

Possibilità e limiti di una teoria critica dei diritti

Riflessioni su Diritto e violenza di Christoph Menke

di *Andrea Bianchi*

«L'imperativo giuridico-formale è pertanto:
sii una persona e rispetta gli altri come persone»¹.

Il concetto di persona giuridica con tutte le sue implicazioni – uguaglianza giuridica e formale, astrattezza dell'individuo proprietario – emerge propriamente solo all'interno della sfera giuridica e solo su quello sfondo può costituirsi. Si potrebbe dire, addirittura, che il movimento di istituzione della sfera giuridica coincide con l'istituzione della persona e delle sue proprietà essenziali. Il sorgere della dimensione giuridica, quindi, è allo stesso tempo la produzione di una forma particolare e determinata di soggettività che non può essere ritenuta originaria e che, proprio nel momento della sua istituzione, si trova ad implicare un movimento di esclusione. Nel concetto di persona, infatti, non possono rientrare quelle caratteristiche singolari e irripetibili che distinguono gli individui tra di loro. Allo stesso modo devono essere escluse dallo spazio della sfera giuridica tutti quegli aspetti della vita che non possono fare a meno delle differenze, dei rapporti di disuguaglianza, di contenuti concreti irriducibili alla dimensione formale o meramente procedurale che è propria del giuridico. Il sorgere della sfera giuridica e con esso di quella particolare forma di soggettività che è la persona non costituisce quindi una dimensione naturale dell'uomo, che appartenga in maniera immediata alla sua natura pratica e sociale, ma deriva da un determinato dispositivo concettuale non privo di conseguenze.

Nel breve ma denso saggio *Diritto e violenza*, che rappresenta la fase iniziale di un ambizioso progetto di teoria critica dei diritti, il filosofo tedesco Christoph Menke tenta di descrivere tali conseguenze in termini di violenza (*Gewalt*)². In un certo senso il rapporto stretto tra diritto e violenza sembra essere scontato, banale,

¹ G. W. F. Hegel [1820], *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad.it. V. Cicero, Bompiani, Milano, 2017, p. 129.

² C. Menke, *Diritto e violenza*, a cura di F. Mancuso e G. Andreozzi, Castelvechi, Roma, 2022. Il saggio rappresenta solo il nucleo originario di un progetto ben più ampio che troverà una sua completa espressione nel volume *Kritik der Rechte*, C. Menke, *Kritik der Rechte*, Suhrkamp, Berlin, 2015, la cui valutazione esula dall'oggetto di queste riflessioni, che si concentreranno invece sul rapporto tra diritto e violenza così come emerge nella sua prima formulazione, che ha suscitato un grande dibattito anche al di fuori dall'ambito germanofono, cfr. C. Menke (a cura di), *Law and Violence. Christoph Menke in Dialogue*, Manchester University Press, Manchester, 2018.

già risolto e pacificato da secoli grazie alle elaborazioni del pensiero liberale: il diritto sorge per porre fine alla violenza incontrollabile che lo precede. La prima forma di relazione tra diritto e violenza mostra quindi una natura oppositiva: il diritto è il contrario della violenza e le categorie giuridiche assumono un significato proprio nella prospettiva di una presa di distanza da una situazione incontrollabile di violenza onnilaterale, in cui ciascuno rivendica un proprio diritto a fare violenza al prossimo, diritto che viene soppresso proprio dal sorgere dell'unico diritto, che pone fine all'ingiusta sequenza di violenze. Vi è poi un livello ulteriore di rapporto tra *Recht* e *Gewalt*. All'interno della sfera giuridica le azioni violente cui si vuole porre fine assumono la forma dell'illecito, di ciò che deve essere punito affinché sia ripristinata una situazione di giustizia e di diritto. Nei confronti del delinquente il diritto esercita una violenza, può limitare la libertà di chi viene riconosciuto colpevole, in alcuni casi estremi – purtroppo ancora oggi possibili – può arrivare a togliere la vita a chi si macchia di gravi ingiustizie. Il diritto, che era sorto proprio per porre fine alla violenza, nell'opporsi all'illecito si manifesta attraverso forme di violenza. Anche a questo primo apparente paradosso la tradizione liberale ha saputo elaborare una risposta convincente: le azioni violente commesse in nome del diritto possono vantare una caratteristica particolare che le distingue dall'illecito, sono forme *legittime* di violenza. Il meccanismo di legittimazione implicato dal diritto fa riferimento ad un accordo e ad un consenso possibili a priori e in linea di principio sul contenuto dei giudizi giuridici proprio in virtù del loro valore normativo. Laddove questo meccanismo giustificativo venga meno perché non riconosciuto dal responsabile dell'illecito, il diritto può applicare *strumentalmente* la violenza per ripristinare il riconoscimento della propria legittimità. Si tratta quindi di un uso strumentale della violenza e del tutto conforme alla natura normativa a partire dalla quale il diritto fonda la propria legittimità, niente a che vedere con la violenza ingiustificata del pre-giuridico. L'analisi di Menke non intende contraddire il pensiero liberale su questi punti, bensì andare più a fondo nello studio della natura del diritto e della sua forma, interrogando proprio il punto di vista normativo che il liberalismo presuppone e non riesce a intenzionare, essendone a sua volta condizionato. In questo modo Menke ritiene di poter individuare una contraddizione immanente allo stesso concetto di diritto, un'aporia che non deriva né dagli strumenti che il diritto utilizza per assicurare la sua attuazione, né da un'eventuale inadeguatezza di un diritto determinato rispetto al suo concetto, ma che attiene all'essenza stessa del diritto pensato anche nella sua idealità. Esso infatti, secondo la sua forma, attua una distinzione tra giusto – ossia conforme al diritto – e ingiusto. Accanto a questa distinzione tra lecito e illecito, tuttavia, il diritto presuppone anche un secondo dualismo, quello tra diritto e non-diritto, oppure, per essere ancora più precisi, tra normativo e non-normativo. Se la prima distinzione è interna al diritto e alla sua natura normativa – ossia alla sua naturale tendenza alla distinzione –, la seconda oppone esteriormente il diritto e la sua essenza “giudicante” – ovvero discernente – a tutto ciò che di principio non sarebbe rinchiudibile all'interno di questo dualismo

imposto dalla forma giuridica. È lo stesso Menke a sottolineare con forza questo importante passaggio:

la stessa relazione tra normativo e non normativo non può che essere non normativa: contrariamente alla relazione normativa (o critica) tra giusto e sbagliato interna al diritto e che in esso si realizza, il rapporto non normativo tra diritto e non-diritto è un rapporto di efficacia o forza non normativa. A questo fa riferimento il concetto di violenza³.

La violenza cui Menke è interessato non consiste quindi in una connotazione estrinseca del diritto, ma è una conseguenza necessaria della sua natura normativa e quindi giudicante: distinguendo normativamente tra ciò che è giusto e ciò che non lo è, il diritto produce una dimensione normativa che si troverà sempre di necessità in una relazione estrinseca ed esteriore rispetto al non-diritto e non-normativo che viene oppresso e costretto dalle maglie della distinzione normativa. La violenza consiste proprio nella «efficacia non normativa rispetto a ciò che non è diritto»⁴. Nel rafforzare la sua tesi sulla natura *ontologica* e non meramente strumentale della violenza del diritto—ovvero relativa alla sua essenza—Menke si riferisce continuamente alle riflessioni svolte da Walter Benjamin in *Per la critica della violenza* che costituisce una sorta basso continuo su cui si sviluppa il ragionamento di *Diritto e violenza*⁵. Anche Benjamin, infatti, ritiene insufficiente una mera critica dei mezzi violenti del diritto che, fermandosi a questo, non riuscirebbe a cogliere la natura *destinale* del rapporto tra diritto e violenza. «Il diritto è pura potenza: non la potenza della classe dominante o del vincitore, ma la violenza propria, la violenza del diritto stesso. La violenza “destinale” del diritto è quella della sua semplice autoconserva-

³ C. Menke, *Postfazione. Com'è possibile in generale una critica del diritto?*, in C. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 103.

⁴ *Ibidem*. È fondamentale capire che cosa Menke intenda con violenza per poter valutare i risultati del suo progetto di una critica dei diritti. Non sembrano aver del tutto compreso la natura del ragionamento di Menke alcuni dei suoi critici. Daniel Loick, ad esempio, sembra fermarsi ad una comprensione meramente strumentale del rapporto tra diritto e violenza quando oppone alle tesi di Menke dei controesempi empirici (il diritto puro kantiano pensato nella dimensione internazionale e la legge ebraica durante la diaspora) che mostrino come sia possibile in linea di principio un diritto o un ordine normativo che non abbia bisogno di coercizione e violenza per imporsi, cfr. D. Loick, *Law without Violence*, in C. Menke (a cura di), *Law and Violence*, cit., pp. 96-111. Il medesimo errore è ripetuto da Alessandro Ferrara quando riduce le tesi di Menke ad una sostanziale ripetizione dell'idea di Carl Schmitt, secondo cui l'ordine legale del diritto si manterrebbe attraverso il continuo esercizio o la continua minaccia della violenza. A tale argomento “realista”, Ferrara oppone la tradizione della “filosofia normativa” che, da Platone al liberalismo, ha mostrato come anche una comunità di criminali debba presupporre, per funzionare, una qualche forma di normatività, cfr. A. Ferrara, *Deconstructing the Deconstruction of Law: Reflections on Menke's Law and Violence*, in C. Menke (a cura di), *Law and Violence*, cit., pp. 112-136. Secondo Menke, tanto la critica “anarchica” di Loick, quanto quella “liberale” di Ferrara, non riuscirebbero ad andare oltre una comprensione meramente strumentale della violenza in rapporto al diritto e mostrerebbero come le loro tradizioni di riferimento siano incapaci di riflettere sulla forma stessa della normatività e sulle sue implicazioni. Su questo cfr. C. Menke, *A Reply to my Critics*, in C. Menke, (a cura di), *Law and Violence*, cit., pp. 207-233.

⁵ W. Benjamin, *Per la critica della violenza*, in *Opere complete*, vol.9, Einaudi, Torino, 2008, pp. 467-488.

zione»⁶. Benjamin chiarisce come la violenza destinale, a differenza di quella strumentale, non può essere giustificata dal suo scopo, dal momento che il suo scopo si riduce al mero mantenimento dell'ordine normativo stesso dell'atto del giudicare. Nell'atto della distinzione normativa fini e scopi coincidono necessariamente nella ripetizione della violenza e nella conservazione del diritto. Ma per quale motivo il diritto deve conservarsi continuamente, ripetendo in modo destinale il medesimo atto di violenza? La risposta di Benjamin si rivolge alla natura giudicante e distinguente del diritto stesso che per sua natura si oppone e impone sulla "nuda vita" del non-diritto e non-normativo:

l'imporsi del diritto contro il non-diritto non può mai aver successo, dato che nel suo imporsi il diritto produce altrettanto ciò contro cui si rivolge. Esso non può dunque mai essere semplicemente conservativo, procedendo secondo la sua logica normativa, ma deve opporre continuamente la sua potenza contro ciò che è esterno, sempre al di qua di ogni normatività. Il diritto non può lasciarsi alle spalle l'atto della sua istituzione. Dover ripetere all'infinito questo atto è il destino e la violenza del diritto⁷.

Il diritto, conclude Menke in consonanza con Benjamin, è destinato alla violenza perché la sua stessa istituzione produce proprio il non-diritto sul quale si impone.

È a partire da questa tematizzazione del legame ontologico ed essenziale tra diritto e violenza che Menke intende riattualizzare la tradizione della Teoria critica della Scuola di Francoforte nella forma di una critica dei diritti⁸. Tale ambizioso progetto rischia tuttavia di naufragare proprio per la paradossalità della stessa formula "critica dei diritti". *Da una parte*, infatti, il diritto non può che essere l'oggetto privilegiato di una teoria critica che intenda mettere sotto accusa le forme di dominio. Menke sostiene infatti sulla scorta di Derrida che «non si dà alcuna normatività che non sia "legale" [...]. Essa emerge proprio là dove una norma si separa dalla prassi per poter intervenire in essa nella forma del "giudizio", per poter governare la prassi dall'esterno»⁹. Qualsiasi tipo di dominio, di governo della realtà assume quindi necessariamente una forma legale e, di conseguenza, una critica non può che essere eminentemente una critica del diritto. *Dall'altra parte*, tuttavia, il diritto stesso è la forma eminente della critica. Come è già stato mostrato, infatti, la pratica legale del diritto coincide con l'attività della decisione normativa, della distinzione cioè tra giusto e ingiusto, vero e falso, ma è proprio in questo che consiste – anche etimologicamente – il criticare. In questo modo, tuttavia, «la critica del diritto ha

⁶ Ch. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 49.

⁷ *Ivi*, p. 51.

⁸ Menke può infatti essere considerato un esponente della terza generazione della Teoria critica francofortese. Rispetto ad altri esponenti della terza generazione, come ad esempio Axel Honneth, che riprende la filosofia hegeliana nei termini di una teoria normativa del riconoscimento e dell'eticità democratica, Menke recupera il confronto con la *Logica* hegeliana e con la dialettica, interpretata nei termini di una teoria della liberazione. Cfr. C. Menke, *Autonomie und Befreiung. Studien zu Hegel*, Suhrkamp, Berlin, 2018; C. Menke, *Theorie der Befreiung*, Suhrkamp, Berlin, 2022.

⁹ C. Menke, *Postfazione*, cit., p. 91.

un significato duplice, oggettivo e soggettivo: la critica *al* diritto e la critica *tramite* il diritto»¹⁰, la critica esercitata nella forma legale della distinzione normativa e quella che ha nel diritto il suo oggetto eminente. Il progetto di una critica dei diritti sembra quindi destinato ad infrangersi contro una insolubile circolarità. Una critica che abbia per oggetto il diritto non riuscirebbe mai a negare il suo obiettivo, anzi, sarebbe destinata a ripeterlo incessantemente. Allo stesso tempo, una critica che si congedasse veramente dal diritto cesserebbe di essere una forma della critica, basata sul dualismo implicito nella distinzione normativa e si realizzerebbe come qualcosa d'altro (uno slancio utopico, un evento creativo, ecc.). Queste sono le difficoltà di cui Menke deve tener conto nella realizzazione di una critica dei diritti e *Diritto e violenza* intende proprio essere, allo stesso tempo, una risposta affermativa alla domanda sulla possibilità di una teoria critica del diritto e l'attuazione iniziale un tale programma¹¹. Tale soluzione si rivela estremamente interessante anche per la tradizione della Scuola di Francoforte cui intende richiamarsi, ma solleva allo stesso tempo alcune perplessità che non investono tanto l'esigenza di una teoria critica del diritto che si faccia carico dei paradossi evidenziati da Menke, quanto gli strumenti teorici cui l'autore di *Recht und Gewalt* ha inteso fare affidamento. Intendiamo concentrarci sui due nuclei fondamentali della ricerca di Menke, ovvero l'idea di un rapporto destinale tra diritto e violenza e la strategia di una destituzione del diritto attuata nella forma di una sua autoriflessione. Nel primo caso (1), l'analisi di Menke sembra mancare di uno spessore storico-concettuale e ciò impedisce di cogliere quel dispositivo teorico moderno che condanna il diritto alla ripetizione della violenza. Nel secondo caso (2), la strategia autoriflessiva messa in atto dal filosofo tedesco e richiamantesi più o meno esplicitamente a Hegel sembra fermarsi al livello – per usare le categorie hegeliane – alla *Dottrina dell'essenza* che informa di sé anche la trattazione della società civile nella *Filosofia del diritto*, senza mettere in discussione l'identità stessa dei due termini legati dalla relazione violenta, ovvero il diritto e il non-diritto. La parte conclusiva del contributo intende proporre in maniera molto sintetica una strategia che con Menke vada oltre Menke, seguendo Hegel nel passaggio dalla società civile allo stato, descritto attraverso le categorie della *Dottrina del concetto*.

1. Il destino del diritto in una prospettiva storico-concettuale

Nel tentativo di comprendere e fondare più efficacemente la tesi benjaminiana del legame destinale tra diritto e violenza, Menke si confronta con il pensiero tragico, all'interno del quale emergerebbe una concezione profonda dell'essenza del diritto: «il genere della tragedia e l'istituzione del diritto sono reciprocamente legati nel loro sorgere e nella loro struttura: la tragedia è il genere del diritto e il diritto è

¹⁰ *Ivi*, p. 94.

¹¹ Sui problemi generali connessi alla possibilità di una critica dei diritti è interessante la postfazione all'edizione italiana di *Recht und Gewalt*, cfr. C. Menke, *Postfazione*, cit.

la giustizia della tragedia»¹². Uno degli aspetti più interessanti delle riflessioni di *Diritto e violenza* consiste sicuramente nell'approfondito confronto con la tragedia greca che consente a Menke di scandire nella temporalizzazione tripartita (vendetta, diritto autoritario, diritto autonomo) l'affermazione del concetto di diritto così come noi lo pensiamo ancora oggi, facendo emergere allo stesso tempo il suo legame con la violenza¹³.

L'attraversamento della tragedia proposto da Menke inizia con l'*Agamennone* di Eschilo, che mostra come anche la vendetta sia espressione di un ordine normativo di giustizia, da capire nelle sue ragioni più profonde. La forma essenziale della vendetta è l'uguaglianza, il principio che impone il ristabilimento della giustizia mediante la ripetizione del medesimo atto che la aveva turbata. Ripetendo il medesimo atto violento, tuttavia, viene ripetuta anche l'ingiustizia che richiama a sua volta una nuova ripetizione dell'atto violento in una sequenza indefinita che costituisce la struttura più essenziale della vendetta¹⁴. Con il passaggio dall'*Agamennone* alle *Eumenidi* Menke intende descrivere il sorgere del diritto come superamento del ciclo infinito di violenza in cui consiste la vendetta. Tale *regressus ad infinitum* cessa con l'istituzione di una procedura esatta, un procedimento giuridico all'interno del quale le due parti in causa emergono in quanto parti, in quanto due versioni differenti e discordanti del medesimo fatto: «il diritto oltrepassa la violenza della vendetta perché è capace prima di percepire e poi di garantire il fatto che sono “presenti in due” e che i due si esprimano»¹⁵. È proprio nella procedura messa in scena nella tragedia delle *Eumenidi* che per la prima volta emerge il problema della verità, la necessità di distinguere tra le due parti, stabilendo quale delle due sia nel giusto e proprio per questo motivo diventa necessario assicurare “il punto di vista della verità”, rappresentato simbolicamente dalla figura del giudice, del tutto inutile in quel sistema di giustizia rappresentato dalla vendetta¹⁶. È proprio su questo passaggio che si innesta uno dei punti fondamentali della riflessione di Menke, ovvero il riconoscimento della natura eminentemente *politica* del diritto, che arricchisce la tesi di Benjamin sul rapporto tra diritto e violenza. Le relazioni orizzontali (tra le parti) e verticali (tra le parti e il giudice) stabiliscono infatti dei rapporti politici di uguaglianza e di disuguaglianza di cui la procedura giuridica è solo un riflesso e che creano una

¹² C. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 19.

¹³ Il confronto con la tragedia greca costituisce una costante della riflessione di Menke. Cfr. C. Menke, *Die Gegenwart der Tragödie. Versuch über Urteil und Spiel*, Shurkamp, Frankfurt am Main, 2005.

¹⁴ Anche in questo caso, Menke è interessato all'essenza delle diverse concezioni di giustizia e quindi alla loro “ontologia”: «l'azione violenta viene contata e dunque valutata in due modi diversi, poiché essa ha due significati ontologici», ovvero una volta come “azione prima”, violenta e ingiusta, e una volta come “azione seconda”, ovvero quella forma giustificata di violenza finalizzata al ristabilimento vendicativo della giustizia, C. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 23.

¹⁵ *Ivi*, p. 25.

¹⁶ In questo senso il diritto emerge come un ordine duplice di riconoscimento: orizzontale tra le parti che si riconoscono come parti e verticale con il giudice che viene riconosciuto come istanza terza e superiore.

dimensione politico-giuridico-normativa diversa dalla sfera privata con le relazioni contrattuali e di arbitrato che in essa si svolgono. L'instaurazione del diritto chiude definitivamente con i rapporti di disuguaglianza tra diverse comunità che caratterizzavano la vendetta, ciascuna delle quali poteva vantare il *proprio* diritto, e fonda l'unica comunità politica all'interno della quale vige l'uguaglianza tra i membri e che viene rappresentata nella procedura giuridica dal giudice, che parla in nome della comunità politica e dell'uguaglianza tra i membri minacciata dall'illecito. Con grande chiarezza Menke chiarifica questo snodo fondamentale:

L'ordine della vendetta è caratterizzato non da una mancanza, ma da un'abbondanza di giustizie. Il diritto mette fine a tutto ciò imponendo un'unica legge. Questa legge è quella dell'uguaglianza che costituisce l'unità politica dei cittadini. Tutte le giustificazioni contrastanti e differenti tra loro, in nome delle quali venivano compiuti gli atti di vendetta, vengono ridotte a semplici prese di parte¹⁷.

È proprio questa conseguenza politica dell'istituzione del diritto a riporre il problema della violenza, per superare la quale egli aveva inteso sostituire la vendetta. Riconoscere la validità della procedura giuridica e della sua sentenza «significa sottomettersi a un potere minaccioso di dominio esercitato dal tutto sul singolo»¹⁸. Questa osservazione porterebbe a sottoscrivere la tesi del “realismo politico”, secondo la quale la differenza tra la violenza del diritto e quella della vendetta sarebbe solo formale, limitata all'introduzione della forma del giudizio e quindi sostanzialmente apparente, finalizzata a camuffare da giustizia gli interessi della classe dominante. La riflessione di Menke, tuttavia, intende andare al di là del realismo politico, per mostrare la portata “ontologica” dell'introduzione della forma del giudizio¹⁹. La tesi realistica, infatti, esattamente come la sua avversaria posizione normativa, sostiene che la violenza del diritto sia slegata dalla forma giuridica, la quale al contrario si limiterebbe a mascherare la non scomparsa della vendetta. Ciò che va

¹⁷ *Ivi*, p. 31. Questo fondamentale passaggio è stato oggetto delle critiche di Loick e di Andreas Fischer-Lescano, cfr. D. Loick, *op. cit.*; A. Fischer-Lescano, *Postmodern Legal Theory as Critical Theory*, in C. Menke (a cura di), *Law and Violence*, cit., pp. 167-192. Per entrambi l'esistenza di forme di diritto slegate da comunità statuali e nazionali smentirebbe lo stretto legame postulato da Menke fra diritto e comunità politica che gli impedirebbe di cogliere le forme di esclusione intrinseche alle pratiche del diritto. Tanto Loick quanto Fischer-Lescano, tuttavia, non riescono a pensare al rapporto tra comunità nazionali e diritto se non presupponendo la preesistenza delle prime. L'argomento di Menke, invece, intende mostrare proprio l'attività costitutiva del diritto nei confronti della comunità di eguali. Questo significa semplicemente che una comunità di individui uguali condividenti la medesima giustizia era impensabile nell'ordine della vendetta e diventa possibile solo a partire dall'azione politica unificante e monopolizzante del diritto. Questo ha a che vedere ovviamente con la particolare forma di soggettivazione implicata dal diritto che non ha alcun legame necessario con la dimensione nazionale, né impedisce di cogliere i processi di esclusione che anzi trovano in questa logica il loro fondamento; cfr. C. Menke, *A Reply*, cit., pp. 220,221. Ciò non deve tuttavia nascondere il fatto che la logica descritta da Menke è precisamente quella alla base della costruzione concettuale dello stato moderno.

¹⁸ C. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 33.

¹⁹ È interessante notare il movimento “hegeliano” del ragionamento di Menke che, dopo aver attraversato la parvenza (*Schein*), intende analizzare l'apparire (*Erscheinen*) della violenza e quindi la sua essenza.

perduto è proprio lo strettissimo legame tra la violenza e la forma giuridica introdotta dal diritto. La vendetta si scontra infatti sempre con qualcosa di isomorfo, che può vantare la medesima pretesa normativa, una seconda giustizia altrettanto valida che si oppone alla prima giustizia. La reazione della comunità politica di uguali prodotta dal diritto e rappresentata dal giudice, al contrario, «produce al contempo una possibilità del tutto sconosciuta e impensabile per l'ordine della vendetta: la possibilità di qualcosa di esterno alla giustizia»²⁰. Una volta realizzato il monopolio della giustizia da parte del diritto, quest'ultimo non troverà più fuori di sé un'altra giustizia dalla medesima pretesa normativa, ma la dimensione non normativa del non-diritto, dello stato di natura al di fuori della comunità politica dove vige la disuguaglianza tra gli individui. Nel suo dispiegarsi, quindi, il diritto non si trova solo ad opporsi all'illecito all'interno del suo stesso "regno", ma anche al non-diritto in una dimensione che gli è del tutto estranea. Se nel contrapporsi all'illecito il diritto può fare appello alla sua legittimità e alla forza della sua normatività, ricorrendo alla violenza strumentale (e quindi legittima) solo in ultima istanza, nei confronti del non-diritto esso non ha alcuna possibilità se non l'imposizione violenta, dal momento che la normatività stessa esaurisce il suo senso al di fuori della dimensione normativa. Ecco quindi il legame essenziale e ontologico tra diritto e violenza, la sua natura non strumentale e la sua differenza non solo formale dalla violenza della vendetta: nel suo stesso dispiegarsi il diritto produce l'altro da sé nei confronti del quale per potersi affermare deve esercitare «un rapporto di pura imposizione – pura violenza»²¹.

Il passaggio dalle tragedie di Eschilo all'Edipo Re di Sofocle segna il passaggio dal diritto autoritario di cui si è parlato al diritto autonomo e pone l'attenzione sul secondo elemento fondamentale con cui Menke intende completare la tesi di Benjamin: l'importanza della soggettività autonoma nella chiarificazione del rapporto tra diritto e violenza. La natura sempre esteriore del diritto – questa la tesi di Menke – implica la necessità, ai fini della sua accettazione, della sua interiorizzazione veicolata dall'istituzione della figura della soggettività autonoma. La maledizione che Edipo rivolge con linguaggio pre-giuridico a chi si sottrae alla procedura giuridica del processo mostra proprio la natura extragiuridica dell'imporsi del diritto e della normatività sul non-diritto non normativo che sottrae all'individuo le sue caratteristiche individuali e lo obbliga ad applicare a se stesso i criteri normativi, rendendolo quell'individuo uguale agli altri che può entrare a far parte della comunità politica: «il diritto, desoggettivizzando, condanna alla soggettività giuridica»²². Prodotto di tale soggettivazione giuridica è la posizione della figura inedita del soggetto autonomo, che ha interiorizzato i criteri normativi istituiti dal diritto e li applica per primo a se stesso²³. Proprio in questa promessa di autonomia emerge

²⁰ *Ivi*, p. 35.

²¹ *Ivi*, p. 38.

²² *Ivi*, p. 42.

²³ In questo modo, in polemica con Giorgio Agamben e in conformità alle riflessioni di Michel Foucault, Menke intende spiegare la logica del dominio in termini di autonomia e non in termini

con chiarezza il paradosso del diritto e il suo legame essenziale con la violenza. La dimensione giuridica e normativa si impone sottoforma di imperativo giuridico che obbliga l'individuo a farsi autonomo, a giudicare se stesso secondo i criteri della giustizia del diritto e dell'uguaglianza. Rivolgendosi tuttavia a chi originariamente non appartiene alla sfera del normativo, tale imperativo non può essere ascoltato, né compreso; la sua attuazione, quindi, non può in alcun modo essere una forma di autonomia (non può cioè avvenire attraverso quei criteri normativi che il diritto vorrebbe istituire), ma può solo realizzarsi mediante imposizione e violenza. Ecco quindi l'inevitabile natura maledicente del diritto: «proprio perché è una condanna che ci si infligge da sé, essa è una condanna in cui non si è liberi e, soprattutto, da cui non si esce liberi. [...] Attraverso il proprio giudizio giuridico, il soggetto identifica se stesso»²⁴.

L'analisi di Menke è estremamente efficace nel gettare luce sul rapporto dialettico tra diritto e violenza e costituisce sicuramente un guadagno rispetto alla teoria liberale, spesso incapace di interrogare riflessivamente la propria stessa forma. Apprezzare i punti di forza dell'analisi di Menke, tuttavia, non deve impedirci di vederne i limiti, gli snodi non chiariti, le aporie che ci portano a pensare che la teoria critica di Menke vada nella direzione giusta e che apra una strada che, tuttavia, non è stata ancora percorsa fino in fondo. Ciò che appare più debole della ricostruzione genealogica di *Diritto e violenza* è proprio il ricorso alla tragedia greca per poter spiegare il senso originario del rapporto tra *Recht* e *Gewalt*. Il confronto con il pensiero tragico antico, infatti, sembra occultare più che chiarire la vera natura di tale dialettica – che andrebbe piuttosto fatta risalire alla *Trennung* che separa il modo moderno di pensare la politica da quello ad esso precedente – e indebolisce sostanzialmente la posizione di Menke. La tesi che si intende qui sostenere è che una tale proposta di teoria critica manchi di spessore storico-concettuale, ovvero che non sia in grado di riconoscere che «la coimplicazione tra il diritto e la violenza non è

di sovranità, cfr. *ivi*, p. 43. Come diverrà chiaro più avanti, entrambe le logiche sono ugualmente complicate dal dispositivo di pensiero moderno che Menke, rifacendosi principalmente alla tragedia greca, non riesce fino in fondo a tematizzare. Allo stesso tempo, Menke sembra sovrapporre in maniera troppo immediata il concetto di persona giuridica a quello di soggetto autonomo che la *Filosofia del diritto* hegeliana invita invece a leggere in maniera dialettica. Da questo punto di vista, il recupero che Menke fa di alcuni elementi hegeliani anche all'interno della riflessione sul diritto non si distanzia sostanzialmente dall'operazione filosofica di Axel Honneth, un altro importante esponente della terza generazione della Teoria critica. Pur recuperando, a differenza di Honneth, la dialettica hegeliana, anche Menke sembra infatti sottovalutare la dialettica tra diritto astratto e moralità – e quindi tra persona giuridica e soggetto autonomo – così come Honneth aveva fatto nella sua interpretazione dei *Lineamenti di filosofia del diritto*, cfr. A. Honneth, *Il dolore dell'indeterminato. Una riattualizzazione della filosofia politica di Hegel*, trad.it. Manifesto Libri, Roma, 2003. In quel testo, Honneth non considera il rapporto logico-dialettico che pone diritto astratto e moralità in una sequenza gerarchica, con la seconda destinata a colmare i limiti di soggettività del primo e a rivelarne l'intimo fondamento (centrale nella riflessione hegeliana è il momento dell'illecito, che prepara il passaggio tra le due sfere) e li equipara a semplici forme incomplete di realizzazione della volontà libera, condizione di possibilità di patologie sociali.

²⁴ C. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 46.

originaria. Essa si produce in epoca moderna» e in questo modo tradisce l'idea che «occorrerebbe partire dalla tragedia per comprendere il nesso che lega il diritto alla violenza», postulando in questo modo «l'originarietà presunta dell'oggetto che tratta»²⁵. Menke sembra infatti considerare il diritto una categoria eterna e atemporale, confondendo così storia del concetto e storia del lemma e proiettando sul pensiero tragico quelle che in realtà sono le determinazioni del diritto così come esso sorge nell'età moderna a partire dalle dottrine del diritto naturale²⁶. Numerosi, infatti, sono i punti della ricostruzione genealogica di Menke che sollevano dei dubbi e che testimoniano l'ipostatizzazione dei concetti moderni e la loro applicazione forzata ad un'epoca che pensava la convivenza sociale in modo radicalmente diverso, a partire dall'opinabile traduzione del lemma greco utilizzato per indicare la giustizia (*Dike*) con il tedesco *Recht* (diritto)²⁷, procedendo con l'insistenza sulla divisione tra una dimensione pubblica e politica, dominio del normativo e una sfera privata e anormativa²⁸. Quest'ultima distinzione sembra ricalcare la separazione moderna tra stato politico (la dimensione del pubblico) e società civile (sfera del privato) per poi proiettarla in un'epoca in cui tale dualismo risulta impensabile, così come sembra scorretto considerare la comunità politica dell'epoca tragica come una comunità di eguali e non una dimensione in cui si confrontano i diversi diritti dei *ghéne*, delle comunità particolari basate su distinzioni tradizionali e consuetudinarie pensate come naturali. Altrettanto anacronistico sembra la descrizione della sfera del non-diritto prodotta dallo stesso atto di posizione del diritto in termini di stato di natura²⁹, così come l'insistenza, a proposito di Edipo e del diritto autonomo, sulla figura della soggettività autonoma, così importante per l'interiorizzazione del diritto e per il rapporto tra quest'ultimo e la violenza, che inserisce tuttavia nel mondo della tragedia greca la figura tutta moderna dell'individuo autonomo soggetto della morale³⁰.

Questa mancanza di spessore storico-concettuale non inficia solamente l'interpretazione che Menke propone del pensiero tragico, ma, ben al di là dell'elemento meramente filologico, depotenzia radicalmente la sua proposta di una teoria critica dei diritti³¹. Ciò che la genealogia di Menke non riesce a chiarire fino in fondo è

²⁵ M. P. Fersini, *Diritto e violenza. Un'analisi giusletteraria*, Firenze University Press, Firenze, 2018, p. 17.

²⁶ Ci sembra quindi condivisibile l'opinione di Fersini secondo la quale sarebbe discutibile parlare di un paradosso in generale del diritto, senza legarlo ad una conformazione particolare di quest'ultimo a partire da una determinata epoca. Cfr. *ivi*, pp. 24,25.

²⁷ Cfr. C. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 22.

²⁸ *Ivi*, p. 28. Non è un caso che, nell'argomentare questo punto, Menke si trovi costretto ad abbandonare i riferimenti alla tragedia greca per riferirsi direttamente a Rousseau.

²⁹ *Ivi*, p. 35.

³⁰ *Ivi*, pp. 39-46.

³¹ Nel suo tentativo di raccogliere l'eredità della prima generazione della Scuola di Francoforte, Menke sembra ereditarne anche alcuni limiti. La trattazione del diritto quale categoria eterna e astorica sembra seguire il movimento di pensiero della *Dialettica dell'illuminismo* di Adorno e Horkheimer che segna il passaggio, all'interno di quella tradizione, da una teoria critica della società capitalista ad una critica della civiltà occidentale. Anche Adorno e Horkheimer, infatti, hanno ridi-

proprio la tesi centrale dell'implicazione dialettica tra diritto e violenza, perché il riferimento alla tragedia greca non mette in luce il dispositivo concettuale tutto moderno che produce tale paradosso. È allora alle insufficienze del pensiero moderno e alle aporie dei concetti giusnaturalistici – che informano tuttavia in buona misura ancora oggi il nostro modo di pensare la politica – che bisogna guardare se si vuole comprendere fino in fondo l'oggetto della critica di *Recht und Gewalt*.

Ciò che non emerge chiaramente dal lavoro di Menke è quel processo, allo stesso tempo concettuale e storico, che ha portato alla nascita di un monopolio centrale del potere politico e del diritto, fondato sul nesso rappresentanza/sovranità e centrato sul primato del potere legislativo e sul ridimensionamento del potere giurisdizionale e dei numerosi “diritti” che ancora potevano far valere le loro istanze contro il potere centrale nel contesto dello stato attuale. Tale centralizzazione del diritto e del potere politico ha prodotto la distinzione tra una dimensione pubblica connotata dal monopolio della forza e una sfera privata, dove le differenze sono libere di svilupparsi una volta private della loro immediata valenza politica³². È su questo sfondo, che caratterizza il sorgere delle costituzioni successive alla Rivoluzione francese, che può essere compreso il paradosso di cui parla Menke. Per pensarne le condizioni concettuali bisogna confrontarsi con le dottrine del diritto naturale che, senza con questo voler negare le enormi differenze che caratterizzano i singoli autori, hanno costituito una radicale rivoluzione del modo di pensare la politica, il diritto e le istituzioni, segnando una cesura con le esperienze precedenti. Nella Grecia cui guarda Menke, infatti, era del tutto naturale pensare al corpo politico come all'unità naturale di parti diseguali e lo stesso concetto di *démos*, ben lungi dal denotare la totalità della società, ne indicava esclusivamente una parte, individuata in ragione del censo³³. Si tratta quindi di una realtà in cui la pluralità e la differenza connotano essenzialmente il modo di pensare l'unità politica e proprio in virtù di questo emerge la necessità di una funzione di governo (*archeîn*) che, a differenza della *Gewalt* di cui parla Menke, non ha nulla a che fare con il dominio o con il potere politico nell'accezione moderna del termine e non rappresenta in alcun modo la volontà di un corpo politico unitario. Un tale modo di pensare la politica, che tutto sommato informa ancora di sé la concezione attuale dello stato, viene radicalmente contraddetto dal giusnaturalismo e dal progetto di fondazione di una scienza politica moderna. Quest'ultima è intrinsecamente legata ad un pensiero di tipo dualistico, che contrappone all'esistente pensato privo di ragione una costruzione puramente teorica, volta a rappresentare paradigmaticamente l'ordine sociale razionale per poi

mensionato nella loro analisi l'importanza della dimensione capitalista, ripiegando in una filosofia della storia del dominio. Cfr. T. Adorno, M. Horkheimer, *Dialettica dell'illuminismo. Frammenti filosofici*, trad.it. di R. Solmi, Einaudi, Torino, 2010.

³² Per un'analisi più dettagliata di questo processo che qui non può essere svolta rimando a M. Fioravanti (a cura di), *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Laterza, Bari, 2002 e G. Poggi, *Lo stato. Natura, sviluppo, prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1992.

³³ Cfr. N. Bobbio, *Le regole di maggioranza, limiti e aporie*, in Bobbio-Offe, Lombardini (a cura di), *Democrazie, maggioranze, minoranze*, Il Mulino, Bologna, 1981.

applicarlo progressivamente alla realtà³⁴. Una tale scienza politica non può che fare *tabula rasa* di tutte le differenze naturali, dei ceti, delle corporazioni, dei privilegi del vecchio ordine: il corpo politico cessa di essere l'unificazione naturale delle parti e viene ora fondato a partire dall'individuo libero e autonomo. Lo stesso concetto di popolo perde la sua natura di parte e arriva ad abbracciare la totalità degli individui liberi e uguali. Con il venire meno di una concezione plurale della società scompare anche l'esigenza di una funzione di governo e si pone per la prima volta la necessità di un potere politico unitario che sia espressione della totalità indistinta del corpo politico e, quindi, si pone per la prima volta il problema della legittimità. È in tale contesto che si colloca la celebre mossa concettuale dello stato di natura, che dimostra la natura artificiale e costruita dello stato politico e l'esigenza dell'istituzione di un sovrano che sia rappresentante di quella unità politica che contribuisce allo stesso tempo a creare. È questo il dispositivo moderno della sovranità-rappresentanza che, proprio in quanto rappresentante dell'unità politica, contribuisce alla sua pensabilità, altrimenti impossibile a partire da una pluralità di individui irrelati. Attraverso questa dinamica i cittadini che si riuniscono nello stato politico attraverso la sottoscrizione del contratto si riconoscono in quanto autori delle azioni politiche che il rappresentante svolgerà in quanto attore e rappresentante. Il potere politico, espressione rappresentativa della volontà del popolo, ha ormai completamente sostituito la funzione di governo (che si limitava alla guida delle molteplici parti della comunità) e il suo comando assume una natura formale: è legittimo solo in quanto espressione del sovrano, ovvero del rappresentante del popolo. Il problema del bene sostanziale è stato ormai sostituito da quello formale della giustizia e gli individui possono perseguire nella sfera privata – o, per usare la terminologia di Menke, la sfera del non-diritto – i loro fini particolari, mentre la sfera pubblica del diritto e del potere politico stabilisce attraverso le leggi i confini che limitano l'esercizio delle libertà individuali. Tale potere politico appare per la prima volta irresistibile, in quanto rappresentante la totalità del popolo e non è più pensabile, come invece accadeva nella *pòlis* e nello stato cetuale, un confronto tra il governo e le parti che mantengono una funzione politica: dal punto di vista meramente concettuale non fa alcuna differenza che il potere venga identificato immediatamente con il sovrano, come in Hobbes, oppure con la volontà generale rappresentata dal potere legislativo separato dal governo esecutivo come in Rousseau³⁵. Il dispositivo della sovranità/rappresentanza, infatti, comunque venga inteso all'interno della modernità, sembra avere un esito inevitabilmente dualistico: per quanto il comando venga attribuito

³⁴ È a questo livello, quindi, che deve essere affrontato il discorso sulla forma dualistica del giudizio e sulla distinzione normativa che giustamente sta a cuore a Menke, ma che la genealogia tragica rischia di separare astrattamente dal contesto concettuale della sua istituzione.

³⁵ La ricostruzione di tale processo concettuale moderno è molto complessa e dovrebbe considerare almeno le tappe fondamentali di tale percorso, rappresentate dal pensiero di Hobbes, Rousseau, Kant e Fichte. Per una ricostruzione più completa di quanto sia stato qui possibile fare cfr. G. Duso, *La logica del potere. Storia concettuale come filosofia politica*, Polimetrica, Monza, 1999, pp. 83-122.

rappresentativamente alla totalità del popolo/autore, il sovrano/attore resterà sempre a questo contrapposto e distinto. Il contenuto del comando resta appannaggio del sovrano coincidente con la volontà generale e a questi nulla potrà opporsi, dal momento che di fronte ad esso ora si trova solo una molteplicità di persone private, prive di qualsiasi possibilità di azione direttamente politica sul piano della rappresentanza. Per riformulare l'obiezione in chiave maggiormente concettuale, si potrebbe dire che tra la molteplicità degli individui dello stato di natura (che si conservano a livello della società civile) e l'unità della sovranità dello stato politico non vi è alcuna mediazione e la scienza politica moderna nata dal giusnaturalismo, pur nel tentativo di fondare lo stato a partire da un individuo atomisticamente inteso, ha finito col privare quest'ultima di valore politico, relegandolo nella sfera del privato.

Questo tipo di ricostruzione storico-concettuale, più che la genealogia tragica proposta da Menke, ci sembra in grado di rivelare la natura paradossale dell'intreccio tra diritto e violenza e di svelare il problema del concetto moderno di diritto: la scienza politica moderna, fondata sul dispositivo della sovranità, ha elaborato una concezione desociologizzata dello stato, che non tiene conto del valore politico della differenziazione sociale e la relega nella sfera privata del non-politico e non-normativo. A una tale mossa si deve opporre una ri-sociologizzazione della scienza politica che critichi immanentemente i concetti politici moderni proprio in virtù delle loro intrinseche aporie. Un tale progetto, tuttavia, sembra porsi oltre anche alla critica dei diritti proposta da Menke³⁶.

2. La destituzione del diritto tra logica dell'essenza e logica del concetto. Una traccia hegeliana.

Così come la tesi fondamentale della violenza destinale del diritto – che costituisce la *pars destruens* del testo di Menke – era ispirata al Benjamin della *Critica della violenza*, anche la *pars costruens* intende fondarsi sull'idea benjaminiana di una destituzione del diritto (*Entsetzung des Rechts*). Una volta aver scoperto il paradossale legame tra violenza e diritto, la soluzione non consiste in un abbandono di quest'ultimo, ma in un lavoro critico tutto immanente al diritto stesso³⁷. Seguendo

³⁶ Ci sembrano andare in questa direzione, invece, le osservazioni dei sociologi francesi Bruno Karsenti e Cyril Lemieux: «il cambiamento di prospettiva a cui obbliga la sociologia è di riconoscere che la formazione dello stato e la sua azione dipendono da una determinata configurazione dei rapporti sociali, i quali assumono una dimensione politica particolare nel momento in cui questa istanza esiste. Facendo ciò ci si scontra con un approccio al potere che è predominante nella modernità: fortemente dominata dalla filosofia politica e dalla teoria del diritto pubblico, questa prospettiva si basa su un concetto classico di sovranità che si caratterizza, in linea con il disincastro dell'economia, per il fatto di desocializzare lo stato facendone un condensato di forza ceduta dagli individui a un potere sovrastante», B. Karsenti- C. Lemieux *Il socialismo e il futuro dell'Europa*, trad.it. V. Ciantelli, V. Grossi, Meltemi, Milano, 2017, p. 55.

³⁷ In questo senso la posizione di Menke porta avanti la tradizione tipica della Scuola di Francoforte di una critica immanente, che rifiuta di assumere un punto di vista trascendente e si distingue dalle posizioni di Morgan e di Loick che, intendendo contro Menke lasciarsi alle spalle la dimensione della normatività, si lasciano alle spalle anche il diritto stesso. Cfr. D. Loick, *op. cit.* e B. Morgan,

in questo l'interpretazione di Agamben, Menke oppone la posizione di Benjamin alla sospensione del diritto elaborata da Carl Schmitt: se per quest'ultimo si tratta di annullare la norma nell'eccezione e sostituirla con la decisione assoluta, ritornando così dal momento della conservazione del diritto a quello della sua posizione, l'autore di *Critica della violenza* intende liberare il diritto dal destino della sequenza posizione-conservazione:

mentre in Schmitt la sospensione del diritto intende liberare, almeno temporaneamente, la potenza dello stato dalla regolamentazione e dai limiti del diritto, in Benjamin la destituzione mira al depotenziamento del diritto: depotenziamento che non è altro che la liberazione del diritto³⁸.

Per via della differenza radicale tra diritto e non-diritto o nuda vita messa in luce dalla genealogia tragica, il diritto è destinato ad imporsi, per potersi conservare, in maniera non normativa sul non normativo, rivelandosi condannato ad una perenne autosospensione quale condizione della sua esistenza. La destituzione del diritto consiste proprio nella sua liberazione da questo destino, dalla liberazione della differenza dalla natura violenta del dominio. Non si tratta quindi di una strategia regressiva di annullamento della differenza, bensì di una emancipazione di quest'ultima dai tratti negativi che l'hanno caratterizzata fino ad ora³⁹. Il diritto destituito assume quindi la forma di un diritto autoriflessivo che, riconoscendo che il non-diritto deriva dalla stessa posizione del diritto in quanto tale, scopre l'altro da sé dentro di sé⁴⁰. Un tale depotenziamento del diritto viene indagato da Menke ancora una volta attraverso la letteratura. Se la tragedia greca aveva portato alla luce il legame paradossale di diritto e violenza è alla commedia di Heinrich von Kleist – che mette in scena la contrapposizione tra il diritto oggettivo e un diritto soggettivo dei personaggi – che Menke si rivolge per pensare «una comunicazione non interna alla sfera giuridica e che segue altre leggi: la fiducia [...], l'aiuto [...], il perdono»; ma in questo modo «il diritto stesso viene relativizzato» e si rivela «una forma di comunicazione accanto alle altre»⁴¹. Tale diritto soggettivo, esemplificato così bene dalla commedia, costituisce di fatto una limitazione del diritto e un argine alla sua violenza che, sancendo una netta separazione tra la dimensione politico-statale pubblica e quella privata della società civile (o borghese, secondo la felice ambiguità dell'espressione tedesca "*bürgerliche Gesellschaft*"), garantisce uno spazio libero di esercizio dell'arbitrio e al perseguimento degli interessi privati, al riparto dalle

Law in Action: Ian McEwan's The Children Act and the Limits of the Legal Practices in Menke's Law and Violence, in C. Menke (a cura di), *Law and Violence*, cit., pp. 137-166.

³⁸ C. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 58.

³⁹ Una tale strategia regressiva secondo Menke si baserebbe sull'educazione (*Bildung*) che cercherebbe progressivamente di adeguare la nuda vita ai criteri normativi del diritto, cfr. *ivi*, p. 60.

⁴⁰ Per alcune obiezioni sull'utilizzo della riflessione in chiave emancipativa, cfr. A. Düttmann, *Self-Reflection*, in C. Menke (a cura di), *Law and Violence*, cit., pp. 193-203. Secondo Düttmann il dispositivo autoriflessivo annulla l'alterità inglobandola all'interno dell'autoaffermazione del sé. Come vedremo, una possibile soluzione a questa obiezione è offerta dal passaggio hegeliano dalla logica dell'essenza (caratterizzata dalla riflessione) alla logica del concetto.

⁴¹ C. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 65.

ingerenze della dimensione pubblica. La situazione presentata da Menke descrive perfettamente la funzione liberatoria della tradizione liberale, all'interno della quale «la liberazione del diritto diventa la protezione giuridica della “libertà contrattuale” nei confronti del diritto»⁴². Non è tuttavia al liberalismo che Menke intende riconoscere la piena realizzazione della benjaminiana destituzione del diritto: alla liberazione dalla coercizione del *Recht*, infatti, corrisponde una nuova forma di dipendenza sociale che lascia l'individuo in balia delle disuguaglianze economiche e delle leggi del mercato. In questo modo «il liberalismo realizza il programma di limitazione del diritto distinguendo e contrapponendo tra loro questi due lati [quello dell'individuo privato che si muove nella società civile e quello dell'individuo pubblico sottomesso al diritto] [...], lascia però immutato ciò che viene diviso»⁴³. Ciò che il liberalismo non riesce a tematizzare è proprio la natura asimmetrica di un tale dualismo. Il diritto soggettivo, che prende le ragioni del non-diritto e si oppone alla violenza del diritto limitandola, è a sua volta un diritto, assume la medesima forma del suo nemico. Si tratta però di un diritto autoriflessivo, consapevole di avere l'altro (il non-diritto) dentro di sé, di esserne inscindibilmente legato. Ecco allora che la destituzione del diritto cui pensa Menke si può realizzare solo come autoriflessione del diritto in se stesso, superando così definitivamente il paradigma liberale. Il diritto si oppone all'interno della sua sfera all'illecito e fuori di essa al non-diritto. È quest'ultima contrapposizione, come Menke ha mostrato nella prima parte del suo saggio, che innesta il ciclo destinale della violenza, cui il diritto autonomo incarnato dalla vicenda di Edipo cerca di sottrarsi: l'interiorizzazione del diritto da parte dell'individuo fa sì che l'imposizione del diritto sul non-diritto sia alla fine espressione del diritto del non-diritto, unificando così violenza e normatività. Ecco come si esprime Menke:

se il diritto, in quanto pretesa di un diritto del diritto, si impone contro il non-diritto, allora esso deve affermare di esserne legittimato secondo la misura propria del non-diritto – dato che questo è il diritto proprio (Hegel) del non-diritto. Il diritto del diritto di imporsi contro il non-diritto – secondo il concetto di diritto – è al contempo il diritto del non-diritto: il non-diritto ha diritto a prendere parte a quel diritto che si impone contro di lui; ha diritto a essere considerato nel diritto e ad acquisire valore⁴⁴.

Questa, tuttavia, più che la verità delle cose, costituisce l'ideologia del diritto autonomo che nasconde quel processo violento di giuridificazione che omologa diritto e non-diritto, non rispettando la loro differenza: «il diritto può realizzare il diritto del non-diritto solamente ledendo questo diritto»⁴⁵. Rispetto a questa ideologia, l'auto-riflessione del diritto cui pensa Menke realizza a pieno i due lati del paradosso (il diritto e il non-diritto), senza annullare la differenza tra i due (come avviene invece

⁴² *Ivi*, p. 72.

⁴³ *Ivi*, p. 74.

⁴⁴ *Ivi*, p. 77. Menke ha ragione ad opporsi alle interpretazioni di Morgan e Ferrara, che tendono a ridurre la sfera del diritto ad una semplice dimensione tra le altre all'interno delle società contemporanee. Al contrario, esso diventa il criterio normativo cui devono adeguarsi anche le altre sfere sociali e impone ad esse la sua figura di soggettività autonoma, cfr. C. Menke, *A Reply*, cit., pp. 217-220.

⁴⁵ C. Menke, *Diritto e violenza*, cit., p. 77.

nel processo di giuridificazione) e mostrando come nessuno di essi possa realizzarsi senza la sua relazione dialettica all'altro. Ecco, quindi, in cosa consiste la destituzione del diritto che Menke descrive in termini di utopia: non il superamento del diritto e della sua violenza (che condannerebbe l'individuo alla disuguaglianza della società civile), non la schmittiana sospensione del diritto che arresta la violenza del suo mantenimento per ritornare alla violenza della sua posizione, ma «l'uguale possibilità tra l'uguaglianza giuridica dei cittadini e la disuguaglianza non giuridica dei non cittadini»⁴⁶. L'utopia riguarda quindi un diritto che continua la sua lotta contro il non-diritto e non dismette la sua violenza. Quest'ultima, tuttavia, risulta depotenziata dall'autoriflessione del diritto dentro se stesso: esso non si applica più in maniera destinale, ritenendo di far valere in questo modo il diritto del non-diritto, bensì si esercita a partire dalla consapevolezza del proprio paradosso, sapendo che la sua realizzazione è solo *una* possibilità, formalmente uguale alla sua non realizzazione e quindi alla realizzazione del non-diritto. Si tratta di un diritto costretto a pensare ogni volta contro se stesso, a valutare caso per caso l'eventualità della sua applicazione, consapevole che quest'ultima non potrà mai vantare alcun diritto: «il diritto autoriflessivo e destituito è un diritto che ha riluttanza (*Widerwillen*) verso se stesso e che si ribella a se stesso: un diritto contro la volontà»⁴⁷.

È possibile ora, alla fine del percorso di Menke, tornare alla domanda che ci si era posti all'inizio, quella attorno alla possibilità in generale di una critica dei diritti a partire dal suo paradosso. È ora chiaro come Menke intenda affrontare tale paradosso: una teoria critica del diritto non potrà presupporre dogmaticamente un criterio che fondi la distinzione normativa, ripetendo così la struttura stessa del diritto irriflesso, bensì dovrà indagare il sorgere stesso dell'oggetto su cui insiste, la forma della sua esposizione (*Darstellung*). In tal modo l'oggetto non apparirà più come un fatto, ma come una certa esposizione di un contenuto nascosto in tale forma espositiva. In tal modo la critica si rivela una genealogia, tratta il fatto come l'esposizione di un testo e, anziché limitarsi a riflettere acriticamente tale esposizione, oltrepassa autoriflessivamente il dogmatismo nella direzione di un'autoriflessione dell'esposizione⁴⁸. Tale riduzione del fatto a esposizione, inoltre, denaturalizza il fatto stesso, trasformandone l'apparente necessità in una possibilità, superando così non tanto l'esigenza di una distinzione normativa, quanto la sua natura dogmatica e presupposta. Ciò che un'esposizione dogmatica e acritica non riesce a cogliere del diritto è la sua natura contraddittoria che si rivela ad un'esposizione autoriflessiva come allo stesso tempo normativo (in quanto distingue tra giusto e ingiusto) e non normativo (in quanto separa diritto e non-diritto). La verità del diritto è la paradossale unità di questi due momenti e, allo stesso tempo, l'impossibilità di tale unità. Il

⁴⁶ *Ivi*, p. 84.

⁴⁷ *Ivi*, p. 86.

⁴⁸ La critica genealogica di Menke ha prima di tutto una natura antipositivistica: «un pensiero è quindi critico quando, nel suo contenuto, espone al contempo un atto del pensare che lo ha prodotto – esponendo quindi insieme al prodotto il produttore. La critica non è altro che l'autoriflessione dell'esposizione che si compie in essa», C. Menke, *Postfazione*, cit., p. 100.

dogmatismo della distinzione normativa partecipa acriticamente per il diritto contro il non-diritto, credendo nella separatezza e indipendenza dei due momenti. Al contrario, la distinzione normativa genealogica e adogmatica riconosce la necessità del momento della distinzione senza il quale non esisterebbe il diritto stesso, ma allo stesso tempo afferma l'impossibilità di tale decisione a partire dalla natura dialettica e dalla relazione inscindibile tra le due dimensioni, rivelando così il paradosso essenziale del diritto del quale la distinzione è solo un momento. La stessa critica genealogica, quindi, è un atto di distinzione normativa, ma non più dogmatico. La falsità del dogmatismo non è denunciata a partire da un presupposto a sua volta dogmatico, perché è proprio il concetto del falso a modificarsi nella teoria critica proposta da Menke:

la sua [della critica genealogica] norma non è una legge che essa presuppone come data e che garantisce la possibilità della distinzione normativa [...]; al contrario, la norma è l'unità paradossale della distinzione normativa (tra giusto e ingiusto) e della distinzione non normativa (tra diritto e non-diritto) nel diritto stesso. [...] La norma della critica genealogica è il paradosso della norma⁴⁹.

Al termine dell'attraversamento della teoria critica dei diritti proposta da Menke è possibile muovere alcune osservazioni generali sul progetto di una destituzione del diritto intesa come liberazione di quest'ultimo. La soluzione esposta nella seconda parte di *Recht und Gewalt* sembra mantenere il dualismo tra diritto e non-diritto così come la relazione potenzialmente violenta e di dominio tra i due anche nel caso del diritto destituito che si applica "controvoglia". Menke, a ragione, non intende abbandonare il terreno del diritto, bensì criticarlo immanentemente, ma la soluzione da lui prospettata non appare affatto come un "nuovo diritto". Allo stesso tempo, ci si potrebbe chiedere se l'accusa mossa da Menke al diritto soggettivo sviluppato all'interno della cultura liberale – l'accusa cioè di lasciar immutati i due elementi della relazione tra diritto e non-diritto – non valga anche per il diritto destituito. L'interpretazione che si vuole qui tentare intende applicare al pensiero di Menke le categorie della *Logica* hegeliana⁵⁰. Tale operazione non risulta del tutto estrinseca, dal momento che Hegel costituisce uno dei punti di riferimento principali di Menke e che la teoria critica dei diritti abbozzata in *Recht und Gewalt* si iscrive all'interno di un più generale recupero della dialettica hegeliana. Date queste premesse, ci sembra possibile sostenere che il discorso volto a svelare l'implicazione dialettica e paradossale tra diritto e violenza si collochi al livello della *Logica* hegeliana che il filosofo di Stoccarda definisce *Dottrina dell'essenza*, ovvero il secondo momento della logica che segue la *Dottrina dell'essere*. Ciò che caratterizza questo livello del discorso speculativo «è la riflessione in sé che genera un serie ininterrotta di dualismi»⁵¹; rispetto a tali dualismi, il movimento autorifles-

⁴⁹ *Ivi*, p. 108.

⁵⁰ Cfr. G. W. F. Hegel [1812-16, 1831], *Scienza della logica*, trad.it., C. Cesa, Laterza, Bari, 2008.

⁵¹ F. Chiereghin, *Rileggere la Scienza della logica di Hegel. Ricorsività, retroazioni, ologrammi*, Carocci, Roma, 2011, p. 94.

sivo dell'essenza dissolve ogni pretesa di indipendenza di ognuno dei due elementi e mostra come ciascuno contenga in se stesso il proprio altro⁵². Sembra quindi del tutto pertinente accostare alla logica dell'essenza l'argomentazione di Menke, basata sull'autoriflessione del diritto che scopre dentro di sé il non-diritto. La *Dottrina dell'essenza* – ed in particolare la logica della riflessione che ne costituisce la prima parte – costituiscono una preziosa risorsa per una teoria critica che intenda erodere la presunta autonomia e absolutezza di qualsiasi determinazione e prendere posizione contro il mito positivistic del dato originario⁵³. Limitarsi al terreno autoriflessivo della *Wesenslogik*, tuttavia, impedisce di superare tali dualismi – che nemmeno Menke riesce a lasciarsi alle spalle – per raggiungere un nuovo piano di indagine⁵⁴. Ciò è possibile solo seguendo Hegel nel passaggio dalla *Dottrina dell'essenza* alla *Dottrina del concetto* che costituisce la terza e ultima parte della *Logica*: all'interno di questa nuova dimensione non si danno più categorie isolate o determinazioni riflesse in loro stesse, ma esclusivamente momenti di un'articolazione sistematica che si presenta quale totalità. Che ciascuna determinazione possa essere compresa solo attraverso il riferimento ad altro era già stata una conquista della *Wesenslogik*; ciò che il piano del concetto rende ora visibile è la necessità di un'articolazione non più duale – come nell'essenza – bensì triadica. È il momento della mediazione, del terzo, che rende possibile un complesso sistematico che si presenta quale totalità e le cui articolazioni si mostrano quali momenti pensabili nella loro unilateralità solo attraverso un'operazione di astrazione. Nel suo brillante tentativo di interpretare le diverse connessioni concettuali della *Logica* hegeliana come strutture di relazioni intersoggettive, Michael Theunissen abbina alla logica dell'essenza la categoria del dominio (*Herrschaft*) che viene superata dalla libertà comunicativa (*kommunikative Freiheit*) della logica del concetto proprio grazie all'emergere della funzione del medio⁵⁵. Il medio, l'oggettività della mediazione che viene conquistata con il passaggio alla *Begriffslogik* non deve essere intesa come l'imporsi di una sostanzialità monologica che riduce i suoi momenti a finzioni, a mere automediazioni funzionali alla propria affermazione: la mediazione infatti non annulla i suoi momenti, ma, proprio nella necessità della loro relazione priva di dominio, fonda la loro reale

⁵² «Questo risultato negativo del percorso può essere condensato nella constatazione che la *Wesenslehre* è la rigorosa esposizione dell'autodissolversi della parvenza di indipendenza di qualsiasi forma determinata di esistenza. [...] Qui Hegel mostra come la riflessione interna consenta di superare ogni parvenza di estraneità di sostanze indipendenti» P. Giuspoli, *Logica del pensiero concettuale. Una rilettura della Scienza della logica di Hegel*, Padova University Press, Padova, 2019, p. 109.

⁵³ Sulla rilevanza critico-negativa della logica della riflessione cfr. G. Cesarale, *Negatività, totalità e nuove forme della critica*, in *L'ospite ingrato*, vol. 10, 2021, pp. 115-126.

⁵⁴ Cfr. P. Giuspoli, *op. cit.*, p. 111.

⁵⁵ «La genuina indipendenza logico-riflessiva si fonda infatti sul fatto che l'uno che sta di fronte al suo altro allo stesso tempo è l'intero, il quale contiene in sé l'altro come suo proprio momento. In altre parole, essa presuppone il dominio (*Herrschaft*)», M. Theunissen, *Sein und Schein. Die kritische Funktion der Hegelschen Logik*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1980, p. 28 (traduzione nostra). Per una sottolineatura della funzionalità del medio per il superamento del dominio con riferimento alla trattazione hegeliana del giudizio (prima parte della logica del concetto), cfr. *ivi*, p. 454.

autonomia nella dipendenza e apre la possibilità di una «comunità dei diversi»⁵⁶.

Dal punto di vista speculativo cui si è brevemente accennato in riferimento alla *Dottrina del concetto* di Hegel risulta ora chiaro il problema della destituzione del diritto elaborata da Menke in *Recht und Gewalt*: essa si ferma al livello della logica dell'essenza inevitabilmente connotato dal dominio e rimane bloccata al dualismo autoriflessivo di diritto e non-diritto, senza riuscire a vedere entrambi come momenti di una totalità superiore che ne mostra la verità al di là della relazione polemica che Menke riesce appena a moderare con l'idea di un diritto che si applica riflessivamente e quindi controvoglia. La soluzione hegeliana dell'oggettività della mediazione, tuttavia, si muove sul piano speculativo della *Logica*: come è possibile tradurre tale discorso sul piano della filosofia reale, al cui interno si incontrano tutti i problemi affrontati da Menke nel suo libro? Ancora una volta è Hegel ad indicarci una possibile via percorribile, non più nella *Logica*, ma nella *Filosofia del diritto*⁵⁷. Dal punto di vista della *Rechtsphilosophie* il discorso di Menke, con il suo dualismo tra la sfera pubblica e politica del diritto e quella privata del non-diritto sembra fermarsi alla sfera della società civile (*bürgerliche Gesellschaft*), caratterizzata – almeno nel suo cominciamento con il sistema dei bisogni, geniale schizzo hegeliano della nascente società capitalistica – da una divaricazione tra universale e particolare, ovvero tra cittadini e istituzioni. Come è stato notato da molti studiosi, la sezione dedicata da Hegel alla società civile presenta sul terreno della *Realphilosophie* le medesime categorie che il filosofo aveva presentato sul piano logico all'interno della *Dottrina dell'essenza* e anche essa si caratterizza per un dualismo i cui elementi non riescono ancora a riconoscersi quali momenti di una totalità analizzabile solo mediante l'accesso ad un punto di vista superiore⁵⁸. Per superare tale punto di vista limitato e riuscire così a pensare ad un nuovo tipo di diritto che sorga dalla critica immanente di quello moderno senza limitarsi a normarne e depotenziarne le contraddizioni è necessario quindi accedere ad un nuovo piano di indagine della politica e del diritto che segua la logica del concetto, come fa Hegel nella sezione dedicata allo stato. È importante notare come il passaggio dalla società civile allo stato – uno dei luoghi più complessi dei *Lineamenti* hegeliani – non possa essere inteso come una traslazione da una sfera inferiore, quella della società esclusivamente civile, ad una superiore, quella dello stato esclusivamente politico. Una tale interpretazione non renderebbe giustizia né all'articolazione sistematica del pensiero hegeliano, né alla sua complessa concezione di stato, irriducibile alla mera dimensione istituzionale. Il passaggio allo *Staat*, infatti, rende accessibile quella conciliazione tra dimensione soggettiva e oggettiva della libertà che al punto di vista della società civile restava precluso e mostra quella mediazione oggettiva e reale incarnata dal-

⁵⁶ Su questo, cfr. L. Cortella, *La libertà dell'altro. Tra Hegel e Adorno*, in L. Cortella (a cura di), *Alterità, dialettica e teoria critica. In ricordo di Alessandro Bellan*, Mimesis, Milano, 2018, pp. 77-97.

⁵⁷ G. W. F. Hegel, *Lineamenti* cit.

⁵⁸ Per un parallelo tra logica dell'essenza e società civile, cfr. G. Cesarale, *La mediazione che sparisce. La società civile in Hegel*, Carocci, Roma, 2009.

la *Verfassung* hegeliana in cui particolarità e universalità contribuiscono assieme all'esercizio della funzione di governo, realizzando l'individualità concreta, unità di particolare e universale⁵⁹. Al di là della specifica soluzione hegeliana, ci sembra che non sia sufficiente cristallizzare la distinzione tra diritto e non-diritto limitandosi a portarla alla coscienza mediante un ripiegamento autoriflessivo. La critica del diritto, una volta riconosciuta l'insostenibilità dell'autosufficienza dei due elementi deve portare a termine la critica immanente di tali determinazioni, riconducendole a quella totalità irriducibile tanto alla società civile (o non-diritto nel discorso di Menke) quanto allo stato politico (o diritto). Non si tratta quindi di depotenziare il dominio del diritto sul non-diritto, ma di innalzare quest'ultimo al livello del diritto concreto, di cui il diritto moderno non costituisce altro che un'astrazione. Un diritto concreto, infatti, non può costituirsi come un'unità autonoma che respinge fuori di sé le istanze che si sviluppano nella sfera della società civile, ma deve accoglierle al suo interno. Non più stato politico e società civile, quindi, ma una politicizzazione delle istanze sociali, una "sociologizzazione" dello stato nei confronti della quale stato e società non possono apparire che come mere astrazioni, insostenibili nella loro autonomia⁶⁰. A una tale soluzione Menke potrebbe obiettare che un'inclusione delle istanze del non-diritto all'interno del diritto porrebbe fine alla potenza normativa dell'uguaglianza, lasciando gli individui in balia della disuguaglianza caratteristica della sfera privata. Anche in questo caso, tuttavia, ci sembra che Menke non riesca a collocare correttamente il problema: è proprio un monopolio politico che escluda da sé le istanze sociali relegandole nella sfera privata a lasciare gli individui della società civile in balia del "disincastro dell'economia"⁶¹ di cui parla Polanyi e privi di qualsiasi strumento politico di autodifesa⁶².

⁵⁹ Non è possibile in questo luogo dare ragione della complessa concezione hegeliana dello stato e delle sue implicazioni critiche nei confronti del paradigma giusnaturalista e liberale. Su questo ci si permette di rimandare a A. Bianchi, *Libertà pubblica come riconciliazione di libertà oggettiva e soggettiva. La teoria hegeliana dello stato*, in "Politica e società", I/2022, pp. 139-160.

⁶⁰ La soluzione che con l'aiuto del riferimento a Hegel è stato possibile delineare solo in maniera approssimativa ci sembra accolga l'esigenza di Karsenti di «ridefinire lo stato e la sovranità in un quadro alternativo alla filosofia politico-giuridica moderna, di ispirazione hobbesiana e incentrata sulla teoria del diritto naturale di essenza individualistica», B. Karsenti- C. Lemieux, *op. cit.*, p. 177. Rispetto alla soluzione prospettata da Karsenti, tuttavia, la prospettiva "hegeliana" che è stata qui sintetizzata intende unire all'attenzione alle scienze sociali anche una riflessione di natura più speculativa. Nella stessa direzione ci sembra andare il progetto di una appropriazione sociale delle istituzioni del diritto proposto come alternativa alla soluzione di Menke da Fischer-Lescano, cfr. A. Fischer-Lescano, *op. cit.* Della riflessione di Fischer-Lescano, tuttavia, non ci sembra condivisibile la connotazione postmoderna, alla quale si preferisce opporre una più "hegeliana" posizione auto-critica nei confronti della modernità, su questo cfr. L. Cortella, *Autocritica del moderno. Saggi su Hegel*, Il Poligrafo, Padova, 2002.

⁶¹ K. Polanyi, *La grande trasformazione*, trad.it. R. Vigevani, Einaudi, Torino, 2010.

⁶² Sull'autodifesa della società, cfr. B. Karsenti- C. Lemieux, *op. cit.*, pp. 153-190. Bisogna inoltre notare che la particolarità che a livello dello stato hegeliano si riconcilia con l'universalità non coincide più con l'individuo atomizzato presentato all'inizio della sezione della società civile. Quest'ultimo ha conosciuto, passando attraverso il momento attuale, l'amministrazione della giustizia, la polizia e le corporazioni, una serie di mediazioni che lo hanno già innalzato ad un livello

È quindi nello spirito di un più ampio recupero della lezione hegeliana che ci sembra che il progetto di una teoria critica dei diritti, magistralmente avviato da Menke, possa essere portato avanti in maniera più compiuta e radicale.

maggiore di universalità rispetto al momento iniziale di egoismo e autoriferimento.