

n. 5/2015 - ISSN 2283-6527

Estratto

# LO STATO

RIVISTA SEMESTRALE DI SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO diretta da AGOSTINO CARRINO e ALIS VIGNUDELLI

Mucchi Editore



RIVISTA SEMESTRALE DI  
SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO

*diretta da*  
AGOSTINO CARRINO e ALJS VIGNUDELLI

ANNO III - NUMERO 5 (LUGLIO-DICEMBRE 2015)



Mucchi Editore

## **DIREZIONE SCIENTIFICA BOLOGNA**

ALJS VIGNUDELLI  
(Università di Modena e Reggio Emilia)

## **DIREZIONE SCIENTIFICA ROMA**

AGOSTINO CARRINO  
(Università di Napoli Federico II)

---

### **Comitato di redazione Modena**

LUCA VESPIGNANI  
(Università di Modena e Reggio Emilia, Capo redattore)

FEDERICO PEDRINI  
(Università di Modena e Reggio Emilia)

SIMONE FRANZONI  
(Università di Modena e Reggio Emilia)

ELENA CAPPELLINI  
(Università di Modena e Reggio Emilia)

ILARIA DRAGHETTI  
(Università di Modena e Reggio Emilia)

FEDERICA VERSARI  
(Università di Modena e Reggio Emilia)

### **Comitato di redazione Roma**

CARMINE DE ANGELIS  
(Università di Roma Foro Italico, Capo redattore)

FEDERICO LIJOI  
(Università di Roma La Sapienza)

DANIELE PORENA  
(Università di Perugia)

## COMITATO SCIENTIFICO

- ROBERT ALEYX (Christian-Albrechts-Universität zu Kiel - Germania)  
GUIDO ALPA (Sapienza Università di Roma, Pres. Ass. Civilisti Italiani - Italia)  
ANTONIO BALDASSARRE (Luiss Guido Carli di Roma, Pres. em. Corte Cost. - Italia)  
MAURO BARBERIS (Università di Trieste - Italia)  
SERGIO BARTOLE (Università di Trieste, Pres. em. AIC - Italia)  
CESARE MASSIMO BIANCA (Sapienza Università di Roma - Italia)  
SCOTT BREWER (Harvard University, Cambridge, MA - USA)  
JÜRGEN BRÖHMER (Murdoch University, Perth - Australia)  
PIERRE BRUNET (Université Paris Ouest - Francia)  
AGOSTINO CARRINO (Università di Napoli Federico II - Italia)  
ANTONIO D'ATENA (Università di Roma Tor Vergata, Pres. em. AIC - Italia)  
BIAGIO DE GIOVANNI (Università degli Studi di Napoli "L'Orientale" - Italia)  
MARIO DOGLIANI (Università di Torino - Italia)  
HORST DREIER (Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Pres. em. VDStRL - Germania)  
GIUSEPPE DUSO (Università di Padova - Italia)  
TIMOTHY ENDICOTT (Dean of the Faculty of Law, University of Oxford - Regno Unito)  
LAWRENCE M. FRIEDMAN (Stanford Law School - USA)  
ROBERTO GARGARELLA (Universidad de Buenos Aires - Argentina)  
LECH GARLICKI (Uniwersytet Warszawski, già giudice costituzionale - Polonia)  
MORRIS L. GHEZZI (Università Statale di Milano - Italia)  
JUAN CARLOS HENAO (Universidad Externado de Colombia, Pres. em. Corte Cost. - Colombia)  
HASO HOFMANN (Humboldt-Universität zu Berlin - Germania)  
NATALINO IRTI (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)  
THOMAS KENDALL (Columbia Law School New York - USA)  
PHILIP KUNIG (Freie Universität Berlin - Germania)  
CHARLES LEBEN (Université Panthéon-Assas - Francia)  
MASSIMO LUCIANI (Sapienza Università di Roma, Pres. AIC - Italia)  
MICHELA MANETTI (Università di Siena - Italia)  
FABIO MERUSI (Università di Pisa - Italia)  
ERIC MILLARD (Université Paris Ouest - Francia)  
GIUSEPPE MORBIDELLI (Sapienza Università di Roma - Italia)  
PÉTER PACZOLAY (Szegedi Tudományegyetem, Pres. em. Corte Cost. - Ungheria)  
ENRICO PATTARO (*Alma Mater*-Università di Bologna - Italia)  
STANLEY L. PAULSON (Washington University, St. Louis, MO - USA)  
PIETRO PERLINGIERI (Università del Sannio, Pres. S.i.s.d.i.c. - Italia)  
GERALD J. POSTEMA (University of North Carolina at Chapel Hill, NC - USA)  
GIUSEPPE UGO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma - Italia)  
PIETRO RESCIGNO (Sapienza Università di Roma, Accademia Naz. dei Lincei - Italia)  
GEORG RESS (Universität des Saarlandes, già giudice CEDU - Germania)  
ALBERTO ROMANO (Sapienza Università di Roma - Italia)  
BERND RÜTHERS (Rettore em. Universität Konstanz - Germania)  
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ (Dir. Dep. de Dret, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona - Spagna)  
GINO SCACCIA (Università di Teramo - Italia)  
ANTONINO SCALONE (Università di Padova - Italia)  
FRANCO GAETANO SCOCA (Sapienza Università di Roma - Italia)  
MICHELE SCUDIERO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. CUN - Italia)  
KURT SEELMANN (Universität Basel - Svizzera)  
EMANUELE SEVERINO (Università Ca' Foscari di Venezia - Accademia Naz. dei Lincei - Italia)  
FEDERICO SORRENTINO (Sapienza Università Roma, Pres. em. AIC - Italia)  
SANDRO STAIANO (Università di Napoli Federico II - Italia)  
GIULIANA STELLA (Università di Napoli Federico II - Italia)  
GIUSEPPE TESAURO (Università di Napoli Federico II, Pres. em. Corte Cost. - Italia)  
MICHEL TROPER (Université Paris Ouest - Francia)  
STEPHEN TURNER (University of South Florida, FL - USA)  
RODOLFO VÁZQUEZ (Instituto Tecnológico Autónomo de México - Messico)  
ALJS VIGNUDELLI (Università di Modena e Reggio Emilia - Italia)  
MAURO VOLPI (Università di Perugia, già componente CSM - Italia)  
GÜNTHER WINKLER (Universität Wien, Pres. em. VDStRL - Austria)

# INDICE

## Saggi

GUIDO ALPA, <i>I principi generali. Una lettura giusrealistica</i> .....	11
MARIO BERTOLISSI, <i>Crisi e riforma del sistema finanziario.</i> <i>Appunti in tema di governance bancaria</i> .....	49
LORENZA CARLASSARE, <i>I nomi e le cose</i> .....	69
MORRIS L. GHEZZI, <i>Stato e diritto penale minimo</i> .....	85
ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, <i>La interacción entre los tribunales que garantizan</i> <i>derechos humanos: razones para el diálogo</i> .....	109
GIUSEPPE TESAURO, <i>L'Unione europea come Comunità di diritto</i> .....	123

## Materiali

FELICE MASI, <i>Emil Lask sul valore scientifico dell'empiria giuridica</i> .....	151
EMIL LASK, <i>I fondamenti comuni della vita politica.</i> <i>Considerazioni sulla dottrina generale dello Stato di Richard Schmidt</i> .....	169
FEDERICO PEDRINI, <i>Colloquio su Metodo, Interpretazione e Richterstaat.</i> <i>Intervista al Prof. Bernd Rüthers (Konstanz, 14 novembre 2015)</i> .....	189
CARL SCHMITT, <i>Concetto di diritto e idea del diritto.</i> <i>Su Julius Binder critico di Stammler</i> .....	219

## Interventi, Note e Discussioni

MARIO FIORILLO, <i>Dagli stati canaglia al Califfato nero.</i> <i>Note sulla fenomenologia politica dell'orrore di inizio millennio</i> .....	229
FRANCESCO VALAGUSSA, <i>Il Geroglifico di Schmitt</i> .....	245

## Biblioteca

► Riferimenti bibliografici .....	263
-----------------------------------	-----

## 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 composte, 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 gl'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 compito. «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 *ius 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 anettere 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 statale 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, reinterprelandola 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 obbligatione 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 delinarsi, 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, ingenuo. 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 ricostruisce 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 statale. 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 statale, chiamiamo, nella loro diversità e nella loro peculiarità, “pubblici”.

È stato visto che il *Können*, inteso come concessione statale 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 statale» (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 «[l]a 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.

Innanzitutto, 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 equivarrebbe 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 percepiranno come tale la globalizzazione o l'europizzazione 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 'neoliberale', 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 Minghetti 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. Charamente, 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'*Algerie 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 nocciolo 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-eurasiatismo, una sorta di nazionalbolsevismo 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 senza-tezza 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 accentrano 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 consisterà 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 destra, che de Benoist 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 teologia 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 precedenza 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 decisione 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 fundamentalmente 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 Marghiese 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 "contro dono" 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 disconosce 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 disgregazione 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 temperamento 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 imperniato 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 teoriche 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. Kirste).

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

GG in rapporto ad alcune determinazioni della Corte di Karlsruhe nella sentenza sul Trattato di Lisbona. Ma tutti i contributi si prestano ad ulteriori considerazioni e riflessioni sulla materia, sempre più critica, del diritto europeo e dell'Unione europea in quanto tale.

Eugenio de Sio

**MARY ANN GLENDON**, *Verso un mondo nuovo. Eleanor Roosevelt e la Dichiarazione Universale dei diritti umani*, trad. it. a cura di S. Sileoni, Macerata, Liberilibri 2008, pp. 495.

Ricostruzione molto accurata della genesi della Dichiarazione Universale del 1948, che molto deve alla vedova del Presidente Franklin D. Roosevelt, da parte di un'attenta studiosa delle problematiche relative ai diritti (è l'autrice del noto *Rights Talk*). L'interesse di questo libro, oltre che per la sua ricca documentazione dei dibattiti interni ed esterni al ristretto gruppo di persone cui era stato affidato il compito di redigere la Carta (gruppo eterogeneo tanto più in quanto si andava rapidamente, dopo la fine della guerra, verso lo scoppio della "guerra fredda"), si segnala per l'impostazione culturale della Glendon, sostenitrice dei diritti in un'ottica solidaristica e non individualistica. La Dichiarazione del 1948 è infatti una Carta dove non appare ancora l'idea del 'diritto' come qualcosa di strutturalmente ingordo e di per sé deflagrante oltre ogni limite. La controparte del dovere è ancora, in effetti, presente nella dialettica dei diritti.

Merita di essere letto, questo racconto, anche per metterlo a confronto con altre esperienze, intellettualmente molto al di sotto, quali quella che portò alla Carta europea dei diritti.

Eugenio de Sio

**SOPHIE LOIDOLT**, *Einführung in die Rechtsphänomenologie. Eine historisch-systematische Darstellung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, pp. XIII-411.

Questa «Introduzione alla fenomenologia giuridica» si prospetta, secondo quanto specificamente recita il sottotitolo, come una presentazione storico-sistemica del tema in questione. L'intento è quello di analizzare i rapporti intercorrenti, nel ventesimo secolo e oltre, tra fenomenologia, filosofia giuridica e scienza giuridica, secondo un programma di non facile esecuzione. Se, infatti, della fenomenologia si sceglie di dare una lettura rigorosa, essendo i giuristi che conviene prendere in considerazione esclusivamente i seguaci autentici di Edmund Husserl, questi possono contarsi sulle dita di una mano. Qui, invece, gli autori analizzati sono molto più numerosi e ciò spiega perché si parli di «presentazione storico-sistemica»: scopo del libro è la ricostruzione di un percorso ramificato, che tiene conto, non soltanto dei discepoli diretti di Husserl, ma anche dei giuristi che furono influenzati da Husserl in maniera indiretta, per il tramite di personalità solo originariamente e trasversalmente connesse a Husserl stesso, come Martin Heidegger, Max Scheler, Maurice Merleau-Ponty. Vi sono, poi, le connessioni con tematiche intersecantesi con il diritto, più prettamente politiche e sociali, nonché l'illustrazione di genealogie appartenenti a cornici culturali alternative a quella originaria - la austro-tedesca -, che, pur connesse alla corrente fenome-

nologica, importarono il fenomeno con una cifra diversa: è il caso della cornice in cui sono iscritti gli autori di lingua francese. Inoltre, e inevitabilmente, si tiene conto delle intersezioni della fenomenologia giuridica con la dottrina di Hans Kelsen, le quali, pur riguardando in generale molta filosofia giuridica novecentesca, vanno enfatizzate specificamente a riguardo dell'opera degli husserliani Felix Kaufmann e Fritz Schreier, da un lato, e Carlos Cossio, dall'altro. E questi sono solo i temi basilari; vi si aggiungono anche dei sottotemi, la cui indicazione dettagliata travalica il nostro compito.

Il libro esordisce con una argomentata parte introduttiva, intesa a dare i rudimenti della fenomenologia giuridica, riguardata, sia in un'ottica giusfilosofica generalista, sia in quella più specificamente fenomenologica. Questi esordi portano alla prospettazione di tre tentativi di sistematizzazione, quella che osserva la fenomenologia nel suo rapporto con il diritto e la scienza del diritto, quella che analizza le diverse modalità di approccio all'interno della fenomenologia giuridica - giuridica, eidetica, mondana, trascendentale -, la sistematizzazione, infine, che tenta una classificazione storica e sistematica. A questa prima parte segue la seconda, e fondamentale, del libro, illustrante le posizioni dei vari autori presi in considerazione. Essi vanno a far parte, nell'intento dell'A., di due distinti gruppi, quello dei giusfenomenologi "classici" e quello dei proseguitori e dei fautori di nuovi approcci. A loro volta questi grandi contenitori raccolgono al loro interno ulteriori distinzioni piuttosto dettagliate. E, a proposito dei criteri metodologici utilizzati ai fini sistematici prescelti, ci limitiamo a segnalare come non ci si discosti qui, secondo una vulgata non da tutti condivisa, dall'esegesi che si serve della categoria interpretativa del "realismo" per individuare un criterio selettivo entro i giusfenomenologi di lingua tedesca. Questo contrassegno, essendo i suddetti autori certamente i più importanti tra i fenomenologi del diritto, è certo il suggello della scelta interpretativa dell'A.: essa porta "per li rami" ad aderire a una visione dismorfica del trascendentalismo husserliano, improvvidamente diviso tra ontologismo e idealismo.

Giuliana Stella

**J. HARVIE WILKINSON III**, *Cosmic Constitutional Theory. Why Americans Are Losing Their Inalienable Right to Self-Governance*, New York, Oxford University Press, 2012, pp. 161.

La centralità delle costituzioni nelle moderne esperienze giuridiche, anche ora che al di sopra delle costituzioni vengono posti i diritti dell'uomo quale strumento di pseudo-legittimazione dei poteri del giudice, ha avuto, tra altre conseguenze, anche quella di favorire la proliferazione di teorie costituzionali su interpretazione e natura della 'costituzione'. Si è andato così lentamente disgregando il legame tra le costituzioni (al plurale) e le realtà sociali e storiche delle singole nazioni. Un vestito uguale per tutti, al posto della molteplicità delle vesti, rispondenti alla differenza dei soggetti.

Interessante, perciò, questo libro del giudice americano Harvie Wilkinson III, che rivendica i diritti della tradizione giuridico-politico specificamente americana contro quella che egli chiama la teoria costituzionale «cosmica», quella appunto che non considera le specificità nazionali, con il rischio, per gli Americani, che vadano perduti i loro specifici e tradizionali diritti.

L'Autore discute per prima la dottrina del "*living constitutionalism*", di cui mette in rilievo il rischio della mancanza di freni posti all'attivismo giudiziario e il fatto che essa supera ogni testualismo interpretativo finendo con il mettere a rischio l'impianto politico democratico del sistema giuridico-politico americano. Il "*living constitutionalism*" può essere anche rispondente ad una società pluralista, ma dinanzi alla possibilità di risposte (moralì, economiche, di interesse ecc.) differenti, la teoria si richiama alle idee di minoranze presunte illuminate, dove appunto la presunzione lascia aperto ogni dubbio. «Nella sua forma pura – scrive Harvie – il *living constitutionalism* è paternalismo che si basa sull'idea che pochi sanno ciò che è meglio per molti» (32).

E l'originalismo, l'altra grande teoria costituzionalistica americana? Qui viene discussa nella posizione di Bork, che ritiene l'originalismo la teoria che più di altre sarebbe in grado di difendere la neutralità del giudice. Si tratta di una teoria dalle molte virtù, a partire dai limiti posti all'attivismo giudiziale: «Accettando la risoluzione dei Framers al dilemma di Madison, l'originalismo, in teoria, consente ai giudici di assolvere al loro proprio ruolo senza far entrare, in maniera illegittima, le loro proprie preferenze politiche nel diritto» (44). Ma i vizi dell'originalismo sono anch'essi radicali: costringendo in qualche modo i giudici a fare gli storici (per rintracciare l'intenzione originale dei Framers), l'attivismo giudiziale spesso non viene affatto limitato ma, al contrario, accentuato. Sicché ciò che esce dalla porta rientra dalla finestra. Per di più, l'originalismo non può non fondarsi anche su tutti questi precedenti che originalisti non erano, sicché le contraddizioni non vengono affatto risolte. Non v'è alcuna risposta chiara a molti interrogativi che solo superficialmente possono essere risolti dalla interpretazione originalista: «Nonostante la loro popolarità, è chiaro che né il *living constitutionalism* né l'originalismo forniscono delle certezze adeguate per la limitazione dell'attivismo giudiziario (...) resta il fatto che entrambe le teorie permettono (e spesso incoraggiano) a giudici non eletti di entrare nella selva della politica» (60).

L'Autore si occupa anche di altre teorie "cosmiche", ugualmente insoddisfacenti, come quella di Ely relativa alla autonomia del processo in sé, dove però i giudizi soggettivi di valore dei giudici non sono affatto esclusi, come dimostra la sua esperienza di riferimento: la Corte di Warren. Sorte non migliore di Ely è riservata al "pragmatismo" di Richard Posner, studioso «buono per tutte le stagioni» (80). Ma nonostante la virtù della sua flessibilità, il pragmatismo di Posner ha il vizio di attribuire in fondo tutto il potere (per quanto pragmaticamente presupposto) ai giudici, che in definitiva appaiono anche qui assai poco 'limitati' nei loro poteri.

In un'epoca di teorie "cosmiche", la posizione di Harvy è quella di non avere teorie. Ciò può essere interessante, ma occorre, a questo punto, che ci venga data una ulteriore e più ampia giustificazione (teoria?) della necessità, o opportunità, di non avere teorie nel campo della interpretazione costituzionale.

Agostino Carrino

ANNE PETERS, *Jenseits der Menschenrechte. Die Rechtsstellung des Individuums im Völkerrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. XXIV-535.

Da quando Hans Kelsen cercò di rovesciare l'impostazione classica del diritto internazionale, fondato sulla sovranità degli Stati, ipotizzando una rivoluzione

etica, ovvero una integrazione diretta del singolo nell'ordinamento giuridico internazionale sulla base del primato del diritto internazionale (*Das Problem der Souveränität*, 1920), molta acqua è passata sotto i ponti. La richiesta che i singoli individui siano protagonisti, attivi e passivi, delle norme sovrastatali, si è diffusa universalmente, con esiti ovviamente differenti a seconda delle condizioni e dei rapporti di fatto. Questo libro di Anne Peters, professore di diritto internazionale a Basilea e vice-direttrice del Max-Planck-Institut di Heidelberg, vuole elaborare un fondamento dottrinale di questa soggettività giuridica dei singoli nella prospettiva del diritto internazionale da un punto di vista empirico e dogmatico, attento quindi alla normativa esistente e non solo nella prospettiva di riforme future.

Si tratta di stabilire le premesse formali perché i soggetti individuali possano, di volta in volta, nelle condizioni che saranno determinate, esercitare specifici diritti e specifici doveri, in base alla dottrina delle fonti del diritto internazionale e sulla premessa che ogni singolo è, in quanto tale, soggetto di diritto (internazionale). Ciò significa che Peters è ben consapevole del fatto che allo stato attuale i singoli individui si trovano ancora in una sorta di guado nel passaggio da uno stato di non-soggettività giuridica internazionale ad uno di piena soggettività. Anche per questo l'Autrice dedica una buona parte del libro (53-360) allo studio delle disposizioni del diritto internazionale positivo nei suoi vari aspetti, ovvero a livello del diritto primario e del diritto secondario.

È impossibile, in questa sede, dare conto di tutti i passaggi di un libro denso (forse anche troppo) e ricco di riferimenti; ci limitiamo a ricordare le conclusioni cui Anne Peters perviene. Innanzi tutto, a suo avviso l'individuo, come detto, da un punto di vista "ontologico", ha già una sua soggettività giuridica indipendente dagli Stati, i quali non sono entità "naturali", ma solo prodotte, quindi artificiali (cfr. 383 ss.). Si tratta di una tesi da un lato ovvia, per quanto riguarda la genesi storica degli Stati, ma dall'altro discutibile, perché non distingue tra il dato empirico (gli Stati nella loro esistenza empirica) e la statualità, cioè la *dimensione concettuale* propria del *Jus publicum europaeum*, che ha visto negli Stati empiricamente costituiti sulla base di realtà differenti la traduzione di volta in volta storicamente esistente di una esigenza profonda dell'Europa moderna alle prese con la crisi della *res publica christiana*. La tesi di Anne Peters è tanto più difficilmente condivisibile oggi, in quanto assistiamo ad un ritorno in forza sulla scena politica internazionale non solo della *Staatlichkeit*, ma esattamente degli Stati (l'esempio della Russia di Putin è ovvio, ma lo stesso vale per la Turchia neo-ottomana e tanti altri Stati in varie parti del globo).

'Al di là dei diritti dell'uomo' vuole invece essere un sintagma in grado di indicare una via oltre la statualità, cioè oltre la dimensione coercitiva della cittadinanza, una prospettiva teorica che guarda ad un mondo fatto di soggetti già forniti originariamente di una loro propria giuridicità, dove ovviamente l'unica "autorità" sarebbe poi alla fine quella giudiziaria. Data la radicalità della tesi di Peters, sarebbe facile rispondere con una altrettanto radicale contrapposizione, ma sarebbe un errore, perché in tal modo non si coglierebbe l'articolato e partecipato ragionamento intellettuale dell'Autrice. Ciò che forse va detto è che una premessa storica sarebbe stata utile (per esempio in riferimento al diritto romano, dove già ogni singolo - *mutatis mutandis* - portava con sé il suo proprio diritto, il diritto della sua gente, che doveva essere riconosciuto ovunque nella giurisdizione imperiale), ciò anche per far comprendere al meglio la posizione ideologica dell'Autrice, posizione che è chiaramente *individualistica* e che non sem-

bra dare spazio né cittadinanza a nessuna istanza di tipo “comunitaristico” (e di conseguenza anche statuale): «La protezione della persona umana da parte del diritto internazionale oggettivo rappresenta un modello paternalistico di diritto internazionale nel quale si pensa allo Stato come il garante del benessere degli esseri umani. È tempo di superare questo anacronismo anche nel campo del diritto internazionale» (484). Anne Peters stabilisce così un parallelismo tra la dottrina dello Stato liberale tedesca tra Otto e Novecento e la situazione e le esigenze attuali del diritto in marcia verso un *Weltrecht*. Se ciò desta interesse, è anche vero che dopo i fasti della dottrina dello Stato liberale la storia, proprio in Germania, approntò ben altre soluzioni alle problematiche dei rapporti tra singoli e Stato. D’altro canto, la mancanza di una fondazione storico-filosofica è forse una delle principali obiezioni che andrebbero avanzate al libro.

In ogni caso, la tesi centrale, l’esistenza di un diritto individuale internazionale, deve essere posta a base di una riflessione critica sulla distanza che sembra ampliarsi tra la realtà concreta (violazioni crescenti dei diritti, siano essi quelli “riconosciuti” – “ascritti” – o quelli “innati”) e il racconto sui diritti e sugli individui, l’ideologia dei diritti. Un altro merito del libro è non a caso quello di mettere in guardia contro un uso puramente formale e retorico dei diritti umani (dove il titolo). Per chi conosce il tedesco, un libro da leggere.

Agostino Carrino

**JENS PETERSEN**, *Freiheit unter dem Gesetz. Friedrich August von Hayeks Rechtsdenken*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 414.

Questo bel libro di Jens Petersen resterà come un testo di riferimento per chiunque voglia approfondire la conoscenza del pensiero giuridico di Friedrich von Hayek. Mancava, in effetti, a tutt’oggi, anche in Italia (nonostante i lavori, per esempio, di Raimondo Cubeddu), una ricostruzione scientificamente valida della filosofia del diritto di Hayek che si sottraesse sia alla negazione preconcepita sia alla altrettanto preconcepita giustificazione. Petersen sembra esservi riuscito in un lavoro che si segnala per la sua completezza, relativa per esempio anche alle fonti del pensiero hayekiano (dal cristianesimo al diritto romano) e alle componenti non immediatamente giuridiche della sua teoria del diritto (non solo, com’è ovvio, l’economia – il diritto è funzionale alla libertà economica –, ma anche la sociologia).

Petersen ricostruisce con precisione e acribia filologica le tappe del pensiero hayekiano in materia di diritto (necessario per la sua visione dell’economia) mettendone in rilievo i limiti, ma, al tempo stesso, sottolineando come la filosofia giuridica dell’economista austriaco debba essere ascritta alle più importanti teorie giuridiche del Novecento, accanto proprio al giurista da Hayek più criticato, Hans Kelsen, autore della teoria pura del diritto. Il centro dell’analisi è costituito da *The Constitution of Liberty*, analizzato in rapporto a critiche e influssi, in quanto testo fondativo della concezione hayekiana della ‘libertà sotto la legge’, per quanto utopica essa possa e debba essere considerata.

Hayek critica ogni concezione positivista del diritto, in quanto a suo avviso il positivismo giuridico è solo una forma del costruttivismo giuridico, dell’idea che si possa deliberatamente e volontariamente costruire un ordine sociale e immaginare una giustizia come prodotto deliberato di una volontà preordina-

ta al risultato. L'ordine sociale è invece l'esito, *spontaneo*, di una evoluzione non preordinata dell'agire degli individui, donde appunto il cosiddetto individualismo metodologico. Il governo della legge ("legge" intesa come diritto, non come prodotto di una volontà arbitraria) è l'ideale di Hayek, un governo della legge i cui contorni sono però spesso sfuggenti, come proprio Petersen mostra assai bene, ma che cerca comunque di connettersi idealmente con la tradizione scozzese, Locke, Hume e in particolare Adam Smith.

La scienza del diritto è per Hayek una scienza della libertà (cfr. 19 ss.) e questa libertà si esercita sotto l'imperio della legge, i cui caratteri sono ben delineati da Petersen nella sua trattazione, da quelli classici (astrattezza, generalità, *nullum crimen*, separazione dei poteri) a quelli specifici alla sua visione del diritto. Ovviamente, non manca una discussione di tutti i concetti che Hayek formula specificamente per la sua teoria, dal *kosmos* alla *taxis*, alla *catallassi*. La giurisprudenza è per Hayek il ramo delle scienze sociali con la maggior ricaduta pratica e in questa prospettiva si spiega anche la polemica, talvolta eccessiva, contro il giuspositivismo, nel quale vengono ricompresi autori non sempre ascrivibili di regola a questa corrente.

Appare anche evidente, dalla lettura di questo libro, come, tuttavia, questo individualismo metodologico si sia costruito un nemico per molti aspetti di comodo, voglio dire il "socialismo", da un lato, e il *Welfare State* o "Stato sociale", dall'altro. Tutto ciò che non è 'individualismo metodologico' rientra sotto l'etichetta del 'socialismo', il quale diventa così, anche, uno strumento polemico pregiudiziale. Il liberalismo hayekiano sembra infatti non conoscere mezze misure e il povero Kelsen, che pure si voleva per molti aspetti neo-liberale, finisce con l'essere ascritto alle prospettive collettiviste in politica e in diritto. E non solo Kelsen; Petersen è per esempio costretto a prendere le difese anche di Radbruch, anch'egli ascritto in maniera indifferenziata a un positivismo giuridico collettivistico e collettivizzante, trasformandosi così in un teorico acritico del giuspositivismo nonostante le sue posizioni critiche alla fine della sua vita sul "torto legale" e i molti dubbi avanzati in dottrina sul suo presunto, pregresso "giuspositivismo" (cfr. *supra*, 275-277).

Agostino Carrino

**JOHN PHILIPP THURN**, *Welcher Sozialstaat? Ideologie und Wissenschaftsverständnis in den Debatten der bundesdeutschen Staatsrechtslehre 1949-1990*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 631.

Si tratta di una dissertazione sulla genesi della scienza del diritto sociale in Germania sulla base degli artt. 20.1 e 28.1 del *Grundgesetz*, ovvero della fondazione della Repubblica federale tedesca come uno Stato sociale di diritto.

La costituzione federale fu in effetti, negli anni Cinquanta e Sessanta del secolo scorso, molto discussa proprio per questa sua caratterizzazione, che portò a contrasti anche acuti nella scienza del diritto pubblico tra chi, come Forsthoff, poneva una netta separazione tra Stato di diritto e Stato sociale e chi, come per esempio Huber, cercava un momento di sintesi tra i due concetti. Thurn ripercorre tra l'altro questi dibattiti attraverso gli atti della Associazione dei costituzionalisti tedeschi.

L'Autore inizia la sua ricostruzione con l'esposizione, molto dettagliata e acutamente discussa, della polemica del primo decennio del GG (1949-1959), che portò alla affermazione della tesi secondo cui le norme costituzionali non erano semplice-

mente “programmatiche”, ma imponevano al legislatore una specifica normativa di attuazione. A questa prima fase seguì una seconda (1960-1973), nella quale, anche sulla base delle sentenze della Corte costituzionale tedesca, il diritto sociale e lo stesso concetto di *Sozialstaat* si legarono strettamente con il principio di eguaglianza inteso quale criterio di applicazione dei principi e degli strumenti propri dello Stato sociale. Il riferimento ai diritti fondamentali divenne la base di organizzazione giurisprudenziale e politica del criterio di ‘socialità’, inteso non in maniera astratta ma come strettamente legato ad una serie di strumenti di garanzia e di giustiziabilità.

Entrambi questi periodi della storia sociale e giuridica tedesca dipendevano tuttavia anche dalla crescita economica, che con gli anni Ottanta cominciò a dare segni di rallentamento, producendo una serie di inevitabili conseguenze anche sul modo di intendere lo Stato sociale, la cui praticabilità veniva in misura crescente fatta dipendere dalla possibilità di sostenere i costi connessi agli scopi stabilibili nei vari ambiti (sicurezza, previdenza, assistenza ecc.).

In quella che viene raccontata come la terza fase dello Stato sociale in Germania (1974-1990), la contraddizione tra l'apparenza e la realtà comincia a diventare evidente, tanto più in quanto si afferma in tutto l'Occidente una visione neoliberale dell'economia e del mercato. Come conclude Thurn questa sua disamina di quella che forse è la figura centrale, dal punto di vista giuridico, della scienza giuridica tedesca del dopoguerra (anche se in dottrina il concetto viene fatto risalire al giurista weimariano Hermann Heller)? Quale futuro è ancora possibile per lo Stato sociale? L'Autore conclude con un riferimento ad uno dei punti della sentenza della Corte costituzionale tedesca relativa al Trattato di Lisbona, sentenza che tra i vari limiti posti a difesa della autonomia della Repubblica federale annoverava appunto lo Stato sociale, che dunque, nonostante la crisi dello Stato in generale, proprio in rapporto con il processo di integrazione europea, segnala una permanenza di categorie giuridico-politiche solo in apparenza superate dai fenomeni della globalizzazione e della integrazione mondiale dei mercati. In conclusione, questo libro è molto utile, tra l'altro, come un ricco viatico per lo studio delle problematiche del diritto costituzionale tedesco nella seconda metà del Novecento, fino ad oggi.

Eugenio de Sio

**GÜNTHER WINKLER**, *Das Recht und die Rechtswissenschaft. Überlegungen zu einem empirisch-rationalen juristischen Denken aus den Perspektiven von Raum und Zeit*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2014, trad. it. e cura di F. Lijoi, *Il diritto e la scienza del diritto. Riflessioni per un pensiero giuridico empirico-razionale a partire da spazio e tempo*, “Quaderni de Lo Stato”, Modena, Mucchi, 2015, pp. 330.

La traduzione di quest'importante contributo di Winkler è stata senza dubbio impresa meritoria, non soltanto per il valore intrinseco dell'opera, ma anche perché offre a chi non frequenti direttamente la letteratura di lingua tedesca la possibilità di gettare uno sguardo non banale al di là del *main stream* solitamente proposto al pubblico dei lettori italiani. Questi ultimi, dal loro canto, dovranno armarsi di pazienza e concentrazione per affrontare questo non facile volume, che – ripercorrendo in modo sistematico alcuni tra i maggiori studi effettuati dall'Autore in questa materia – delinea un'autentica e originale teoria del diritto.

Se il titolo dell'opera («il diritto e la scienza del diritto») già attesta la rinnovata esigenza di distinguere nel modo più chiaro l'istanza scientifica di cono-

scienza (*Rechtswissenschaft*) dal proprio oggetto di studio (*Recht*) – evitando così di smarrirsi programmaticamente nel labirinto dei «molteplici metalivelli linguistici e intellettuali del diritto» (12) –, il sottotitolo («riflessioni per un pensiero giuridico empirico-razionale a partire da spazio e tempo») ne illustra efficacemente il manifesto metodologico.

Il punto di partenza sono appunto lo spazio e il tempo, e quelle che non a caso già Kant definiva come “forme *a priori* della sensibilità” diventano gli strumenti per una considerazione del diritto che sia al tempo stesso empirica e razionale. *Empirica* perché – a dispetto degli oscillanti tentativi normativistici (criticati nelle sezioni A.II ed E) di isolare la dimensione giuridica in un “universo parallelo” di puro *Sollen* – il diritto vive nell’esperienza ed è percepibile come “realtà sensibile” soltanto in essa. *Razionale* perché, per cogliere intellettualmente come entità omogenea l’esperienza giuridica che si dipana nel *continuum* spazio-temporale, il giurista deve necessariamente avvalersi di uno strumentario adeguato, costituito dalla teoria della conoscenza, dalla logica e dalla grammatica.

La tesi di fondo, sviluppata da Winkler con ammirevole rigore in più di trecento pagine di rara densità, è che il diritto sia un fenomeno socio-culturale complesso realmente esistente di prescrizioni dotate di senso e orientate al fine, dirette al comportamento umano nello spazio e nel tempo. Interessante corollario di questa posizione – d’evidente interesse anche per la teoria dell’interpretazione – è che giuridicamente rilevanti per la teoria giuridica non siano soltanto le *norme* o la loro *applicazione istituzionale*, ma anche quei *comportamenti* dei consociati che delle norme sono *conforme esecuzione*: «La realizzazione non è un fatto extra-giuridico. La realizzazione dei contenuti delle “proposizioni giuridiche” di leggi e atti statali mediante l’agire concreto dell’uomo significa un completamento del diritto. Essa non si trova al di là del diritto» (23).

Solido è il complesso degli argomenti evocati a sostegno di questa posizione, soprattutto per la loro serrata successione logica. Le prime due sezioni (A e B), di notevole profondità metodologica, prendono le mosse dalla discussione intorno al concetto di diritto, per poi proseguire analizzando il rapporto tra norma e fatto, tra diritto e logica, tra grammatica (*rectius*, teoria del significato) e pensiero giuridico. Seguono le due sezioni (C e D) dedicate all’analisi delle proiezioni concrete della dimensione dello spazio e del tempo nel mondo del diritto, più ricche di esempi, ma mai soltanto didascaliche. Un ultimo capitolo (E) sintetizza le risultanze delle sezioni precedenti tratteggiando le linee metodiche di una teoria *normativa*, anche se non meramente *normativista*, che dia conto della necessaria collocazione del diritto nello spazio e nel tempo.

Se proprio si dovesse indicare un piccolo difetto di questo pregevole studio, si potrebbe osservare che, nel corso dell’esposizione, il «giusto equilibrio tra l’astrazione concettuale e l’intuitività oggettuale» auspicato dall’Autore in premessa è un obiettivo realizzato solo in parte. La componente di astrazione, infatti, sovente prevale in queste pagine su quella intuitiva, rendendo più onerosa la lettura di alcuni passaggi (penso in particolare a quelli relativi alla fattispecie, al rapporto tra diritto e logica e al rapporto tra oggetto e metodo) a chi non abbia già avuto modo di meditare le relative tematiche. Del resto lo stesso Winkler pare avvertito dell’inevitabilità di questo esito quando evoca le «limitate capacità prestazionali del linguaggio e del pensiero in generale» (12), e dal canto suo il lettore potrà sempre consolarsi col verso di Ovidio: *quae venit ex tuto minus est accepta voluptas...*

Federico Pedrini

GUSTAVO ZAGREBELSKY, *Liberi servi. Il Grande Inquisitore e l'enigma del potere*, Torino, Einaudi, 2015, pp. 291.

L'opera letteraria presenta varie articolazioni, tra le quali emerge, rispetto all'argomento qui trattato, la saggistica. Tuttavia, pur essendo sempre frutto di attività fantasiosa, di ispirazione più o meno realistica, è possibile tracciare una netta separazione tra opere letterarie a carattere decisamente ludico e di intrattenimento ed altre di profonda natura e riflessione filosofica, quasi sempre percorse e animate dai complessi ed articolati profili psicologici dei protagonisti. Il libro di Gustavo Zagrebelsky, qui considerato, appartiene a pieno titolo a quest'ultima categoria letteraria. L'Autore, decisamente coadiuvato dalla primaria fonte d'ispirazione, ossia dall'episodio dell'incontro del Grande Inquisitore con il Cristo, descritto da Fëdor Dostoevskij (1821-1881) nel romanzo *I Fratelli Karamazov*, come potenziale trama di un possibile futuro scritto di Ivàn, esposto al fratello Alëša, esprime una molteplicità di prospettive psicologiche e di interpretazioni esplicative, allusive e simboliche dell'evento, denominato, appunto, *La leggenda del Grande Inquisitore*.

Subito si presentano i veri protagonisti del saggio: il tormento della libertà e la felicità della servitù, che, in ambito sociale e politico, si traducono nell'autonomia e nell'eteronomia, nella partecipazione democratica e nell'assolutismo totalitario, talvolta illuminato; in sintesi, nel potere subito ed in quello gestito. Le articolazioni che collegano questi poli opposti sono molteplici e di diversa natura. Individuo e collettività delineano due diversi orizzonti di problematiche, che si estendono dall'estremo soggettivismo sino ad un presunto altrettanto estremo oggettivismo. Ma subito emerge una ulteriore articolazione: la collettività, come anche gli individui non sono entità monolitiche, non si presentano omogenei negli intenti e nelle funzioni; essi si dividono, oltre ed al di là di particolarismi qualitativi, nelle due macrocategorie dei detentori del potere e dei loro subordinati. Il potere può manifestarsi ottuso ed egoista, ma può, altresì, come in questo caso, presumere, ma solo presumere, di essere illuminato ed altruista. Sorge, però, a questo punto un angoscioso, quanto storicamente realistico interrogativo: è lecito decidere del bene altrui ed imporlo? Chi meglio del diretto interessato può essere arbitro del proprio bene? La risposta al quesito passa evidentemente attraverso due diverse visioni dell'altro: cittadino o suddito, consapevole o inconsapevole, maturo o immaturo, infantile o adulto? Nessuno può essere in grado di fornire una risposta inconfutabile per l'evidente ostacolo rappresentato dall'opinabilità del giudizio di merito, valoriale, che la risposta implica. Tuttavia, *Il Grande Inquisitore* non ha dubbi: l'umanità, gli esseri umani sono bambini, che vanno guidati, tenuti all'oscuro degli *arcana impèrii et mundi* per la loro stessa felicità, una felicità che scaturisce dall'ignoranza accompagnata da un diffuso benessere materiale e consumistico. Impossibile non vedere in queste riflessioni i dubbi sulla possibile degenerazione della democrazia in America, manifestati da Alexis de Tocqueville (1805-1859), ma ancor più gli attuali problemi del *welfare state* ormai al suo tramonto. Quali infelicità ed effimere felicità, pilotate dal potere dominante, ci riserva il futuro? L'Autore non affronta organicamente il tema, ma indica con precisione le degenerazioni legate all'attuale deriva finanziaria, che anima la politica di governo delle odierne democrazie occidentali.

Le tematiche sin qui poste già appaiono di non poco momento, ma Zagrebelsky, appoggiando le sue vaste, quasi inesauribili, riflessioni sulla figura e

sull'opera letteraria di Dostoevskij, dilaga in profonde analisi psicologiche dei personaggi dell'Autore russo, sulle quali fa aggio e prevale costantemente l'impegno etico; neppure a questo punto il saggio si ferma. Esso si estende ben oltre per raccogliere scintille di problematiche religiose e politiche sino a liberare la vocazione ultima, profonda e riassuntiva dell'Autore, quella giuridica: norma ed anomia, come ulteriore campo di battaglia. Per accedere a questo campo, tuttavia, è necessario affrontare un ulteriore tema preliminare. Esiste nell'essere umano il libero arbitrio? Infatti, intorno al libero arbitrio si gioca tutto il senso della vita umana; l'etica, la morale, il diritto a livello sia individuale, sia collettivo. Le istanze valoriali e giuridiche, nonché le relative scelte e responsabilità vengono evidentemente meno con il venire meno del libero arbitrio; *simul stabunt simul cadent*. Questo interrogativo incombe, come una spada di Damocle, sulle considerazioni di tutto il saggio, poiché una risposta negativa vanificherebbe qualsiasi ulteriore ragionamento, ma la *vis* filosofica non conosce ostacoli ed oltre questo dilemma si aprono la strada altre riflessioni tra utopia e politica. La beata felicità inconsapevole e serva, proposta dall'Inquisitore come utopia politica, conduce ad una società immobile, immutabile, conduce alla fine della storia. Al contrario, il confronto politico, suggerito, più che espresso, dal silenzio del Cristo, dinamizza la storia, sostiene un divenire permanente. Si intravedono agitarsi le ombre di Parmenide (515 a.C.-450 a.C.) e di Eraclito (535 a.C.-475 a.C.), del positivismo e della dialettica, dell'oggetto e del soggetto, del totalitarismo e della democrazia, in breve, della certezza deterministica e dell'incertezza delle scelte. La scena, pur affollata, non è, però, ancora completa, all'orizzonte appare anche il nichilismo come assenza, ma anche come eccesso di storia, come assenza, ma anche come eccesso di vita individuale.

Un dualismo polarizzante percorre tutto il saggio, ma le preferenze dell'Autore sembrano indirizzate verso una sorta di pluralismo piuttosto che verso un rigido monismo. Tali preferenze non impediscono però il sorgere di una nuova domanda: pluralismo per una solidarietà collettiva o per una libertà individuale?

Forse, il simbolo biblico della Torre di Babele e della sua distruzione, interpretato dall'Autore, può fornire una strada da percorrere nel labirinto delle domande senza risposta. Non fu un castigo la distruzione della Torre e la confusione delle lingue o, meglio, fu una punizione a fine di bene. Dispersione e confusione certamente evidenziano l'irraggiungibilità della divinità da parte dell'essere umano (l'Inquisitore, infatti, indulge all'ateismo), ma potrebbero anche essere intese come misure atte ad evitare l'unanimismo, ossia il moderno totalitarismo. La dimensione umana sembrerebbe proprio essere quella, e soltanto quella, della diversità, dell'anomalia, dell'individualità soggettiva.

Morris L. Ghezzi

## Saggi

GUIDO ALPA, *I principi generali. Una lettura giusrealistica*

MARIO BERTOLISSI, *Crisi e riforma del sistema finanziario.*  
*Appunti in tema di governance bancaria*

LORENZA CARLASSARE, *I nomi e le cose*

MORRIS L. GHEZZI, *Stato e diritto penale minimo*

ALEJANDRO SAIZ ARNAIZ, *La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo*

GIUSEPPE TESAURO, *L'Unione europea come Comunità di diritto*

## Materiali

FELICE MASI, *Emil Lask sul valore scientifico dell'empiria giuridica*

EMIL LASK, *I fondamenti comuni della vita politica. Considerazioni sulla dottrina generale dello Stato di Richard Schmidt*

FEDERICO PEDRINI, *Colloquio su Metodo, Interpretazione e Richterstaat. Intervista al Prof. Bernd Rüter (Konstanz, 14 novembre 2015)*

CARL SCHMITT, *Concetto di diritto e idea del diritto.*  
*Su Julius Binder critico di Stammler*

## Interventi, Note e Discussioni

MARIO FIORILLO, *Dagli stati canaglia al Califfato nero.*  
*Note sulla fenomenologia politica dell'orrore di inizio millennio*

FRANCESCO VALAGUSSA, *Il Geroglifico di Schmitt*

## Biblioteca

Riferimenti bibliografici