

Rita Šerpytytė

*Sulla 'natura' della legge: nómos come ornamentum*

ABSTRACT: *The article raises the fundamental ontological question about what is the 'true' nature of the law. What is Law? The question is raised not theoretically, but situationally, that is, when you find yourself nowhere else but in the chapter Forma di legge of Giorgio Agamben's book Homo Sacer. Here Agamben discusses the concept of law discussing Kafka's legend Davanti alla legge and providing a critical analysis of its interpretations. In search of the answer to the question of the 'nature' of law, Kafka's 'open door' metaphor is used. The article demonstrates that this metaphor, referring to the question of the 'nature' of law, refers figuratively to the formality of the law by questioning it. The key for finding an answer to this question seems to be given by Agamben's concept of "state of exception".*

KEYWORDS: *law, nature, form, formality, nihilism.*

## 1. Preambolo

È noto che la riflessione filosofica scaturisce il più delle volte da situazioni banali, mondane, 'ontiche'. Una simile situazione mi si è presentata durante un convegno a Bologna. Camminando per le vie della città, mi imbattei in un cortile, splendido e luminoso, costellato di sculture imponenti, affreschi e scritte che ne testimoniavano il valore storico. Tra le molte, una: Tribunale di Bologna.

All'improvviso sento dietro di me una voce di donna, che mi domanda da quale porta si entrasse per recarsi dal giudice. In quel momento è stato come se un contadino kafkiano irrompesse nel mio spazio ontico, trasformandolo in quello ontologico. È come se noi due, io e quella signora, fossimo all'improvviso diventate personaggi di una trama filosofica. Avrei voluto risponderle: "Signora, il potere della legge è insito nell'impossibilità di addentrarsi in ciò che è già aperto, di raggiungere il punto in cui si trova già. Signora, come può sperare di entrare nel già-aperto? Nel già-aperto ci si sta già, si è già dentro, non ci si entra! Il contadino non può entrare, perché è impossibile ontologicamente entrare nel già-aperto". Sulla scia di Kafka, le parole di Cacciari e di Agamben risuonano nella mia testa.

In preda alle mie tentazioni ontologiche ho tardato a rispondere. La donna ha ripetuto la domanda, ma questa volta con un tono più esigente, forse addirittura un po' irritata:

“Da quale porta si entra dal giudice?”

Volevo rispondere “non lo so” e cavarmela così, ma una volta ripreso l'equilibrio ontico, ho provato a spiegare biascicando una risposta:

“Non lo so, mi interessa semplicemente della storia delle istituzioni giuridiche”.

Mi ha lanciato uno sguardo diffidente e improntato al senso comune, e se n'è andata in cerca di quella porta. Non avevo davvero notato alcuna porta. Forse addirittura non c'era. Forse era aperta.

## 2. La natura della legge: forma di legge e vigenza senza significato

Non intendo certo dire che il *mio* discorso teorico sulla ‘natura’ della legge sia stato provocato da quell'episodio. È vero piuttosto il contrario: ciò che mi spinge a riandare a quella storia ‘reale’ è una sorta di ‘ansia’ che ha una radice anteriore. Quella ‘storia’, infatti, non ci sarebbe neppure stata se non ci fosse stata in me una specie di ‘predisposizione’, un'implicita attesa ontologica che qualcuno chiedesse di quella porta. Che cosa ci ha trasformati, che cosa mi ha trasformata in quei contadini kafkiani? Siamo veramente loro? E in che modo lo siamo? Qual è la ‘vera natura’ della legge? Che cosa è la legge?

A queste domande va ad aggiungersi un dato squisitamente biografico: dal momento che in gioventù ho studiato legge, laureandomi in giurisprudenza – pur senza aver mai avuto l'intenzione di avvalermi di quel diploma nella ricerca di lavoro –, ciò forse potrebbe costituire un ulteriore argomento ‘forte’ del mio sentirmi una contadina kafkiana. Ma la domanda che sempre mi preme porre e pormi, che m'interessa fino al tormento, è precisamente cosa è la legge stessa, e quale il suo fondamento. Domande alle quali avevo dedicato il mio primo lavoro dottorale in filosofia, e lì le risposte ‘intelligenti’ venivano suggerite da Socrate, Kant e Hegel.

Tuttavia, ritengo che una risposta maggiormente soddisfacente possa ritrovarsi nel capitolo *Forma di legge* del saggio di Giorgio Agamben *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*<sup>1</sup>, laddove Agamben appoggia la propria disamina del concetto di legge sulla rilettura della leggenda di Kafka *Davanti alla legge* e fornisce un'analisi critica delle sue interpretazioni. Tuttavia, tutto questo lavoro interpretativo è radicato in una specie di empatia e immedesimazione nella condizione del contadino, con la quale Kafka, secondo Agamben, ha voluto rappresentare un campione della struttura del bando sovrano<sup>2</sup>.

Secondo Agamben “nulla – e certamente non il diniego del guardiano – impedisce al contadino di entrare nella porta della legge, se non il fatto che questa porta è sempre già aperta e che la legge non prescrive nulla”<sup>3</sup>. In questo modo Agamben

1 G. Agamben, *Homo Sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 2005, p. 57.

2 *Ibidem*.

3 *Ibidem*.

– dando ragione a interpreti come Derrida e Cacciari – spiega innanzitutto quale sia il significato di quella porta aperta che questi filosofi hanno in mente: la leggenda di Kafka espone la forma pura della legge, attraverso la quale la legge asserisce se stessa con una forza addirittura maggiore quando non prescrive niente, ossia quando è un bando puro.

Il contadino – prosegue Agamben – è consegnato alla potenza della legge, perché questa non esige nulla da lui, non gli ingiunge altro che la propria apertura. Secondo lo schema dell'eccezione sovrana, la legge gli si applica disapplicandosi, lo tiene nel suo bando abbandonandolo fuori di sé. La porta aperta, che è destinata soltanto a lui, lo include escludendolo e lo esclude includendolo. E questo è considerato il fastigio e la radice prima di ogni legge. Quando il prete, nel *Processo*, compendia l'essenza del tribunale nella formula "Il tribunale non vuole nulla da te. Ti accoglie quando vieni, ti lascia andare quando ne vai", è la struttura originale del *nómos* che egli enuncia con queste parole.<sup>4</sup>

Secondo Agamben, l'apertura della porta non è dunque solo una metafora paradossale: si tratta della percezione che la legge 'accompagni' l'individuo sempre e ovunque, se pur senza avvolgerlo in nuovi bandi o ammonimenti contenutistici; il suo potere di accompagnamento si avverte in guisa particolare proprio quando non impone alcun divieto contenutistico, non cessando tuttavia di vigere come tale. Questa "vigenza senza significato" – come Agamben, sulla scia degli altri interpreti, definisce la situazione delle 'porte aperte' – a un livello più generale si può definire come la natura formale del diritto e delle leggi. La natura formale della legge è un'espressione della radicalità del suo carattere normativo, privata del quale la sfera del diritto e delle leggi non sarebbe neppure pensabile e perderebbe significato. Questa è un'osservazione del tutto banale. Che cosa allora Agamben vuole 'estrarre' dall'appena ritrattata formalità della legge, che cosa vorrebbe dire circa la natura del *nómos*? Quale nuovo segnale lancia la formalità del diritto e della legge ad Agamben che presta orecchio alla leggenda di Kafka? È solamente grazie al proprio carattere figurale che la metafora della 'porta aperta' risulta più forte della considerazione in sede teorica, ormai quasi scontata, della formalità della legge?

Agamben, ovviamente, non è solo un commentatore degli interpreti di Kafka. La questione più radicale che pone è se l'intenzione di Kafka venga effettivamente esaurita da una tale interpretazione della struttura della legge. La domanda può essere anche così formulata: la metafora della 'porta aperta', che rimanda in modo figurale alla formalità della legge, non suggerisce una qualche possibilità di superamento precisamente in virtù del suo stesso carattere figurale?

Il passo che, a mia vista, risulta non solo significativo, ma financo decisivo per il concetto della legge in Agamben, verrà compiuto poco oltre in *Homo Sacer*, e in particolare nel paragrafo 4.1. Qui troviamo la posizione agambeniana, già espressa in precedenza, la quale rimanda non solo alla relazione del diritto con il linguaggio, ma più specificamente al legame tra diritto e linguaggio che la 'stessa' violenza stabilisce:

4 Ivi, pp. 57-58.

in modo analogo, anche il linguaggio tiene l'uomo nel suo bando, perché, in quanto parlante, egli è già sempre entrato in esso senza poterne rendere conto. [...] Come forma pura della relazione, infatti, il linguaggio (come bando sovrano) presuppone già sempre se stesso nella figura di un irrelato, e non è possibile entrare in relazione o uscire dalla relazione con ciò che appartiene alla forma stessa della relazione.<sup>5</sup>

È facile rilevare che tale relazione di linguaggio, legge e violenza è stata affermata e ribadita da Agamben più di una volta. In *Idea della prosa*, un testo precedente a *Homo Sacer*, una delle 'idee' analizzate da Agamben è precisamente la correlazione tra il linguaggio e la sfera del diritto mediante la messa in evidenza del momento di violenza implicito in essi. In *Idea del linguaggio II* Agamben interpreta il racconto di Kafka *Nella colonia penale*:

la leggenda kafkiana su *La colonia penale* s'illumina singolarmente se si comprende che l'apparecchio di tortura inventato dall'ex-comandante della colonia penale è, in verità, il linguaggio. [...] Nella leggenda, infatti, la macchina è innanzitutto uno strumento di giustizia e di punizione. Ciò significa che anche il linguaggio è, sulla terra e per gli uomini, un tale strumento. Il segreto della colonia penale sarebbe allora quello stesso che un personaggio di un romanzo contemporaneo tradisce con queste parole: "Ti confiderò un segreto terribile: il linguaggio è la pena. In esso tutte le cose devono entrare e in esso devono perire secondo la misura della loro colpa".<sup>6</sup>

Così, lo stesso momento di violenza che incessantemente ci trattiene dentro la legge (le sue porte sono sempre aperte), nella stessa misura ci trattiene anche dentro il linguaggio. Ci è ugualmente impossibile entrare dentro il linguaggio o uscirne fuori, perché ci siamo già da sempre dentro. Al pari del diritto o della legge, anche il linguaggio è conforme al potere e alla violenza non per i propri specifici contenuti, ma in virtù della sua stessa forma linguistica. In tal senso, Agamben rileva che

[n]on si tratta, naturalmente, della comprensione di un senso logico, quale si potrebbe anche leggere con gli occhi; ma di un senso più profondo, che può essere decifrato solo con le ferite e che al linguaggio compete unicamente in quanto pena. (Per questo la logica ha il suo ambito esclusivo nel giudizio: il giudizio logico è, in verità, immediatamente giudizio penale, *sentenza*).<sup>7</sup>

Riferendosi in questo modo al *giudizio* quale forma pura del linguaggio, e asserendo, mediante tale riferimento alla pura formalità del linguaggio, il potere violento del linguaggio (come anche della legge), Agamben giunge così a considerare il giudizio logico un giudizio penale, dal momento che il giudizio inteso come *sentenza* ha il significato di verdetto, appunto di giudizio penale.

Questo legame del diritto e della legge con il linguaggio si rivela come la massima violenza nelle due sfere proprio quando esse raggiungono il cosiddetto punto zero, sussistono cioè come una pura forma (la legge come "vigenza senza signifi-

5 Ivi, p. 58.

6 Idem, *Idea della prosa*, Macerata, Quodlibet, 2013, p. 105.

7 Ivi, p. 106.

cato”, il giudizio linguistico come forma logica); è questo il passaggio che permette ad Agamben di porre la domanda se le interpretazioni summenzionate della leggenda kafkiana esauriscano l'intenzione di Kafka riguardo la trattazione della natura della legge.

### 3. Forza e applicabilità della legge: la critica a Derrida

Nella ricerca di una risposta a questa domanda, la chiave, a quanto pare, è stata data dallo stesso Agamben mediante il concetto di “stato di eccezione”, ovviamente di derivazione schmittiana e delineato con particolare vigore nell'opera omonima<sup>8</sup>. Il cosiddetto *stato di eccezione* viene espresso in un modo concentrato dalla formula “forza di legge” di Agamben, nel quale persiste una influenza di matrice heideggeriana. Questa formula *corrisponde a* o formalmente *esprime lo status* della “vigenza della legge senza significato”, la sua massima forza al punto zero, ossia quando la legge prescrivendo non prescrive alcunché. Questo apparente paradosso è ben espresso in italiano dal gioco di parole *bando-abbandono*. Tuttavia, non è un caso che nel concetto di “stato di eccezione”, espresso in una maniera formale, si manifesti una connessione apparentemente ambigua tra la forza (della legge) e la sospensione della legge. A prima vista è proprio questa formula contraddittoria la chiave proposta da Agamben alla soluzione del problema della legge. Non solamente attraverso essa si rimanda alla “vigenza senza significato”, ma viene inoltre fornito un riferimento esplicito al divario tra la *forza* della legge e la sua *applicabilità*. Lo “stato di eccezione” per Agamben è definito proprio dal fatto che, da una parte, la norma vige ma non si applica, mentre dall'altra gli atti privi del valore e dello stato di legge traggono proprio da ciò la loro ‘forza’. È precisamente tale divario tra la vigenza e il significato a costituire e definire lo stato di eccezione, laddove il fondamento della rispettiva concezione agambeniana si basa su nient'altro che lo scarto tra la forza della legge e la sua applicabilità.

Certo, già in un autore come Jacques Derrida troviamo ribadito con vigore il legame tra diritto e linguaggio, ma in questo contesto rileva che è precisamente in opposizione alla sua prospettiva decostruzionista che Agamben elabora la strategia concettuale dello “stato di eccezione” come separazione della forza della legge dalla sua applicabilità.

Nella conferenza *Diritto alla giustizia*<sup>9</sup> Derrida, discutendo il tema del rapporto tra diritto, leggi e giustizia, esordisce affermando che “la questione della lingua e del linguaggio forse sarà centrale in ciò che vorrei proporre al vostro dibattito”. Decisivo, e per diverse ragioni, è qui insomma il tema del linguaggio: Derrida scrive sia l'intervento sia il testo in questione in francese, pronunciandoli tuttavia in inglese. È questo uno stratagemma mediante il quale Derrida intende attirare l'attenzione sulla differenza decisiva di quella procedura che può chiamarsi “attuazione

8 Idem, *Stato di eccezione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

9 J. Derrida, *Diritto alla giustizia*, tr. it di G. Scibilia, in *Diritto, giustizia e interpretazione. Annuario filosofico europeo*, a cura di G. Vattimo e J. Derrida, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 3-36.

della legge” – “fare la legge” / “making the law”. Una differenza che si manifesta nelle espressioni pronunciate in lingue diverse: “applicare la legge”, “appliquer la loi”, “to enforce the law” e che possiamo rendere in lituano con “įstatymo taikymas”. Nelle lingue francese e italiana, e anche in lituano, non c’è un riferimento diretto alla forza, mentre l’espressione inglese afferma e ricorda letteralmente il legame del diritto con la forza, una forza legittimata, autorizzata:

[...] il diritto è sempre una forza autorizzata, una forza che si giustifica o che è giustificata ad applicarsi, anche se questa giustificazione può essere giudicata d’altra parte ingiusta o ingiustificabile. Niente diritto senza la forza, Kant l’ha ricordato con il più grande rigore. L’applicabilità, la *enforceability* non è una possibilità esterna o secondaria che verrebbe ad aggiungersi o non, supplementariamente, al diritto. È la forza essenzialmente implicata nel concetto stesso della *giustizia come diritto*, della giustizia in quanto diventa diritto, della legge in quanto diritto.<sup>10</sup>

Quindi, per Derrida la forza (*force*) della legge e la sua applicazione (non per niente ribadisce proprio la forma inglese che esprime e verifica la sua posizione: *enforcement, enforceability*) o sono inscindibili, oppure mostrano che l’applicabilità è intrinseca all’essenza stessa della legge in quanto forza.

La differente posizione di Agamben rispetto a Derrida, per quanto concerne la forza della legge e l’applicabilità, poggia su una diversa interpretazione della relazione tra linguaggio e diritto. Benché, come è stato già accennato, entrambi i pensatori scorgano non solamente un’analogia tra queste sfere, ma financo un’identità formale e strutturale, su questo punto, tuttavia, le loro posizioni si separano. Secondo Agamben

[l]’analogia strutturale fra linguaggio e diritto è qui illuminante. Come gli elementi linguistici sussistono nella *langue* senza alcuna denotazione reale, che essi acquistano soltanto nel discorso in atto, così nello stato di eccezione la norma vige senza alcun riferimento alla realtà. Ma come è proprio attraverso la presupposizione di qualcosa come una lingua che l’attività linguistica concreta diventa intellegibile, così è attraverso la sospensione dell’applicazione nello stato di eccezione che la norma può riferirsi alla situazione normale.<sup>11</sup>

Una simile trattazione della relazione tra il diritto/legge e il linguaggio poggia sulla presupposizione di un certo stato pre-linguistico e pre-giuridico o a-giuridico quale fondamento del linguaggio e del diritto stessi; come se il diritto, e in misura uguale il *logos*, necessitassero in quanto tali di una zona anomica e a-logica. Tale necessità deriva dalla possibilità stessa di collegarsi con il mondo, con la vita, per cui “il diritto sembra poter sussistere solo attraverso una cattura dell’anomia, così come il linguaggio può sussistere solo attraverso un afferramento del non-linguistico”<sup>12</sup>.

10 Ivi, pp. 5-6.

11 G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., pp. 49-50.

12 Ivi, p. 78.

Da un lato l'anomia, il *vacuum* giuridico; dall'altro lato il vuoto di qualsiasi determinazione, assenza di qualsiasi predicato reale: questa combinazione non rimanda solamente a quel 'fondamento' essenzialmente negativo e nullo del diritto e del linguaggio e alla loro relazione, ma permette inoltre ad Agamben di giustificare il divario tra la forza della legge e la sua applicazione. Questo divario produce uno stato spettrale, irreal e fantasmatico del linguaggio e del diritto che Agamben identifica come uno "stato di eccezione": "per il diritto, questo spazio vuoto è lo stato di eccezione come dimensione costitutiva. La relazione fra norma e realtà implica la sospensione della norma, così come, nell'ontologia, la relazione fra linguaggio e mondo implica la sospensione della denotazione nella forma di una *langue*"<sup>13</sup>.

Le posizioni di Agamben e Derrida, basate sulla diversa interpretazione del linguaggio e del diritto nonché della loro relazione reciproca, diventano particolarmente evidenti quando si legge l'interpretazione della relazione tra legge e violenza illustrata nel saggio di Walter Benjamin *Zur Kritik der Gewalt*. Secondo Agamben, Derrida fraintende (o distorce) il concetto benjaminiano di "violenza pura"<sup>14</sup>. Una distorsione che certo non è casuale. La stessa procedura della decostruzione derridiana, che in questo caso interessa il rapporto tra linguaggio e diritto, corrisponde allo "stato linguistico di eccezione", "in cui il linguaggio sovrano stabilisce fra senso e denotazione una zona d'indistinzione, in cui la lingua si mantiene in rapporto con i suoi *denotata* abbandonandoli, ritirandosi da essi in una pura *langue*"<sup>15</sup>.

Proprio per questo e proprio in tale senso la decostruzione derridiana per Agamben termina e si esaurisce, diventando nient'altro che la posizione e lo stato del guardiano della leggenda di Kafka *Davanti alla legge*; del guardiano, cioè, il quale "senza veramente impedire l'ingresso, custodisce il nulla su cui la porta apre"<sup>16</sup>. D'altronde, lo stesso punto zero di approdo nella decostruzione della legge è enfatizzato anche in *Stato di eccezione*, laddove leggiamo che "mantenendo il diritto in una vita spettrale, non riesce più a venirne a capo"<sup>17</sup>.

Rileva in questo contesto che la critica agambeniana dell'applicazione della decostruzione derridiana alla legge, così come dell'interpretazione che Derrida fa di Benjamin, ha radici più profonde. Per comprendere per quale motivo il 'punto di arrivo' della decostruzione derridiana risulti ad Agamben insoddisfacente, bisogna guardare alle sue considerazioni su quella formalità della legge che attraversa sia la leggenda kafkiana *Davanti alla legge* sia il romanzo *Il processo*. Come già accennato, Agamben rileva una confusione interpretativa dovuta soprattutto al mancato discrimine tra l'applicazione della legge e la legge stessa. Cosa succede dopo? Per dirla in modo figurato, ossia nel linguaggio metaforico di Kafka, la stessa apertura della legge, l'impossibilità di entrarci o di uscirne, il trovarsi nella situazione dell'apertura, della porta aperta – che nel linguaggio giuridico è stata definita da

13 *Ibidem*.

14 Cfr. J. Derrida, *Forza di legge. Il fondamento mistico dell'autorità* (1989-1994), a cura di F. Garritano, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

15 C. Salzani, *Introduzione a Giorgio Agamben*, Genova, il melangolo, 2013, p. 106.

16 G. Agamben, *Homo Sacer*, cit., p. 63.

17 Idem, *Stato di eccezione*, cit., p. 82.



Scholem “vigenza senza significato”, e precisamente a causa del suo formalismo percepita come una condizione pangiuridica –, comincia a sembrare letteralmente *insormontabile*. È come una sorta di ‘inceppamento’ nella ‘porta aperta’, nella stessa *forma* della legge ‘distaccata’ dalla realtà, dalla vita, vale a dire nella normatività quale *fastigio* della vigenza della forma.

Così, Agamben dimostra chiaramente che la situazione della ‘porta aperta’, la posizione del guardiano di Kafka, non solo concettualmente è poco soddisfacente, ma per di più non esaurisce affatto il testo kafkiano. La domanda cruciale che viene posta in *Homo Sacer*, e cioè “che cos’è questa ‘forma di legge?’”, ci riporta indietro alle radici del problema della natura formale della legge. Riconoscendo che la ‘natura’ della legge in quanto natura formale non ha trovato una descrizione migliore di quella proposta da Scholem – lo ripetiamo: è Scholem ad aver descritto la forma della legge in Kafka come una “vigenza senza significato” (*Geltung ohne Bedeutung*) –, Agamben allo stesso tempo pone una domanda decisiva: qual è la *forma di vita* che corrisponde alla *forma della legge*? Sollevando questa domanda si compie un tentativo ancora inesplorato, e cioè mostrare che la porta *può* essere chiusa, e la chiave che permette di serrare la porta costituisce il superamento del formalismo della legge, vale a dire il superamento del distacco e della contraddizione tra la sua forma e il suo contenuto. Per comprendere di quale superamento si sta qui parlando, è necessario anticipare una lettura approfondita della posizione di Agamben in modo da osservare che il formalismo della legge, considerato il più delle volte quale distacco tra la forma e il contenuto della legge, verrà affrontato, per superarlo, in modo improvviso, mediante la stessa posta in gioco della vigenza liminale zero e del passaggio, che proprio così si manifesta, alla vita e alla realtà stesse. Vale a dire: si cercherà di superare il formalismo attraverso il panformalismo.

#### 4. Il nichilismo del *nomos*: la legge come ornamento

La natura formale della legge e del diritto viene ricordata, in un modo o in un altro, anche dalla storia crestomatica della teoria del diritto. Come è noto, secondo la teoria classica del diritto, un certo ‘contenutismo’ del diritto sussiste storicamente proprio sulla base della contrapposizione tra diritto positivo (stabilito dagli uomini) e fondamento/ideale del diritto; vale a dire, sulla base della tensione e del dualismo tra il diritto positivo e l’ideale. Solamente quando sorge l’idea di un fondamento immanente del diritto (Ernst Cassirer), ossia quando si rinuncia a un fondamento del diritto divino e irraggiungibile agli umani, viene messo a nudo il conflitto tra la norma razionale e quella positiva. Tale ‘dualismo’ della norma, tuttavia, non è un’indicazione verso ‘l’al di là’, verso una sfera del divino o dell’ideale, e dunque si autoelimina facendo cenno all’immanenza della norma. In questo modo, la sfera del diritto positivo non solo perde un criterio ideale e normativo, ma – e questo è particolarmente importante – inizia a perdere rapporto con il con-



tenutismo<sup>18</sup>. Le norme che trovano il fondamento nella mente razionale come in una cosa naturale possono sì presentare una validità universale, ma precisamente solo svuotandosi, spogliandosi di qualsiasi singolarità di un contenuto definito o concreto. Le norme della legge diventano norme pure. Non possono 'abbracciare' casi singoli, separati, e non possono fornire risposte a qualsivoglia questione attinente a una situazione più specifica. Tale culto della forma nel diritto viene rappresentato in maniera radicale dalla posizione di Hans Kelsen, il quale proclama una "dottrina pura del diritto" con la quale pretende di trasformare qualsivoglia contenuto in forma.

In linea di principio, possiamo descrivere la situazione panformalista in termini nietzscheani: perdita del centro, sfondamento del fondamento, e cioè nichilismo. Quindi, se pur molto generalizzando, possiamo dire che la formalità giuridica in quanto tale è la caratteristica che storicamente l'ha condotta al formalismo, allo svuotamento dei contenuti per via della perdita del 'centro', dell' 'ideale', ossia alla sua trasformazione nichilista.

Tale condizione può certo essere considerata anche dal punto di vista estetico, dal momento che le norme di legge, una volta svuotate e depurate da ogni contenuto, creano una sorta di rete fatta di continui rimandi reciproci dell'una verso l'altra; viene così a prodursi un intero universo delle norme, una specie di *ornamento*, la cui presenza formale, disarticolata dal contenuto, ne indica la destinazione d'uso vuota, decorativa, ma tuttavia 'potente': le norme infatti non richiedono di essere applicate, bensì si applicano. Questo aspetto decorativo e ornamentale del *nomos* ha un carattere spettrale, ir-reale, che ne amplifica ulteriormente la caratura nichilista.

Quanto più si delinea la formalità della norma, così come della legge che conduce al formalismo, tanto più insistente diventa la domanda sul perché la norma viga in quanto norma, poggiando sul 'fondamento' formale e immanente, senza nessun presupposto esterno, fuori dal controllo dell' 'ideale'. Perché e come l'indifferenza nei confronti del contenuto diventa 'ideale' 'interno' della norma?

Il diritto contenutistico veniva condizionato dall'autosufficienza della volontà normativa. Pertanto, come osserva il teorico del diritto Natalino Irti,

[...] la validità del diritto, cioè il *valere* della norma come norma, dipende soltanto dal *volere*, che abbia percorso le procedure e assunto le forme stabilite [...] Nel formalismo è la salvazione del diritto: abbandonati i contenuti alla loro insensatezza, [...], il diritto si rifugia nell'artificialità di machine produttrici. I *valori formali*, del tutto indipendenti dai contenuti, cioè dalle materie immesse e trattate nelle procedure, garantiscono di per sé la validità del diritto. E se ancora si parli di ragione, essa non è altro dalla *razionalità tecnica*, dal regolare funzionamento delle procedure.<sup>19</sup>

Tuttavia, rileva qui che proprio per via di ciò che "salva" il diritto stesso – per via, cioè, del suo formalismo –, Heidegger opponeva la giustizia (del diritto) come

18 Si veda N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 21.

19 Ivi, p. 27.

*techne* alla *dike*, laddove Derrida, considerando la giustizia del diritto come “calcolabile” e prevedendo la direzione della sua decostruzione, l’aveva contrapposta alla giustizia *di là* del diritto. Quindi, nella teoria del diritto e della sua storia diventa a un certo punto manifesto che al diritto in quanto tale, come pure alle leggi (positive) e alla Legge in quanto tale, risulta innanzitutto connaturata la loro proprietà formale che le conduce, infine, al formalismo totale.

## 5. Applicazione e applicabilità

Nell’ambito della teoria del diritto, così come nella sua filosofia, la figura dirimente per quanto concerne l’affermazione della formalità della legge è senza dubbio Kant. Nonostante ciò, l’interpretazione kantiana della formalità del diritto è sotto molti aspetti un esempio lampante di radicale confusione. Per quanto riguarda la prospettiva di Agamben, il suo interesse per la teoria kantiana si appunta soprattutto sull’interpretazione dell’*applicazione* della legge, ossia su quel concetto di applicazione che deriva dal riconoscimento del suo carattere formale. Così Agamben in *Stato di eccezione*: “[i]l concetto ‘forza-di-legge’, come termine tecnico del diritto, definisce, cioè, una separazione della *vis obligandi* o dell’applicabilità della norma dalla sua essenza formale, per cui decreti, provvedimenti e misure che non sono formalmente leggi ne acquistano tuttavia la ‘forza’”<sup>20</sup>. Proprio per questo, prosegue Agamben,

[n]ella nostra trattazione dello stato di eccezione, abbiamo incontrato numerosi esempi di questa confusione fra atti del potere esecutivo e atti del potere legislativo; una tale confusione definisce anzi, come abbiamo visto, uno dei caratteri essenziali dello stato di eccezione. (Il caso limite è il regime nazista, in cui, come Eichmann non si stancava ripetere, ‘le parole del Führer hanno forza-di-legge [*Gesetzeskraft*]’). Ma, da un punto di vista tecnico, la prestazione specifica dello stato di eccezione non è tanto la confusione dei poteri, su cui si è fin troppo insistito, quanto l’isolamento della ‘forza-di-legge’ dalla legge.<sup>21</sup>

Ma è proprio per questo che Agamben può equiparare lo stato di eccezione e lo spazio anomico, ossia quando la *forza-di-legge* ‘agisce’, entrando in gioco senza la legge stessa. La “forza-di-legge”, termine agambeniano che ricorda non solo il ‘vocabolario’ di Heidegger, sì anche la sua strategia di scrittura, marca quella separazione della legge in potenza dalla legge in atto. È proprio in questo elemento ‘mistico’, come lo chiama Agamben, della legalità incentrata sulla propria formalità, che bisogna cercare la chiave in grado di serrare la porta aperta della legge.

Il ruolo di Kant nella riflessione agambeniana è ambiguo. Da un lato, non è certo un caso che Agamben abbia come riferimento Kant quando rileva che il concetto di applicazione della legge è uno dei più problematici nella teoria giuridica.

20 G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 51.

21 Ivi, pp. 51-52.

Difatti, è proprio attraverso la trattazione kantiana del giudizio in quanto capacità del pensiero di pensare la particolarità come contenuto in generale che il concetto dell'applicazione "è stato messo in una falsa strada"<sup>22</sup>. In tal modo, l'applicazione della norma viene trasformata in un caso particolare del giudizio, dove il generale, ossia la regola, non significa altro che l'aggregazione di casi individuali e particolari. Nel giudizio della riflessione accade il contrario: ciò che è dato è il particolare, e ciò che va trovato è la regola (norma) generale. Comunque avesse considerato Kant tale situazione, se cioè avesse o meno notato il suo carattere aporetico, l'ambiguità tra i giudizi sopraddetti permane. Agamben la rileva nel fatto che il rapporto tra la norma e il caso (separato) con ciò che è particolare viene trattato come una relazione esclusivamente logica e che richiede un'operazione logica.

Pertanto, Agamben, appellandosi una volta di più all'analogia tra diritto e linguaggio, afferma che

nella relazione fra il generale e il particolare (tanto più nel caso dell'applicazione di una norma giuridica) non è in questione soltanto una sussunzione logica, ma innanzi tutto il passaggio da una proposizione generica dotata di una referenza meramente virtuale al riferimento concreto a un segmento di realtà (cioè nulla di meno che il problema della relazione attuale fra linguaggio e mondo).<sup>23</sup>

A questo passaggio di tipo pratico e non logico, dalla *langue* alla *parole*, corrisponde nella sfera del diritto un'interpretazione non di tipo logico, ma pratico e "processuale", del rapporto tra norma e caso particolare:

[n]el caso della norma giuridica, il riferimento al caso concreto suppone un 'processo', che coinvolge sempre una pluralità di soggetti e culmina, in ultima istanza, nella pronuncia di una sentenza, cioè di un enunciato il cui riferimento operativo alla realtà è garantito dai poteri istituzionali.<sup>24</sup>

Quindi, la corretta formulazione del problema dell'applicazione della legge per Agamben riguarda il suo trasferimento dalla sfera puramente logica a quella pratica, vale a dire nel recupero della sua relazione con la realtà / effettualità. Ed è proprio a quest'altezza del ragionamento che può venire in aiuto lo stesso Kant: la pura forma del diritto come "vigenza senza significato" compare infatti per la prima volta nel pensiero moderno proprio con Kant; non dovrà dunque stupire che, nel suo riferirsi alla kantiana *bloße Form des Gesetzes*, Agamben stia in realtà sottolineando che già nel pensiero di Kant ciò significa e implica che la legge è stata ridotta al punto zero del suo significato, ma che, nonostante ciò, essa continua a vigere come tale<sup>25</sup>.

Ciò che stupisce e inquieta del pensiero di Kant è come egli

22 Ivi, p. 52.

23 Ivi, p. 53.

24 *Ibidem*.

25 Idem, *Homo Sacer*, cit, pp. 60-61.

abbia descritto in questo modo, con quasi due secoli di anticipo e nei termini di un sublime ‘sentimento morale’, una condizione che, a partire dalla Prima guerra mondiale, sarebbe divenuta familiare nelle società di massa e nei grandi stati totalitari del nostro tempo. Poiché la vita sotto una legge che vige senza significare assomiglia alla vita nello stato di eccezione, in cui il gesto più innocente o la più piccola dimenticanza possono avere le conseguenze più estreme. Ed è esattamente una vita di questo genere, in cui la legge è tanto più pervasiva in quanto manca di qualsiasi contenuto e un colpo battuto distrattamente su un portone scatena processi incontrollabili, quella che Kafka descrive. Come il carattere puramente formale della legge morale fonda per Kant la sua pretesa universale di applicazione pratica in ogni circostanza, così, nel villaggio kafkiano, la potenza vuota della legge vige a tal punto da diventare indiscernibile dalla vita.<sup>26</sup>

## 6. Conclusioni

All'interno della riflessione agambeniana si scontrano due interpretazioni differenti della legge, della vita e dello stato di eccezione.

La prima è quella che scorge nello stato di eccezione la “vigenza senza significato”: di matrice schollemiana, questa interpretazione implica la conservazione della pura forma al di là di qualsiasi contenuto. La sua origine, come ha dimostrato Agamben, è kantiana, ma confidando in essa è facile ‘rimanere bloccati’ nella situazione della porta aperta. In questo stallo incorrono le interpretazioni di Derrida e di Cacciari. Tuttavia, per quanto possa risultare insufficiente tale interpretazione, è proprio su di essa che Agamben fonda la propria riflessione.

La seconda interpretazione deriva da Benjamin. Un gesto teoreticamente rilevante di Benjamin è scorto da Agamben nel fatto che lo stato di eccezione, che assurge a regola nelle *Tesi sul concetto di storia*, denota la completezza della legge e il suo diventare la vita stessa<sup>27</sup>. Il concetto agambeniano di stato di eccezione, letto come una particolare interpretazione delle parabole kafkiane, dal punto di vista dell'interpretazione della formalità della legge, della relazione tra legge e vita, è allo stesso tempo la replica, la ripetizione e la ricapitolazione del gesto di Benjamin.

È da questa prospettiva che la decostruzione di Derrida viene definita da Agamben come un “messianismo bloccato, una sospensione del tema messianico”<sup>28</sup>. Per Agamben ciò implica l'incapacità da parte del decostruzionismo di scorgere nella stessa formalità estrema della legge la possibilità di superamento del suo carattere spettrale.

Si comprende ora meglio perché risulti cruciale per Agamben che

<sup>26</sup> Ivi, p. 61.

<sup>27</sup> Cfr. ivi, p. 62.

<sup>28</sup> G. Agamben, *Introduzione* a C. Schmitt, *Un giurista davanti a se stesso. Saggi e interviste*, a cura di G. Agamben, Vicenza, Neri Pozza, 2005, pp. 7-28. Si veda anche Idem, *Il tempo che resta. Un commento alla Lettera ai Romani*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000, p. 98.

la saldatura impossibile fra norma e realtà, e la conseguente costituzione dell'ambito normale, sia operata nella forma dell'eccezione, cioè attraverso la presupposizione del loro nesso. Ciò significa che, per applicare una norma, occorre, in ultima analisi, sospendere la sua applicazione, produrre un'eccezione. In ogni caso, lo stato di eccezione segna una soglia in cui logica e prassi s'indeterminano e una pura violenza senza *logos* pretende di attuare un enunciato senz'alcun riferimento reale.<sup>29</sup>

La replica e la ripetizione del gesto di Benjamin sono confermate dalle parole di Agamben: "il gesto più proprio di Kafka non consiste nell'aver mantenuto, come ritiene Scholem, una legge senza più significato, ma nell'aver mostrato che essa cessa di essere legge per indeterminarsi in ogni punto con la vita"<sup>30</sup>.

In questa asserzione di Agamben – non meno mistica e non certo inequivocabile – suggerirei di notare gli esiti specifici, ribaditi da Agamben, della trattazione kantiana della formalità della legge: non opposizione tra norma e caso in quanto forma e contenuto – che discende dalla posizione kantiana –, ma viceversa la sublimazione della forma, vale a dire una specifica panformalità che non produce un allontanamento dalla vita, ma permette invece di coincidere con essa.

In conclusione, c'è da domandarsi se questa interpretazione della riflessione di Agamben su Kant non ci conduca su un terreno hegeliano, laddove cioè l'opposizione di forma e contenuto è in linea generale non pensabile, mentre la forma del concetto costituisce la realtà più alta in assoluto. In ultima istanza, è da sottolineare che la sublimazione della forma della legge si pone come un'alternativa alla forma spettrale, falsa, ornamentale della legge, arrivando a costituire un riferimento alla sua natura, allo stesso tempo formale e vera.

29 G. Agamben, *Stato di eccezione*, cit., p. 54 (legg. mod.).

30 Ivi, p. 82.