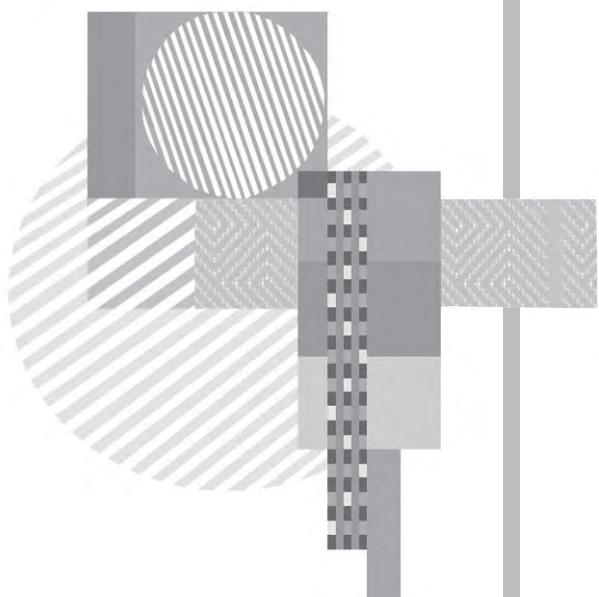


Biblioteca



Riferimenti bibliografici

Riferimenti bibliografici

Il sistema dei diritti pubblici soggettivi di Georg Jellinek

GEORG JELLINEK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, hrsg. von Jens Kersten, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 52*-366.

Nella *Vorrede* alla prima edizione del capitale *System der subjektiven öffentlichen Rechte* – risalente al 1892, poi riveduto e ampliato nel 1905 ed ora ristampato con una introduzione di uno dei suoi massimi conoscitori – Jellinek prendeva la misura della sua dottrina in relazione all’ordinamento giuridico conseguente all’istituzione del secondo Reich, affermando che, pur essendo state composite, sulla scia di quell’evento, numerose opere, dedicate oltreché al diritto del Reich anche al diritto dei maggiori Stati membri che lo componevano, tuttavia la scienza pubblicistica si mostrava ancora sostanzialmente immatura e priva di fondamenti. Il suo auspicio è una correzione di rotta: occorre muovere – dice Jellinek – dall’approfondimento dei “problemi speciali”, *in primis* del “diritto pubblico soggettivo”, considerando che questo tema occupa entro la disciplina giuspubblicistica un posto assolutamente prioritario. Jellinek non si nasconde il fatto che, nell’economia di una disciplina “giovane” come la scienza del diritto pubblico, l’impegno assunto con questo libro è assai arduo, e sottolinea che, più che nel pervenire a dei risultati stabili o addirittura definitivi, il suo intento specifico dovrà consistere nell’aggiungere materia alla costruzione scientifica di per sé presa, ossia – possiamo chiosare – alla chiarificazione metodologica, epistemologica. È nota, del resto, l’assoluta centralità del ruolo che la questione dei diritti pubblici soggettivi, così come è trattata nell’assetto particolare delineato da Jellinek, ha occupato e tuttora occupa entro la giuspubblicistica, nonostante la complessità del tema o, magari, proprio in forza di essa. Kersten, nella sua introduzione (cfr. 8*), lo afferma senz’altro, definendo il diritto pubblico soggettivo un elemento che è andato plasmando fino ad oggi la struttura dell’ordinamento giuridico tedesco e ora anche quella dell’ordinamento europeo.

Soffermiamoci ancora un istante su questa prefazione del 1892: qui troviamo la dedica di Jellinek a Rudolf von Jhering, nata nell’occasione del cinquantesimo anniversario del dottorato di quest’ultimo. Orbene, a proposito dei diritti soggettivi, Jhering aveva definito il diritto soggettivo come un «interesse giuridicamente protetto». Pochi anni dopo, nel 1897, un altro eminente giurista, Santi Romano, proprio a partire da Jhering, in uno scritto dedicato a *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in cui *magna pars* del dialogo con la dottrina tedesca è incentrato proprio sul libro di Jellinek qui in argomento, prendendo le distanze da una concezione meramente privatistica dei diritti soggettivi, giungeva a un’interessante conclusione. Infatti, se, dal suo punto di vista, Romano non poteva non notare che «non tutti gli interessi giuridicamente protetti arrivano a formare dei diritti subbiettivi», neppure poteva tacere della centralità e dell’importanza di un fatto, ossia che, già a partire da Jhering, «nella nozione di diritto subbiettivo è implicita la possibilità della coazione ossia dell’azione giudiziaria ed è in questo senso che deve intendersi l’espressione “giuridicamente protetto”» (S. ROMANO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi* (1897), in IDEM, *Gli scritti nel Trattato Orlando*, Milano, Giuffrè, 2003, 15). Ciò conta non poco, tanto per una corretta interpretazione

di Jhering, anche quale antecedente di Jellinek, quanto, in generale, per l'esegesi dell'idea di diritto soggettivo in generale, e di diritto pubblico soggettivo, in particolare, in specie entro la dottrina jellinekiana, quanto, infine, a supporto di un inquadramento soddisfacente della complessiva tematica dei diritti, così come se li trova davanti in tutta la loro problematicità il giurista odierno. È, d'altro canto, proprio sulla questione più che attuale della giustiziabilità dei diritti che si gioca lo spessore teorico dello scritto di Jellinek, e, dunque, risulta di non poco conto la possibilità di ricostruire una linea ascendente di questo tipo di legittimazione.

È ben noto che la ridefinizione del diritto soggettivo nei termini di un diritto *pubblico* soggettivo è introdotta nel diritto pubblico generale per il tramite della dottrina della autolimitazione dello Stato, formulazione teorica costituente uno degli assi portanti della dottrina jellinekiana: il binomio di diritti e Stato instaurato per il tramite di essa si presta a legittimare nella loro esistenza i diritti stessi, non soltanto formalmente, ma anche sostanzialmente. Del resto, come Jellinek sa ben segnalare, nella pur importante trattazione dei diritti pubblici che lo precede, quella gerberiana, vi era una mancanza di concretezza che egli si sente chiamato a sanare: insomma, i tempi gli sembrano maturi all'assolvimento di un cónpito. «Soprattutto», scrive Jellinek a distanza di quarant'anni dalla pubblicazione dell'opera *Über öffentliche Rechte* di Gerber, «difettava in quel tempo una efficace difesa del diritto pubblico mediante una sviluppata giurisdizione dei tribunali amministrativi, per cui rimaneva completamente ignorata tutta una serie di problemi, che più tardi hanno occupato il pensiero scientifico» (4-5). Egli coglie, da antesignano, il rischio che i diritti soggettivi disancorati dalla giustiziabilità - dallo Stato quindi - possano, non soltanto, in quanto privi di difesa, perdere di senso, ma anche, se è vero che «il diritto pubblico è fondativo rispetto a quello privato» (8), di legittimazione. Sottraendosi al rischio di uno sterile esercizio retorico e ideologico - a tutt'oggi più che presente -, Jellinek sposta l'attenzione dalla teoria dei diritti sulla prassi difensiva di essi; così, in maniera lungimirante, arriva addirittura a preconizzare il ricorso a una Corte suprema adatta a svolgere funzioni di giustizia costituzionale, con la particolare valenza di garanzia dei diritti e dei principi fondanti l'ordinamento. Questo importante assunto, già oggetto di un'opera specifica precedente - *Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich*, del 1885 -, viene ripreso nel *System*, finendo per attribuire una coerenza particolare a tutta la costruzione relativa ai diritti pubblici soggettivi.

Prassi, dunque, non teoria; non filosofia, diritto naturale, bensì diritto, diritto vigente. Questa è la posizione di Jellinek, che, pure, fu un filosofo giurista, una delle menti brillanti del gruppo di Heidelberg, cui annoveriamo tra gli altri, insieme a Max Weber e Georg Jellinek, personaggi del calibro di Wilhelm Windelband, Ernst Troeltsch, Emil Lask. La sua posizione relativamente alla questione dei diritti è oltremodo realistica. «La personalità stessa», cui consegue la potestà giuridica, «è *iuris publici*», afferma Jellinek. «Soltanto in quanto membro dello Stato [...] l'uomo è in generale titolare di diritti», il che, in ultima analisi, «non significa altro se non che egli partecipa della tutela giuridica» (82). La sfera della potestà giuridica, del resto, è suscettibile di accrescimento o diminuzione secondo il tipo di rapporto che s'instaura tra lo Stato e l'individuo, ossia secondo la personalità; la personalità giuridica, quindi, è di fatto denotativa di uno *status*. Questa è la cornice del discorso. Al fine di arrivare alla famosa citata teoria della autolimitazione (*Selbstbindung*) dello Stato, che permette di annettere l'ottica della soggettività alle cose di diritto pubblico, ma insieme anche la forza della statualità alla necessaria

garanzia dei diritti, Jellinek deve passare appunto attraverso la teoria degli *status*, che vengono individuati in un crescendo di apertura giuridica dello Stato verso i soggetti singoli. Infatti, i diritti pubblici soggettivi, ossia le pretese giuridiche risultanti dalle particolari condizioni giuridicamente rilevanti in cui l'individuo si trova in quanto è membro dello Stato, sono direttamente proporzionali a quattro tipi di *status*, quattro livelli di rapporti intercorrenti tra il titolare di essi e lo stesso Stato. La necessaria premessa, stante la considerazione dello Stato moderno e, dunque, l'esistenza di un dominio, una sovranità, che si esercita su uomini liberi, su persone, consiste nel fatto che il dominio statuale esiste nell'interesse dei suoi membri. Da ciò consegue che lo Stato è portato ad autolimitarsi e si limita, poi, specificamente, in tre maniere, ossia, innanzitutto, riconoscendo una sfera individuale libera dallo Stato, in seconda istanza, determinandosi a compiere azioni positive nell'interesse degli individui, cosicché costoro divengono titolari di una rivendicazione di *dare, facere e praestare* da parte dello Stato nei loro confronti, e, infine, consentendo ad una più o meno grande cerchia di individui la facoltà, il potere, di essere attivi nell'interesse dello Stato nei molteplici modi in cui le funzioni statuali possono essere compiute, cosicché il loro volere sia espressione del volere dello Stato stesso. Jellinek, dunque, ripercorre la distinzione classica relativa agli *status* e la annette, reinterpretandola in una chiave in cui riecheggia il prototipo del "tipo" weberiano, alla sua descrizione dello Stato moderno. Distingue specificamente tra quattro tipi di *status*, quello passivo (*subiectionis*), quello negativo (*libertatis*), quello positivo (*civitatis*) e quello attivo (*activae civitatis*) (cfr. 85 ss.).

Rilevante ai fini dell'innovazione dottrinale è quanto guadagnato per il tramite dell'argomentazione prescelta in funzione dell'individuazione dei caratteri che sono proprii all'ultimo livello della potestà giuridica. Jellinek richiama il labandiano *Das Staatsrecht des deutschen Reiches* (Bd. I, IV ediz., 307), dove i diritti a partecipare alle funzioni statali, e, perciò, anche il diritto elettorale, sono definiti 'diritti riflessi', ossia sono considerati mero riflesso del diritto oggettivo, privi di una propria autonomia e strutturati come competenze statali (cfr. 137). Ora, è indubbio, concorda Jellinek, che, così come colui che in senso giuridico regna non è la persona individuale del monarca, bensì il re, allo stesso modo «l'elettore prende parte alla funzione statale di formazione della camera elettiva come membro del collegio elettorale, non agisce come un'individualità di per sé stante, ma come organo statale. Votare è una funzione statale, il cui soggetto mai può essere il singolo come tale» (*ibidem*). Questo tipo di argomentazioni può sfociare, indubbiamente, nella configurazione dialettica da cui conseguirebbe la "riflessività" dei diritti: in buona sostanza, le qualificazioni della persona figurerebbero come semplice "riflesso" di norme giuridiche oggettive. Tuttavia, del pari occorre chiedersi, a detta di Jellinek: «in quale maniera lo Stato ottiene le volontà fisiche in cui va a compimento il suo volere?». La conclusione suona così: «[I]a risposta a questa domanda può comprendere solo due possibilità: o mediante obbligazione o mediante autorizzazione [*Berechtigung*]». Cosicché, una volta delineati i casi che facilmente possono essere inquadrati tra gli obblighi imposti, Jellinek giunge ad affermare che, nei casi del secondo tipo, propriamente accade che «lo Stato attribuisce all'individuo una capacità, connessa con la sua persona, di poter [*können*] agire come organo statale. La sfera dell'individuo non viene limitata da un obbligo, ma piuttosto viene allargata la sua capacità di azione. In altre parole, viene dato in aggiunta all'individuo uno *status* nuovo. Si tratta dello *status* della cittadinanza attiva, in breve dello *status* attivo». In forza di questo, l'individuo «è

attivo per lo Stato» (138-139). Viene a delinearsi, così, la situazione innovativa, in base alla quale, «per l'organo supremo della democrazia» vale il discorso che «gli individui che costituiscono il popolo possiedono una pretesa giuridica alla posizione di organo, ossia alla contitolarità dell'organo» (140). E, del resto – tiene a sottolineare Jellinek –, nessuno mette in dubbio che, analogamente, il re possieda una pretesa alla sua posizione, che gli compete come individuo, non come organo. Peraltro, si badi, tutto ciò accade sotto la spinta dell'interesse: «[n]egli Stati continentali, l'istituzione parlamentare è nata per procurare agli interessi individuali contrapposti tra loro in mille modi un organo che concili questi interessi in un'unità ideale e così diventi l'espressione giuridica dell'interesse comune». Infatti, dietro i diritti elettorali sta «l'interesse individuale più potente» (*ibidem*).

Si tratta, ora, di comprendere sulla base di quale costruzione teorica venga legittimata la distinzione tra tale cosiddetto diritto *pubblico* soggettivo e il diritto *privato* soggettivo. Jellinek si pone il problema come prioritario. A suo avviso, il diritto privato soggettivo corrisponde al tipo di potere che è espresso con il termine tedesco '*dürfen*': l'espressione sta per 'essere capace' e intende giuridicamente il potere che è nella titolarità di un soggetto destinatario del *licet*, ossia di un permesso. Il diritto pubblico soggettivo corrisponde, invece, al potere espresso con il termine tedesco '*können*': esso allude a un 'potere' giuridico che è oggetto di una concessione e questa concessione, è evidente, proviene dallo Stato. Il *Dürfen* presuppone la preesistenza di azioni che possono acquistare un aggiuntivo significato giuridico; il *Können* crea *ex novo* dei poteri, da cui scaturisce un tipo diverso di azioni dotate di giuridicità. Ma, prima ancora di giungere alla distinzione suddetta, occorre considerare come si dispiega l'agire umano. Afferma Jellinek, a questo proposito, che, «[q]uando l'ordinamento di diritto privato regola i rapporti economici di scambio, non aggiunge affatto una nuova occasione alla possibilità di libero movimento dell'individuo nei confronti degli altri. I rapporti giuridici potevano esistere già da tempo come condizioni di vita, prima che venissero sottoposti ad una normazione giuridica [...] L'ordinamento giuridico riconosce le azioni individuali in questione come permesse, cioè esso concede che la volontà individuale usi la sua libertà naturale in certe direzioni» (46). 'Libertà naturale' denota, per espressa dichiarazione di Jellinek, la possibilità psico-fisica di azione indipendente dallo Stato. Che cosa vuol dire Jellinek, dunque? Che, in ultima istanza, vi sono delle azioni che sono giuridicamente rilevanti: esse sono prese in carico dal diritto nella misura in cui sono oggetto del permesso da parte dell'ordinamento. Vi sono, poi, anche le azioni giuridicamente indifferenti. Entrambi i tipi di azioni sono nel novero del naturale agire dell'uomo. Le azioni giuridicamente indifferenti sono quelle non toccate ancora da alcun dovere, ingenue. Quelle giuridicamente rilevanti che danno luogo al *Dürfen*, si riconoscono facilmente nella loro ambivalenza di naturalezza e giuridicità, quando si presti attenzione all'idea del divieto cui danno luogo. Infatti, secondo quanto ricorda Jellinek, se ogni divieto può essere ricondotto alla formula 'non ti è permesso', un divieto non ha però l'effetto di rendere l'azione impossibile, ma solo quello di renderla illegale (*rechtswidrig*). Il divieto può venire trasgredito, la libertà naturale può venire posta sotto il dominio delle norme, ma non annullata (cfr. 46). Le stesse azioni, quindi, possono essere giuridicamente rilevanti, ma non ancora produttive di diritti pubblici soggettivi, perché le azioni annoverabili alla libertà naturale esistono comunque nell'esistenza. Diversamente vanno le cose per le azioni che sono oggetto del *Können*, di quell'attribuzione di potere, intorno a cui ruotano i diritti soggettivi "pubblici". Innanzitutto, va detto comunque, che sempre il *Dürfen* pre-

suppone un *Können*, in quanto i diritti soggettivi “privati” hanno bisogno di essere garantiti e la loro tutela è oggetto della concessione statuale. Ma, oltre ciò, oltre i diritti speculari alle azioni connaturate all’agire dell’uomo nei suoi rapporti “privati” di relazione con gli altri uomini, si possono aggiungere “diritti”, che nella loro peculiarità estensivamente legittimante azioni altre rispetto a quelle di diritto privato, nel loro essere specificamente concessioni del potere statuale, chiamiamo, nella loro diversità e nella loro peculiarità, “pubblici”.

È stato visto che il *Können*, inteso come concessione statuale di un riconoscimento di giuridicità all’azione degli individui, è presupposto sempre del *Dürfen*, ma ora va specificato che ciò avviene per quanto vi è di attinenza nel compimento dell’agire che è giuridicamente permesso con la sua tutela: l’ordinamento giuridico concede all’individuo «la pretesa che alcune delle sue azioni siano riconosciute da esso come giuridicamente sussistenti e che conseguentemente partecipino della tutela statuale» (47). La giustiziabilità, infatti, come sopra si ricordava, è il fondamento necessario legittimante i diritti, secondo Jellinek e, in una interessante linea ascendente – così come ricostruita da Romano –, già secondo Jhering. E non ci si ferma qui. «Si danno numerosi casi in cui l’ordinamento giuridico si limita a concedere, ossia crea una possibilità di agire nuova, senza permettere, ossia senza riconoscere la libertà naturale già indipendentemente da esso esistente in una direzione determinata». Misuriamoci, a questo punto, con un esempio importante, significativo dell’allargamento della categoria dei diritti da quelli di mera libertà negativa e della loro indispensabile legittimazione. «Quando lo Stato concede al cittadino il diritto elettorale», commenta Jellinek, «gli conferisce un potere [*Können*], che non gli giunge dalla natura. La possibilità degli atti relativi alle elezioni politiche viene creata in generale soltanto dal volere dell’ordinamento giuridico» (50). La connotazione del *Können*, come si è visto, è tale da farlo consistere in un «ampliamento della libertà naturale» (52), cosicché, in quanto esso costituisce il contenuto del diritto pubblico soggettivo, si può concludere che quest’ultimo «non si fonda su proposizioni giuridiche che permettono, ma esclusivamente su quelle che conferiscono potere [*Macht*]» (*ibidem*). Se ne deduce che «[I]l totalità del *Können* rappresenta la personalità. Perciò, tutto il diritto pubblico soggettivo di colui che è assoggettato si basa su qualificazioni della personalità» (*ibidem*). Pertanto, «[I]l diritto pubblico soggettivo, nel suo lato formale, consiste in pretese che risultano da concrete qualificazioni della personalità» (*ibidem*); nel suo lato sostanziale, invece, concorre al reggimento dello Stato, partecipando al servizio pubblico, e, tuttavia, l’iniziativa di questa partecipazione è lasciata alla libertà dell’individuo (cfr. 136 ss.).

Giuliana Stella

I rischi del Trattato atlantico e la democrazia partecipativa secondo Alain de Benoist

ALAIN DE BENOIST, *Le Traité transatlantique et autres menaces*, Paris, Pierre Guillaume de Roux, 2015, pp. 231.

È importante, questo libro di Alain de Benoist, perché porta a conoscenza del grande pubblico un progetto in corso di realizzazione la cui portata economica e politica è amplissima e il cui valore, se positivo o negativo, è ancora tutto da discutere. Si tratta del cd. “Trattato transatlantico” in discussione tra rappre-

sentanti dell'Unione europea e degli Stati Uniti d'America per la realizzazione di una grande zona di libero scambio tra le due sponde dell'Atlantico.

Innanzi tutto, vorrei sottolineare un aspetto che conferma quanto chi scrive ha sostenuto altrove, che cioè la retorica dei diritti umani è sempre più lo strumento preferito per l'affermazione di un progetto ideologico, che, sotto il nome di 'globalizzazione', mira a servire gli interessi finanziari a detrimento degli interessi delle nazioni. Il progetto di liberalizzazione degli scambi tra Europa e America viene infatti formalmente legittimato, almeno dai rappresentanti dell'Europa (quelli americani sono più riservati), sulla base dei comuni valori, specificamente i diritti dell'uomo, che tuttavia poco dovrebbero avere a che vedere con la liberalizzazione e la convergenza delle legislazioni in materia di dogane e di dazi. Il problema è che la legislazione americana, specie in materia di prodotti agricoli, ma anche negli ambiti sociale, ecologico, culturale, è assai più permissiva di quella europea. E poiché gli Americani non pensano affatto di inasprire la loro legislazione, «saranno le norme europee ad allinearsi sulle loro» (17), mentre le norme europee potrebbero poi essere addirittura condannate come "barriere commerciali illegali". Per l'Italia verrebbero a cadere le norme sui prodotti aventi indicazione geografica controllata e via dicendo, non essendo riconosciute negli Usa. Molti interventi propri dello Stato sociale, che ancora resistono pur di contro al vento liberista dell'Unione europea, questa volta dovrebbero cadere sotto i colpi della convergenza tra due sistemi sociali ed economici di fatto molto diversi tra loro per ragioni storiche e politiche complesse.

Ciò che accadrebbe equivarebbe ad un allargamento all'Europa del diritto americano e alla perdita definitiva di ogni potere regolativo degli Stati. Le imprese private, ovviamente quelle multinazionali, avrebbero il sopravvento sugli Stati nazionali, soggetti ad arbitrati internazionali dove ogni Stato è uguale al soggetto economico privato e su tutti decidono arbitri scelti dalle parti. Con il Trattato transatlantico, scrive de Benoist, «l'obiettivo a lungo termine è di far governare il mondo dall'economia e al tempo stesso di "ricostruire un mondo unipolare a partire da un impero euro-atlantico sotto controllo americano". Una mostruosità» (26). I timori di de Benoist sono tuttavia, benché legittimi, a nostro avviso eccessivi. Il Trattato, pur svolgendosi i colloqui a porte chiuse e senza trasparenza, pare ancora lungi dall'esser chiuso, nonostante i pressing da parte americana e di alcuni Stati europei (in particolare l'Italia di Matteo Renzi). Basterebbe che anche un solo Stato europeo non lo accettasse perché non entrasse in vigore.

Ma il libro non si sofferma solo sul Trattato transatlantico, perché mette in evidenza anche «altri pericoli», connessi specialmente con la situazione attuale dell'Unione europea, oramai sempre più al servizio delle necessità della finanza e delle banche. Anche senza essere d'accordo su tutta l'analisi dell'Autore, né su tutte le sue proposte, non v'è dubbio che viene dimostrato con forza come negli ultimi anni, attraverso prima il cd. Meccanismo di stabilità e poi il cd. *"fiscal compact"*, gli Stati sono stati privati ancor più della loro sovranità (senza che questa si sia ricostruita altrove) e come - tutta la vicenda lo dimostra - gli Europei sono sempre più nelle mani di una euroburocrazia le cui decisioni dipendono, di fatto, dal Consiglio europeo e dalla Commissione, ma specialmente dal loro azionista di riferimento, la Germania "rigorista" di Frau Merkel e di Herr Schäuble: «Non è esagerato dire che l'azione del TSCG [cd. fiscal compact] segna una data storica: la fine dell'autorità suprema dei parlamenti nazionali in materia di bilancio, che era uno dei fondamenti della democrazia. Con il Patto di bilancio euro-

peo, l'Europa viene posta tutta quanta sotto la tutela di una autorità nuova senza alcuna legittimazione democratica, che rende i mercati finanziari del tutto liberi di imporre ai popoli le loro esigenze» (40).

La "minaccia" del Trattato transatlantico non è l'unica minaccia di cui ci parla de Benoist, anche se forse non tutti percepiscono come tale la globalizzazione o l'europeizzazione in senso tecnofinanziario degli Stati nazionali. Che tuttavia la globalizzazione sia una ideologia anche chi scrive ha cercato più volte di dimostrarlo (cfr. A. CARRINO, *Il problema della sovranità nell'età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014) e de Benoist offre prove ulteriori a sostegno di questa tesi. La globalizzazione, d'altro canto, non è il risultato dell'indebolimento degli Stati, bensì la conseguenza di questa debolezza, in parte inevitabile nello scenario mondiale attuale, ma in buona parte anche risultato di scelte strategicamente funzionali a certi determinati interessi geopolitici. Di qui la critica alle ideologie "altermondialiste", che non colgono il punto nevralgico della crisi prodotta dalla globalizzazione, un fenomeno che può essere superato solo attraverso la costruzione di blocchi regionali forniti di sovranità. De Benoist si richiama ad autori come Régis Debray e altri per promuovere il localismo contro il globalismo, le frontiere contro l'indistinzione. V'è indubbiamente una qualche dose di "impoliticità" nelle tesi di de Benoist, perché è difficile immaginare una totale "demondializzazione" o un superamento reale del dominio della finanza sulla politica. Il denaro ha sempre condizionato la politica, si trattasse di re o di democrazie, ma tra politica e denaro fino ad un certo punto c'è stata una qualche parità. Oggi il dominio del denaro è totale e che la politica debba almeno tornare in parità col denaro, la finanza, le banche, è una giusta aspirazione. Ma che la politica possa dominare la finanza, questa è una mera utopia.

Come che sia, credo che il lettore potrebbe imparare molto dalla lettura di questo libro: per esempio sulla *gouvernance* e la sua funzione ideologica di natura ultraliberale (è il termine che io preferisco a quello 'neolibrale', anche se rimanda alla stessa sostanza), che dissolve la politica nelle scelte di tipo imprenditoriale. Scrive de Benoist: «In ogni tempo, il liberalismo ha cercato di contenere la politica sotto la duplice influenza della morale e dell'economia, pretendendo così di ridurre la parte di conflittualità nelle società umane, ma dimenticando che la politica, che implica certo una parte di conflittualità, è anche la sola che sia capace di imporre dei limiti» (118). Questo è vero solo in parte, perché il liberalismo politicamente consapevole di se stesso (penso, per quanto riguarda l'Italia, a figure come Minighetti e, nella scienza politica, Mosca e Pareto) ha sempre riconosciuto la dimensione propria della politica. È il liberalismo economicistico (anche se so che de Benoist rifiuta la distinzione di Croce tra liberalismo e liberismo) che disconosce i diritti della politica. In ogni caso, ha ragione de Benoist quando scrive che la *gouvernance* costituisce «un modello politico neo-autoritario» (126), dove la legittimità è sempre in discussione.

De Benoist non è tuttavia un "sovranista" e pur fondando le sue critiche all'Unione europea su molte tesi di autori "sovranisti", rifiuta per esempio l'idea che senza un "popolo europeo" non possa esservi una unità europea. Chiaramente, de Benoist non è un giurista e non ragiona da giurista, ma, anche qui, le sue obiezioni meritano di essere prese in considerazione e discusse, anche se l'idea da lui sostenuta di una politica europea non più fondata sulle nazioni lascia perplessi. È vero che, storicamente, le nazioni sono una costruzione, ma esse hanno oramai un passato troppo radicato per poterne fare a meno. Del resto, il loca-

lismo, che proprio de Benoist propugna altrove nel libro, non dovrebbe puntare a salvare (anche) le nazioni? L'idea di Impero, qui immaginata come alternativa all'Unione europea com'è o a uno Stato federale o confederale, non riesce, a mio avviso, a strutturarsi giuridicamente: una cosa, infatti, è distinguere il diritto dalla politica, un'altra non prendere in considerazione il fatto che il diritto è una componente essenziale non solo a livello privato, ma anche a livello pubblico. Proporre un asse "Parigi-Berlino-Mosca" non ha oggi nessun senso, anche perché mette insieme – nonostante tutte le simpatie che si possono nutrire per i Russi – storie ed esperienze al momento non assimilabili. Il riferimento a chi immagina un "nucleo duro" dell'Europa unita che lasci fuori Italia e Spagna, per esempio, ma metta dentro Lussemburgo, Belgio e Paesi Bassi deve dimostrare che questi ultimi paesi siano qualcosa di più che dei paradisi fiscali o delle costruzioni artificiali. Ma per adesso basta su questo libro e chiediamoci, piuttosto, come starà facendo il lettore di questa *Rivista*: chi è Alain de Benoist?

Purtroppo, il nome di questo intellettuale francese è associato quasi esclusivamente agli ambienti culturali della destra, spesso della destra estrema. Indubbiamente, le origini del suo cammino intellettuale sono nell'*Algérie française*, in un certo nazionalismo occidentalista dei primi anni Sessanta. Ma sarebbe un grave errore confondere ciò che de Benoist è oggi con ciò che è stato, anche se egli stesso non disconoscerebbe le tappe passate del suo cammino. È pur vero che de Benoist non ha mai preso ufficialmente le distanze da un certo mondo politico, anzi ha lasciato che questo continuasse a usare il suo nome anche quando le sue prese di posizione non si adattavano affatto al nòcciolo del modo di essere e di agire di questi ambienti. In passato chi scrive ha cercato di introdurre de Benoist in circoli più "accademici", non certo perché egli lo auspicasse, ma perché poteva aiutare a far discutere il pensiero di de Benoist oltre gli stereotipi tramandati. Lo stesso cercò di fare, in una certa misura, il compianto Pietro Barcellona, che accettò anche di far parte del Comitato scientifico di una rivista eccellente come *Krisis*, diretta appunto da de Benoist. Dal punto di vista delle ideologie politiche de Benoist potrebbe essere considerato come un tardo esponente, ma anche sotto molti aspetti diverso rispetto ad essa, della Rivoluzione conservatrice tedesca, un fenomeno che solo superficialmente potrebbe essere considerato come "di destra". Perciò è utile per chi vuole tentare di comprendere meglio questo Autore, leggere i saggi raccolti ora in:

ALAIN DE BENOIST, *Quatre figures de la Révolution Conservatrice allemande. Werner Sombart. Arthur Moeller van den Bruck. Ernst Niekisch. Oswald Spengler*, Paris, ALADB, 2015, pp. 370.

Il filo rosso che tiene insieme questi autori studiati da de Benoist è chiaramente il liberalismo, che egli critica con forza e considera, sostanzialmente, alle origini della crisi dell'Europa. Si tratta di una posizione che può essere rifiutata, ma che deve essere conosciuta, specialmente ora che gli autori di riferimento del Nostro non sono soltanto di "destra", ma molti anche di sinistra, da Marx a Gramsci, dalla Scuola di Francoforte ai critici della globalizzazione.

È anche vero, tuttavia, che le curiosità e l'anticonformismo dichiarati di de Benoist possono suscitare perplessità; ne avrebbe certamente chi leggesse il dialogo con un teorico del neo-eurasianismo, una sorta di nazionalbolscevismo russo, ovvero A. Duguin, che si dichiara seguace (alla maniera di certi vecchi neofascisti italiani) di Evola e Guénon e che, fondandosi su una simbiosi di terra, popolo e religione, erge a nemico «ontologico», a «impero del male», «la moder-

nità incentrata intorno all'America», senza che de Benoist gli contesti che queste assolutizzazioni sono proprio le stesse che egli ha sempre combattuto. La "terra" contro il "mare", poi, è una griglia ermeneutica storicamente utile e feconda (a partire da Spengler e Schmitt), ma se assolutizzata non ha più alcuna sensatezza né esplicativa né politica, così come scrivere che la "rivoluzione" iraniana ha somiglianze con la rivoluzione conservatrice tedesca. Tutto questo e altro in:

ALAIN DE BENOIST, ALEXANDR DUGIN, *Eurasia, Valdimir Putin e la grande politica*, trad. it. di G. Giaccio, Napoli, Controcorrente, 2014, pp. 141.

Ma l'errore più grave sarebbe quello di giudicare sulla base di frammenti. Segnalo perciò ed invito a leggere alcuni testi che possono aiutare a comprendere (e a criticare con fondatezza) le posizioni di questo originale intellettuale:

ALAIN DE BENOIST, *Pensiero ribelle. Interviste, testimonianze, spiegazioni al di là della Destra e della Sinistra*, trad. it. di G. Giaccio, Napoli, Controcorrente, 2 voll., 2008-2012, pp. 419-447.

Qui de Benoist "si spiega", per così dire, su quasi tutti i temi toccati nella sua immensa produzione letteraria. Si parte dal rifiuto dell'agire politico in nome della "metapolitica", ovvero di uno "stile" che non propende ai compromessi (pur ritenuti necessari) della politica, alla obsolescenza delle vecchie distinzioni destra/sinistra, ad una rivendicazione di vicinanza al pensiero "gollista". L'aspetto centrale del suo pensiero è il rifiuto dell'individualismo liberale, associato ad una concezione di filosofia della storia di tipo nicciano, che rifiuta dunque ogni linearità storica, donde anche una concezione svalutativa, anzi critica, del cristianesimo. Ciò che crea problema – e in effetti è il punto nevralgico della posizione di de Benoist – è che questi due perni della sua visione del mondo si accentranano su una valutazione positiva della comunità, rispetto alla quale l'interrogativo centrale è quale sia il ruolo del singolo in una associazione che prevale sugli individui senza trovare, in apparenza, un argine. Anche chi scrive è critico dell'individualismo diciamo così "libertario", ma, senza voler fondare la dignità del singolo necessariamente sulla "rivoluzione cristiana", bisogna ricordare che anche il mondo greco ha conosciuto le libertà dei singoli dentro la comunità e persino indipendentemente dalla comunità. Ecco un punto del pensiero di de Benoist sul quale, di fatto, egli non si sofferma abbastanza, dando anzi per scontato che sia solo dal cristianesimo che scaturisce l'individualismo liberale: «Al cristiano si ingiunge, certo, di essere un buon cittadino, ma egli può guadagnarsi la sua salvezza anche lontano dalla città. L'individualismo moderno considererà nel dare di questa visione una trasposizione terrena, dove il futuro sarà sostituito all'al di là, e la salvezza sostituita alla felicità. L'economia della salvezza cederà il passo alla salvezza mediante l'economia» (I, 66; I, 325; *passim*).

Questa visione presuppone un aspetto proprio del pensiero di de Benoist, che conserva pur nell'abbandono delle vecchie posizioni, vale a dire l'idea che ci sia stato un passato "migliore" del presente, specificamente un mondo (per esempio quello greco o quello romano) dove la comunità prevale sull'individuo. Per un giurista come chi scrive, questa tesi suscita dubbi, perché proprio nel mondo romano il singolo trova la sua "forma" e non a caso le tendenze pan-germaniste criticavano il diritto romano, per non parlare del nazionalsocialismo, nel cui programma era prevista addirittura la lotta al diritto romano. La differenza tra cristianesimo e paganesimo è indubbia e personalmente restiamo perplessi sulla "progressività" della vittoria del cristianesimo, che ha significato la perdita di intere tradizioni e stili di vita e di pensiero propri del mondo classico. Ma ciò

non autorizza a criticare l'individualismo liberale senza proporre scenari alternativi e progetti di società *concretamente* realizzabili, cosa che per la verità a de Benoist sembra non interessare. Il comunitarismo che egli propugna come il contrario dell'individualismo sta pur esso tutto dentro la modernità, è, per così dire, solo l'altra faccia dell'individualismo liberale e borghese. Per tacer del fatto che se è giusto condannare l'islamofobia, come fa il Nostro, è pur vero che l'Islam è la religione monoteista per eccellenza (la sua dogmatica si fonda semplicemente su questo), il che dovrebbe comportare un rifiuto ancor più radicale di quanto accade col cristianesimo, cosa che invece è del tutto assente in queste pagine, sul presupposto che la motivazione dell'islamismo è politica e non religiosa, tralasciando il fatto che nella religione musulmana, per quanto ne so, politica e religione si fondono in un tutto e solo i regimi laici sono in grado di evitare le conseguenze del fanatismo (è la ragione per la quale chi scrive è stato contro l'invasione dell'Iraq di Saddam e oggi contro la condanna pregiudiziale del regime di Assad in Siria). Se un rapporto tra cristianesimo e totalitarismo è possibile (I, 233), lo è certamente anche per quanto riguarda l'islam.

De Benoist pone il nazionalismo sulla stessa scia del liberalismo, fondato sulla "soggettività": dall'io al "noi". Ma il comunitarismo è forse altro da essi? Il fatto che non abbia trovato realizzazione pratica (sempre se non si vuol dire che nazismo e comunismo lo sono stati) non toglie che anch'esso è tutto dentro la modernità, di cui è espressione. Il «tritatutto dell'omogeneizzazione tecno-economica occidentale» (I, 71; II, 237) si serve di tutto, perché la sua logica è inesorabile (forse de Benoist leggerebbe con assenso gli scritti di Severino sulla tecnica). De Benoist risponde subito a queste critiche sottolineando la sua ottica "personalista" (concetto molto presente nella teologica cattolica, bisogna pur dire): «è scontato che la comunità non è un fine in sé, ma che trova piuttosto la sua finalità nel bene comune delle persone, e che lo scopo di ogni esistenza collettiva è di creare le condizioni che permettano a ciascuno di esprimersi e di perfezionarsi a contatto con gli altri» (I, 72).

Queste condizioni, tuttavia, implicano una partecipazione attiva dell'intellettuale alle decisioni politiche, partecipazione oggi di fatto impossibile, anche se de Benoist l'aveva già rifiutata in passato come sua scelta individuale. Non è possibile una «rottura mentale con il sistema dominante» (I, 106), direi anzi che questa è propria la situazione che impedisce ogni miglioramento delle nostre condizioni effettive. Leibniz fu un intellettuale attivo e partecipe, che dalla sua attività diplomatica trasse intuizioni che si riverberarono sia sulla sua filosofia sia sulla prassi politica del suo tempo. Del resto proprio de Benoist sottolinea che «c'è sempre una certa antecedenza della speculazione o del lavoro intellettuale, perché è questo lavoro che mette le menti in movimento» (I, 117). Purtroppo, allo stato delle cose, pare resti più che altro una testimonianza: così, per esempio, nel caso dell'idea federalista e dell'idea di sussidiarietà, che nella pratica si sono trasformate esattamente nel loro contrario, o la "secessione" (in nome del primato dell'economico) o l'accentramento nell'alto, invece che la decisone nel basso e dal basso (cfr. I, 120).

La proposta in positivo di de Benoist è la "democrazia partecipativa", un progetto che è stato articolato specialmente a sinistra, dovunque cioè si lotta contro la globalizzazione, il neoliberalismo, le multinazionali, l'imperialismo americano. Cosa sia o debba essere questa democrazia partecipativa resta però nel vago, sia a sinistra sia negli scritti di de Benoist. Premesso che «non può esserci un "cambiamento attraverso le urne" in un sistema precodificato, che è stato con-

cepito proprio per riservare l’alternanza del potere a quelli che non ne contesteranno mai le fondamenta» (I, 60), la proposta di una struttura politica (non necessariamente statuale) fondata sulla sussidiarietà (II, 113), per quanto condivisibile, non trova nessun luogo di reale fattibilità, sicché resta un’ipotesi meramente ideale. La società buona, scrive de Benoist, «non è fondamentalmente quella che fornisce i mezzi dell’esistenza; è quella che dà ragioni per vivere, ossia senso» (II, 115). Il problema è che dinanzi a questo dato ci sono due vie: o abituarsi a vivere in una società senza senso, trovando ragioni individuali capaci di fornire in qualche misura un senso al proprio vivere, o trovare vie praticabili per la costruzione di una società fornita di senso. Personalmente, avendo recepito la lezione di Oakeshott, abbiamo molti dubbi sulla seconda possibilità, per cui l’unica via praticabile è quella di organizzare se stessi, i propri ambiti, le proprie collettività quanto più ampie possibili, per saper affrontare l’epoca della razionalizzazione tecnologica, dell’individualismo, della perdita di ogni immaginario simbolico. Non necessariamente attraverso il ritiro nel proprio privato, ma certo con distacco aristocratico rispetto al mondo e sapendo criticare i suoi vizi non soltanto in astratto, ma anche praticamente, se se ne ha la possibilità e la capacità.

Nel campo del diritto, per esempio, pur in un panorama di generale acquiescenza all’ideologia dei diritti dell’uomo, e quindi alla giuridicizzazione di tutti i rapporti sociali che ne consegue, si sentono voci forti che criticano la deriva giurisdizionale dello Stato di diritto e il ruolo debordante del potere giudiziario. Il che è possibile solo se si riesce a cogliere la differenza tra uno Stato di diritto buono e uno Stato dei giudici cattivo, dunque analizzando e mettendo in evidenza le differenze. Non che de Benoist non voglia o non sappia cogliere il positivo di certi diritti dell’uomo o delle libertà fondamentali, ma, per così dire, la sua visione olistica si rovescia anche sul positivo, per cui l’individualismo liberale oscura tutti i chiaroscuri della storia, la quale ha già di suo contraddizioni palesi, quale la contingenza storica e geograficamente situata (II, 128-9) della pretesa universalità dell’idea dei diritti dell’uomo (del resto, la musica della rivoluzionaria Marsigliese fu copiata su uno spartito dell’italiano Gian Battista Viotti, musicista di Maria Antonietta). Così, sovranità popolare e primato dei diritti entrano in conflitto, due concetti pure entrambi propri e tipici della rivoluzione moderna; non sbaglia de Benoist quando scrive che «l’ideologia dei diritti dell’uomo non è che l’ultimo in ordine di tempo dei tentativi tendenti a sottomettere il politico alla morale con l’intermediazione del diritto» (II, 135).

In conclusione, de Benoist è un autore che va letto, non per essere d’accordo con lui, ma per trarne spunti per le proprie riflessioni critiche sul mondo e sull’io. La sua poliedricità è notevole, la sua cultura e le sue letture senza confini. Credo che si possa dire, senza voler fare *boutades*, che egli stesso si legge e si pensa per arricchire le sue capacità critiche. V’è però un punto che divide de Benoist da quel modo d’essere scettico che è proprio di chi scrive. Si tratta dell’idea che possa esserci o possa esserci stato un mondo dove non vi sia stato quello «strangolamento» di cui scriveva Péguy, che divide chi strangola ed ha ragione e chi è strangolato ed ha «così evidentemente torto». Così, de Benoist si richiama spesso alle teorie di Caillé e all’idea maussiana del “dono” e del “controdono” come strumento di scambio delle economie premoderne, che personalmente non riteniamo in grado di cogliere una possibile alternativa al mercato, la cui ideologia liberista può essere moderna, ma la cui realtà ci è attestata, sia pure in forme diverse da

quella odierna, praticamente dovunque. Cosa diversa è il rifiuto delle mitologie del, e intorno al, mercato, che de Benoist sa criticare con perizia (cfr. II, 108 ss.).

De Benoist è un critico radicale dell'ideologia liberale, incarnata specialmente nella tradizione anglo-sassone, ovvero della "logica del capitale", che riduce tutto il mondo a un mercato di beni materiali, ma ciò non significa che egli discosce le virtù del "privato", anche se troppo spesso si lascia trascinare dall'elogio troppo imprudente del comunitario: «Misconoscere la differenza di natura tra la dimensione privata e la dimensione pubblica dell'esistenza umana rischia di portare o a un totalitarismo che sottomette al politico tutti gli aspetti della vita privata, o, al contrario, a un liberalismo tendente alla "privatizzazione" generalizzata degli affari pubblici» (II, 169-70). Le cose, in realtà, sono sempre più complesse di quanto appaiono: il mito del lavoro, per esempio, nasconde il fatto che il lavoro è una necessità, talvolta dolorosa (II, 198-99), non solo e non tanto un'attività creatrice. La democrazia nasconde tutta la sua componente non democratica nella misura in cui è solo rappresentativa (de Benoist si richiama sia a Rousseau - «critico implacabile dell'economicismo mercantile, del liberalismo inglese e del cosmopolitismo dei Lumi» (II, 279) - sia a Carl Schmitt: II, 218 ss. e *passim*).

I due volumi qui recensiti sono in gran parte interviste e quindi non esenti da ripetizioni. Volendo trarre il succo da tutto il ragionamento del nostro autore, a sintesi di un'opera che tuttavia ancora attende l'*opus maius*, riassuntiva di tutte le precedenti, citerei questo brano: «Tutto il movimento della modernità è un movimento verso l'omogeneo. Adorno e Horkheimer lo hanno mostrato molto bene facendo osservare, nella *Dialektik der Aufklärung*, che la libertà dei Moderni consiste nel preferire sempre il Medesimo. Questo movimento verso l'omogeneo ha per vettore principale un'ideologia individualistica-universalistica, che tende a eliminare o a considerare secondaria ogni forma di vita sociale intermedia: comunità, popoli, nazioni, culture ecc. Ora, gli uomini appartengono all'umanità non in modo immediato ma, al contrario, in modo mediato e questa dimensione della loro presenza nel mondo è loro indispensabile. La crescita dell'individualismo ha avuto come conseguenze la disaggregazione delle strutture organiche di prossimità, che erano anzitutto strutture di solidarietà, l'instaurazione dello Stato assistenziale resa necessaria per supplire alla scomparsa di questa solidarietà, e per finire lo sgretolamento del legame sociale cui assistiamo oggi» (II, 235). De Benoist ascrive la responsabilità di tutto questo al liberalismo, di cui il neo-liberalismo sarebbe la fase suprema. Personalmente, noi riteniamo che il liberalismo classico non può essere ritenuto responsabile delle degenerazioni ultime di quella che il Nostro definisce la morale della soggettività; nel liberalismo classico non tutto è riducibile ad impoliticità e persino in Adam Smith la morale della simpatia è un contemperamento del mercato. De Benoist unisce mercato e concorrenza, cose che non sono da confondere, ma anzi da distinguere. Il liberalismo classico ed un mercato ben regolato sono anzi oggi l'unica possibile via d'uscita dalla "logica del capitale" e delle globalizzazioni neo-liberali, così i come i principi dello Stato di diritto possono ancora salvarci dalla deriva dello Stato del giudice.

Molti sono gli aspetti del pensiero di de Benoist con i quali si può dissentire. Ne indico uno per tutti: l'idea che lo Stato sia morto, idea che va avanti da almeno cent'anni, mentre certi Stati sono indubbiamente sempre più deboli, ma altri restano assolutamente centrali. Non è un caso che oggi, in Germania, si sia tornati a discutere con forza della *Staatlichkeit*, mentre ancora alcuni anni or sono il discorso era impernato sulla dottrina, se non addirittura la sociologia della

Costituzione. In realtà, il mondo non progredisce, semplicemente cambia, per certi aspetti in meglio, per altri in peggio. Ovviamente, de Benoist sa bene che «la critica viene esercitata su una realtà già esistente, mentre una proposta positiva esige, oltre a una chiara concezione dell'uomo e del mondo che spesso manca, una visione dell'avvenire che oggi è più difficile che mai» (I, 409). Il punto è che la critica dell'esistente è un'attività eterna dell'uomo in ogni epoca e in ogni latitudine. Non a caso qualche "tempo fa" si elogiava l'umanità prima... del diluvio.

Agostino Carrino

Su Gustav Radbruch

MARC ANDRÉ WIEGAND, *Unrichtiges Recht. Gustav Radbruchs rechtsphilosophische Parteienlehre*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2004, pp. 252.

WALTER PAULY (Hrsg.), *Rechts- und Staatsphilosophie des Relativismus. Pluralismus, Demokratie und Rechtsgeltung bei Gustav Radbruch*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 266.

MARTIN BOROWSKI, STANLEY L. PAULSON (Hrsgg.), *Die Natur des Rechts bei Gustav Radbruch*, Tübingen, Mohr, 2015, pp. 265.

Da qualche tempo si assiste ad una ripresa di interessi per la filosofia del diritto di Gustav Radbruch, certamente uno dei più importanti giuristi europei della prima metà del Novecento, ingiustamente oscurato dalla più brillante luce di altri filosofi e teorici del diritto come Hans Kelsen e Carl Schmitt.

Eppure, il pensiero di Radbruch, che affonda le sue radici nel neokantismo del Baden (Rickert, Windelband, Lask), ha un'importanza che va certamente oltre la tesi del "diritto ingiusto", pur recepita dalle supreme istanze giudiziarie federali tedesche nei casi dei crimini nazisti o della responsabilità penale delle guardie confinarie della Germania comunista. Ma questa attenzione per Radbruch si scontra sempre con alcune difficoltà intrinseche al testo del giurista. Anche in pensatori come A. Kaufmann, pure allievo di Radbruch, la domanda su alcune oscurità del pensiero di Radbruch sembra restare senza risposta. Così, per esempio, il lemma 'idea del diritto' (*Rechtsidee*), di cui difficilmente si coglie la natura di contro al più evidente 'concetto del diritto'.

In effetti, il pensiero giusfilosofico di questo autore resta complesso e spesso contraddittorio. Riesce Wiegand a risolvere queste contraddizioni? L'Autore di questa dissertazione ricostruisce il pensiero giuridico di Radbruch costruendo le sue argomentazioni intorno al concetto politico di 'dottrina dei partiti' (e quindi dello scopo), che gli pare rappresentare il fulcro di un pensiero dove difficoltà teoretiche e contraddizioni dottrinali si manifestano al meglio, a partire dall'ambiguo concetto di 'valore'. Dove collocare Radbruch? Nel campo della filosofia dei valori? Del giuspositivismo? Del diritto naturale (dopo la seconda guerra)? Vi è continuità o discontinuità nel suo pensiero? Quali sono - se vi sono - le contraddizioni e le tensioni decisive? Tutte domande alle quali, in verità, l'Autore non riesce a dare una risposta convincente, anche perché buona parte del libro è dedicata alla preistoria di Radbruch (il sistema di Hegel, la sua critica, il ritorno a Kant, l'esposizione del neokantismo del Baden e le problematiche del valore ecc.), rispetto alla quale Radbruch semplicemente pare aggiungersi in modo non del tutto organico. Meglio sarebbe stato ricercare direttamente nel pensiero di Radbruch, scavando

nelle sue aporie, i nessi e le premesse utili per gettare luce sul suo pensiero, al di là della semplice ricognizione della persistenza di originarie antinomie, per le quali Radbruch non sarebbe mai riuscito a superare lo iato tra realtà e valore.

Diverso il lavoro di Pauly, che ha raccolto saggi tutti orientati, direttamente o indirettamente, sulla concezione politica di Radbruch. Il diritto, per Radbruch, ha il “senso di servire alla giustizia”, intesa quest’ultima, relativisticamente, in senso formale. Tutti i saggi qui raccolti ruotano in qualche modo intorno a questa tesi: “servire”, per esempio, implica una discussione sugli strumenti legati alla prassi, quindi alla politica, *in primis* ai partiti quali mezzi di organizzazione del consenso: M. Otto scrive così sulla dottrina dei partiti e lo Stato di diritto democratico (129-148), J. Czipka sull’antropologia sottesa alle diverse concezioni dello Stato (149-168), G. Heiß sul «conformismo socialista» (169-198). La terza parte è dedicata alla filosofia del diritto di Radbruch e alle sue “conseguenze” politiche nel Radbruch difensore della Costituzione di Weimar (D. Hildenbrand), nel Radbruch critico del nazionalsocialismo (F. Wittreck), per finire con una trattazione della “formula di Radbruch” (J. Renzikowski). La prima parte del volume, dopo l’introduzione di Pauly, è dedicata ai fondamenti giusfilosofici: relativismo dei valori e positivismo (F. Wapler), idea del diritto e giustizia (S. Kirsche).

In qualche modo a questa prima parte del volume curato da Pauly si riallacciano i saggi raccolti da Martin Borowski e Stanley L. Paulson nel terzo volume qui recensito, che pur senza l’ambizione di chiarire in maniera unitaria le difficoltà del pensiero di Radbruch riescono però ad illuminarne una serie di problematiche settoriali, formando nell’insieme un quadro organico capace di dare un contributo importante alla conoscenza del giurista tedesco. Esso raccoglie una serie di contributi incentrati sul percorso giusfilosofico di Radbruch. La natura del diritto è del resto dichiaratamente l’oggetto delle trattazioni, tutte di grande interesse e di ottima qualità. Il volume si articola su due parti: la prima dedicata al concetto di diritto, la seconda allo sviluppo delle riflessioni di Radbruch dall’epoca di Weimar al secondo dopoguerra, in quella che potrebbe essere definita una progressiva “moralizzazione” del diritto.

La prima parte si apre con un saggio di Horst Dreier – per la verità risalente al 1991 e qui ristampato senza sostanziali mutamenti – che contrappone Kelsen a Radbruch e prende le difese del primo contro la leggenda delle responsabilità del positivismo giuridico nell’avvento del nazionalsocialismo, mettendo in rilievo come negli anni di Weimar il classico positivismo della legge e della certezza del diritto si trovò a combattere, da un lato, con una magistratura che rifiutava il primato della legge in nome delle clausole generali, dall’altro con tutta una serie di nuove teorie che tutto potevano essere tranne che positiviste e che certamente proprio negli anni di Weimar cercarono di far valere posizioni di vario genere, da quelle neo-giusnaturaliste a quelle sociologiche, marxiste, autoritarie, tutte attive intorno al problema della interpretazione dell’art. 109 della *Weimarer Reichsverfassung* relativo al principio di uguaglianza. Per Horst Dreier, dunque, si tratta di una autentica leggenda che il positivismo giuridico possa aver avuto una qualche influenza, sia pure indiretta, sulla nascita del regime hitleriano, ovvero dello *Unrecht-Staat*.

A parte il saggio di Horst Dreier, vanno qui segnalati anche quelli di Paulson, di Ralf Dreier e di Borowski. Paulson argomenta in maniera convincente come in Radbruch vi sia una continuità di pensiero in quanto la tesi di un passaggio dal positivismo prebellico al giusnaturalismo postbellico non trova fondamenti reali: Radbruch, infatti, anche nella sua fase dichiaratamente neokantia-

na e poi negli anni Venti e Trenta, non fu mai un “positivista”, né poteva esserlo sulla base delle premesse filosofiche del suo pensiero. Non a caso, la critica di Radbruch a Kelsen – citata da Paulson – vorrebbe fare di Kelsen una sorta di naturalista, in quanto il suo “dovere” non sarebbe veramente tale, ma piuttosto volontà, imperativo, e il suo riferimento al ‘valore’ piuttosto un riferimento alla realtà (critica, bisogna dire, piuttosto acuta, anche se confinata a Radbruch, che coglieva una aporia reale della *reine Rechtslehre*).

Paulson, del resto, sottolinea il comune radicamento di Radbruch e Kelsen nel neokantismo del Baden, ma con accentuazioni differenti, il primo sulla *“Wertlehre”*, il secondo sulla *“Geltungslehre”* (167), come a dire due modi di concepire, uno più orientato verso i rapporti reali e politici (Radbruch), l’altro teso ad una fondazione puramente scientifica della giurisprudenza. Certo, una dottrina dei valori oggettivi può essere confusa con una visione positiva, attenta cioè alle lotte politiche reali, ma non con un positivismo. Sicché: «Radbruch sin dall’inizio ha svolto una critica esplicita e nettamente formulata al positivismo giuridico in quanto naturalismo, compreso il positivismo giuridico di Kelsen, da Radbruch erroneamente classificato come naturalistico» (167). In definitiva, la tesi di Paulson, sostenuta anche con un ricco apparato di citazioni, è che il non-positivista Radbruch sia passato da un relativismo dei valori alla assolutizzazione di un valore sotto l’impressione dell’esperienza dello Stato del torto nazista. Ma il fondamento filosofico di entrambe le posizioni resta il neokantismo del Baden, anche, forse bisognerebbe domandarsi, con uno “scivolamento” nell’ultimo Radbruch verso un neokantismo sostanzialistico (giusnaturalistico) à la Cohen?

Importanti anche il saggio di Ralf Dreier sullo stesso tema (continuità e discontinuità nella filosofia giuridica di Radbruch), però più espositivo rispetto a quello di Paulson, e quello di Martin Borowski, che argomenta con precisione e lucidità *contro* la tesi di una “svolta” di Radbruch verso il giusnaturalismo.

Agostino Carrino

CHRISTIAN CALLIES, WOLFGANG KAHL, KIRSTEN SCHMALENBACH (Hrsgg.), *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, pp. 237.

Non è possibile qui entrare nel merito di ogni singolo saggio raccolto in questo volume. La sua relativa concisione e l’occasione (i festeggiamenti per i 75 anni di Detlef Merten) non devono però ingannare: il libro si segnala infatti per una sua estrema fruttuosità intellettuale, indipendentemente dall’assenso che si può dare a questa o a quella tesi. Diritti, Stato di diritto e democrazia sono i terreni di confronto, ma su tutti si staglia una visione del diritto europeo e dell’Unione europea intesi in una visione pragmatica, vale a dire come realtà da comprendere ed approfondire dal punto di vista dottrinale. Significativo, da questo punto di vista, il saggio di W. Kahl sull’idea di sovranità propria della Corte costituzionale tedesca quale espressa in particolare nella *Lissabon-Urteil* del 2009. Ma vanno segnalati un po’ anche tutti gli altri saggi, da quello di Ch. Callies sull’Unione europea come “comunità di diritto” a quello di P. Kirchhof sul ruolo del concetto di libertà nel mercato finanziario, a quello di K.-P. Sommermann sui diritti sociali. Georg Ress si occupa di un tema specifico della procedura dinanzi alla Corte di Strasburgo, ovvero il cd. “margin of appreciation”; H.H. Klein dell’art. 146