priori, nella struttura analitica del suo concetto, la possibilità di essere *enforced*, applicato con la forza. Kant lo ricorda già nell’*Introduzione alla dottrina del diritto* (nel § E che concerne il “diritto stretto”, *das stricte Recht*). Certamente, ci sono delle leggi non applicate, ma non c’è legge senza applicabilità, e non c’è applicabilità o *enforceability* della legge senza forza, che questa forza sia diretta o no, fisica o simbolica, esterna o interna, brutale o sottilmente discorsiva – cioè ermeneutica –, coercitiva o regolativa ecc.» (Derrida 2003c, 52).

21 Sulla “Legge delle leggi”, cfr. invece Derrida (1996).

22 Non a caso, Derrida (2003c, 53) richiama l’attenzione sull’indecidibilità del termine “*Gewalt*”: «Per restare sulla questione dell’idioma, mi riferisco qui a una parola tedesca di cui ci occuperemo fra poco. È la parola *Gewalt*. In francese, come in inglese, si traduce spesso con *violence*. Il testo di Benjamin, di cui parlerò più tardi e che s’intitola *Zur Kritik der Gewalt*, è tradotto in francese con *Pour une critique de la violence* e in inglese con *Critique of Violence*. Ma queste due traduzioni, senza essere del tutto ingiuste, dunque del tutto violente, sono delle interpretazioni molto attive che non rendono giustizia al fatto che *Gewalt* significa anche, per i tedeschi, potere legittimo, autorità, forza pubblica. *Gesetzgebende Gewalt* è il potere legislativo; *geistliche Gewalt* è il potere spirituale della Chiesa; *Staatsgewalt* è l’autorità o il potere dello Stato. *Gewalt* è dunque a un tempo la violenza e il potere legittimo, l’autorità giustificata».

fuori. Che è il gesto inaugurale della “logica” stessa, del buon “senso” quale si accorda con l’identità a se stesso di *ciò che è*: l’ente è ciò che è, il fuori è di fuori e il dentro di dentro» (Derrida 1989, 143).

L’esclusione del “fuori” lascia delle tracce, infatti, proprio come l’ente di cui parla Heidegger: che nel presentarsi fa segno verso un’impresentabile origine che ne costituisce condizione. Ed è qui che interviene la decostruzione, rimettendo in movimento questa traccia, allo scopo di rilanciare continuamente un senso che non si presta a essere racchiuso, una volta per tutte, in una lettura che possa dirsi definitiva. Come si è detto, infatti, si tratta di mostrare come l’interno non possa fare a meno del suo esterno, come qualsiasi identità conservi in sé le tracce di quell’alterità che esclude al fine di costituirsi come tale. A questo serve il richiamo alla contaminazione del diritto con la forza. È così che, al *desiderio di sistema* dei giuristi, la decostruzione risponde mostrandone il disfunzionamento. Il sistema è possibile solo in quanto impossibile, appunto. E questo perché “il fuori” ossessiona sempre, proprio come uno *spettro*, “il dentro”. Rendendolo possibile, peraltro, in virtù di un processo di rimozione. O meglio: di “immunizzazione”. E qui il confronto con Benjamin risulta decisivo.

### NEL NOME DI BENJAMIN

Walter Benjamin lo ha spiegato meglio di chiunque altro. Come il meccanismo dell’immunizzazione implica l’uso di quello stesso male che intende contrastare, riproducendolo in forma controllata, così l’ordine giuridico, per mantenersi in vita, deve far ricorso a quella stessa violenza contro la quale pretenderebbe di difendere la comunità, sebbene in forma controllata: monopolizzandola, appunto. Del resto, è proprio in questo modo, secondo Benjamin, che il diritto riesce a garantire la sua sopravvivenza. Si tratta di *tenere di fuori il fuori*, per riprendere l’espressione di

Derrida. Ma *dall'interno*. Questo è l'interesse del diritto, e la sua funzione, nient'altro che questo:

Si dirà che un sistema di fini giuridici non potrebbe mantenersi, se in qualche punto fini naturali potessero essere ancora perseguiti con la violenza. Ma questo, per il momento, è solo un dogma. Bisognerà forse, invece, prendere in considerazione la sorprendente possibilità che l'interesse del diritto a monopolizzare la violenza rispetto alla persona singola non si spieghi con l'intenzione di salvaguardare i fini giuridici, ma piuttosto con quella di salvaguardare il diritto stesso. E che la violenza, quando non è in possesso del diritto di volta in volta esistente, rappresenti per esso una minaccia, non a causa dei fini che essa persegue, ma della sua semplice esistenza al di fuori del diritto. (Benjamin 1962, 9)

Non si può dire, dunque, che la violenza sia, *in quanto tale*, illegittima. Lo diventa, piuttosto, una volta collocata *all'esterno* dell'ordine giuridico. La violenza è illegittima, insomma, solo in quanto "fuori dalla legge". Come nota Esposito (2002, 36) a margine di Benjamin, infatti: «Basta spostarla dal fuori al dentro perché non soltanto cessi il suo contrasto con la legge, ma addirittura finisca per coincidere con essa».<sup>23</sup> Nel processo di immunizzazione dell'ordine giuridico entra in gioco, in tal modo, una paradossale dialettica tra interno ed esterno: il diritto mantiene all'esterno la violenza includendola al suo interno. Per riprendere ancora le parole di Esposito: «Il diritto può essere in questo senso definito come il procedimento di interiorizzazione di ciò che gli resta esterno: il suo farsi interno» (36). Del resto, l'originalità di un testo

---

23 Com'è noto, è stato proprio Roberto Esposito (2002, 4) ad avere recentemente portato l'attenzione sull'esigenza immunitaria da lui assunta come «il perno di rotazione simbolico e materiale dei nostri sistemi sociali» (4.) Ed è lo stesso Esposito a riconoscere il suo debito nei confronti del lavoro di Benjamin: «Colui che più di ogni altro ha pensato il diritto come forma di controllo violento sulla vita è stato Walter Benjamin. [...]. Questo è, in ultima analisi, il diritto: una violenza alla violenza per il controllo della violenza. Il suo carattere immunitario nei confronti della comunità è fin troppo evidente: se anche l'esclusione della violenza esterna all'ordinamento legittimo si produce attraverso mezzi violenti – l'apparato di polizia o addirittura la pena di morte – ciò significa che il dispositivo giuridico funziona mediante l'assunzione della medesima sostanza da cui intende proteggere. E cos'è, del resto, l'esclusione di un esterno, se non la sua inclusione? Benjamin è molto chiaro in proposito. Della violenza esterna, il diritto non vuole eliminare la violenza, ma, appunto, l'esterno' – cioè tradurla al suo interno» (34-35).

come *Per la critica della violenza* non risiede nella semplice affermazione del nesso che lega il diritto alla violenza, quanto piuttosto nell'aver riletto questi due termini «come modi, o figure, di una stessa sostanza – la *Gewalt* – che assume senso esattamente a partire dalla loro sovrapposizione» (34).

Si comprende così il motivo per cui, nella seconda parte di *Forza di legge*, intitolata appunto *Nome di Benjamin*, Derrida (2003c) concentri la sua attenzione proprio su questo testo ormai classico. Testo che rivela, secondo Derrida, una particolare struttura auto-decostruttiva, finendo con il rimettere incessantemente in discussione le varie dicotomie messe di volta in volta all'opera. A partire dalla ben nota distinzione tra le due "violenze" che Benjamin considera strutturalmente costitutive dell'ordine giuridico in quanto tale: quella "fondatrice", che lo istituisce, e quella "conservatrice", che ne assicura la permanenza: «Cominciando con il distinguere fra due violenze, la violenza fondatrice e la violenza conservatrice, Benjamin deve ammettere a un certo momento che l'una non può essere così radicalmente eterogenea rispetto all'altra poiché la violenza detta fondatrice è a volte "rappresentata", e necessariamente ripetuta, nel senso forte della parola, dalla violenza conservatrice» (88).<sup>24</sup>

La chiave di volta è l'"iterazione" che contraddistingue la struttura di qualsiasi momento istitutivo. Come magistralmente sottolineato da Derrida, infatti, in occasione dell'analisi della *Dichiarazione d'indipendenza* degli Stati Uniti e della sua "firma": non c'è istituzione di un ordine giuridico senza firma e non c'è firma, né "performativo", senza ripetizione, dunque senza incessante ri-presentazione di un'origine che è la stessa rappresentazione a costituire come tale.<sup>25</sup> Passaggio

---

24 Per un primo approfondimento della lettura derridiana di Benjamin, mi permetto di rinviare a Andronico (2006, 185 sgg.).

25 «Di diritto, il firmatario è dunque il popolo, il "buon" popolo [...]. È il "buon popolo" che si dichiara libero e indipendente attraverso la possibilità di cambiare i suoi rappresentati e i rappresentanti di rappresentanti. Non si può stabilire, ed è qui tutto l'interesse, la forza ed il gesto di forza di un tale atto dichiarativo, se l'indipendenza è *constatata* o *prodotta* da questo enunciato

importante, visto che è l'intero lavoro di Benjamin a essere segnato dalla critica della rappresentazione: intesa sia nella sua forma politica, quella che contraddistingue la democrazia formale e parlamentare, che in quella di una caduta e di una perversione della destinazione originaria del linguaggio in cui i "segni" prenderebbero il posto dei "nomi". Ma è proprio l'opposizione tra "presentazione" e "rappresentazione" che Derrida rimette in discussione, mostrando la paradossale contaminazione tra le due "violenze del diritto":

«Al di là del discorso esplicito di Benjamin, proporrò l'interpretazione secondo cui la violenza stessa della fondazione o della posizione del diritto (*rechtsetzende Gewalt*) deve implicare la violenza della conservazione del diritto (*rechtserhaltende Gewalt*) e non può rompere con essa. Appartiene alla struttura della violenza fondatrice il fatto che essa chiama la ripetizione di sé e fonda ciò che deve essere conservato, conservabile, promesso all'eredità e alla tradizione, alla condivisione» (2003c, 106).

Insomma, seguendo un movimento implicitamente interno allo stesso testo di Benjamin, pur se al di là delle sue intenzioni, secondo Derrida:

«Non si ha più fondazione pura o posizione pura del diritto, dunque pura violenza fondatrice, come non si ha violenza puramente

---

[...]. Il buon popolo in realtà si è già liberato e non fa che prendere atto di questa emancipazione attraverso la Dichiarazione? Oppure si libera in quello stesso momento e attraverso la firma di questa Dichiarazione? Non si tratta qui di un'incomprensibilità o di una difficoltà d'interpretazione, di una problematica avviata verso la sua soluzione. Non si tratta di un'analisi difficile che fallirebbe davanti alla struttura degli atti implicati e alla temporalità sovradeterminata degli avvenimenti. Questa oscurità, questa indecidibilità, diciamo, tra una struttura performativa e una struttura constatativa, sono *richieste* per ottenere l'effetto ricercato. Sono essenziali alla posizione stessa di un diritto in quanto tale, che si parli qui di ipocrisia, di equivoco, di indecidibilità o di finzione. Arriverò persino a dire che ogni firma vi si trova implicata. Ecco dunque il "buon popolo" che firmando si impegna e non impegna che se stesso, facendo firmare la propria dichiarazione. Il "noi" della dichiarazione parla "in nome del popolo". Ora questo popolo non esiste. *Non esiste, in quanto tale, prima* di questa dichiarazione. Se si dà vita, in quanto soggetto libero e indipendente, in quanto firmatario possibile, questo non può che dipendere dall'atto di questa firma. La firma inventa il firmatario. Quest'ultimo non può autorizzarsi a firmare che al termine, se così si può dire, della sua firma e in una sorta di retroattività favolosa. La sua prima firma l'autorizza a firmare» (Derrida 1993, 25-27). Decisivo, sul punto, il confronto con Austin articolato in Derrida (1997, 411 sgg.)

conservatrice. La posizione è già iterabilità, appello alla ripetizione autoconservatrice. La conservazione è a sua volta ancora rifondatrice per poter conservare ciò che pretende di fondare. Non c'è dunque opposizione rigorosa fra la posizione e la conservazione, solo ciò che chiamerò (e che Benjamin non nomina) una "contaminazione *différentielle*" fra le due, con tutti i paradossi che ciò può comportare» (2003c, 106).

Ora, questo paradossale legame tra violenza fondatrice e violenza conservatrice, dove l'una finisce con l'essere incessante ripetizione dell'altra, contraddistingue anche i due termini di un'altra celebre opposizione chiamata in causa da Benjamin: quella tra la "giustizia divina", che distrugge il diritto, e la "potenza mitica", che lo istituisce e lo conserva.<sup>26</sup> Come l'avvenire intacca strutturalmente qualsiasi "presente", infatti, così la giustizia frattura in modo spettrale il diritto, attraversandolo "dall'interno". Con la conseguenza che neanche la violenza divina può essere considerata come puramente e semplicemente "esterna" rispetto all'ordine del discorso giuridico. Quel movimento paradossale che fa sì, per Benjamin, che il diritto escluda la violenza includendola in esso, si riproduce, insomma, secondo Derrida, anche sul piano del rapporto del diritto con la giustizia. Del resto, come non vi è performativo che possa dirsi "puro", non intaccato dalla struttura dell'iterabilità, così non vi è alcuna possibile "presentazione" della violenza divina che non sia già da sempre coinvolta in un incessante movimento di "rappresentazione". Ed è proprio l'insistenza sulla paradossale contaminazione dei termini di tali opposizioni che consente a Derrida (2003c) di articolare diversamente la critica sferrata da Benjamin nei confronti del modello europeo della democrazia parlamentare, borghese e liberale: «Il discorso di Benjamin, che si sviluppa allora in una critica del parlamentarismo della democrazia liberale, è [...] *rivoluzionario*, di

---

26 «Come in tutti i campi al mito Dio, così, alla violenza mitica, si oppone quella divina, che ne costituisce l'antitesi in ogni punto. Se la violenza mitica pone il diritto, la divina lo annienta, se quella pone limiti e confini, questa distrugge senza limiti, se la violenza mitica incolpa e castiga, quella divina purga ed espia, se quella incombe, questa è fulminea, se quella è sanguinosa, questa è letale senza sangue» (Benjamin 1962, 26).

tendenza marxista, ma nei due sensi del termine “rivoluzionario”, che comprende anche il senso reazionario, quello di un ritorno al passato di una origine più pura» (118).

Questo tratto *anche* reazionario presente nella critica mossa da Benjamin alla democrazia parlamentare rivela, inoltre, le inquietanti analogie che legano il suo testo ad alcuni schemi di Schmitt e Heidegger.<sup>27</sup> Da qui l’interrogativo di Derrida (2003c, 119): «La questione sarebbe in fondo questa: che ne è oggi della democrazia liberale e parlamentare?». È proprio questa, infatti, una delle tesi che reggono il lavoro di Derrida all’interno del testo di Benjamin: «Si possono ancora ricavare delle lezioni dalle democrazie occidentali del 1989, lavorandoci su e prendendo un certo numero di precauzioni» (94). Si tratta, insomma, di “salvare” il concetto di democrazia – o meglio la possibilità stessa di una sua “critica” – dai rischi reazionari che essa sembra portare con sé. E per farlo è necessario quel paziente lavoro di decostruzione che costituisce l’oggetto di un testo come *Stati canaglia* (2003b): è necessario dissociare il concetto di democrazia dall’ordine del discorso proprio del diritto e della politica.<sup>28</sup>

---

27 Sul punto, è d’obbligo il rinvio all’analisi della storia e della struttura della “*psyche* giudeo-tedesca” svolta in Derrida (2001).

28 «*La democrazia a venire: occorre che si doni il tempo che non c’è*» (19). Con questa curiosa affermazione, scritta in corsivo, Derrida apre una conferenza pronunciata a Cerisy-la-Salle il 15 luglio 2002, in occasione di una decade a lui dedicata, diretta e animata da Marie-Louise Mallet. Ciò che è in questione, in questo lavoro, è proprio il “giro” della democrazia, dunque, il suo carattere strutturalmente circolare, rotatorio o “riflessivo” che dir si voglia: «Sembra difficile pensare al desiderio o alla denominazione di un qualche spazio democratico senza ciò che si chiamava in latino *rota*, senza la rotazione o la circolazione, senza l’essere rotondo o la rotondità rotatoria del cerchio che gira in tondo, senza la circolarità, foss’anche pre-tecnica, pre-macchinica e pre-geometrica di un qualche giro o piuttosto di una qualche ritorno automobile e autonomico a sé, verso di sé e su di sé, senza il rotismo di una qualche ritorno o rotazione quasi-circolare verso sé, a sé e su di sé dell’origine, che si tratti dell’auto-determinazione sovrana, dell’auto-nomia del sé, dell’*ipse* (cioè del se stesso che si dà, a se stesso, la propria legge), di ogni auto-finalità, dell’auto-telia, del rapporto a sé come essere alla volta di sé, cominciando in sé per finire in sé, tante figure e movimenti che chiamerò ormai, per guadagnare tempo e parlare chiaro, *l’ipseità* in generale» (30-31).

Se in Benjamin la democrazia finisce con l'essere «una degenerazione del diritto, della violenza, dell'autorità o del potere del diritto» (Derrida, 2003c, p. 118), ciò accade proprio in quanto tale concetto continua ad essere ricondotto a un ambito meramente giuridico o politico: quello "circolare" proprio della "potenza mitica" o – per dirla con Derrida – della "sovranità" e della "ipseità". Ed è qui che entra in gioco l'"invenzione" di Derrida: si tratta di dislocare la democrazia sul piano della "giustizia", liberandola dalla morsa dell'ordine giuridico o politico, o meglio ricostruendola alla stregua di un concetto indecidibile che rimette continuamente in gioco la stessa opposizione tra "giustizia divina" e "potenza mitica". Ciò anche, e forse soprattutto, per evitare un rischio:

Ciò che per finire trovo più preoccupante, anzi insopportabile in questo testo [*Per la critica della violenza*], anche al di là delle affinità che mantiene con il peggio (critica dell'*Aufklärung*, teoria della caduta e dell'autenticità originaria, polarità tra linguaggio originario e linguaggio decaduto, critica della rappresentanza e della democrazia parlamentare, ecc.), è in fondo una tentazione che lascerebbe aperta, e in particolare ai sopravvissuti o alle vittime della "soluzione finale", alle sue vittime passate, presenti o potenziali. Quale tentazione? Quella di pensare l'olocausto come una manifestazione ininterpretabile della violenza divina: questa violenza divina sarebbe al tempo stesso annientatrice, espiatrice e non cruenta, dice Benjamin, una violenza divina che distruggerebbe il diritto nel corso, cito Benjamin, di un "processo non cruento che punisce e fa espiare". (141-142)

### *BANDIRE IL SOGNO SENZA TRADIRLO*

Ecco, dunque, in conclusione, l'invito di Derrida: non abbassare mai la guardia di fronte alla possibile complicità con il "peggio" dei discorsi che rinviano ad una pretesa purezza dell'origine (la "soluzione finale", per esempio). Si tratta, insomma, di lasciare aperto l'*avvenire*. In questo imperativo risiede, in definitiva, la chiave di volta della teoria della giustizia di Jacques Derrida. Si tratta di conservare il

disaggiustamento del tempo, condizione di possibilità di una vera e propria esperienza dell'impossibile, di ciò che non si lascia "presentare" e ridurre al sistema. Qui risiede, infatti, il senso dell'*avvenire*: un futuro che, non essendo mai "presentabile", costituisce un' indefinita apertura nei confronti di un altro la cui venuta non è in alcun modo prevedibile. La "promessa" sostituisce così il "progetto": promessa mai soddisfatta, luogo mai raggiunto, "messianismo senza Messia".<sup>29</sup> E, proprio come un Messia degno di questo nome, la giustizia, secondo Derrida, non è né presente, né "presentabile". In una battuta: è la *différance*, intesa come evento dell'impossibile, promessa di una "presentazione impresentabile". Ed è per tale ragione che è destinata a restare sempre *al di là del diritto*: «Ciò che chiamo giustizia, che non è il diritto, è un rapporto con l'incondizionato che, una volta preso in considerazione l'insieme delle condizioni date, testimonia di ciò che non si lascia chiudere in un contesto» (Derrida & Ferraris 1997, 16). Come la violenza divina di cui parla Benjamin, verrebbe voglia di aggiungere. Se non fosse che si tratta, qui, di un "al di là" interno al diritto stesso. Una frattura che attraversa il *presente* di qualsiasi ordine giuridico, aprendo così lo spazio per quell'incessante lavoro critico che va sotto il nome di decostruzione.

Quel che è in gioco è "la possibilità dell'impossibile". Quella (im)possibilità che, secondo Derrida, costituisce paradossale condizione "quasi-trascendentale" tanto del dono quanto dell'invenzione, della giustizia e della stessa democrazia. Espressione, peraltro, letteralmente usata, in questa stessa forma, da Adorno in un passo che Derrida (2003a, 16) non manca di ricordare: «Nel paradosso della possibilità dell'impossibile, per *un'ultima volta* si sono ritrovati insieme in lui [Benjamin] misticismo e illuminismo. Egli ha *bandito* il sogno senza *tradirlo* (*ohne ihn zu verraten*)

---

29 Cfr. in particolare Derrida & Vattimo (1995, 19-20).

e senza farsi complice di ciò in cui i filosofi sempre si sono trovati d'accordo: che questa unione non è possibile».

Bandire il sogno senza tradirlo, dunque. In fondo, è proprio questo l'aporetico imperativo cui la decostruzione intende dar voce: bandire il sogno come pura utopia senza tradire l'esigenza di lasciare aperto uno spazio per l'avvenire. E Derrida non si fa sfuggire l'occasione di sottolinearlo, riprendendo le fila dei suoi ultimi lavori, quelli dedicati più da vicino a questioni di immediata rilevanza etica, giuridica e politica:

La possibilità dell'impossibile può essere soltanto sognata, ma il pensiero, un pensiero totalmente altro del rapporto tra il possibile e l'impossibile, quest'altro pensiero che da così tanto tempo respiro e dietro a cui talvolta perdo il fiato nei miei corsi o nella mie corse, ha forse maggiore affinità della filosofia con questo sogno. Bisognerebbe, pur risvegliandosi, continuare a vegliare sul sogno. Da questa possibilità dell'impossibile, e da quel che occorrerebbe fare per tentare di pensarla altrimenti, di pensare altrimenti il pensiero, in una incondizionatezza senza sovranità indivisibile, al di fuori della modalità che ha dominato la nostra tradizione metafisica, tento a modo mio di trarre alcune conseguenze etiche, giuridiche e politiche, si tratti del tempo, del dono, dell'ospitalità, del perdono, della decisione – o della democrazia a venire. (2003a, 16)

“La possibilità dell'impossibile può essere soltanto sognata”, sottolinea quindi Derrida chiosando Adorno. E tale “possibilità” non solo *può*, ma *deve* essere sognata: anche se non la si potrà mai dimostrare, per così dire, “da svegli”: *alla luce della ragione*. Il tono kantiano è evidente. Come per Kant, pur non potendo dimostrare di essere liberi, dobbiamo pensare di esserlo (o *sognarlo*, direbbe Derrida) affinché una morale sia possibile, così per Derrida dobbiamo sognare la possibilità dell'impossibile affinché sia lasciato aperto uno spazio per il dono, l'invenzione, la decisione, la responsabilità, l'ospitalità, la giustizia, la democrazia, insomma: per

l'avvenire dell'altro.<sup>30</sup> Se ci si chiede, allora, perché finora i giuristi hanno letto *poco* e *male* Derrida, bene, la risposta è proprio questa: perché hanno tenuto gli occhi aperti, ma non sono stati capaci di sognare. E se ci si chiede perché avrebbero dovuto e dovrebbero leggerlo *meglio*, è semplice: per imparare a sognare a occhi aperti. Questa è la sua ultima lezione. La più importante, forse.

### UN'ULTIMA EPIGRAFE, PER FINIRE

Nel semestre estivo del 1965, durante la stesura della *Dialettica negativa*, Adorno (2006, 82) pensa bene di dedicare un intero corso alla metafisica aristotelica ed è dalla trascrizione di questo corso che ho tratto la prima epigrafe. Tema quanto mai inattuale, ma proprio per questo, verrebbe voglia di aggiungere, radicalmente contemporaneo. Così come inattuali e magistralmente contemporanee sono le righe con cui Adorno, *per finire*, chiude le sue meditazioni sulla vita offesa pubblicate nel 1951:

La filosofia, quale solo potrebbe giustificarsi al cospetto della disperazione, è il tentativo di considerare tutte le cose come si presenterebbero dal punto di vista della redenzione. La conoscenza non ha altra luce che non sia quella che emana dalla redenzione sul mondo: tutto il resto si esaurisce nella ricostruzione a posteriori e fa parte della tecnica. Si tratta di stabilire prospettive in cui il mondo si dissemi, si estranei, riveli le sue fratture e le sue crepe, come apparirà un giorno, deformato e manchevole, nella luce messianica. Ottenere queste prospettive senza arbitrio e violenza, dal semplice contatto con gli oggetti, questo, e questo soltanto, è il compito del pensiero (1979, 304).

---

30 Si ritrova qui, infatti, quella "massimizzazione dell'argomento trascendentale" che Maurizio Ferraris (2003, 44) mostra all'opera già nella lettura che Derrida offre di Husserl: «Dietro al richiamo husserliano, abbiamo a che fare con una massimizzazione dell'argomento trascendentale per cui se qualcosa *può*, allora necessariamente *deve*. Ci sono degli esempi tipici in Kant: se possiamo essere morali, allora dobbiamo cercare di esserlo, se possiamo sapere, allora dobbiamo cercare di sapere. I due piani non si equivalgono, ma tale non è l'avviso né di Kant né di Derrida, che lo porta anzi alle estreme conseguenze».

Un compito semplice e assolutamente impossibile, precisa Adorno. E proprio per questo urgente. Oggi, forse, più che mai.

BIBLIOGRAFIA

- Agamben, G. (1995). *Homo sacer*. Torino: Einaudi.
- Amendola, A. (1999). *Carl Schmitt tra decisione ed ordinamento concreto*. Napoli: ESI.
- Andronico, A. (2006). *La disfunzione del sistema. Giustizia, alterità e giudizio in Jacques Derrida*. Milano: Giuffrè.
- Adorno, T. W. (1972). *Prismi. Saggi sulla critica della cultura*. A cura di S. Petrucciani. Torino: Einaudi.
- Id. (1979). *Minima moralia. Meditazioni sulla vita offesa*. Trad. it. R. Solmi. Torino: Einaudi.
- Id. (2006). *Metafisica. Concetto e problemi*. A cura di R. Tiedermann. Torino: Einaudi.
- von Balthasar, H. U. (1993). *Breve discorso sull'inferno*. Brescia: Queriniana.
- Benjamin, W. (1962). *Angelus Novus. Saggi e frammenti*. A cura di R. Solmi. Torino: Einaudi.
- Bobbio, N. (1992). *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiana.
- Calabrò G. (1983). Kelsen e il neokantismo. In Roehrsen, C. (Ed.), *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento* (pp. 87-92). Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana.
- Derrida, J. (1989). *La disseminazione*. A cura di S. Petrosino. Milano: Jaca Book.
- Id. (1991). *Oggi l'Europa. L'altro capo. Memorie, risposte e responsabilità*. Introduzione di M. Ferraris. Milano: Garzanti.
- Id. (1993). *Otobiographies: l'insegnamento di Nietzsche e la politica del nome proprio*. Premessa di M. Ferraris. Padova: Il Poligrafo.
- Id. (1994). *Spettri di Marx*. Trad. it. G. Chiurazzi. Milano: Raffaello Cortina.
- Id. (1996). *Pre-giudicati. Davanti alla legge*. A cura di F. Garrinato. Catanzaro: Abramo.

- Id. (1997). *Margini - della filosofia*. A cura di M. Iofrida. Torino: Einaudi.
- Id. (1997). *Cosmopoliti di tutti i paesi, ancora uno sforzo!*. A cura di B. Moroncini. Napoli: Cronopio.
- Id. (2000). *Sull'ospitalità*. Trad. it. I. Landolfi. Milano: Baldini & Castoldi.
- Id. (2001). *Interpretazioni in guerra. Kant, l'ebreo, il tedesco*. Trad. it. G. Leghissa. Napoli: Cronopio.
- Id. (2003a). *Il sogno di Benjamin*. Trad. it. G. Berto. Milano: Bompiani.
- Id. (2003b). *Stati Canaglia*. A cura di L. Odello. Milano: Raffaello Cortina.
- Id. (2003c). *Forza di legge. Il «fondamento mistico dell'autorità»*. A cura di F. Garritano. Torino: Bollati Boringhieri.
- Derrida, J. & Ferraris, M. (1997). *«Il gusto del segreto»*. Roma-Bari: Laterza.
- Derrida, J. & Vattimo, G. (1995). *La religione*. Roma-Bari: Laterza.
- Douzinas, C., Warrington, R. & Mc Veigh, S. (1993). *Postmodern Jurisprudence. The Law of Text in the Texts of law*. London-New York: Routledge.
- Esposito, R. (2002). *Immunitas. Protezione e negazione della vita*. Torino: Einaudi.
- Ferraris, M. (2003). *Introduzione a Derrida*. Roma-Bari: Laterza.
- Galli, C. (1996). *Genealogia della politica. Carl Schmitt e la crisi del pensiero politico moderno*. Bologna: il Mulino.
- Hofmann, H. (1999). *Legittimità contro legalità. La filosofia politica di Carl Schmitt*. A cura di R. Miccù. Napoli: ESI.
- Kelsen, H. (1990). *La dottrina pura del diritto*. A cura di M. Losano. Torino: Einaudi.

- Id. (2000). *Lineamenti di dottrina pura del diritto*. Torino: Einaudi.
- Krawietz, J. et al. (1994). *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Lanchester, F. (1983). Un giurista davanti a se stesso. Intervista a Carl Schmitt. *Quaderni costituzionali*, a. III, n. 1.
- Legendre, P. (2009). *Lo sfregio. Alla gioventù desiderosa... Discorso a giovani studenti sulla scienza e l'ignoranza*. Giappichelli: Torino.
- Magrì, G. (2013). *Dal volto alla maschera. Rappresentazione politica e immagini dell'uomo nel dialogo tra Guardini e Schmitt*. Milano: Franco Angeli.
- Paulson, S. (1994). Kelsen and the Marburg School. In Krawietz, J. et al. (Eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems* (pp. 481-494). Berlin: Duncker & Humblot.
- Paulson, S., (1995). Kelsen and the Neo-Kantian Problematic. In Catania A. & Fimiani. M. (Eds.), *Neokantismo, diritto e sociologia* (pp. 81-98). Napoli: Editoriali Scientifiche Italiane.
- Preterossi, G. (1996). *Carl Schmitt e la tradizione moderna*. Roma-Bari: Laterza.
- Racinaro, R. (1995). Cassirer e Kelsen. In Catania A. & Fimiani. M. (a cura di). *Neokantismo, diritto e sociologia* (pp. 99-110). Napoli: Editoriali Scientifiche Italiane
- Regazzoni, S. (2006). *La decostruzione del politico. Undici tesi su Derrida*. Genova: Il Melangolo.
- Recalcati, M. (2011). *Cosa resta del padre? La paternità nell'epoca ipermoderna*. Milano: Cortina.
- Resta, C. (1999). *Stato mondiale o nomos della terra: Carl Schmitt tra universo e pluriverso*. Roma: Pellicani.
- Id. (2003). *L'evento dell'altro. Etica e politica in Jacques Derrida*. Torino: Bollati Boringhieri.

Schmitt, C. (1972). *Le categorie del 'politico'*. A cura di G. Miglio e P. Schiera. Bologna: il Mulino.

Id. (1991). *Il nomos della terra nel diritto internazionale dello "jus publicum europaeum"*. A cura di F. Volpi. Milano: Adelphi.

Id. (1996). *La condizione della scienza giuridica europea*. A cura di G. Franchi. Roma: Pellicani.