

Ernesto C. Sferrazza Papa

Il dispotismo della libertà

Schmitt e Kelsen

interpreti di Rousseau

ethos/nomos



G. Giappichelli Editore

Introduzione

Vere democrazie non esistono affatto.
J.-J. ROUSSEAU, *Contrat social*, IV, 3.

Ogni vera democrazia si fonda sul fatto che non solo l'uguale viene trattato in modo uguale, ma – conseguenza inevitabile – il disuguale in modo disuguale.

C. SCHMITT, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*

La storia insegna che la vittoria del potere contro lo spirito non è mai definitiva. Lo spirito oppone una resistenza che è tanto più forte quanto più spesso gli si fa violenza, fino a raggiungere nuovamente quella condizione che sola corrisponde alla propria natura: la libertà.

H. KELSEN, *Was ist die Reine Rechtslehre?*

Questo saggio scommette su un'opzione interpretativa, la porta alle estreme conseguenze e ne misura gli effetti sia teorici sia empirici. Dichiaro immediatamente l'ipotesi proposta, e che fa da colonna vertebrale dell'intera ricerca: alcune delle tesi avanzate e discusse da quelli che possiamo considerare i massimi giuristi del ventesimo secolo, Hans Kelsen e Carl Schmitt, procedono misurandosi con una rilettura critica del pensiero di Jean-Jacques Rousseau e delle sue categorie concettuali. Il che non è affatto pacifico, perché la presenza del Ginevrino nelle rispettive proposte e il suo effettivo apporto teorico non sono facilmente individuabili. Si tratta di ricostruire questa filiazione teorica fin nei dettagli, sforzandosi di tenere insieme una prospettiva storiografica che dia conto delle condizioni materiali e dottrinali nelle quali emergono le teorie analizzate, e una fortemente speculativa, focalizzata sulla giustificabilità degli argomenti addotti.

Un'opposizione cruciale quella tra Kelsen e Schmitt, una *querelle des livres et des idées* che ha attraversato e segnato tutto il Novecento politico e giuridico. Notoriamente, lo scontro tra i due si irrigidisce in maniera irrisolvibile in riferimento al problema della difesa e tutela della Costituzione. Le soluzioni proposte segnano un discrimine che non può essere ulteriormente trasceso: per Schmitt, a essere *Hüter* è il Presidente; per Kelsen, è la Corte costituzionale a garantire sia lo svolgimento di procedure di revisione costituzionale (principio di stabilità) sia di annullamento di atti in-costituzionali (principio di regolarità). Su questo, le rispettive posizioni si ripugnano. Ma se questo è il punto in cui la *querelle* precipita e si fa scontro inconciliabile, essa attraversa per intero tutta la produzione teorica dei due, che non può dunque appiattirsi sul problema delle garanzie costituzionali. Come muoversi, allora, nella pressoché intrattenibile bibliografia che vede i due fronteggiarsi, evitando di ripetere per l'ennesima volta il confronto di tesi opposte?

La scelta di attraversare questo mare tempestoso utilizzando Rousseau come zattera non è casuale. Rousseau è sì stato considerato un autore di un certo rilievo per entrambi, ma il suo ruolo, come spero di mostrare, va ben al di là della lettura di maniera che gli viene solitamente riservata come mero ispiratore della democrazia diretta. Questa *lectio faciliior* è difatti fuorviante fin nelle sue sillabe. La presenza del Ginevrino è in realtà ben più sottile, profonda, significativa, e per quanto non esaurisca in alcun modo la proposta filosofica dell'uno e dell'altro, ha un ruolo rilevante nel circoscriverne e indirizzarne le opzioni teoriche.

Non pretendo di essere il primo a insistere sul ruolo di Rousseau per la filosofia politica contemporanea, soprattutto di lingua tedesca. La letteratura specialistica più sorvegliata ha da tempo sottolineato la presenza rousseauiana in entrambi gli autori al centro della mia indagine. Se non rendo conto in sede d'introduzione di questa ricca e preziosa bibliografia, è perché cercherò di restituire nel corso del lavoro il debito profondo che ho nei confronti di questa letteratura scientifica. Tuttavia, è necessario sottolineare sin da subito che è scorretto affermare, come è stato fatto di recente in maniera davvero affrettata, che la presenza (e la fortuna) di Rousseau in Germania nel Ventesimo secolo sia un territorio "che può essere

considerato ancora quasi del tutto inesplorato”¹. Soprattutto per quanto concerne la parabola filosofica schmittiana, la presenza di Rousseau è stata viceversa ampiamente recepita, e una ricognizione della letteratura più aggiornata sul tema lo può agevolmente dimostrare.

Nondimeno, alcuni limiti di questa letteratura vanno registrati, anche per giustificare il possibile interesse di questa ricerca. Innanzitutto, non si è ancora tentato di inquadrare Rousseau nell’ottica dell’unitarietà del pensiero di Schmitt, ossia di vederne la presenza al di là dei testi classici di questa specifica ricezione, vale a dire *Die Diktatur* e *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, significativi soprattutto per la riflessione schmittiana dei primi anni Venti. Leggermente differente la questione per quanto riguarda Kelsen, il quale soffre non solo di un mancato riconoscimento del suo debito con il Ginevrino ma, più in generale, di uno strapotere della sua teoria del diritto rispetto alle concezioni più strettamente filosofico-politiche della sua opera. Nondimeno, in anni recenti la filosofia politica Kelsen è stata rivalutata nella sua autonomia, per cui questo testo coltiva la pretesa di iscriversi in questa *Renaissance* interna agli studi kelseniani. Con il *caveat*, tuttavia, che proprio il recupero delle categorie rousseauiane da parte di Kelsen permette di mostrare i punti di contatto tra la sua riflessione dedicata alla democrazia parlamentare e il sogno di una *Reine Rechtslehre*, revocando così l’immagine di una distinzione netta tra i due ambiti della filosofia kelseniana.

Recuperare Rousseau è un gesto rischioso. Non v’è dubbio che, come sottolinea Alessio Lo Giudice, la riflessione rousseauiana rappresenta “lo scheletro concettuale imprescindibile per qualsiasi pensiero sulla democrazia moderna”². D’altronde, come ha segnalato Luciano Canfora, su Rousseau, e in particolare proprio sul Rousseau

¹ G.M. TESSAROLO, “Politica ed esistenza. Rousseau in Germania tra Thomas Mann e Carl Schmitt”, in *Rivista di storia della filosofia*, 2, 2021, p. 281. Il contributo, pur avendo pagine suggestive su Mann, è poco avvertito per quanto concerne la ricezione schmittiana, sorvolando sia sulla letteratura più recente, sia sulla complessità e frammentarietà dell’interpretazione di Schmitt.

² A. LO GIUDICE, *La democrazia infondata. Dal contratto sociale alla negoziazione degli interessi*, Carocci, Roma, 2012, p. 102.

teorico della democrazia, “pesano tacce di ogni genere”³. Soprattutto nel corso del Novecento si assiste a una feroce critica, il cui massimo esito sarà l’opera di Talmon, volta a puntare il dito contro l’implicito totalitarismo della dottrina rousseauiana della *volonté générale*. Diversamente da questa impostazione, in Schmitt e in Kelsen è possibile apprezzare, da versanti differenti ma talvolta “in divergente accordo”, un recupero, senz’altro critico ma non segnato da puntuta polemica, dell’impostazione teorica data dal Ginevrino al tema della democrazia e a tutto il nugolo di problemi che gli ronza intorno. Per entrambi Rousseau rappresenta il punto critico della modernità, l’autore nel quale le contraddizioni della ragione politica moderna si contraggono sino a implodere. Evidentemente, la ripresa rousseauiana non è immune dalle divergenze teoriche e anzitutto metodologiche che separano il tedesco e l’austriaco. Per Schmitt si tratta non di isolare il diritto ma di pensare quei punti d’incrocio in cui discipline differenti si ibridano, si accavallano, si mescolano. Impossibile leggere diversamente Schmitt poiché tutta la sua opera si basa su questo assunto: che il diritto è aperto al e attraversato dal non-diritto. E Rousseau è una pedina fondamentale di questo gioco tra il diritto e la sua alterità. Di contro, in Kelsen si assiste a un prosciugamento progressivo, una *Reinigung* della disciplina giuridica che mira a isolare una *Reine Rechtslehre*, una dottrina pura del diritto tutta fondata sulla capitale distinzione tra il mondo della natura e quello del diritto, tra il *Sein* e lo *Sollen*, tra l’essere e il dover-essere. Una distinzione, “una necessità del sistema”⁴, ripresa e rielaborata soprattutto dal neokantismo di Windelband e Simmel⁵. Le posture metodologiche dei due, prima ancora delle conseguenze teoriche che da esse promanano, non potrebbero davvero essere più differenti.

Questo per sintetizzare. Ma come spesso accade, ciò che si mostra come sintesi è in realtà un’indebita semplificazione. Bisogna complicare questo quadro che vede i due come araldi di storie

³ L. CANFORA, *Democrazia. Storia di un’ideologia*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 96.

⁴ M.G. LOSANO, *Forma e realtà in Kelsen*, Edizioni di Comunità, Milano, 1981, p. 17.

⁵ Da Hermann Cohen, forse l’autore che ha maggiormente influenzato l’opera di Kelsen, questi riprende soprattutto la teoria della conoscenza.

parallele. E allora si tratta di utilizzare Rousseau come chiave di volta, un *détour* rispetto a consolidate vie maestre, per mostrare i fallimenti delle rispettive pretese, e vedere proprio in questi fallimenti i frutti teorici più succosi, quelli che ancora attendono di essere colti. I sistemi di Kelsen e Schmitt sono sì alternativi, ma rimangono, e questo è un insegnamento helleriano che ancora attende di essere recuperato e portato alle estreme conseguenze, sistemi che perlomeno in alcune parti possono essere mediati e vicendevolmente integrati.

Uno dei sentori che ha animato questa ricerca è che una via di fuga per uscire dallo stallo e dalla crisi in cui versano gli attuali sistemi democratici, tirati da una parte da rivendicazioni parrocchiali identitarie e dall'altra da iperburocratismi formalistici svilenti, consista proprio nel tentativo di comporre, laddove componibili, i sistemi di Kelsen e Schmitt e provare a pensarli insieme, nelle loro a volte clamorose convergenze (tenendo pur sempre bene in mente le significative divergenze). In questo quadro interpretativo, la stessa abissale distinzione "metodologica" va non ricusata, ma problematizzata. Quella di Schmitt contro Kelsen, ha scritto Vincenzo Vitiello, "rappresenta la reazione politica al nichilismo giuridico"⁶; questo, però, non deve in alcun modo occludere il panorama sulla dimensione politica della pretesa impoliticità del sistema kelseniano. Pena privarsi di comprendere che i due sistemi giusfilosofici, ed è la tesi a cui approderò alla fine dell'indagine, sono ambedue politici in un senso al tempo astratto e concreto: astratto, poiché entrambi sono latori di una filosofia politica che passa da una riflessione intorno al diritto; concreti, perché in entrambi a misura della teoria procede la predilezione per opzioni politiche che meglio restituiscono la realizzabilità empirica del sistema teorico. Insomma, Idea e realtà sono sia per Schmitt sia per Kelsen, in maniera implicita o esplicita, profondamente interconnesse. Si tratta, ed è qui che passa la posta in gioco della polemica mediata dalle categorie rousseauiane, di riflettere intorno ai modi con cui si rapportano Idea e realtà. Spero di mostrare come, lungi dall'essere una disputa meramente accademica, il loro contrasto è profondo e lacerante proprio perché "è *contrasto sul*

⁶ V. VITIELLO, "Grundnorm. Kelsen e l'infondata fondazione del diritto", in ID., *Ripensare il Cristianesimo*. De Europa, Ananke, Torino, 2008, p. 210.

senso di una civiltà”⁷, su quali sono le opzioni preferibili per pensare e praticare la realtà di un’Idea.

Per quanto concerne la lettura che essi offrono del Ginevrino, differenti sono gli accenti perché differenti sono gli esiti cercati e sperati. Questa diversità ermeneutica è ricchissima, perché Schmitt e Kelsen, nella loro divergenza, realizzano due aspirazioni comprensibili, eppure a tratti incompatibili, della teoria rousseauiana. Gli angoli prospettici sono due, ma sulla stessa realtà: se in Kelsen troviamo lo sforzo di pensare una democrazia reale fondata sul principio rousseauiano dell’auto-obbligazione, in Schmitt lo sguardo si posa sulla questione relativa ai processi di costituzione del popolo. Per entrambi si tratta di fare i conti con una molteplicità da governare: nel caso di Kelsen, di verificare in che modo sia possibile all’interno di un’associazione a base non volontaristica accettare la costrizione necessaria del dominio verticale; nel caso di Schmitt, di verificare in che modo questo dominio possa esercitarsi su un corpo politico omogeneo e non frammentato, che insomma accetti *tutto insieme* la coazione. In questo contesto, mostrerò in che modo il corpo a corpo con il testo di Rousseau, la cui presenza in Schmitt e Kelsen è qui utilizzata come una specie di bastone da raddomante, vibri in presenza delle questioni che attanagliano le riflessioni politiche e giusfilosofiche di entrambi. Ma queste sono anche le questioni del nostro tempo. Riandare allora ai grandi autori classici, a queste voci che ci parlano da lontano un secolo, è anche un modo per accedere al buio del nostro tempo per poterlo attraversare meglio, fosse anche guidati dalla fioca luce di una candela.

Maurizio Fioravanti ha notato il curioso paradosso per cui “tanto più i fatti danno ragione a Kelsen, tanto più si torna a riproporre Schmitt”⁸. La de-sostanzializzazione operata nella teoria kelseniana dello Stato e del popolo corrisponde a uno sfarinamento ontologico di entrambi:

se non c’è più una persona reale dello Stato fondata sul popolo, la decisione politica contenuta nella legge è per sua natura provvisoria e di

⁷ B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt oltre il Novecento*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, p. 84.

⁸ M. FIORAVANTI, “Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell’Ottocento”, in G. GOZZI E P. SCHIERA (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, il Mulino, Bologna, 1987 p. 103.

tipo puntuale, non può più rivendicare a sé alcuna sacralità politico-istituzionale-statale, non rivela più la nascosta ragione di tutti, ma è palesemente il risultato di una mediazione politico-sociale, che include alcuni interessi e ne esclude altri.⁹

Grazie a questa de-ipostatizzazione delle categorie politiche, sorretta da una robusta critica antimetafisica delle stesse, Kelsen ha aperto la strada ai processi odierni di costituzionalizzazione delle democrazie, ossia forme giuridico-politiche che riconoscono sì il potere politico del popolo, ma lo limitano attraverso il ricorso a organi di garanzia delle norme costituzionali¹⁰. In questo senso, Kelsen appartiene senza dubbio alle origini del costituzionalismo, che la sua teoria della costituzione come compromesso anticipa. Allo stesso tempo, appare più complesso inscrivere nell'attuale teoria e pratica democratico-costituzionale, nella quale è preponderante una positivizzazione del *Sollen* di cui Kelsen avrebbe sospettato per due ragioni. In primo luogo, perché ciò comporta un defluire del *Sollen* nel *Sein*, per cui l'essere diventa ciò che deve essere, e una prospettiva simile risulta antitetica rispetto alla purezza metodologica inseguita costantemente da Kelsen. In secondo luogo, perché il costituzionalismo odierno non affida al compromesso dialettico l'intero ordinamento costituzionale, assai più rigido nelle sue linee generali rispetto al costituzionalismo di matrice ottocentesca che, affidando un ruolo preponderante alla mutevolezza legislativa, dava vita a costituzioni flessibili.

Tuttavia, di fronte alle difficoltà delle odierne democrazie di aggredire i problemi che l'attuale fase della globalizzazione consegna, si è tentati di recuperare le istanze maggiormente identitarie che il mercato della filosofia schmittiana offre. L'iperpluralismo delle moderne società ha come contraltare polemico il monismo della teoria politica schmittiana, la tentazione di ricorrere a quell'eccedenza energetica del potere costituente che trascende una forma reputata ormai sterile, riconsegnando nelle mani del popolo sovrano il potere che si ritiene essergli stato estorto.

⁹ Ivi, p. 62.

¹⁰ Cfr. G. BONGIOVANNI, "Democrazia", in C. CARUSO e C. VALENTINI (a cura di), *Grammatica del costituzionalismo*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 63-79.

Se dovessimo assegnare le parti, diremmo che Schmitt e Kelsen vestono rispettivamente i panni del riccio e della volpe del noto aforisma archilocheo. Kelsen sa molte cose, ma Schmitt ne sa una grande. Nella disputa giusfilosofica che ha segnato il Novecento, e che continua ancora oggi a interrogarci, a confrontarsi sono innanzitutto le ragioni dell'Uno contro quelle dei Molti. Quell'unica cosa, ma grande, saputa da Schmitt, contro le molte conoscenze di cui dispone Kelsen. Monismo contro pluralismo. A fare da sfondo alle rispettive prestazioni, una scelta di campo nella quale metafisica, giusfilosofia e filosofia politica si mescolano. Schmitt sa che tutto il reale va ricondotto a un'unica unità di senso che ne rappresenti la giusta misura. La sua filosofia, da qualunque specola la si osservi, è una coazione all'unità. Kelsen sa che la riconduzione all'Uno è necessariamente violenta, e il segreto sono in realtà le modalità attraverso le quali si articola la coesistenza dei Molti. È dunque un problema politico e metafisico allo stesso tempo, quello che separava i due massimi giuristi mentre si preparavano gli anni più bui del secolo passato:

un immenso percorso storico fu ricondotto a un suo nucleo essenziale, ingoiato dall'aguzzo e solitario bastione che emergeva. [...] Tutto il mondo sembrò risucchiato in quel punto che non è certo semplice irrazionalità, ma certo sfondamento dei confini della ragione ordinata, discorsiva, dello sforzo di tenere insieme Uno e Molteplice.¹¹

Questo non significa che la questione metafisica di fondo, ossia l'unità dei molti, possa essere aggirata unicamente in virtù delle sue conseguenze politiche. La questione va affrontata anzitutto in sede teorica, per poi, in un secondo momento, misurarne gli effetti a livello politico. E si vedrà in che modo Schmitt e Kelsen reagiscono a questo problema.

La pregnanza per il nostro tempo di questa disputa teorica è ineludibile. Le democrazie moderne sono da tempo in profonda crisi. La letteratura sullo stato di salute della democrazia è stabilmente in cima al mercato delle idee, e i titoli che vengono proposti sono un buon sismografo per registrare il destino cui si ritiene vada incontro

¹¹ B. DE GIOVANNI, *Kelsen e Schmitt oltre il Novecento*, cit., pp. 127-128.

la forma di vita democratica. E tuttavia, al netto della dimensione scientifica cui questo lavoro aderisce, è mia profonda convinzione che le democrazie, e in particolare le democrazie costituzionali, rappresentino ancora l'opzione politica preferibile all'interno di un mondo che è segnato dall'essere multiverso. Il rischio concreto cui va incontro la democrazia è che la crisi dei Molti, del pluralismo democratico, possa suscitare il riemergere fantasmatico di tendenze schmittiane non dalla prospettiva di una critica delle difficoltà contingenti delle varie democrazie, ma da quella propositiva. Il problema con Schmitt è quando la diagnosi si tramuta in cura, quando la critica si fa normativa. Il fatto che le sue teorie vengano oggi giorno riabilitate normativamente è sintomo di un'atrofia filosofica del nostro tempo, incapace di pensare "all'altezza" delle sue contraddizioni, più che della loro traducibilità *sine glossa*. Evito di scivolare in una polemica inadatta a un saggio scientifico, ma non si può non rilevare come, con la scusa di recuperare lo Schmitt maggiormente critico, si sia finiti spesso con il richiamare in servizio i suoi momenti più regressivi.

Allo stesso modo, maneggiare Kelsen, nonostante la sua proposta teorico-politica sembri maggiormente in linea con lo sviluppo democratico-costituzionale della nostra epoca, lascia una patina di fuliggine sulle dita. Il quadro teorico offerto da Kelsen è funestato da problemi teorici sia interni alla sua dottrina, sia registrabili come conseguenze problematiche della stessa. Quando lo si recupera in opposizione a Schmitt, autore precipitato "nell'inferno della politica"¹², si tendono a trascurare le difficoltà materiali cui la sua teoria va incontro. Di contro, il miglior servizio che si possa fare alla sua proposta, che ben più di quella schmittiana parla al nostro tempo, è illuminarne gli anfratti più bui, farne emergere le contraddizioni, e persino integrarla con momenti ripresi da riflessioni che in apparenza tutto separa.

Il saggio è strutturato come segue. Nel primo capitolo vengono individuati gli snodi fondamentali del pensiero politico e giusfilosofico di Rousseau. Con "fondamentali" intendo gli aspetti registrati

¹² M. TRONTI, "Karl und Carl" (1998), in ID., *Il demone della politica. Antologia di scritti (1958-2015)*, a cura di M. Cavalleri, M. Filippini e J.M.H. Mascot, il Mulino, Bologna, 2017, p. 560.

come maggiormente problematici dalla critica rousseauiana nel corso del Novecento. Nel secondo capitolo analizzo, a partire da questi nuclei concettuali estrapolati dall'opera di Rousseau, il loro significato all'interno della filosofia di Schmitt. La medesima operazione la compio nel terzo capitolo esercitandomi sul *corpus* kelseniano.

Lo scopo di questa articolazione è triplice. In primo luogo, ritagliare un brano della discussione novecentesca sulla filosofia di Rousseau, rilevando come la sua posta in gioco siano le categorie fondamentali con le quali pensiamo ancora oggi, quasi tre secoli dopo la sua comparsa nella storia del pensiero, le forme di vita associata, vale a dire la politica e il diritto. In secondo luogo, utilizzare il Rousseau di Schmitt e Kelsen per ricostruire e, laddove necessario, decostruire dall'interno le rispettive proposte filosofiche. Non si tratta di raggiungere risultati radicalmente differenti da quelli della critica filosofica più avvertita. La mia scommessa è di raggiungere quella stessa meta, magari qualche metro più in là, attraverso altri sentieri interpretativi. A cambiare sarà il paesaggio che ci si parerà dinnanzi durante la salita, e non mi pare cosa da poco. In terzo luogo, una delle tesi interpretative avanzate è che la contrapposizione teorica tra i due, aspra e altissima ma in certi punti meno netta di quanto loro stessi avrebbero voluto, sia meglio squadernata dalla differente interpretazione di alcuni passaggi cruciali del *Contrat social*. Si tratta, nel corso del lavoro, di verificare volta per volta questa ipotesi.

Infine, un *caveat*. Questa non è una ricerca su Rousseau, di cui Kelsen e Schmitt sono stati interpreti brillanti ma infedeli, geniali ma talvolta approssimativi. Chi cercasse il "vero" Rousseau non lo troverebbe in questi grandi giuristi e nelle loro interpretazioni, colme di difficoltà, tensioni interne, aporie, contraddizioni. Questa ricerca si occupa dell'uso che è stato fatto delle linee fondamentali della sua teoria politica da due dei massimi interpreti novecenteschi del diritto e della politica.

Da questa scelta dipende anche la concentrazione quasi ossessiva sul *Contrat social*, a discapito della ricchissima produzione del Ginevrino. Questo taglio specifico delle letture di Kelsen e Schmitt si riverbera necessariamente anche sulla bibliografia utilizzata nella presente ricerca, che consapevolmente si limita al *Contrat social* e

tralascia opere altrimenti significative di Rousseau anche per i temi qui affrontati. Sono consapevole di questo limite della mia indagine, ma esso deriva giocoforza dal lavoro ermeneutico di coloro a cui è dedicata. Ciò che mi preme sottolineare infatti non è l'eshaustività, il rigore ermeneutico o l'acribia filologica di cui è stata fatta oggetto l'opera di Rousseau. Un'operazione simile, lo ripeto, sarebbe votata al fallimento, o quantomeno alla delusione dell'interprete. La mia convinzione è che, al netto dell'indisciplinatezza delle interpretazioni di cui mi appresto a rendere conto, esse riescano a squadernarci dinnanzi tutte le aporie e le difficoltà del *nostro* tempo.

In questo quadro, è come se Rousseau, un *certo* Rousseau, diventasse una specie di chiave per accedere a ciò che di più urgente Kelsen e Schmitt possono ancora dirci. Il loro essere autori classici deriva, dopotutto, dalla capacità dei loro testi di poter essere letti non come materiale da antiquariato della storia delle idee, ma come testi ancora oggi vivi. Nonostante le accelerazioni e gli smottamenti cui va incontro l'attuale fase della globalizzazione, non smettiamo di essere figli del Novecento. Mentre scrivo queste righe, lo spazio europeo è sconvolto da una guerra intestina che ha tutti i tratti delle guerre novecentesche. Se è vero che il tramonto del Novecento è un tramonto che non passa, allora per provare a comprendere meglio il nostro tempo dobbiamo, una volta di più, guardare ai suoi protagonisti, che questo tempo complesso e a tratti buio lo hanno preparato.

Laddove non venga indicato il traduttore, le traduzioni vanno sempre considerate mie. Dove non indicato diversamente, i corsivi vanno sempre considerati dell'autore. Per la traduzione del *Contrat social* faccio riferimento all'edizione curata da Roberto Gatti: J.-J. Rousseau, *Il contratto sociale* (1762), Rizzoli, Milano, 2005. I rimandi bibliografici relativi al *Contrat* vengono resi infratesto con la sigla CS., a cui seguono libro in numero romano e capitolo in numero arabo.

È stato giustamente scritto che un libro è sempre una compagnia, e non si è mai davvero soli quando lo si scrive. Desidero ringraziare Gianluca Cuozzo per il supporto intellettuale che in tanti anni non ha mai fatto venire meno. Senza di lui il demone della filosofia sarebbe passato oltre. Francesco Mancuso, della cui generosa amicizia mi onoro, mi ha per primo spronato a riflettere sui temi contenuti in questo volume. Non esagero dicendo che solo grazie ai suoi quotidiani consigli il saggio è stato portato a termine. Se sono riuscito a slacciare alcuni nodi del pensiero di Kelsen lo devo all'eleganza filosofica e alla disponibilità di Tommaso Gazzolo. Ringrazio Lucio San Marco per avermi calorosamente accolto in casa editrice. Gli amici di una vita, il cui affetto è testardamente immune allo scorrere del tempo, aiutano senza rendersene conto, e quindi debbo un profondo grazie a Ludovica Cioria e Davide Barberis. Ringrazio mia madre, mio padre e mia sorella, da sempre rifugi sicuri mentre fuori infuria la burrasca. Infine, ringrazio Maria Boscaino, che in mezzo all'inferno, non è inferno.

Agosto è un mese infausto perché troppo in esso termina. Dedico questo libro alla memoria di Maria Romito, amata zia.

Capitolo 1

I conti con Rousseau

SOMMARIO: 1. Il convento e la Rivoluzione. – 2. Il contratto totalitario. – 3. Il contratto liberale. – 4. Schmitt e Kelsen.

1. Il convento e la Rivoluzione

Nel suo capolavoro *Origines de la France contemporaine* (1876), lo storico francese Hyppolite Taine ha formulato una delle critiche più feroci che la filosofia di Jean-Jacques Rousseau abbia mai ricevuto. Gli argomenti della requisitoria di Taine sono classicamente ottocenteschi, vale a dire interni a una critica tipicamente romantica della sussunzione del singolare nell'universale prodotta necessariamente da quell'alienazione assoluta promossa in sede filosofica dal *Contrat social*. La tesi radicale di Taine è che in questa specie di “convento democratico che Rousseau costruisce [...] l'individuo non è niente e lo Stato è tutto”¹.

Una delle tesi maggiormente significative proposte da Taine nella sua ermeneutica di Rousseau è che il dispotismo statale non costituisca un accidente, bensì l'effetto necessario e logico della costruzione rousseauiana. Esso sfocia da questa nella forma di una “dittatura il-limitata dello Stato”², nella quale l'individuo è libero solo laddove accetta il giogo, solo nella misura in cui riconosce che la massima quantità di libertà è funzione dell'adeguamento a quel costruito

¹ H. TAINE, *Le origini della Francia contemporanea. L'antico regime* (1876), a cura di P. Bertolucci, Adelphi, Milano, 1986, p. 438.

² Ivi, p. 435.

complessissimo, su cui ancora oggi si accaniscono gli interpreti, che è la volontà generale³. Ciò che Taine imputa al macchinario teorico della volontà generale, la quale nella sua lettura assorbe tutte le singolarità, e così le degrada, è in ultima analisi una contraddizione insanabile tra la libertà e la sua alienazione.

Ma la contraddizione teorica riflette quella psicologica di chi per primo l'ha promossa. Quello di Rousseau è uno spirito straordinario e malato, dice Taine. Spirito tanto sensibile quanto violento, tanto lucido quanto visionario. Taine ne compila implacabilmente la cartella clinica:

uomo strano, originale e superiore, ma che portava in sé fin dall'infanzia un germe di follia e che alla fine diventò completamente pazzo; mente ammirevole e squilibrata, agitata da sensazioni, emozioni e immagini troppo forti; cieco e perspicace insieme che, invece delle cose reali, vedeva i propri sogni, viveva un romanzo e morì nell'incubo che si era inventato.⁴

Questo vale dal punto di vista, potremmo dire, "psicologico". Dalla prospettiva politica, la critica è ancor più spietata. Rousseau ha rappresentato una vera e propria iattura della storia moderna in quanto ispiratore del giacobinismo rivoluzionario, distruttore della tradizione a lui precedente e ispiratore di un regime dispotico e coercitivo. Ancor più dispotico e coercitivo di quello che la sua penna, con i suoi effetti materiali, aveva contribuito a sotterrare nelle catacombe della storia. Rousseau sostituisce la coercizione dell'*Ancien Régime* con una ben più affilata, subdola, spietata. La sua filosofia è attraversata da parte a parte dal rinnegamento dell'intera tradizione che lo precede, cosicché egli si erge a ispiratore per gli uomini di un nuovo inizio. Se non vuole ritornare a uno stato primitivo dell'umano, è solo perché pretende d'instaurarne uno nuovo. E questo è forse il peccato originale, la macchia incancellabile di ogni teoria contrattualista. Qualsiasi ipotesi contrattualista, poiché mira a dissotterrare l'origine, è condannata a ricominciare sempre daccapo, a rifiutare

³ Cfr. il saggio ancora insuperato di P. RILEY, *The General Will before Rousseau: The Transformation of the Divine into the Civic*, Princeton University Press, Princeton, 1986.

⁴ H. TAINE, *Le origini della Francia contemporanea*, cit., p. 399.

che la tradizione funga da titolo legittimo dello stato di cose⁵. Essa mette da parte, quantomeno in punto di principio, tutto ciò che la precede, considerato normativamente improprio. La pervade “una monomania fredda o furiosa, accanita nell’annientamento di un passato che maledice e nella fondazione di un millennio che insegue”⁶. Il passato non solo non interessa più, ma è anche pericoloso in quanto arbitro illegittimo, cattiva unità di misura, e perciò va abbandonato. La scena contrattualista, nei suoi fondamentali, si ripete in guise sempre simili: “si suppongono degli uomini nati a ventun anni, senza genitori, senza passato, senza tradizioni, senza obblighi, senza patria, e che, riuniti per la prima volta in assemblea, per la prima volta stiano per trattare fra loro”⁷.

Nondimeno, così costruito, il contrattualismo, in particolare nella sua versione illuminata, non mira unicamente a descrivere l’origine della società civile. Esso avoca a sé la funzione pedagogica di riconsegnare all’individuo un sapere sulle proprie istituzioni che lo possa liberare dal dominio della loro concrezione storica. Il contratto sociale, come rileva Alessio Lo Giudice “condensa il concetto di un accordo dell’opinione qualificato dal fondamento privo, intimo e intrinseco, della soggettività”⁸. In questa cornice teorica, l’unica normatività giustificata è da ricercarsi nel soggetto autolegittimantesi. La descrizione diventa immediatamente riconoscimento di valore, la critica intesa kantianamente come vaglio delle condizioni di possibilità della conoscenza è già inclinata sul versante della critica ideologica: “invece di piegare il ginocchio, si verifica: e la Religione, lo Stato, la legge, la consuetudine, in breve tutti gli organi della vita morale e della vita pratica, vengono sottoposti all’analisi per essere conservati, rettificati o sostituiti secondo quanto la nuova dottrina

⁵ È questa la critica che attraversa la requisitoria *live* contro la Rivoluzione francese di Burke: a differenza della gloriosa Rivoluzione inglese, nel caso francese il potere costituente si concentra nelle mani di un manipolo di uomini liberi da qualsivoglia limite costituzionale. Cfr. E. BURKE, *Riflessioni sulla Rivoluzione francese* (1790), a cura di V. Beonio-Brocchieri, Ciarrapico, Roma, 1984. Su Burke e la tradizione costituzionale come limite del potere dispotico cfr. M. FIORAVANTI, *Costituzione*, il Mulino, Bologna, 2021, pp. 118-120.

⁶ H. TAINE, *Le origini della Francia contemporanea*, cit., p. 446.

⁷ Ivi, p. 418.

⁸ A. LO GIUDICE, *La democrazia infondata*, cit., p. 50.

avrà prescritto”⁹. Tuttavia, agli occhi dell’iperpositivista Taine, il contrattualismo, in particolare nella sua declinazione rousseauiana, è destinato al più clamoroso dei fallimenti. Il totalitarismo della filosofia di Rousseau, nonostante la bella penna che nessun detrattore gli ha mai negato – e che anzi gli è costata, ad esempio in un’interprete come Berlin, un sovrappiù di critica –, alberga fin nei suoi più intimi nascondigli, nonostante essa contrabbandi il dispotismo con la liberazione degli uomini, promuovendo una vita finalmente autentica anche se non felice. Dal momento che tale dottrina pretende validità universale, fondata com’è sulla ragione naturale, non ammette deviazioni, e contro di essa “ogni rivolta è un crimine e una follia”¹⁰. Gli uomini rousseauiani, obbligati a sottostare al dominio di questa verità, costretti all’imperio della volontà generale, si trovano così a vivere in uno Stato che assomiglia, forse più che a un convento, a un carcere. E un famigerato passaggio del *Contrat social*, su cui bisognerà riflettere a lungo poiché ne va della comprensione dell’intera opera politica di Rousseau, sembra fare da sponda alla tesi di Taine: “chiunque rifiuterà di obbedire alla volontà generale vi sarà costretto da tutto il corpo, il che non significa altro che lo si forzerà a essere libero” (CS., I, 8). Raramente nella storia del pensiero una tale contraddizione è stata assunta come punto centrale della verità della teoria. Ben strana libertà, quella a cui si è obbligati. Può una libertà autentica essere imposta? Non è forse l’imposizione della libertà la sua più radicale negazione?

Data l’acrimonia dell’invettiva, non stupisce che Taine sia stato considerato nel corso del Novecento uno dei padri della critica della Rivoluzione, “la punta estrema dell’anatema controrivoluzionario”¹¹ per dirla con Michel Vovelle. Per Taine “la Rivoluzione si presenta non come l’instaurazione di un nuovo ordine sociale, ma come l’annientamento violento di qualsiasi ordine”¹². Tuttavia, è

⁹ H. TAINE, *Le origini della Francia contemporanea*, cit., p. 376.

¹⁰ Ivi, p. 373.

¹¹ M. VOVELLE, *I giacobini e il giacobinismo*, trad. it. C. Patané, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 114.

¹² A. MARCHILI, “Dalla fondazione alla crisi della democrazia. Rousseau e *Le origini della Francia contemporanea* di Taine”, in *Politics. Rivista di Studi Politici*, 6 (II), 2016, p. 40.

evidente come la radicalità della polemica di Taine con il momento rivoluzionario lo esponga alla critica di aver semplificato un processo articolato, complesso, altamente stratificato. Con un gesto a dir poco riduttivo, Taine schiaccia la Rivoluzione sull'elemento del Terrore, la delirante stagione della ghigliottina, e così spedisce entrambi a processo. Se questo gesto interpretativo ci interessa, è perché da qui procede anche il senso della critica a Rousseau che abbiamo testé richiamato, che in guise differenti si ritroverà lungo tutto il Novecento. È assai noto, infatti, che il Ginevrino sia stato uno degli ispiratori teorici dei moti rivoluzionari che cambiarono drasticamente non solo la Francia e non solo l'Europa. Se non un nuovo inizio, quantomeno una frattura epocale. Lo stesso Robespierre, come vedremo a breve, assegnava il patrocinio della Rivoluzione a Rousseau¹³. Cosicché, agli occhi della critica, Rivoluzione e Rousseau vengono condannati insieme, come se la prima non potesse esistere senza il secondo, e il secondo fosse destinato a ispirare la prima. La dottrina promossa nel *Contrat social*, che deposita la sovranità interamente nelle mani del popolo, è così la condizione di possibilità del Terrore, il suo trascendentale, il viatico verso il più perfetto dei dispotismi. La Rivoluzione e il Terrore sono la forma pratica della teoria, un circolo di perfetta e tragica traducibilità; e così probabilmente il deputato della *Convention* Joseph Lakanal doveva intenderla, se durante l'apoteosi di Rousseau poteva arrivare a sostenere dinnanzi al popolo raccolto che fosse stata la Rivoluzione ad aver spiegato, retrospettivamente, quel *Contrat social* che in trent'anni era stato assorbito fino a venire integralmente realizzato.

Degradato a nume tutelare del giacobinismo filosofico-politico più spietato, il nome di Rousseau giunge così a dividerne "tanto l'onore e soprattutto tanta l'infamia"¹⁴, finendo nella morsa di chi taglia la storia con l'accetta e, con gesto dantesco, assegna a ogni dannato il giusto girone. Rousseau viene così senza appello condannato, e vedremo che nel corso del Novecento la pena verrà persino aumentata.

¹³ Cfr. I. FETSCHER, *La filosofia politica di Rousseau. Per la storia del concetto democratico di libertà* (1968), trad. it. L. Derla, Feltrinelli, Milano, 1977, segnatamente pp. 224-264.

¹⁴ M. VOVELLE, *I giacobini e il giacobinismo*, cit., p. VII, legg. mod.

Ma prima di esaminare alcuni esempi di questa letteratura furi-bonda con il Ginevrino, è il caso di avanzare almeno un *caveat*. È opportuno opporre qualche riserva preliminare sull'equivalenza di Rousseau con la Rivoluzione e i suoi terrori. In un certo senso è senza dubbio vero ch'egli sia stato uno dei padri della Rivoluzione francese e del suo momento terrificante, quantomeno perché rivendicato come tale dai suoi fautori. Come si accennava, è stato su tutti Robespierre ad aver alimentato la leggenda di Rousseau padre del giacobinismo. Così egli si rivolgeva nei suoi scritti al Ginevrino:

ti ho visto nei tuoi ultimi giorni; [...] ho contemplato i tuoi tratti augusti [...]. Da allora ho compreso tutte le pene di una vita nobile che si dedica al culto della verità; non mi hanno spaventato. La certezza di aver voluto il bene dei simili è la ricompensa dell'uomo virtuoso [...]. Come te, vorrei conquistarmi questi beni a prezzo di una vita laboriosa, anche a prezzo di una morte prematura.¹⁵

Rousseau ispiratore di Robespierre diventa, agli occhi dei critici della Rivoluzione e del Terrore da essa indisciungibile, cattivo maestro. Tuttavia, questa *lectio facilior* dovrebbe essere quantomeno complicata. Senza dubbio la Rivoluzione ha un debito nei confronti di Rousseau, ma il senso di questo debito è più complesso di quanto lo stesso Robespierre possa rivendicare.

Quando il 14 aprile 1794 le spoglie di Rousseau vengono portate al Panthéon per essere tumulate, la petizione che le accompagna lo descrive come *l'ami des mœurs, grand apôtre des vertus sociales, célèbre défenseur de l'égalité*. L'eredità rousseauiana raccolta dalla Rivoluzione andrebbe probabilmente ricercata non solo nell'opzione politica, ma anche (e forse soprattutto) “in una certa sensibilità che – pur tra mille contraddizioni – valorizza le nozioni di uguaglianza, di popolo sovrano, di virtù, di semplicità, di patriottismo e di rinnovamento dei costumi”¹⁶. Lo stesso Joseph Lakanal, incaricato di commemorare il Ginevrino durante la tumulazione, sosteneva a buon titolo che l'impatto fondamentale del pensiero di Rousseau

¹⁵ Citato in M. MENIN, *Rousseau, un illuminista inquieto. Opere, contesti, problemi*, Carocci, Roma, 2021, p. 310.

¹⁶ *Ibidem*.

sulla Rivoluzione non fosse da ricondurre al *Contrat social* bensì all'*Émile*, ossia all'opera pedagogica e morale in senso ampio piuttosto che a quella strettamente politica:

non è tanto dal punto di vista della scienza politica, del sapere sullo Stato e della riflessione sulla legge che Rousseau ha segnato il suo tempo, quanto da quello dei costumi, della morale e delle istituzioni, con una vera e propria scienza del governo che cercava di trovare la chiave dell'ordine pubblico, padroneggiare l'opinione pubblica molto più che nel voto della legge e nella sua ben disciplinata esecuzione.¹⁷

Insomma, che Robespierre assoldi al suo fianco Rousseau non significa che questi debba essere necessariamente interpretato come l'ispiratore teorico del Terrore. Dopotutto, anche Eichmann si riteneva un convinto kantiano: questo forse basta a imputare a Kant una specie di complicità con il delirio nazista¹⁸? Assai probabile, piuttosto, l'ipotesi che Rousseau abbia ricoperto il ruolo di un'agognata legittimazione filosofica degli effetti più discutibili del moto rivoluzionario. Va da sé che il ridimensionamento di un'autentica filiazione concettuale tra l'opera di Rousseau e la sua traduzione pratica in Robespierre non disdegna il possibile valore non solo politico, ma financo filosofico *stricto sensu* dell'opera intellettuale di quest'ultimo. Robespierre, come ha sostenuto autorevolmente Georges Labica, è stato dopotutto il primo a pensare la Rivoluzione nello stesso momento in cui essa andava producendosi¹⁹. E probabilmente è stata proprio questa necessità politico-filosofica, vale a dire tenere in-

¹⁷ P. SERNA, "Politiques de Rousseau et politiques de Robespierre: faux semblants et vrais miroirs déformés", in *La Révolution française. Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française*, 9, 2015, p. 3. Sulla ripresa degli "aspetti emozionali e sentimentali di Rousseau" da parte di Robespierre si veda anche J. ISRAEL, *La Rivoluzione francese. Una storia intellettuale dai Diritti dell'uomo a Robespierre* (2014), trad. it. P. Di Nunno e M. Nani, Einaudi, Torino, 2015, p. 25 e *passim*.

¹⁸ Il riferimento sotteso, va da sé, è a H. ARENDT, *La banalità del male. Eichmann a Gerusalemme* (1963), trad. it. P. Bernardini, Feltrinelli, Milano, 2019.

¹⁹ Cfr. G. LABICA, *Robespierre. Une politique de la philosophie*, La fabrique, Paris, 2013. Si veda anche C. LEFORT, "Pensare la Rivoluzione nella rivoluzione francese" (1980), in ID., *Saggi sul politico. XIX-XX secolo*, trad. it. B. Magni, il Ponte, Bologna, 2007.