

## Riferimenti bibliografici

### *Kelseniana*

Segnaliamo i due ultimi titoli delle opere complete di Hans Kelsen, partendo dall'ultima in ordine pubblicazione:

**HANS KELSEN**, *Werke*, hrsg. von Matthias Jestaedt in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Band 4: *Veröffentliche Schriften 1918-1920*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 892.

Questo tomo racchiude, in edizione filologicamente accurata, tre saggi importanti di Kelsen, noti anche allo studioso italiano avendo chi scrive curato in anni passati la loro traduzione nella nostra lingua: il saggio sulle finzioni giuridiche, del 1919, *Il problema della sovranità*, del 1920 (anno di edizione, ma in realtà il testo era già in buona parte composto nel 1916), – con una prefazione che per la verità non rende conto delle complesse problematiche del testo kelseniano – e gli abbozzi preliminari (1919) di *Wesen und Wert der Demokratie*. Oltre a questi, i curatori hanno raccolto altri scritti kelseniani risalenti ai cruciali anni 1918-1920, nei quali l'Austria trapassa dalla monarchia asburgica alla Repubblica, tentata prima come 'grande-tedesca', poi ridotta, com'è noto, anche per l'opposizione delle potenze vincitrici, a meramente austriaca.

Di questi scritti, da un lato appaiono significativi per il diritto costituzionale quelli dedicati al diritto elettorale, in modo particolare alla difesa politica e giuridica del sistema proporzionale, dall'altro scritti eclettici, recensioni e necrologi. Ciò che tiene insieme tutti questi lavori, ad avviso di chi scrive, è l'idea – di significato non soltanto metodologico – di unità. Nella recensione a Layer sul contratto di diritto pubblico (153-157), ma un po' in tutti gli scritti qui raccolti, compreso, ovviamente, il saggio sulla sovranità, ciò che va sottolineato è lo sforzo costante, da parte di Kelsen, di ricondurre ad unità tutti i dualismi più o meno falsi o fondati su finzioni che impediscono allo sguardo scientifico di spiegare l'oggetto nella sua 'coglibilità' da parte della scienza. Il concetto di unità, indubbiamente, in questa fase, si fonda e sempre più si fonderà negli anni immediatamente successivi sulla metodologia del neokantismo di Marburgo (Cohen, Natorp, Cassirer).

Gli scritti minori offrono al lettore molti spunti; vorrei qui limitarmi a segnalare la recensione (1918), assai favorevole, di uno scritto di Rudolf von Laun sulla questione delle nazionalità, dove Kelsen prende posizione a favore del vigente diritto austriaco in materia di lingue e di nazioni, che all'estero la propaganda bellica indicava invece come 'oppresses'. Importante è anche segnalare che l'apparato filologico, veramente imponente e di grande precisione, offre anche una sinossi della conferenza di Kelsen sulla democrazia nelle due varianti pubblicate nel 1919, prima della più nota "prima edizione" di *Wesen und Wert der Demokratie* del 1920.

Gli scritti sul sistema elettorale ed un altro sulla riforma costituzionale si ricollegano al quinto volume delle opere, uscito due anni prima:

**HANS KELSEN**, *Werke*, hrsg. von Matthias Jestaedt in Kooperation mit dem Hans Kelsen-Institut, Band 5: *Veröffentliche Schriften 1919-1920*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 765.

Il volume raccoglie le quattro parti del trattato e dei materiali legislativi relativi alla ideazione e redazione della costituzione della repubblica austriaca: *Die Verfassung der Republik Deutschösterreich (1919-1920)*.

La pubblicazione delle opere complete di Kelsen non ha però fermato le edizioni critiche di singole opere del giurista viennese. Segnaliamo:

**HANS KELSEN**, *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, hrsg. von R. Chr. Van Ooyen, Tübingen, Mohr, 2008, pp. 112.

Insieme con il famoso testo sul custode della costituzione del 1931, replica al saggio di Carl Schmitt, il curatore ha inserito anche il saggio su *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, del 1929, per offrire allo studioso un panorama essenziale delle posizioni di Kelsen in materia di giustizia costituzionale, essendo egli stato appunto tra i principali propugnatori e poi teorici del controllo di costituzionalità delle leggi da parte di un giudice *ad hoc*, introdotto in Austria con la costituzione del 1920.

Van Ooyen presenta i due saggi con il sottotitolo di *Abhandlungen zur Theorie der Verfassungsgerichtsbarkeit in der pluralistischen, parlamentarischen Demokratie*, terminologia che segnala anche il particolare approccio interpretativo della *reine Rechtslehre* da parte sua in altri lavori dedicati a Kelsen. Si tratta di un'interpretazione molto interessante, simile a quella da me sostenuta nel saggio del 1984 su *L'ordine delle norme*, che interpreta *politicamente* la dottrina pura del diritto, ben oltre, quindi, l'idea che si tratti di una teoria puramente "scientifica" del diritto. È importante, invece, coglierne la dimensione epocale nel senso di una teoria specifica di una società democratica e pluralistica, dove la costituzione appare come la forma del compromesso politico che si ripete nella legislazione e dove quindi la giustizia costituzionale è essa stessa garanzia (per l'appunto politica) degli accordi realizzati a livello legislativo.

Appare evidente che questa interpretazione di Kelsen implica anche, comunque, la constatazione di una lontananza della dottrina pura da quel neo-costituzionalismo che fa del giudice il depositario di una "giuridicità" moralisticamente legittimata contro la politica. Il giudice costituzionale, per Kelsen, come "legislatore negativo", svolge una funzione in parte almeno politica, perché deve essere il soggetto protettore di quei compromessi tra maggioranza e minoranza che sono l'espressione della democrazia pluralista. La costituzione ha il ruolo di garantire non la maggioranza, ma la *minoranza*, e non certo in astratto, ma proprio per quanto riguarda la dimensione politica dell'accordo realizzato tra le parti e che trova espressione nella legge, la quale sta sotto la costituzione intesa essa stessa come compromesso politico.

È importante questa interpretazione perché, anche se forse inconsapevolmente, essa implica che una costituzione non può essere affidata all'interpretazione di principi e "valori" da parte di un giudice che opera necessariamente in maniera politica; ciò vorrebbe dire che il giudice costituzionale non

tanto fa politica, ma fa la *sua* politica, nel senso che darebbe giudizi “moralmente” fondati su leggi la cui compatibilità non è tanto con la costituzione come concetto giuridico che racchiude il compromesso politico, ma con un insieme di regole vaghe, aperte strutturalmente all’interpretazione libera di soggetti il cui obbligo non è più giuridico, ma morale.

La controversia sul guardiano della costituzione resta dunque un riferimento imprescindibile per ogni studio sul significato e i limiti della giustizia costituzionale, ma altrettanto importante è capire la differenza che oramai si dà anche tra il “padre del sindacato di costituzionalità delle leggi” e le forme più recenti di giustizia costituzionale quali ipotizzate e propugnate dal neocostituzionalismo.

Un altro testo che merita di essere segnalato sono gli atti di un convegno dedicato ai rapporti tra Kelsen e i costituzionalisti di lingua tedesca:

**MATTHIAS JESTAEDT** (Hrsg.), *Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 280.

Si tratta delle relazioni presentate ad un convegno tenutosi presso la Siemens-Stiftung di Monaco nel 2011, con le relative discussioni. Il sottotitolo richiama appunto il progetto di seguire Kelsen nei suoi rapporti con i costituzionalisti dagli anni di Weimar fino alla riscoperta o rinascita della dottrina pura del diritto in Germania negli anni Ottanta del secolo scorso. Il volume è articolato in quattro parti: I. *Gli anni di Weimar*. II. *La dottrina del diritto statutale nel primo decennio postbellico*. III. *Kelsen nel giudizio della generazione postbellica*. IV. *La riscoperta postuma di Kelsen*. V. *Kelsen e l’odierna dottrina del diritto statutale*.

La dottrina pura del diritto, com’è noto, ha sempre avuto un *imprinting* “austriaco”. Lo stesso Kelsen ne aveva sottolineato la radice austro-ungarica, per spiegare sopra tutto il rapporto tra unità (giuridico-formale) e molteplicità (socio-politica). Ma da parte dei giuristi tedeschi essa è stata anche, per molto tempo, considerata austriaca non tanto per la sua genesi, quanto per il suo “provincialismo”. Ciò in particolare negli anni del secondo dopoguerra. Si è trattato indubbiamente di una perdita, perché il misconoscimento di Kelsen non ha consentito di fare i conti anche con la storia della scienza costituzionalistica tedesca. Posso sbagliarmi, ma l’oblio di Kelsen è l’altra faccia della “tabuizzazione” di Schmitt negli stessi anni. Così come non si poteva e doveva parlare di Schmitt, così Kelsen diventava un autore poco interessante.

È un dato di fatto – almeno questa è la mia opinione, ma anche la mia tesi – che giuristi come Kelsen e Schmitt (ma anche Smend, Kirchheimer, Heller) continuano a rivestire un ruolo nella misura in cui essi vengono storicizzati e trattati come un tutto nel quale ogni parte (ogni singolo) richiama il tutto, gli altri autori, opposti ma complementari. L’obiezione è che in tal modo essi possono essere considerati non nella loro scientificità, ma nella loro politicità polemica; ciò è vero, ma io considero la giurisprudenza una scienza pratica e quindi la verità sempre una verità storicamente e pragmaticamente situata. Giustamente Horst Dreier, nel suo contributo sulla (ri-)scoperta di Kelsen negli anni Ottanta, fa riferimento alla crisi del marxismo e non a caso – egli ricorda – uno dei primi volumi della serie dello Hans Kelsen-Institut fu dedicata a *Reine Rechtslehre und*

*marxistische Rechtstheorie*. Tuttavia, va anche detto che ha probabilmente ragione Schönberger, quando parla di normalizzazione e non di rinascita.

Hanno contribuito al volume: T. Olechowski; S. Koriöth; Ch. Müller; F. Günther; E. Wiederin; M. Schulte; H. Schulze-Fielitz; H. Dreier; Ch. Schönberger; U. Lembke; O. Lepsius. Arricchisce il volume la riproduzione di una foto con tutti i partecipanti al Congresso dei giuristi tedeschi in Münster, nel 1926.

Segnaliamo per ultimo la pubblicazione di un inedito kelseniano, a chi scrive noto per aver veduto le fotocopie delle bozze del testo nella sua prima edizione, che però Kelsen, arrivato al momento della correzione, decise di non far più stampare:

**HANS KELSEN**, *Secular Religion. A Polemic against the Misinterpretation of Modern Social Philosophy, Science and Politics as "New Religions"*, ed. by R. Walter, C. Jabloner and K. Zeleny, Wien-New-York, Springer, 2012, pp. 292.

Il volume era pronto per la stampa nel 1964 (California University Press), ma già in bozze Kelsen decise di ritirarlo e non venne più stampato. In questo scritto Kelsen sostiene la tesi secondo cui alcuni filosofi vorrebbero riportare la teologia nella scienza e la religione nella politica, una tesi che qualcuno potrebbe ritenere poco valida allora ma più attuale oggi. Poiché vorremmo farne oggetto di una considerazione più approfondita in un articolo di recensione, ci limitiamo a segnalare la decisione dello Hans Kelsen Institut di stamparlo. Il testo kelseniano è stato però già oggetto di un seminario di studi:

**CLEMENS JABLONER / THOMAS OLECHOWSKI / KLAUS ZELENY** (Hrsgg.), *Secular Religion. Rezeption und Kritik von Hans Kelsens Auseinandersetzung mit Religion und Wissenschaft*, Wien, Manz, 2013, pp. 206.

Il volume raccoglie gli atti di un convegno dedicato a discutere appunto del libro inedito di Kelsen già menzionato. Il volume si apre con un saggio di Horst Dreier, certamente fine conoscitore di Kelsen. Per lui lo scopo dello scritto di Kelsen è quello di difendere l'autonomia e l'oggettività della scienza da quelle correnti e quegli autori che vorrebbero fare invece della scienza una sorta di teologia mascherata. Il fondamento di questa posizione di Kelsen è la separazione di essere e dovere, dalla quale tutto discende. Rinunciare a questa separazione significa far ricadere la civiltà occidentale in un mondo premoderno, dominato dalla religione. Il libro è dunque un «grido d'allarme» (11) contro questi rischi, rappresentati da scrittori come Schmitt o Voegelin (che è il vero obiettivo polemico di Kelsen). Se, da un certo punto di vista, questa spiegazione è accettabile e rappresenta anche l'essenza della maniera in cui noi abbiamo interpretato Kelsen sin dal 1984, anno di pubblicazione della prima edizione de *L'ordine delle norme*, da un altro si ha la netta impressione che coloro che si sono occupati di questo Kelsen si siano trovati per così dire spiazzati e anche sconcertati. Ciò spiega il tentativo di ricondurre *Secular Religion* alla dicotomia, più consueta, tra essere e dovere, ma anche discorsi il cui rapporto con Kelsen è tutto da dimostrare: si veda ad es. il saggio di Sonja Puntsher sul paganesimo e il fondamento antiteologico della costituzione europea.

D'altro canto, Voegelin è autore non di primo piano nella filosofia politica e della storia, ma non è detto che avesse torto per principio rispetto a Kelsen. Definire i movimenti politici totalitari del XX secolo come "religioni secolari" non è affatto un errore e che la politica moderna, per vari aspetti, sia fondata su concetti teologici "secolarizzati" è un dato di fatto. Che riconoscere tutto ciò implichi un ritorno alla religione, come sostengono molti autori e lo stesso Kelsen nel libro, è più che dubbio.

Va poi detto che il rapporto tra politica e religione non è stato inventato per la prima volta da Carl Schmitt, ma forse proprio da Hans Kelsen, sia pure con intenti differenti. Sfugge a quasi tutti gli autori di questo libro (fa eccezione Otto Pfersmann) il senso del saggio di Kelsen *Gott und Staat*, del 1922. Come che sia, la lettura di questo libro fornisce informazioni utili e spunti interessanti: così il saggio di I. Englard su un eventuale retroterra culturale ebraico della *reine Rechtslehre* (101 ss.),

In definitiva, pur ripromettendoci di ritornare sul libro in altra sede, siamo personalmente convinti che se Kelsen non volle pubblicare il libro una ragione – anche oltre quelle avanzate e discusse da Ian Stewart – doveva pur esserci e questa forse è molto ovvia: pensava di aver scritto un libro sbagliato. Potrebbe aver avuto quindi ragione Robert Walter quando, alla mia proposta di pubblicare certi scritti di Kelsen (pareri per una tesi di dottorato di Umberto Campagnolo a Ginevra negli anni Trenta) e proprio anche questo libro allora inedito (ma delle cui bozze originali possedevo una fotocopia), rispose che se Kelsen aveva deciso di non pubblicarli bisognava rispettare la sua volontà. Cosa che poi non è stata fatta, né per i pareri su Campagnolo, che M.G. Losano pubblicò anni addietro, né per questo testo.

Ho la sensazione che intorno a Kelsen si cominci a fare troppa confusione e che rischia di avere ragione chi recentemente ha invocato una "liberazione" da Kelsen. A parte il rischio di interpretare Kelsen come una volta si faceva con Marx, c'è anche quello di voler usare Kelsen a tutti i costi per operazioni editoriali più o meno discutibili.

Ho fatto cenno sopra al caso Campagnolo, tradotto e pubblicato – temo – al solo fine di giustificare l'utilizzo di una relazione di Kelsen, scritta a fini amministrativi. Lo stesso autore di quella operazione, il prof. Mario Losano, si segnala ora per un'iniziativa per certi aspetti analoga, velata dietro il paravento della "scoperta" di un presunto "primo" libro italiano di Kelsen. Si tratta di un'operazione che per poter essere condotta in porto – tra l'altro nascondendo un fatto di cui dirò poi –, ha portato a spacciare Kelsen, in un dialogo storicamente mai esistito, per "contraddittore" di un personaggio minore dell'epoca del fascismo, Arnaldo Volpicelli, sulla cui rivista erano stati pubblicati alcuni scritti di Kelsen tra la fine degli anni Venti e i primi anni Trenta.

Losano ristampa un libro che in realtà pare fosse una pubblicazione fatta a stampa per ragioni concorsuali e/o per ragioni didattiche (adozione) da Volpicelli nel 1930, contenente saggi di Kelsen pubblicati già sulla rivista da lui diretta, *Nuovi studi di diritto, economia e politica*, con l'aggiunta di due suoi (di Volpicelli) saggi critici degli scritti di Kelsen, presentato addirittura come "coautore" del libro, certamente ad insaputa del giurista viennese.

Losano fa precedere ai saggi di Volpicelli e Kelsen una sua introduzione che spazia dal fascismo di sinistra a vicende sudamericane, tra cui quella relativa a un filosofo del diritto argentino, Cossio, che aveva invitato Kelsen a Buenos Aires. Si occupa del concetto di cultura e di "cultura fascista", di Bobbio, di liberalismo, parlamentarismo, corporativismo, il tutto per costruire un fatto per l'appunto storicamente mai esistito, un «dibattito tra Kelsen e Volpicelli» (56) che non c'è mai stato se non per l'uso improprio e non autorizzato, oltre che unilaterale, che Volpicelli fece dei saggi di Kelsen pubblicati (quelli sì con il consenso di Kelsen) sulla sua rivista.

Ma ancora più "improprio" (ad esser benevoli) è l'uso che Losano fa di un libro di Kelsen, questo sì il primo libro di Kelsen in lingua italiana, curato da Volpicelli nel 1932 (*Lineamenti di una teoria generale dello stato e altri scritti*, Roma, Are, 1932) e che raccoglieva i saggi pubblicati sulla rivista negli anni precedenti, alcuni a completamento solo dopo la pubblicazione delle dispense o della provvisoria concorsuale. Losano infatti non ha il coraggio di ristampare il testo del 1932 e finge di ripubblicare la provvisoria (o le dispense?) del 1930, avendo però cura di "integrarle" con i pezzi mancanti. In realtà non fa altro che ripubblicare l'edizione del 1932, spacciandola come edizione del 1930 "integrata" con le parti mancanti del saggio sullo Stato, ma avendo la massima cura di tacere sul fatto che chi scrive *aveva già riedito* i testi del 1932 sia in un'edizione completa, nel 1995, con il titolo *Dottrina dello Stato* (Napoli, ESI, 1995), sia in forma individuale: *Essenza e valore della democrazia*, prima edizione del 1920 (Torino, Giappichelli, 2004), *Lineamenti di teoria generale dello Stato* (Torino, Giappichelli, 2004).

Losano, che pure usa pagine e pagine per ricostruire la storia bibliografica del saggio sulla democrazia, tace con cura maniacale l'esistenza di questi testi. Aveva forse paura che l'editore non gli pubblicasse questo presunto *scoop*, considerando che certo Volpicelli non val la pena di essere letto se non come testimonianza di un certo fascismo? E considerando che i testi di Kelsen erano già stati pubblicati, emendati di vari refusi?

Un'ultima cosa. Chi scrive ha sempre chiesto allo *Hans Kelsen Institut* di Vienna, oggi diretto dal prof. Clemens Jabloner, l'autorizzazione a pubblicare in traduzione o in originale testi di Kelsen, astenendosi dal farlo quando l'autorizzazione è mancata (come nel caso di Campagnolo e di *Secular Religion*). Sulla base di quale "privilegio" il prof. Losano usa Kelsen a suo personale uso e consumo, senza una previa autorizzazione (che se chiesta e concessa, come pure mi auguro, non risulta dal *copyright*)?

Come che sia, di questo passo Kelsen è destinato ad una fine poco gloriosa proprio a causa dei suoi presunti estimatori. Il libro, per chi fosse curioso, è:

**HANS KELSEN - ARNALDO VOLPICELLI**, *Parlamentarismo democrazia e corporativismo*, Prefazione e cura di Mario G. Losano, Torino, Aragno, 2012, pp. 296.

A dimostrazione della originaria problematicità della dottrina pura del diritto, è opportuno segnalare anche la raccolta di scritti di uno dei primissimi allievi e studiosi di Kelsen, Leonidas Pitamič, filosofo del diritto sloveno, che dopo aver frequentato l'università di Vienna ritornò a vivere a Lubiana. È

merito del professor Marijan Pavčnik aver curato e ben introdotto questa raccolta bilingue di scritti dal 1917 al 1971:

LEONIDAS PITAMIČ, *An den Grenzen der Reinen Rechtslehre*, Ljubljana, Slovenska akademija znanosti in umetnosti, 2009, pp. 350.

Pitamič, pur accogliendo buona parte dell'impostazione kelseniana, a partire dal normativismo, si rese immediatamente conto che la spiegazione del diritto in quanto insieme di norme, gerarchicamente disposte, non poteva in definitiva soddisfare la curiosità intellettuale di chi vuole arrivare ad una spiegazione esaustiva del fenomeno giuridico: il *Sollen* è certamente parte costitutiva del diritto, ma esso non implica che il diritto sia tutto e soltanto *Sollen*, in quanto i presupposti giuridici ricadono nella sfera dell'essere pur essendo ancora giuridici. Questa posizione Pitamič, correttamente, la sostiene sin dal suo primo, più noto saggio, quello sul rapporto tra *reine Rechtslehre* e dottrina "*denkökonomische*" del pensiero. Questa tesi si sviluppa anche nei saggi successivi, dove sempre più, tra l'altro, Pitamič si pone il problema del rapporto di tensione tra diritto positivo e diritto naturale, il cui riconoscimento non per questo significa in alcun modo una caduta nel giusnaturalismo *tout-court*. Il rapporto tra oggetto e metodo non è riducibile al metodo produttivo del "suo" oggetto, in quanto anche l'oggetto determina inevitabilmente, in certa misura, il metodo col quale si studia l'oggetto. Come scrive Pavčnik al termine della sua introduzione, «le ricerche di Pitamič hanno mostrato che anche la più pura dottrina del diritto non può occuparsi del diritto unicamente come costruzione normativa» (173). Essere e dovere vanno distinti logicamente, ma separarli significa rischiare di perdere del tutto l'oggetto della propria scienza, in questo caso, per la scienza del diritto, il diritto.

Agostino Carrino

### *Schmittiana*

Prosegue la meritoria impresa della Duncker & Humblot di Berlino di pubblicare opere di Carl Schmitt in nuove edizioni, spesso a cura di Günter Maschke, in attesa di un lavoro analogo a quello fatto dalla Mohr per le opere complete di Kelsen o dalla stessa Duncker per Adolf J. Merkl. Intanto segnaliamo:

CARL SCHMITT, *Staatsgefüge und Zusammenbruch des zweiten Reiches. Der Sieg des Bürgers über den Soldaten*, hrsg., mit einem Vorwort und mit Anmerkungen versehen von Günter Maschke, Berlin, Duncker & Humblot, 2011, pp. XLVI-117.

Si tratta di un testo di cui lo studioso italiano dispone in una traduzione risalente agli anni Trenta, per la verità piuttosto superata, di Delio Cantimori. Il saggio è del 1934 e stranamente esso viene trascurato anche da coloro (come per esempio, in Francia, Zarka) che condannano *a priori* Schmitt e il suo pensiero come nazisti. Eppure, più profondamente di altri scritti di Schmitt, que-

sto saggio rappresenta il culmine della compromissione di Schmitt con il regime di Hitler, perché è in fondo il tentativo di tradurre in termini storico-giuridici un'affermazione del Führer sulla "rivoluzione" nazista come superamento finale del «compromesso legale-borghese» rappresentato dal II Reich, anche se la vittoria del borghese sul soldato, dichiarata da Hitler e Schmitt per il II Reich, potrebbe apparire del tutto infondata storicamente, considerando quanto il II Reich tedesco deve al militarismo prussiano. In verità, la contraddizione tra soldato (esercito prussiano e suoi valori) e borghese (parlamentarismo liberale, separazione Stato/società) vuol essere qui un tentativo di spiegare la sconfitta del II Reich nella prima guerra mondiale, una versione certo molto più raffinata della leggenda del "colpo di pugnale alla schiena", ma tuttavia pur sempre entro lo stesso filone: «Un quadro storico nazional-liberale ancora ampiamente predominante e una dottrina dello Stato ad esso connessa, nata dallo stesso spirito ci hanno finora impedito di penetrare fino alla causa più profonda e più vera del crollo del 1918» (6). Questa causa è il compromesso tra esercito e rappresentanza liberale, ovvero costituzione borghese. La dottrina costituzionale del II Reich concorse a fare del militare un funzionario civile tra gli altri, inserendolo così «nel sistema delle relazioni giuridiche dello Stato costituzionale borghese» (11).

È significativo che Schmitt inquadri anche l'operaio tra le vittime del compromesso esercito/costituzione, probabilmente attento al fatto che il nazionalsocialismo era anche, appunto, "socialismo", o anche perché reduce dalla lettura di *Der Arbeiter. Gestalt und Form*, di Ernst Jünger. I privilegi dell'esercito (giuramento al re e non alla costituzione, mancata controfirma ministeriale ecc.) non potevano essere un reale contrappeso all'ideologia pericolosa del *Rechtsstaat* liberale, a proposito della cui definizione - incerta e vaga - Schmitt cita un famoso passo di Bismarck. Ideologia pericolosa perché disgregante la volontà popolare, cui si contrappone la volontà della "rappresentanza". Una rappresentanza del resto plurale in molti sensi: non solo i partiti rappresentanti del pluralismo sociale costituivano un contraltare allo Stato prussiano, ma gli stessi *Länder* continuavano ad avere potere di imposizione tributaria diretta, mentre il Reich ne aveva una solo indiretta. Una struttura giuridica intimamente scissa avrebbe dunque portato prima alla sconfitta militare del 1918 e poi alla Costituzione di Weimar, che Schmitt definisce come «la parte borghese della discorde compagine statale dell'impero crollato» (40).

Questo breve libro, come abbiamo detto, è poco considerato dalla letteratura schmittiana e questo è un errore. Crediamo anzi che proprio queste pagine aiutano a comprendere la sostanza, al tempo stesso semplice e complessa, del pensiero di Schmitt. D'altro canto, se esse si inseriscono in un tentativo di Schmitt di farsi interprete del nazionalsocialismo, dall'altro aiutano anche a spiegare e comprendere le differenze, spesso insuperabili, tra il suo decisionismo concreto e l'arbitrio totale del nazismo. E possono anche, a nostro modo di vedere, contribuire ad un dibattito in corso sulla separazione dei poteri e il ruolo del giudice. Scrive Schmitt in una pagina di grande acutezza: «Ma se deve valere soltanto il normativismo di una costituzione, e non c'è né una legittimità dinastica, né una democratica, né un'altra qualsiasi, ma soltanto una legalità neutra dinanzi a ogni valore, tutte le decisioni politiche di

governo vengono sottomesse al preteso giudizio puramente giuridico di una istanza che da parte sua non è responsabile e sottomessa a nessun altri che ad una legge molto poco chiara e interpretata da lei stessa. Allora dice l'ultima parola nello Stato un tribunale composto di giudici indipendenti, cioè non responsabili, inamovibili, pubblici funzionari. Ogni possibilità di governo o tanto meno di direzione è allora soppressa e l'ideale liberaldemocratico dello Stato di diritto senza capo è realizzato» (45).

La ripubblicazione di questo testo è accompagnata da una ricca introduzione del suo curatore, G. Maschke, che ha aggiunto anche, oltre ad un commentario esplicativo, in appendice un altro piccolo scritto di Schmitt del 1934, *Die Logik der geistigen Unterwerfung*.

Il pensiero di Schmitt è complesso, ambiguo, spesso oscuro, comunque aperto a nuove interpretazioni e nuovi studi. Segnaliamo tra questi:

RÜDIGER VOIGT (Hg.), *Großraum-Denken. Carl Schmitts Kategorie der Großraumordnung*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2008, pp. 265.

«*Reiche* (...) sono le potenze guida la cui idea politica traluce in un determinato grande spazio e che per questo grande spazio escludono in linea di principio l'intervento di potenze spazialmente estranee»: questa frase di Schmitt può ben sintetizzare la sua teoria dei "grandi spazi", sulla quale si soffermano i saggi raccolti nel volume qui segnalato.

Nonostante il fatto che il *Großraum* schmittiano non si identifichi con l'idea di *Lebensraum* hitleriana, resta però indiscusso, a nostro avviso, e nonostante gli sforzi fatti specialmente dai cultori di Schmitt, che le due nozioni sono piuttosto simili, in quanto il "grande spazio" non è identificabile con una forma di Stato e nemmeno con l'idea di impero. Il grande spazio travalica il nocciolo centrale dell'organizzazione politico-giuridica, ovvero della statualità, per diventare una sorta di "riserva di caccia" della potenza dominante entro quello spazio. Da questo punto di vista esso potrebbe anche significare una rinascita del politico dopo il tramonto della decostruzione postmoderna, ma in un senso che risentirebbe di categorie classiche non ancora adeguate alle nuove forme di confronto. La rivoluzione spaziale del XVI secolo, di cui parla Schmitt, pur non essendo superata, sperimenta nuove modalità dove la territorialità non è più direttamente legata alla nazione, ma richiama, ad esempio, la nozione di interesse comune (*in primis* economico), che può ben essere indifferente alla nazionalità dei soggetti agenti.

Le analogie tra *Großraum* e *Lebensraum* non devono però nemmeno far trascurare le differenze: per i teorici nazisti lo spazio vitale è ciò che è a disposizione della "razza superiore", mentre Schmitt immagina una struttura giuridica dello spazio, di cui tuttavia non si intuisce la forma. Giustamente Andreas Anter, nel suo contributo, sottolinea come Schmitt resti comunque tra i protagonisti del regime (60). Ma come ciò è vero, così è altrettanto vero che il concetto di *Großraum* può essere modificato e adattato a nuove condizioni. È ciò che lo stesso Schmitt fa negli anni Sessanta, rinviando alle precondizioni economiche e tecniche dei grandi spazi come dimensioni plurali.

I saggi raccolti affrontano più volte, direttamente o indirettamente, il tema dei rapporti tra la *Großraumtheorie* di Schmitt e la questione europea; appare evidente, pur senza considerare lo scetticismo di Schmitt sulla comunità economica europea, che la differenza più netta sta nella prospettiva: l'Europa resta un progetto economico, mentre il grande spazio è il luogo della politica.

Alla definizione del concetto di "politico" come fondato sulla distinzione amico/nemico è dedicato l'altro volume che segnaliamo:

**RÜDIGER VOIGT** (Hg.), *Freund-Feind-Denker. Carl Schmitts Kategorie des Politischen*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2011, pp. 231.

Il tema dei saggi qui raccolti può essere sintetizzato nel concetto di conflitto come dimensione esistenziale. Ciò non deve essere inteso come un giudizio positivo dell'antagonismo in quanto tale, piuttosto come presa d'atto che il conflitto è un dato imprescindibile dell'esistere e che pensare di poterlo superare è solo un'ideologia, per di più cattiva, che può portare a conflitti senza fine. Riconoscere il conflitto significa per prima cosa volerlo e saperlo regolare, rifiutando le finzioni della "pace perpetua".

Ciò non significa che il criterio di Schmitt possa essere accolto senza correzioni. È in fondo ciò che emerge dalle diverse sensibilità degli autori, che spaziano dal confronto tra Schmitt e Spengler (P. Nitschke, 131 ss.) al tema della "omogeneità" come possibilità di uno Stato democratico (cfr. U. Thiele, *Der Feind ist unsere Frage als Gestalt*, 151 ss.). Il confronto con Rousseau attraversa alcuni saggi più filosoficamente orientati, mentre non mancano le considerazioni sulla situazione internazionale dopo l'11 settembre e la delineazione di nuove forme di "nemico assoluto".

Questo volume fa parte di una collana della Steiner Verlag intitolata *Staatsdiskurse*. Poiché l'impianto è in qualche modo legato – direttamente o indirettamente – al pensiero di Schmitt, segnaliamo anche:

**RÜDIGER VOIGT**, *Alternativlose Politik? Zukunft des Staates – Zukunft der Demokratie?*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, pp. 247.

I saggi qui raccolti si propongono di rispondere ad un dilemma della politica contemporanea: se in un mondo globalizzato, nel quale le scelte politiche vengono sempre più considerate "obbligate", senza alternative, sia sul piano internazionale sia su quello interno, non significhi ciò la fine della politica in quanto tale, la quale implica nel suo stesso concetto la scelta, ovvero la *decisione* tra possibilità diverse ed anche opposte. Schmitt aveva sottolineato il carattere polemico dello stesso concetto di politica e Chantal Mouffe, da "sinistra", ha sottolineato come la perdita dell'antagonismo possa significare la perdita della democrazia *tout-court*. Certo, lo Stato nazionale è in pericolo perché sono sotto attacco il concetto di nazione e quello di sovranità popolare. La risposta che Voigt dà in questi saggi alla domanda relativa al futuro dello Stato non è sempre univoca, nel senso che i rischi di un crollo finale della democrazia gli sono ben presenti, anche perché le proposte sono spesso pregiudici-

zialmente rifiutate, così come una maggiore partecipazione diretta del popolo elettore alle scelte politiche attraverso referendum decisori.

Ha vinto la pura legalità formale sulla concreta legittimità sostanziale? I concetti di Stato, nazione, popolo, sovranità devono veramente cedere il passo ad un ipotetico "Superstato" europeo che sarebbe forse più centralista degli stessi Stati nazionali? Sicurezza e libertà possono ancora essere disgiunte? Alle problematiche qui rappresentate Voigt risponde offrendo spesso spunti di riflessione, ma anche analisi specifiche su autori (almeno apparentemente) molto diversi tra loro, come Engels e Machiavelli, di cui si sottolinea l'attualità in una prospettiva realista tesa a difendere la libertà, le cui garanzie dipendono, prima che dal diritto e dalla morale, dalla sicurezza e dalla forza.

Agostino Carrino

### *La scienza politica liberale e pragmatica di Wilhelm Hennis*

Wilhelm Hennis (1923-2012) non ha fatto in tempo a vedere stampato il volume di scritti dedicato al suo pensiero:

ANDREAS ANTER (Hrsg.), *Wilhelm Hennis' Politische Wissenschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, pp. 369.

Il volume era stato pensato come una raccolta di scritti in onore, per poi tramutarsi di fatto in un *Festschrift* in memoria. Per questo il pensiero di Hennis viene discusso in maniera per così dire "trasversale", su temi e argomenti molto diversi ma che tutti presuppongono il suo modo di concepire la politica come scienza pratica e quindi sottratta all'idea di una mera descrivibilità avalutativa. Ciò appare con chiarezza in molti suoi libri pubblicati proprio con Mohr, che mostrano uno studioso poliedrico, pur con punti fermi.

Al pubblico italiano Hennis è noto specialmente come studioso di Max Weber (alcuni suoi saggi sono stati infatti pubblicati da Laterza), ma l'attività scientifica di Hennis è stata molto più ampia e variegata e certamente una ricostruzione della cultura giuridica e politologica tedesca della seconda metà del Novecento non potrà fare a meno dei suoi contributi, nei quali egli ha saputo affrontare problemi concreti a partire da una prospettiva scientifica e questioni della scienza politica (e giuridica) a partire da problematiche empiriche rilevanti, un metodo che non è sempre facile padroneggiare con perizia, come invece riesce a Hennis. Bene, infatti, si fece anni addietro a raccogliere i suoi più importanti scritti di scienza politica in due volumi, nel primo dei quali:

WILHELM HENNIS, *Regieren im modernen Staat. Politikwissenschaftliche Abhandlungen I*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1999, pp. 428.

si possono leggere scritti importanti in materia di scienza della politica, da quello del 1949 dedicato al sistema di governo parlamentare a quelli sulla democrazia rappresentativa e le tecniche di governo. Specifico interesse rive-

stono ai nostri occhi gli scritti di orientamento più giuridico e costituzionalistico, in particolare il saggio su *Costituzione e realtà costituzionale* (che ci proponiamo di offrire quanto prima al lettore di questa Rivista in traduzione italiana), del 1968, che analizza una contrapposizione centrale della scienza costituzionalistica moderna (a noi più nota sotto l'opposizione di "costituzione formale" e "costituzione materiale"), nella convinzione che la scienza politica (come professione, come titola weberianamente l'ultimo saggio del volume) può e deve offrire al diritto un punto di riferimento e materiali di riflessione imprescindibili per una scienza giuridica non formalistica (si vedano anche le considerazioni sulla dottrina della costituzione di Smend). Il secondo volume,

**WILHELM HENNIS**, *Politikwissenschaft und politisches Denken, Politikwissenschaftliche Abhandlungen II*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2000, pp. 386.

conteneva saggi che partono dal 1959 (*Politica e filosofia pratica*) e nei quali appare evidente ciò che nel primo volume lo è forse meno, vale a dire che la scienza politica deve avere quale suo orizzonte problematico la prassi, la concreta esperienza che si fa del governo empiricamente dato in quanto governo "buono", "cattivo", "migliorabile"; Hennis parte dal dato insuperabile della divisione tra governati e governanti. È evidente che qui egli si avvale al meglio della lezione di Max Weber, che anzi riesce assai bene a rendere feconda in molti dei suoi scritti, ed anche della lezione di Edmund Burke, che avvertiva di non tralasciare mai il contesto, le "circostanze", per non cadere nell'astrazione di un cattivo illuminismo. Il volume raccoglie, oltre al saggio sulla filosofia pratica (suo lavoro di abilitazione, del 1960), scritti vari, tra i quali meritano di essere citati almeno quello sulla *fine della politica*, una discussione critica della tesi di Schelsky, il denso studio sul concetto di legittimità, il leggero ma acuto e significativo scritto del 1994 su Goya (che forse bisognerebbe leggere per primo, per afferrare subito il senso della produzione scientifica di Hennis): «sono i sogni della ragione progettante», scrive l'Autore, che producono mostri, come a dire che occorre stare in guardia sin dall'inizio, perché siamo circondati da mostri, perché il dissenso tra la ragione pratica e la ragione tecnica, che vorrebbe "costruire" Stato, diritto e morale come si costruisce un cannone, ci avvolge e ci riguarda tutti.

Non si può a questo punto, prima di dar conto del *Festschrift*, non segnalare però anche altri due suoi libri, il primo, la sua tesi di dottorato:

**WILHELM HENNIS**, *Das Problem der Souveränität. Ein Beitrag zur neueren Literaturgeschichte und gegenwärtigen Problematik der politischen Wissenschaften*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2003, pp. 127.

nella quale l'A. studia il problema della sovranità a partire dalla letteratura in materia della seconda metà del XIX secolo – il dibattito weimariano, «senza mediazioni», è ovviamente sempre presente nella ricostruzione –, con uno sguardo alla giustificazione della sovranità dello Stato nei compiti che esso deve assolvere (uno sguardo per così dire sociologico) e un altro ai limiti che la sovranità statale trova nel valore del singolo. Le conclusioni del lavoro,

critiche sulla possibilità di estendere la sovranità ad entità sovranazionali nella misura in cui non vi sia un rapporto di responsabilità verso i singoli, acquista attualità oggi con riferimento alle problematiche dell'Unione Europea. Il secondo volume riguarda invece un autore caro a Hennis:

**WILHELM HENNIS**, *Max Weber und Thukydides*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 2003, pp. 202.

una raccolta di saggi e di conferenze dedicate all'opera di Max Weber e alla sua attualità, che integrano i più ampi e noti lavori di Hennis dedicati alla problematica antropologico-politica del grande sociologo tedesco.

Come si vede, la produzione letteraria di Hennis è pluriforme e articolata. I saggi raccolti da Andreas Anter nel volume già citato sulla *scienza politica di Hennis* in qualche modo la riproducono. Si va infatti dal saggio di Peter Graff Kielmansegg, che chiarisce il senso della scienza politica hennisiana come scienza normativa simile alla medicina: come questa mira alla salute del corpo, così quella vuole la tutela del "bene comune" e si sforza di capire e di prescrivere i rimedi necessari. La verità della scienza politica è dunque altro dalla verità delle scienze naturali. E buon governo, anche quando si discute di democrazia, e sopra tutto di democrazia, vuol dire governo responsabile, come dimostra anche, nel suo saggio sul concetto di democrazia in Hennis, Tine Stein (25 ss.), richiamandosi per esempio alla preferenza di Hennis per il sistema elettorale maggioritario proprio in nome del principio della responsabilità.

Responsabilità significa ricerca della verità nel senso proprio della politica come scienza pratica, sicché non a caso Hennis, attento lettore di Smend (col quale si addottora), Schmitt, Heller, critica quelle posizioni che da Bacone in poi ignorano i limiti dell'agire umano e, rifacendosi ad Aristotele, si richiama alla topica di Viehweg (cfr. R. Mehring, *Ideologie und Topik*, 47 ss.). Di qui anche l'analisi critica dello Stato dei partiti (cfr. K. Von Beyme, *Hennis und die Kritik am Parteistaat*, 139 ss.), ma anche una concezione della costituzione come ordinamento fondamentale che deve essere strumentale al buon funzionamento della politica e non intesa come deposito sacrale di valori sovrastorici e immutabili (cfr. A. Anter, *Hennis' Verfassungsdiagnostik*, 73 ss.). La costituzione non è un testo sacro, ma uno strumento di governo e della politica.

Agostino Carrino

**ANTER, ANDREAS**, *Die Macht der Ordnung. Aspekte einer Grundkategorie des Politischen*, II. Aufl., Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, pp. 321.

Merita di essere recensito, anche se a distanza di anni dalla sua uscita, questo libro di Andrea Anter, allievo di Wilhelm Hennis, sul concetto di ordine. Leggendolo, la prima obiezione che potrebbe sorgere nel lettore è che l'ordine presuppone sempre il disordine e che, se questo libro studia il concetto di ordine in vari ambiti dell'esperienza umana, sembra dimenticare il disordine. In realtà, così non è: anzi, il libro presuppone esattamente l'idea di "disordine", anche se come concetto negativo, mentre il disordine, proprio nell'e-

sperienza concreta, si dà sempre come premessa dell'ordine, come l'altra faccia dell'ordine, come ciò che sempre, in ogni momento, rischia di rompere l'ordine. Non è necessario pensare al disordine come "caos" creativo e produttivo, come forza tellurica produttiva; è sufficiente sapere che l'uno e l'altro, ordine e disordine, sempre si tengono nell'esperienza e nell'agire dell'uomo. È vero ciò che Anter dice all'inizio del suo libro, che l'ordine è il *telos* del politico, ma è altrettanto vero che spesso la politica e anche "il politico" mirano al dis-ordine, sia pure come prerequisito dell'ordine. Una rivoluzione vuole un nuovo ordine attraverso il dis-ordinamento del vecchio ordine.

Detto questo, il libro è assai pregevole e fa molto riflettere. La domanda cardine è ovviamente quella relativa a dove si colloca l'ordine, nelle cose o nell'io? Nella realtà o nella coscienza? Almeno da Kant in poi l'ordine è ciò che noi ci rappresentiamo come ordine nel pensiero; come scriveva Fritz Mauthner, citato da Anter (12), «Wir wissen nur von der subjektiven Ordnung in unserem Kopfe (...) Der Mensch hat die Ordnung in die Natur hineingetragen». Altrettanto centrale, se non più, ovviamente, è il discorso dell'ordine in chi pensa che vi sia invece un ordine delle cose. L'idea di ordine gioca così un ruolo centrale in tutte le discipline scientifiche della modernità e *in primis* per la scienza della politica, ma significativo è che il concetto di ordine non può non trovare declinazioni ermeneutiche diverse, come dimostra Anter. «Ordine è una soluzione dai molti usi, che possono reclamare non soltanto il conservatorismo, ma anche il socialismo e l'anarchismo» (260). Il problema dell'ordine, d'altro canto, consiste sempre in un equilibrio tra ordine e disordine, essendo impossibile sia un ordine assoluto sia un disordine assoluto. Proprio questa necessità per così dire relativa dell'ordine fa anche comprendere che la crisi dello Stato e del diritto, pur indubbia, non significa affatto che dell'uno e dell'altro si possa fare a meno. A meno che non si voglia cadere in quel "pensiero concreto dell'ordinamento" à la Carl Schmitt (il giurista convertito all'hitlerismo), cui Anter dedica diverse buone pagine, per il quale l'ordine sta da una parte (nella volontà del Führer) e il disordine nella mera capacità di regolazione giuridica da parte dello Stato (cfr. 190 ss.).

Significativo il riferimento a Lederer e al suo giudizio sul Terzo Reich come «*Unstaat*» (203), nel senso che se l'ordine e lo Stato si tengono, Anter sa bene cogliere i limiti di una identificazione, che infatti non si dà nella storia moderna, anche perché egli interpreta l'idea di ordine – almeno per quanto riguarda la cultura tedesca – come una nostalgia: «di unità, di integrazione e di comunità» (219). In effetti, dietro la classe, dietro la razza, dietro anche la nazione, si è sempre celata questa nostalgia di una "comunità perduta". Nella "postmodernità" si è creduto di poter superare questa nostalgia o questo bisogno privatizzando le funzioni di ordine e di sicurezza, ma, come giustamente osserva Anter, ciò lascia fuori tutto il resto, che è quasi tutto, la società e il pubblico. Non a caso, dopo la retorica della "morte dello Stato", si ritorna a guardare allo Stato, sia pure in forme rinnovate e ciò perché, come giustamente scrive Anter, l'euforia della destatalizzazione nasconde il fatto che «ogni ordine non-statuale sfocia alla fine nel diritto del più forte» (251).

Agostino Carrino

**BALDUS, CHRISTIAN / KRONKE, HERBERT / MAGER, UTE** (Hrsgg.), *Heidelberger Thesen zu Recht und Gerechtigkeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 495.

Nel 2011 la prestigiosa Università di Heidelberg ha festeggiato i 625 anni dalla sua fondazione. Il diritto, com'è noto, ha sempre rappresentato una parte significativa e importante dello Studium Generale di quella Università. La Facoltà di Giurisprudenza, in occasione di un colloquio sul tema, ha voluto festeggiare l'anniversario raccogliendo in volume gli atti di quel convegno, dove si sono ricordati – secondo una simpatica tradizione dell'accademia tedesca – gli studiosi che in quell'Ateneo svolsero tutta o parte della loro principale attività di studio e di insegnamento nei vari rami del diritto.

Si parte così da un saggio di Ch. Hattenhauer sulla persona, ovvero l'essere umano in quanto tale come fondamento del diritto privato in Hugo Donellus (1527-1591), a S. Pufendorf e ad altri giuspubblicisti che in Heidelberg insegnarono per periodi più o meno lunghi (Thibaut, Bluntschli, Goldschmidt, Windscheid) a molti altri ancora oggi punto di riferimento nello studio scientifico del diritto.

Naturalmente, non mancano saggi specificamente dedicati a quei giuristi che tra Otto e Novecento diedero lustro ulteriore alla Facoltà giuridica di Heidelberg, a partire da Georg Jellinek (al quale dedica un saggio importante Winfried Brugger, che si occupa specificamente della dottrina dello 'status' in Jellinek, a Hugo Preuß, Walter Jellinek, Max Weber, G. Anschütz, Gustav Radbruch, del cui pensiero filosofico due saggi discutono alcuni punti controversi, in particolare se la famosa "formula di Radbruch" del 1946 costituisca o meno un rovesciamento nella filosofia del diritto di Radbruch da positivista a nonpositivista. Di ciò tratta G. Dannecker, mentre T. Hillenkamp discute della ricerca di alternative al diritto penale a partire dal pensiero giuspenalista di Radbruch.

Angelo Di Giovanni

**BIN, ROBERTO**, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine, una prospettiva quantitativa*, Milano, Franco Angeli, 2013, pp. 111.

Il libro di Roberto Bin qui recensito – al di là delle aspettative che potrebbero suscitare il titolo e il *focus* iniziale apposto dall'A. medesimo alla sua riflessione – è fondamentalmente un saggio teorico sulla separazione del potere.

Né tale affermazione deve stupire più di tanto, poiché è lo stesso Bin, nella parte finale dello scritto, a rendere palese tale "trama verticale" (segnatamente nel § 11, rubricato «Qualche conclusione», 101 ss.).

Più esattamente, Roberto Bin prende le mosse da una constatazione difficilmente revocabile in dubbio, e cioè la presenza – negli ordinamenti liberaldemocratici "occidentali" – di una forte discrezionalità giudiziale in sede di applicazione del diritto (7), e da qui sviluppa un racconto sempre nitido, a tratti persino avvincente.

Forse, al di là della capacità di razionalizzare fenomeni solo apparentemente circoscritti ed in-comunicanti all'interno di un quadro d'insieme coerente, ciò che colpirà maggiormente il lettore sarà il verificare la sostanziale

consonanza tra quanto Bin va sostenendo a livello teorico-generale ed il piano giuridico-positivo (in specie, quello italiano).

Lo scritto, infatti, dopo aver posto l'accento sulla suddetta discrezionalità giudiziale – apparentemente senza controllo, e comunque accresciutasi in corrispondenza dell'irrigidimento delle costituzioni del secondo dopoguerra, considerate quali testi normativi – individua l'antagonista del giudice nel legislatore (*ibidem*), ed in particolare nel legislatore *democratico*.

Intavolate sinteticamente le ormai “classiche” questioni sulla legittimazione democratica dei tribunali costituzionali, nonché le obiezioni che abitualmente vengono allegare contro tale rilievo, l'A. (sempre in chiave introduttiva) enuncia le sue due principali linee di indagine: a) la critica dell'idea che soggetto osservante ed oggetto osservato siano, nel procedimento conoscitivo, entità separate; b) la valorizzazione di quella che egli chiama la «dimensione istituzionale dell'interpretazione giuridica» (12).

Nello sviluppo di tali tesi, Bin si avvale delle acquisizioni epistemologiche provenienti da quei fisici teoretici che hanno fondato un nuovo paradigma di studio del mondo naturale: la meccanica quantistica.

La giustificazione di tale accostamento, all'apparenza eccentrico, viene effettuata nei §§ 2 e 4 (rubricati rispettivamente «Perché la fisica?» e «Indeterminazione giuridica – e allora?», rispettivamente, 15 ss. e 27 ss.), e mira a dimostrare come i “mondi” delle scienze c.d. dure e delle scienze sociali siano in realtà meno lontani di quel che potrebbe credersi: in questa chiave, lo studioso si inserisce in una corrente di pensiero piuttosto recente, che tenta di attualizzare la risalente tensione degli scienziati sociali, in generale, e dei giuristi, in particolare (ad iniziare da Hans Kelsen), verso lo statuto epistemico delle scienze “esatte”; tuttavia, attraverso il richiamo alla prospettiva quantistica (spec. § 2), Bin non dispiega tale tentativo in funzione di una (irrealistica?) affermazione di oggettività delle scienze sociali, quanto piuttosto verso una de-mitizzazione delle certezze proprie delle scienze naturali (§ 4).

Il momento di verifica privilegiato per la “tenuta” di tale modello di scienza giuridica si colloca in occasione delle decisioni dei giudici sui c.d. *hard cases*, i quali – a rimanere nella metafora dell'A. – esigono, per essere risolti, di essere esaminati con una «risoluzione ottica» diversa da quella sufficiente per affrontare la stragrande maggioranza delle questioni sottoposte ai giudici ordinari (§ 3, 21 ss.).

Obbiettivo polemico di tali osservazioni, assieme a Kelsen ed alla sua costruzione “gradualistica” dell'ordinamento, è quindi anche Dworkin, o, meglio, il suo giudice “ercoleo” (§ 4).

Per argomentare contro la «ontologia materialistica» dei due chiari Autori, Roberto Bin si concentra sull'esame di quell'attività, tanto importante quanto misconosciuta, che *ogni* giudice compie ben prima di iniziare ad “interpretare” il diritto, ossia il (cercarlo e) «trovarlo» (§ 5, 35 ss.); Bin evidenzia, soprattutto, come la libertà del giudice in tale fase sia ben poco controllabile (§§ 5 e 6, 53-60), per lo meno sino a quando si rimanga in una prospettiva «individuale» (i.e.: sino a che si guardi il singolo atto, la singola sentenza: § 7, 61 ss.).

La questione si presta invece ad essere affrontata in maniera più proficua accogliendo – coerentemente coi postulati epistemologici “quantistici” – una prospettiva più ampia, «istituzionale», che guardi cioè «all’insieme dei casi in cui una norma è interpretata ed applicata» (il virgolettato è preso dal § 7, ma l’argomentazione viene declinata nel successivo § 8, 69 ss.).

Ed è proprio in questa dimensione che – ad avviso dell’A. – emerge un dato fondamentale e dirimente, e cioè che «il legislatore tratta i diritti come un problema di politica generale, mentre i giudici li trattano affrontando un caso specifico alla volta» (*ibidem*): inizia ad affiorare proprio in questo punto quella “trama verticale” di cui si diceva in apertura, poiché a «scambiare o confondere le due prospettive, ne resterebbe leso lo stesso principio di separazione dei poteri» (*ibidem*).

Del resto, il medesimo rilievo può essere associato anche alle (diverse) sentenze dei tribunali costituzionali, a seconda della “sede” in cui questi sono chiamati ad esprimersi e dell’interlocutore cui si rivolgono; ciò che spiega – per l’appunto – la diversità di stile e di approccio delle varie Corti, spesso all’interno di lassi temporali molto brevi, in casi aventi il medesimo oggetto; e che può altresì fare chiarezza sul *quando* possano realmente insorgere questioni sulla legittimazione democratica degli organi giudicanti: ossia quando l’organo giudicante tratti i diritti come problemi di politica generale e non come una questione singolare (§ 9, 81 ss.).

Un caso concreto tratto dalla cronaca italiana (pudicamente dissimulato dietro un’iniziale “E.”) viene infine evocato per saggiare la tenuta del modello (§ 10, 93-100) e riaffermare la necessità (*anche*) teorica di tenere distinto il piano politico da quello giurisdizionale (§ 11, 101 ss.).

Cosa che, del resto, i nostri Padri costituenti dovevano aver avuta ben chiara sin dall’inizio, se è vero che hanno esplicitamente riservato la funzione legislativa alle Camere (art. 70 Cost.) e quella giurisdizionale al *singolo* giudice (art. 102 Cost.).

Antonio Riviezzo

CARRINO, AGOSTINO, *La giustizia come conflitto. Crisi della politica e Stato dei giudici*, Milano-Udine, Mimesis, 2011, pp. 268.

Questo volume di Agostino Carrino pone a tema le principali contraddizioni della forma Stato moderna attraverso l’assunzione di una prospettiva che fin dall’esergo – il motto eracliteo «È necessario che la giustizia sia la contesa» – riconosce esplicitamente il conflitto come possibilità concreta, se non come condizione strutturale e necessaria del vivere associato.

Nella prefazione il tema della giustizia è illustrato con riferimento al rapporto, problematico e, appunto, conflittuale, fra diritto e potere (cfr. 12) e al pericolo rappresentato, in questo contesto, dalla possibile deriva verso uno “Stato dei giudici”. Tale deriva si realizza qualora colpevolmente si dimentichi il carattere inevitabilmente *politico* e storicamente determinato di ogni Costituzione: da un lato, infatti, le Costituzioni «sono fenomeni culturali complessi, che non possono essere abbandonati alla mera interpretazione ‘razionale’, quasi che il testo delle norme supreme sia indifferente a tutto ciò che ne

ha costituito e ne costituisce il contesto, le premesse, il fine» (18); dall'altro esiste un legame indissolubile fra la carta costituzionale nella sua configurazione formale e il popolo, che ne costituisce a un tempo l'autore e il custode in ultima istanza. Essa infatti - scrive l'Autore - «è un bene che il popolo si dà e che non può essere affidato in esclusiva a nessun altro» (17). In questo contesto non si tratta di «scalzare il giudice dal trono», quanto piuttosto di riconoscere in esso un "potere", al di fuori di ogni connotazione morale e valoriale, e di assoggettarlo «ai limiti previsti per ogni potere» (24).

Il capitolo più ampio del libro - quasi a costituire per dimensione e articolazione interna un volume a sé - è intitolato *La crisi dello Stato tra liberalismo e democrazia*. Se la forma politica moderna coincide per molti versi con l'invenzione dell'individuo titolare di diritti («Ciò che filosofi e sociologi hanno chiamato 'modernità', ovvero il progetto specifico di questo particolare tempo storico, è consistito fondamentalmente in un'idea di liberazione e di autonomizzazione dei cittadini», 31), tale circostanza deve problematicamente convivere con l'affermazione della nozione sovra-individuale di popolo che, nella declinazione democratica, si configura in termini di *identità* fra governante e governati (cfr. 33). Per altro verso, se nella sua variante liberale la teoria moderna considera «quale suo compito prioritario quello di *limitare* il potere» (34), sul versante "democratico" essa assume consapevolmente il potere come proprio principio (cfr. 35). Ma il principio individualista deve ancora misurarsi problematicamente con l'esigenza - contrapposta eppure frutto della medesima logica - dei gruppi e delle formazioni sociali di costituirsi e rivendicare la piena partecipazione alla vita politica (cfr. 45). Nel moderno, in realtà, individuo e comunità, unità e pluralità, più che principi opposti appaiono poli distinti i quali definiscono un comune campo di tensione che non può essere pacificamente *risolto* in termini teorici, ma piuttosto governato *politicalmente* (cfr. 52). In questo senso si spiega l'attenzione che Agostino Carrino rivolge al tema della decisione politica (cfr. 92) e alla necessità di un rinnovato senso del bene comune: «Libertà e bene comune si tengono e sottolineare un solo aspetto di una dialettica molto articolata storicamente e teoreticamente significa impoverire lo sforzo di comprensione del reale e quindi indebolire qualunque progetto di buon governo» (101). Il bene comune va tuttavia inteso in termini di realismo politico e al di fuori di ogni tentazione irenica: «La democrazia si rivela, così, essere (...) convinzione della necessità della frattura e dell'antagonismo, società del conflitto e concezione realistica della politica» (57). Ad una tale consapevolezza non è peraltro estraneo un ben preciso sostrato etico: non è un caso che l'autore si richiami a Nicolai Hartmann per il quale «vi è un valore specifico della comunità (...) esattamente come vi è un valore specifico dell'individuo» (46) e ponga una sorta di primato etico del dovere rispetto al diritto, individuando nell'«etica dei doveri dell'individuo nella città» un efficace antidoto alla «deriva soggettivistica di un'etica dei diritti fondati solo su se stessi» (125).

Un ruolo cruciale in questo quadro svolge, dunque, la funzione di governo, nei cui confronti «deve cadere» ogni «sospetto» (140); qui viene posta un'alternativa stringente: o la funzione di governo «è accettata in quanto tale e quindi regolata nelle sue competenze e nelle sue facoltà di comando (...) o compressa in maniera illogica e innaturale, al punto da fare alla fine 'esplosione»

re' - talora in maniera anticostituzionale - tutte le funzioni e le competenze proprie del governo» (148).

L'analisi del saggio di Guizot, *Des conspirations, et de la justice politique*, di cui nel 2001 Carrino ha curato l'edizione italiana, offre all'Autore l'opportunità di ritornare sul tema della giustizia, declinandolo in due direzioni diverse, ma contigue: da un lato la necessità di mantenere separate le sfere della politica e della giustizia (cfr. 181); dall'altro la necessità che il giudice sia subordinato alla legge: «Quando il giudice dimentica il vincolo della legge e teorizza un diritto superiore di cui egli è soltanto egli è l'interprete, l'equilibrio dei poteri si spezza e in nome della virtù si infrangono tutti i limiti che salvaguardano i cittadini nell'esercizio delle libertà garantite dal governo e dalla legge» (190).

Nel capitolo successivo, l'Autore insiste sul tema della giustizia, distanziandosi da posizioni teoriche di marcato carattere nichilistico (il riferimento esplicito è a Morris Ghezzi e Natalino Irti) e proponendo come possibile antidoto ad esse il riferimento (sia pure con qualche cautela) alle «origini sociali» del diritto (211). L'affermazione del relativismo perde infatti la sua (paradossale) assolutezza, convertendosi produttivamente in pluralismo/politeismo, qualora si consideri che «l'individuo non è mai veramente solo nel suo agire, ma sempre rapportato ad un altro» e che il conflitto interindividuale, proprio in quanto conflitto, «implica esattamente quel riconoscimento reciproco che relativizza il relativismo e rende possibile la convivenza come agonismo fra valori e concezioni del mondo» (212). Anche nel capitolo successivo, discutendo alcune tesi di Severino e, di nuovo, di Irti, l'Autore scorge una possibile via d'uscita dal nichilismo giuridico, di cui «il kelsenismo è veramente l'espressione adeguata» (248), nel «ritorno d'attenzione agli individui concreti, agli uomini viventi» (252) e, sul piano giuridico, nell'impegnativa individuazione di un "diritto naturale vigente", inteso come «il complesso dei diritti degli individui concreti che vivono in sociale comunione l'uno con l'altro - diritto alla salvaguardia e alla tutela della propria individualità, *diritto come ciò che accomuna*» (253).

Nel capitolo finale, l'Autore affronta alcuni aspetti del dibattito (italiano e non solo) sul federalismo. Questo concetto non va inteso, a suo giudizio, come sinonimo di secessione o disgregazione, ma costituisce «anzi il loro esatto contrario», soprattutto se bilanciato da un'adeguata dose di presidenzialismo (263). In questa declinazione istituzionale, che potrebbe costituire «la grande, rivoluzionaria novità del XXI secolo» (*ibid.*), troverebbe posto una rinnovata nozione di popolo, inteso dinamicamente come «molteplice e differenziata unità» (267). Una tale nozione di federalismo, in grado di operare la sintesi difficile fra "individuo e comunità", si presenterebbe infine come «l'altra faccia dell'idea di un liberalismo politico e sociale (...) capace di proiettarsi su un progetto di Europa custode, non matrigna e negatrice delle caratteristiche dei popoli, delle nazioni e delle entità subnazionali» (268).

Molteplici e impegnative sono dunque le sfide che il volume lancia alla riflessione filosofica e giuridica. Fra queste ci sembra si segnali innanzitutto la necessità di determinare ulteriormente un concetto di popolo capace di dar ragione *insieme* della sua dimensione unitaria - senza la quale non sono pensabili azione politica e decisione - e della molteplicità delle aggregazioni e delle differenze che a un tempo lo attraversano e lo costituiscono. A tale fine il tradizionale mec-

canismo rappresentativo, per il quale l'unità del popolo si costituisce attraverso un movimento di autorizzazione da parte dei suoi membri nei confronti dell'istanza, individuale o collettiva, che la impersona, sembra aver perso, anche in conseguenza delle critiche radicali cui è stato sottoposto nel corso del Novecento, gran parte della propria efficacia esplicativa. In secondo luogo, vi è l'urgenza di pervenire ad una nozione di federalismo nella quale la struttura federale non si costituisca semplicemente come la somma di strutture territoriali di dimensioni più ridotte rispetto alla tradizionale forma-Stato: una soluzione di questo tipo avrebbe come esito la mera riproposizione in scala minore delle aporie tipiche della forma-Stato moderna. Il federalismo che l'analisi di Agostino Carrino sembra esigere, infatti, non risulterebbe pienamente adeguato al proprio compito se non si mostrasse in grado di tenere e dare conto, in termini di presenza politica e di partecipazione, non solo delle articolazioni territoriali, ma anche e soprattutto delle molteplici aggregazioni d'interesse, variamente organizzate e strutturate, che, sia a livello statale che sovra-statale, di fatto esercitano da gran tempo un peso decisivo nella determinazione delle politiche nazionali e sovranazionali. È questa una circostanza che, a nostro avviso, rende particolarmente urgente la determinazione concettuale delle modalità di una possibile "costituzionalizzazione" plurilivello delle "parti". In terzo luogo, vi è il problema del modo in cui la ridefinizione della funzione di governo possa utilmente collocarsi al di là della tradizionale (e inefficace) identificazione con il "potere esecutivo". È questo infatti, come sottolinea l'Autore, un «temine improprio e sviante, in quanto nessun governo degno di questo nome si è mai limitato ad 'eseguire' la volontà altrui» (182). L'ultima e forse più impegnativa sfida riguarda la necessità di dar conto dei rapporti fra Comunità europea e Stati in termini ulteriori rispetto alla concettualità tipica dello Stato moderno. Ciò significa procedere risolutamente oltre il vocabolario della sovranità e concepire lo spazio politico-istituzionale europeo come un'organizzazione complessa di poteri la cui legittimazione non sia semplicemente affidata alle procedure elettive, ma dipenda in misura decisiva dalla capacità reciproca di limitazione e controllo (cfr. 129).

Antonino Scalone

EHRlich, EUGEN, *Politische Schriften*, hrsg. u. eingel. von Manfred Rehbinder, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, pp. 206.

Eugen Ehrlich (1863-1922) appartiene agli "autori" che hanno influenzato la mia formazione scientifica, molti dei quali di origine appunto ebraica. Triste e paradossale destino quello di tanti ebrei mitteleuropei, uomini di formazione mentale intimamente tedesca, ma anche di vocazione quasi "naturalmente" tedesca. Quanti ebrei consideravano la cultura del loro paese come la cultura per eccellenza! È difficile immaginare il senso di sgomento di quanti dovettero assistere alla fine del loro sogno di integrazione dell'ebraismo nella germanicità e viceversa. E così è anche difficile pensare il senso di spaesamento per un ebreo come Ehrlich, che dovette subire un doppio ostracismo: in quanto ebreo e in quanto austro-tedesco.

Ehrlich era stato rettore dell'università di Czernowitz, dove insegnava diritto romano. La Bucovina faceva parte dell'Impero austro-ungarico; dopo

la guerra entrò a far parte della Romania e lì Ehrlich si trovò a combattere contro anti-semiti, che per l'appunto lo combattevano in quanto ebreo, e anti-tedeschi, che gli rinfacciavano le sue posizioni politiche a favore dell'Impero austro-ungarico, del "josephinismo", ovvero dell'idea che solo in una realtà imperiale multinazionale come l'Austria di Francesco Giuseppe fosse possibile per l'etnia e la cultura ebraiche trovare se stesse, la propria autonomia, la propria dignità. E così Ehrlich venne privato della cattedra, per così dire, due volte: in quanto ebreo e in quanto austro-tedesco.

Va anche per questo segnalato questo libro curato da M. Rehbinder, massimo conoscitore di Ehrlich, dove sono raccolti alcuni scritti politici pubblicati dal 1918 al 1921, praticamente sconosciuti, del fondatore della sociologia del diritto. Ehrlich vi appare come sociologo di stampo conservatore, ma impegnato per la pace e per il quale l'attività dello Stato trova dei limiti invalicabili che gli sono posti dalla realtà economica. Com'è noto, il teorico del "diritto vivente" ha sempre considerato che il fondamento del diritto non risiede né nella legislazione né nella giurisdizione, bensì nella società, che quindi impedisce *naturaliter* allo Stato di regolare i rapporti sociali oltre un dato limite pre-stabilito, in qualche modo, dalle regole che vivono già dentro la società.

Il primo saggio, dedicato al crollo dell'Impero austriaco (*Der Verfall eines grossen Reiches*) è interessante perché si pone un interrogativo fecondo anche oggi: perché dalle nazioni che componevano l'Impero non è nata una "nazione austriaca"? Oggi il nostro interrogativo suona: perché non nasce una "nazione europea"? La lettura di questo scritto, che ricostruisce la storia politica dell'Impero asburgico dalla fine del Settecento fino al crollo in una chiave sociologico-politica, offre molti spunti di riflessione. Seguono altri lavori, tra cui una critica della politica di Bismarck, un pungente articolo di recensione sulla mania dei generali di scrivere memorie e pensieri, un saggio su Marx e la questione sociale, uno sul movimento pacifista e uno sul futuro della Lega delle Nazioni.

Agostino Carrino

EISFELD, JENS/OTTO, MARTIN/ZWANZGER, MICHAEL UND PAHLOW, LOUIS. (Hrsgg.), *Naturrecht und Staat in der Neuzeit*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, pp. 640.

I giuristi che si occupano dei problemi del diritto vigente sono soliti scomporre la materia del loro studio in singole unità logicamente separabili, al fine di poterle analizzare meglio. Gli storici, invece, praticano la ricostruzione dei contesti per evitare che le connessioni di senso tra i fatti siano lacerate arbitrariamente. Gli storici del diritto si trovano precisamente a metà strada tra questi due mondi e la loro attività scientifica si svolge all'insegna tanto dell'analisi quanto della sintesi.

È proprio ad un importante storico del diritto, Diethelm Klippel, che è dedicato questo ampio volume, contentente più di trenta contributi che affrontano, da diverse prospettive, il rapporto tra Stato e diritto naturale nell'età moderna. La *Festschrift* per i settant'anni dello storico di Treviri riflette gli interessi scientifici del festeggiato che, nella sua lunga e produttiva carriera, svolta prima nell'università di Gießen, poi in quella di Bayreuth, ha approfondito la dinamica evolutiva, storica e concettuale, che il diritto naturale e la filosofia del

diritto, dopo il periodo antico e quello cristiano-medievale, hanno subito dall'epoca illuministica fino al XIX e, in parte, al XX secolo. La questione principale che sta a fondamento del presente volume è quindi quella di comprendere in che modo le idee giusnaturalistiche si siano inserite in quel contesto storico, in che misura siano state influenzate dagli sviluppi dell'epoca in cui si erano radicate e, infine, in che senso siano state proprio esse ad esercitare un influsso consistente e duraturo sulla modernità e sulla concezione che oggi abbiamo di essa.

I contributi del volume danno un'idea molto precisa dei numerosi aspetti storici, culturali, filosofici e giuridici che si intrecciano intorno al tema del diritto naturale, estendendosi dalla prima fase dell'Illuminismo fino alle ripercussioni presunte o effettive che esso ha generato nel XX secolo, dal proto-illuminismo della Germania mediana (*mitteldeutsch*) fino alla teoria dello *Shareholder Value*, da John Locke fino a Kurt Wolzendorff, dalla concezione ottocentesca del diritto naturale nel Wittenberg al diritto francese della schiavitù nei Caraibi.

Pur non essendo possibile in questa sede dare conto di tutti i saggi, vorrei però segnalarne alcuni che mi sembrano particolarmente interessanti e tali da riflettere la fertile interdisciplinarietà dell'approccio tedesco allo studio del diritto, in grado di fondere insieme la prospettiva tecnicamente giuridica con quella storica e filosofica: Heinhard Steiger si occupa, per esempio, del tema concernente la libertà dei mari e il diritto naturale, mostrando come il dibattito svoltosi a partire dal XVI secolo sulla distinzione tra *mare liberum* e *mare clausum* abbia acquisito un significato giuridico-positivo per il diritto internazionale attuale, mentre solo superficialmente può considerarsi di valore esclusivamente storico. Walter Pauly e Jens Eisfeld si dedicano rispettivamente all'analisi del concetto di *Sollen* e alla *Trennung* tra diritto e morale in Kant; Wolfgang Schild svolge una originale e approfondita analisi del diritto naturale in Hegel, individuando tre tappe fondamentali del suo sviluppo nel 1817, nel 1827 e nel 1830, ovvero nelle tre edizioni della *Enciclopedia delle scienze filosofiche*; Dieter Schwab dirige la propria analisi sul destino del diritto naturale e dell'idea di diritto nel XX secolo, con particolare riferimento a Gierke, Radbruch e Stammler, mentre Louis Pahlow concentra il proprio interesse sul rapporto tra diritto dell'economia e filosofia del diritto, analizzando i teorici che di questa connessione hanno fatto un nucleo decisivo di influssi reciproci (lasciato troppo spesso ai margini dalla relativa letteratura); dopo la prima guerra mondiale, infatti, le idee giusfilosofiche hanno giocato un ruolo decisivo nella fondazione e legittimazione di uno specifico diritto dell'economia (si veda, tra gli altri, ancora Stammler in *Wirtschaft und Recht*, e poi Goldschmidt, Hedemann, Sinzheimer, Westhoff, Darmstaedter). In conclusione al volume è posto un indice analitico, diviso per anno, delle pubblicazioni di Klippel (1975-2012) curato da Martin Otto.

Federico Lijoi

**GREGORIO, MASSIMILIANO**, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 439 (*Biblioteca per la storia del pensiero giuridico*, n. 101).

Bel lavoro, questo di Gregorio, ma sopra tutto perché arriva in un momento in cui il partito politico sembra essere un residuo del passato, "liquefatto"

nel presunto partito "personale" (che in realtà è un mero comitato di affari) o in semplici comitati elettorali.

Eppure il partito non solo ha una sua storia complessa (in Europa in generale come in Italia), ma è il simbolo di un processo civile e politico che è quello della trasformazione dei sudditi in cittadini, un processo travagliato e contrastato, perché la nozione di partito esprime anche la contraddizione fondamentale della politica moderna, che vuole essere al tempo stesso universale e fondata sull'individuo e che si affida ad una parte (il partito, un tempo la 'fazione') per realizzare progetti generali.

"Parte totale" è dunque espressione adeguata alla problematica più sottile di una parte che si vuole tutto o vuole farsi tutto. In quanto tale, il partito è espressione del conflitto sociale e quindi si comprende come esso sia stato mal giudicato a partire dalla Rivoluzione francese, ma anche entro quelle dottrine che hanno mirato, attraverso il diritto, a fare delle istituzioni il regno dell'armonia di contro al regno della disgregazione, rappresentato dalla società. Così Kelsen, ma anche, in Italia, come racconta Gregorio, la scuola di Orlando, che col metodo giuridico voleva neutralizzare il conflitto e immaginava un partito in senso puramente liberale, cioè parlamentare.

Gregorio ripercorre le vicende del partito nelle dottrine costituzionali italiane dalla destra storica al secondo dopoguerra, partendo da una citazione di Antonio Gramsci del 1921: «Un'associazione può essere chiamata partito politico solo in quanto possiede una sua propria dottrina costituzionale, solo in quanto è riuscita a concretare e divulgare una sua propria nozione dell'idea di stato». Esattamente il contrario di quanto ancora un Giolitti pensava di poter fare, cioè controllare il conflitto sociale attraverso uno Stato neutrale, proprio mentre le masse operaie premevano ai cancelli delle istituzioni e ciò sempre più, proprio, attraverso il partito politico, non più "parlamentare", ma di massa, la cui alterità rispetto alla forma ottocentesca di partito parlamentare di notabili non fu subito colta (cfr. 60 ss.), anche se parti della scienza giuridica, anche civilistica, si rendevano ormai conto del superamento dell'individualismo dei codici, inadeguato al pluralismo sociale crescente e al conflitto tra partiti oramai differenti. Con Santi Romano si riparte «dalla giuridicità dei fatti» (71), ma, secondo l'a., senza sconvolgere il ragionamento orlandiano su uno Stato emancipato dalla società.

Solo dopo la guerra si rompe «l'antropologia individualista, che aveva ispirato l'Europa dalla Rivoluzione francese in avanti», si «riscopre il valore della comunità e si alimenta una forte propensione all'associazionismo politico» (79) e il partito, in particolare con Kelsen, diventa uno strumento per la formazione (democratica) della volontà politica, anzi lo strumento d'ora innanzi indispensabile, fondato sull'idea di compromesso. Con Weimar, com'è noto, i partiti entrano, sia pure convulsamente, dentro lo Stato e ciò in quella forma di partiti di massa che mettono in crisi il partito dell'era liberale. A Weimar il pluralismo dei partiti nuovi non regge, e come in Italia con il fascismo, così in Germania al partito della tradizione liberale segue il partito "unico", espressione patologica della concezione di "parte totale". Alle due esperienze Gregorio dedica molte pagine del suo libro, soffermandosi in particolare, per la Germania, su Schmitt e mettendo in rilievo la differenza

tra lo statualismo fascista e il movimentismo nazista, che fa sì che lo Stato sia solo uno strumento del partito e ciò, aggiungiamo noi, perché il fondamento sostanziale è la razza, rispetto alla quale lo Stato viene ancora considerato impotente per il suo originario formalismo. Così come per il partito leninista il fondamento è la classe.

Come che sia, gli anni Trenta «rappresentarono davvero un tornante fondamentale nella ricostruzione dell'idea novecentesca di partito [quale] portatore di un nuovo principio di unità politica» (216). Non è possibile, qui, dar conto di tutto il percorso di Gregorio, dalla ideazione da parte di Panunzio del sintagma “parte totale” alle riflessioni di Chiarelli e Mortati, Crisafulli e Lavagna o di un Esposito con l'idea di nazione quale fondo comune di Stato e partito.

La terza parte si sofferma infine sul partito nella repubblica, un'idea di partito che riafferma le idee di pluralismo e di parlamentarismo e lo fa sulla base di un accordo preliminare a livello costituzionale sulle caratteristiche del pluralismo sociale. Significativo che anche qui ritorni con forza il concetto di “parte totale”, coniugato però in senso personalistico, per esempio in Lazzati (vicino a Dossetti), teso quindi a «costruire un principio di unità politica» (312), ma anche in altre culture politiche. Un progetto, tuttavia, quello di “parte totale”, che mancherà sempre più col tempo la “totalità”, ovvero l'unità politica, fino alla crisi della forma-partito, ovvero della politica, nella quale ancora ci si dibatte e rispetto alla quale non si intravede la luce fuori del tunnel di una eterna “transizione”.

Agostino Carrino

**HÄBERLE, PETER**, *Der kooperative Verfassungsstaat – aus Kultur und als Kultur*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 816.

Tra i costituzionalisti tedeschi noti al pubblico italiano Peter Häberle occupa un posto di rilievo. Non a caso il saggio di apertura di questo suo nuovo volume è l'originale tedesco di una voce pubblicata sull'Enciclopedia Treccani. I lavori qui raccolti, tuttavia, non aggiungono molto a quanto si sa delle tesi di Häberle in materia di diritto costituzionale, tesi già consegnate in ponderosi libri precedenti, come, *Verfassung als öffentlicher Prozeß. Materialien zu einer Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft* (Berlin, Duncker & Humblot, 1996, 878). Sia in quello, sia in questo fresco di stampa, si tratta di sillogi di scritti di varia origine, sempre uniti dall'idea di costituzione come punto di precipitazione di problematiche, domande, bisogni propri di ogni società democratica; la costituzione rappresenta un processo pubblico ed aperto perché è (deve essere) aperta la società e costituzione e società si tengono in una visione liberal-democratica focalizzata sul significato di “cultura” come teatro di un pluralismo aperto. Le costituzioni sono per Häberle degli edifici in costruzione; le modifiche costituzionali appaiono proprio per questo la via per garantire la continuità della costituzione nel tempo. Solo così essa si conserva come costituzione della libertà, strumento di tolleranza in una società aperta e perciò essa stessa – la costituzione – aperta alle altre scienze sociali. La stessa interpretazione costituzionale deve essere interna ad una «società aperta degli interpreti costituzionali (*Verf. als öffentl. Prozeß*, 123).

Una società pluralista, dunque. Da questo punto di vista Häberle si vuole continuatore delle teorie di Fraenkel, Scheuner e altri giuristi tedeschi che hanno lasciato importanti contributi in materia. Il fondamento epistemologico del pluralismo è visto da Häberle nella teoria di Popper: «Il razionalismo critico è la più convincente teoria scientifica del pluralismo, considerato che il contenuto del *Grundgesetz* (i suoi elementi strutturali pluralistici) e gli elementi teorici del razionalismo critico sono congruenti» (*Verf. als öffentl. Prozeß*, 144).

Ma cosa significa “società aperta”, costituzione aperta, se non che la costituzione non può essere data una volta per sempre, ma che interprete e costituente devono alternarsi e che tra l’uno e l’altro si dà una «parziale identità» (*Verf. als öffentl. Prozeß*, 199)? «La creazione di una costituzione (*Verfassungsggebung*) non termina con l’entrata in vigore di una concreta costituzione; essa è un processo continuo, spesso inosservato, e irrinunciabile; ciò nella misura in cui l’interpretazione (pluralistica) della costituzione è un processo creativo» (*ibidem*). Società e Stato non sono quindi per H. opposti, ma tra l’una e l’altro si danno, proprio grazie all’evoluzione della costituzione, canali di comunicazione e di trasmissione di informazioni: la costituzione è l’«ordinamento giuridico fondamentale di Stato e società» (19). Il cittadino deve conoscere la “sua” costituzione e questa deve a sua volta “aprirsi” ai cittadini attraverso la comunità degli interpreti (che evidentemente non può limitarsi ai giudici, ma presuppone appunto, scrive H. in maniera per la verità criptica, una «società aperta di interpreti della costituzione»: 263 ss.). La costituzione è dunque contratto, ma non solo “sociale”, bensì anche intergenerazionale nel senso di limite alle capacità decisorie delle istituzioni e delle generazioni del momento. In tal senso la costituzione è per Häberle fenomeno culturale, cioè espressione nel tempo e nello spazio di una razionalità intrinseca all’essere dei popoli e delle nazioni, meglio: all’umanità. I popoli sono infatti «grandezze culturali» (41) e non elementi dello Stato à la Jellinek. Häberle, in effetti, si iscrive tra i teorici delle costituzioni che formano gli Stati, nel senso che lo Stato si dà solo nella costituzione, che dunque crea e mette in forma lo Stato (45). In questo senso egli è senz’altro da annoverare tra i teorici del neocostituzionalismo, che pretende di superare i concetti classici della scienza costituzionale. Resta però dubbio come il popolo inteso in questo senso possa essere integrato nel diritto.

Häberle sostiene che la sovranità è morta e che si deve parlare di «sovranità della costituzione» (*Verf. als öffentl. Prozeß*, 395). Personalmente, noi ci troviamo sulla sponda opposta (cfr. A. CARRINO, *La dottrina dello Stato e la sua crisi*, Modena, Mucchi, 2014; ID., *Il problema della sovranità nell’età della globalizzazione*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2014), sia perché riteniamo che la sovranità non sia morta né che lo sia lo Stato, sia perché per noi la costituzione è una forma che lo Stato dà a se stesso. Tuttavia, quale che sia il rapporto tra Stato e costituzione, Häberle sottolinea (in questo come in tutti gli altri suoi libri) un punto interessante, che cioè il moderno Stato costituzionale deve necessariamente strutturarsi in senso federalistico (53 ss.). Cosa significhi ‘federalistico’ e quale sia il rapporto tra federalismo e idea dei ‘piccoli Stati’ deve essere qui lasciato da parte, anche se il concetto appare più esposto che argomentato e giustificato. Vi sono infatti in Häberle non pochi pregiudizi politico-filo-

sofici che gli impediscono di problematizzare le sue tesi, di regola presentate in maniera quasi apodittica: significativo, da questo punto di vista, proprio il rifiuto di Platone e di Hegel come autori «totalitari» (65). Non basta infatti dichiarare che le identità sono “plurali” e a forma di mosaico per risolvere una questione – quella dell’identità culturale, che è a base del federalismo – che invece esige approfondimenti e riflessioni più complesse, tanto più che proprio la comparazione, che H. invoca addirittura come metodo di interpretazione, invita a riflettere sulle differenze concrete nello spazio e nel tempo, non riconducibili ad un comune denominatore.

Il modello di “Stato costituzionale cooperativo”, entro il quale H. racchiude i criteri della cultura e del federalismo, implica certo dinamicità ed evolutività in un quadro di giuridificazione sovranazionale e universale, ma anche in H. sembra perdersi del tutto – come nei teorici dei diritti dell’uomo prestatuali – ogni dimensione pratica dell’agire giuridico politicamente orientato. Il concetto di cultura, quale impiegato da H., è chiaramente un concetto impolitico, se non *anti-politico*. Non a caso il metodo espositivo di H. sembra più accumulativo che argomentativo, in una massa enorme di riferimenti a testi di varia e composita origine, dove tra l’altro, ad avviso di chi scrive, si associano esperienze culturali eteroclite, dal Myanmar al Venezuela, dal Sud-Africa alla Francia, al Messico. Il concetto di cultura di H. sembra infatti un concetto funzionale alla cancellazione delle differenze, non uno strumento empirico che si prende cura delle varietà storiche e per l’appunto culturali tra i popoli, le loro istituzioni e i loro costumi. Così il legislatore venezuelano, pur autoritario e collettivista, si inserisce per H. «passivamente e attivamente (...) nella universale ‘officina dello Stato costituzionale’» (161).

Nell’insieme bisognerebbe chiedersi che senso ha parlare ancora di ‘Stato’ (costituzionale cooperativo) per un fenomeno che si oppone radicalmente alla tradizione della statualità europea e occidentale, in definitiva al *jus publicum europaeum*, rispetto alla cui sostanza sono solo pallide evanescenze le festività per la costituzione che Häberle riassume con tanta enfasi (167 ss.). Non poche perplessità suscita poi l’idea che il fine dello Stato costituzionale cooperativo sarebbe quello di far «interiorizzare» (351) i diritti dell’uomo ai cittadini, quasi che si tratti di uno Stato etico rinnovato in senso democratico-universalistico, per il quale gli esempi, un po’ alla rinfusa, sono la Spagna, il Perù e il Guatemala...

Häberle ha una capacità più unica che rara di padroneggiare i *documenti costituzionali* dei paesi più diversi, da quelli europei a quelli in via di sviluppo. I testi costituzionali, scrive Häberle, sono testi di diritto positivo, ma essi rinviano a qualcosa di più che questo, ad una realtà effettiva che il testo può indicare soltanto. La cultura è tradizione, trasformazione, pluralismo, e una scienza della costituzione deve orientarsi in quanto scienza della cultura su questi tre principi fondamentali. Ma è veramente questo ‘cultura’? Non è forse troppo indeterminata e generica una tale definizione, che lascia in secondo piano l’elemento differenziante, per il quale soltanto la cultura ha senso, in quanto solo essa consente, come categoria generale, di cogliere le culture storiche esistenti nelle loro differenziazioni e specificità? Che per H. ‘cultura’ sia solo un modo per delineare una prospettiva umanistico-universalistica tesa ad uno

Stato mondiale lo dimostrano i riferimenti che egli fa a J. Habermas (353) e alla sua prospettiva di una 'cittadinanza mondiale' (idea per la verità oggi dallo stesso Habermas ridimensionata).

Proprio per questo la scienza delle costituzioni, per Häberle, prevale sulla classica dottrina dello Stato, la quale tra gli elementi dello Stato considera imperio, territorio e popolo, ma non la costituzione, che dovrebbe se non altro essere trattata come il quarto elemento dello Stato (per la verità, Häberle considera lo Stato moderno, liberal-democratico, ma ogni Stato è una costituzione dal punto di vista storico-esistenziale).

Se volessimo ora domandarci in cosa concretizzare tutto il discorso di Häberle, dovremmo dire che si tratta di una difesa del tema della *dignità dell'uomo* (cfr. 333 ss.). Per questo occorre, dice Häberle, una teoria del bene comune (cfr. 459 ss.) come parte integrante di ogni scienza delle costituzioni, che giustifichi e legittimi un'economia sociale di mercato. Appaiono però del tutto estrinseci e vaghi i riferimenti alle esperienze della Thailandia, del Niger e dell'Uganda (473 ss.) messe insieme con le esperienze costituzionali dell'Europa. Direi che l'universalismo culturale di H. prevale sulle culture particolari, solo dalle quali ci si può sollevare ad una visione dell'umanità. Da questo punto di vista, è rintracciabile nel discorso di H. anche una evidente contraddizione, in quanto il municipalismo da lui propugnato non si concilia più di tanto con questo culturalismo mondialistico.

Tra "incursioni" ed "escursioni" questo libro di non facile lettura rischia di offrire allo studioso più che una teoria del diritto costituzionale, o una dottrina della costituzione alternativa alle classiche dottrine dello Stato, una teoria *accumulativa e ripetitiva* di tutto ciò che empiricamente può essere riassunto a livello di testi e di dottrine riferentesi alle costituzioni.

Agostino Carrino

**KRONER, RICHARD**, *Von Kant bis Hegel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2007, 2 Bände, pp. 612 e 526.

Gli studi hegeliani restano obbligati nei confronti di Richard Kroner (1884-1974), il quale all'inizio degli anni Venti diede grande impulso alla rinascita hegeliana in Germania, partendo da posizioni neokantiane (era stato allievo di Windelband e di Rickert). È merito delle edizioni Mohr Siebeck aver ristampato, in edizione anastatica, *l'opus magnum* di Kroner, apparso in due volumi nel 1921 e nel 1924, molto citato ma letto forse proprio solo dagli specialisti di Hegel.

Si tratta, com'è noto, di una interpretazione in chiave "irrazionalistica" del pensiero di Hegel ma, soprattutto, si tratta di un tentativo di dimostrare come il passaggio da Kant a Hegel, attraverso Schelling e Fichte (al quale Kroner dedica pagine magistrali), fosse un passaggio logicamente e oggettivamente necessario. Per Kroner si danno nel pensiero di Kant una serie di contraddizioni che impongono una loro soluzione, specialmente per quanto concerne il rapporto tra fenomeno e noumeno. Ma se Hegel è per Kroner il punto di arrivo necessario di un percorso intellettuale unico nella storia intellettuale del mondo, Hegel non è certo anch'egli privo di contraddizioni, in particolare

per quanto riguarda la sua ontoteologia, rispetto alla quale la dialettica hegeliana resta, ad avviso di Kroner, impotente. Non a caso nelle sue opere successive di filosofia della religione, nell'esilio americano, egli farà riferimento ad altri autori, in particolare Pascal e Kierkegaard, che a suo avviso vanno collocati al di sopra, per molti aspetti, dello stesso Hegel.

Angelo Di Giovanni

LEISNER, WALTER, *Institutionelle Evolution. Grundlinien einer Allgemeinen Staatslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, pp. 139.

In un tempo in cui non pochi, tra giuristi e politologi, parlano (a nostro avviso a torto) di "morte dello Stato" (tema del resto ricorrente), va controcorrente questo libro di Walter Leisner, colto giurista attento ai presupposti storici dei concetti e quindi in grado anche di capire quali tra loro sono veramente transitori o già superati.

Leisner coglie il senso della 'Staatslehre', in quanto dottrina generale, nella missione civilizzatrice della cultura occidentale, ciò senza attribuirle, ovviamente, nessuna funzione "missionaria". La filosofia greca e il diritto romano sono le basi di una visione del mondo che continua a tutt'oggi a dare i suoi frutti, perché appunto imperituri. Lo stesso concetto di 'impero' appare come uno dei concetti fondamentali della dottrina dello Stato, essendo la vocazione imperiale (romana) la nostalgia sottile di ogni statualità, senza anche qui attribuire al concetto nessun significato negativo. *Holzwege* (19), sentieri interrotti, sono dunque quelli su cui si muove la dottrina dello Stato, insieme con la sua faccia giuridica, che mette in forma la sostanza politica dello Stato. Il *jus publicum europaeum* è la forma che lo Stato nella sua dimensione tipicamente moderna, appunto in quanto Stato, assume a partire da Machiavelli in poi.

Si badi: ciò che Leisner cerca nell'antichità non è certo lo stesso Stato della modernità, bensì quelle caratteristiche e quelle precondizioni che restano valide a tutt'oggi e che costruiscono lo Stato come ricerca sempre ancora oggi incompiuta di quel modo di associarsi che forse potrebbe trovare nella Roma di Augusto un modello insuperato. È la politica per l'appunto di Augusto, con i suoi requisiti - *gravitas, severitas, auctoritas* - che da allora forse manca (ma forse era essa stessa un tentativo, meno fallito di altri) e che l'uomo moderno ha cercato. Forse la crisi della *Staatslehre* altro potrebbe non essere che l'abdicazione a questa ricerca da parte dell'uomo d'oggi, dunque una dichiarazione di naufragio.

Resta invece all'uomo di cultura, qui al giurista, tener viva la nostalgia di contro al naufragio predetto perfino da Carl Schmitt (o era forse un'esorcizzazione?) e continuare a praticare la nobile scienza - per quanto "rischiosa" - del diritto, a dispetto di tutti i fallimenti e dello scadimento intellettuale di cui pure oggi essa soffre.

Leisner, in questi lineamenti, ripercorre sinteticamente ma con efficacia la storia della disciplina fino alla sua "tecnicizzazione" attraverso le costituzioni e i testi giuridici codificati, con la conseguente modifica del ruolo della dottrina stessa, alla quale si associa ora anche una "teoria" che prende in con-

siderazione ciò che vige, la prassi concreta quale delineata dalle costituzioni moderne. Non a caso, nel XX secolo, specialmente in Germania, la dottrina dello Stato rischia di confondersi con il diritto pubblico *tout-court*, alle prese con i processi di democratizzazione in atto. Così, la dottrina pura di Kelsen si rivela come una «legittimazione della nuova forma di Stato della democrazia nella tecnica giuridica del normativismo» (31), contro la quale si erge la dottrina dell'integrazione di Smend, che si spinge come dottrina dei valori da Weimar fin dentro le discussioni odierne come «*Gegenpol*» del normativismo kelseniano.

La dottrina dello Stato è stata una disciplina tendenzialmente multiforme. La tendenza attualmente vigente a trasformarla in una sorta di politologia dimentica però alcune caratteristiche della disciplina che ne fanno un qualcosa di imprescindibile tutt'oggi, come Leisner dimostra: la sua tendenza a comparare gli ordinamenti giuridici e quindi ad impiegare strumenti tecnicamente raffinati per la comprensione del diritto positivamente vigente e quindi a mettere alla prova, criticamente, i fondamenti di legittimazione delle democrazie moderne. La dottrina dello Stato non è dunque trascendente alla realtà, ma "trascendentale" nel senso che elabora la realtà giuridica data, nella sua storica evoluzione, tenendo presente il passato e guardando al futuro. La dottrina dello Stato si fa così dottrina delle istituzioni giuridico-politiche studiate nella loro evoluzione.

Leisner dedica attenzione ai metodi, in particolare quello storico, induttivo, analogico e principiale, senza indulgenze per concezioni moralizzanti dello Stato e della democrazia.

Agostino Carrino

LEMKE, MATTHIAS (Hrsg.), *Die gerechte Stadt. Politische Gestaltbarkeit verdichteter Räume*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2012, pp. 208.

Lo Stato del XXI secolo si trova in un campo di tensione che vede contrapporsi sicurezza e libertà, ordine e mutamento, autorità e democrazia. Si trova cioè in un dilemma, per cui, da un lato, le transazioni internazionali ne riducono la sovranità verso l'esterno, dall'altro lato, la proliferazione degli interessi particolari ne circoscrivono la capacità di azione verso l'interno. L'obiettivo della collana in cui il volume si inserisce (*Staatsdiskurse*) consiste proprio nel monitorare l'evoluzione dello Stato e, più concretamente, il suo rapporto con il diritto, la potenza e la politica. In tal senso è quindi naturale che sia in special modo la globalizzazione, con tutte le conseguenze che ne derivano, a rappresentare uno dei fenomeni di maggiore importanza ai fini di una disamina delle sempre nuove configurazioni assunte dalle unità politiche nazionali. Incaricata di un compito così ambizioso, la scienza giuridica, in quanto *Staatswissenschaft*, non può sottrarsi alla necessità di acquisire un profilo integrato e multidisciplinare, in cui compaiano intrecciate prospettive giuridiche, politiche, sociologiche e filosofiche.

Scopo dei saggi qui raccolti è quello di analizzare il rapporto tra la città, intesa come spazio denso e concentrato (globalizzato) di individualità e di legami sociali, di conflitto, lotta e confronto (si pensi alle metropoli urbane e alle megalopoli), e l'aspirazione alla giustizia di cui si fa portatore il discor-

so politico: «Nel XXI secolo accanto allo Stato avanza – di nuovo – sempre di più la città quale luogo del politico» (19). In tal senso, dunque, il collegamento tra politico e *polis* torna a divenire un nesso altamente significativo e la città, pertanto, non si trova al principio della politica soltanto dal punto di vista puramente concettuale, bensì rappresenta la problematica specifica, originaria ed empiricamente esperibile per l'applicazione delle tecniche di sicurezza e di dominio. Essa si rivela, come afferma il curatore del volume, il «catalizzatore del politico». Ma il politico è anche, come notavamo sopra, aspirazione alla giustizia, costruzione della *polis* ideale, ovvero categoria normativa – e concretizzabile *ad hoc* – del politico (*Leitkategorie der Politik*). Questa dunque la domanda principale che si trova a fondamento dei contributi raccolti in questo volume: «Come è possibile, sullo sfondo della pressione sempre crescente esercitata dai problemi posti dalla città, una politica giusta?».

I saggi sono divisi in tre gruppi: il primo si occupa di esporre i principi basilari e le prospettive storiche e filosofiche concernenti il tema della “città giusta”. Il primo saggio, quello di M. Möhring-Hesse, tematizza il rapporto tra città e giustizia, individuando i tipici meccanismi “ingiusti” di emarginazione e disintegrazione sociale (che, come l’A. nota con precisione, non rimangono nell’ambito della città ma hanno effetti e ripercussioni negative anche sull’intera nazione). D. Kuchler, invece, nel secondo contributo, rivolge la sua attenzione analitica alla *polis* greca, dimostrando, con riferimento alla Repubblica di Platone, come i rapporti vitali che generano integrazione siano costitutivi per lo spazio politico della *polis*. Il richiamo ad Hanna Arendt e alla sua lettura di Platone, infine, permette all’Autore di chiarire che una città può definirsi “giusta” quando sia in grado di allestire un contesto per la pluralità dei modelli di interazione e dei progetti di vita dei suoi abitanti. Per F. Hausknotz la città moderna è invece un luogo di conflitto in cui, di contro allo sforzo platonico per l’integrazione e l’unità, la giustizia diviene esperibile nel contesto urbano post-moderno solamente quando l’individuo è capace in modo autonomo di creare una connessione con il suo spazio vitale.

Il secondo gruppo di saggi si concentra su alcune problematiche concrete, di tipo economico e sociale, che una politica urbana interessata alla giustizia non può non prendere in considerazione. Il saggio di A. Holm, per esempio, si dedica alla spiegazione di come i processi di gentrificazione di alcuni quartieri, svolti all’insegna dell’alleanza con il mercato, conducano non soltanto all’emarginazione sociale, ma anche alla spoliticizzazione dello spazio urbano. I. Voelcker, invece, vede nella necessità di costruire infrastrutture urbane adatte agli anziani e, ancora di più, nella realizzazione di forme di convivenza infragenerazionali, la condizione principale per uno spazio vitale urbano “giusto”. Chiude questa seconda parte del volume il saggio di J. Lanfer, dedicato alle politiche urbane di sicurezza sempre dal punto di vista della giustizia, ovvero in base al bisogno e alla partecipazione degli abitanti.

La terza parte del volume propone una diagnosi del presente in vista dei possibili sviluppi della città giusta, soprattutto in riferimento alle pratiche che è necessario porre in essere per assicurare una capacità di configurazione dinamica al tessuto urbano in vista delle esigenze sempre mutevoli dei suoi abitanti. Entrambe le autrici, U. Altröck e Ch. Reicher, insistono sulla necessità che tali strumenti di configurazione siano allestiti mediante forme attive

di partecipazione della società. La città, infatti, scrive Reicher, è sempre un accordo di interessi differenti, i quali devono essere determinati in primo luogo nell'ambito e con la partecipazione del contesto sociale.

Federico Lijoi

PAVČNIK, MARIJAN, *Auf dem Weg zum Maß des Rechts. Ausgewählte Schriften zur Rechtslehre*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2011, pp. 318.

L'interesse dei saggi raccolti in questo volume, risalenti a periodi differenti dell'attività di studioso di Pavčnik, professore di filosofia del diritto nell'Università di Lubiana, sta specialmente nel fatto di considerare il diritto nella sua normatività (le norme giuridiche, contrariamente a quanto sosteneva il nostro Ravà, non sono norme 'tecniche'), ma in una normatività non formalistica e soprattutto non autoreferenziale: la norma giuridica può essere compresa solo nella sua relazione con il giudizio che la società dà della norma in merito alla sua validità, la quale non è pertanto mai solo astratta, ma sempre richiama la concretezza dei rapporti sociali. Ciò significa che il diritto non può tutto e che la produzione normativa deve essere sempre storicamente e socialmente condizionata (e quindi limitata). Contrariamente a quanto riteneva Kelsen, gli scopi, i fini e i valori sono ciò che determinano la scelta di particolari norme, il che consente che le norme 'tecniche' entrino nel diritto senza confondersi con la giuridicità intrinseca alle norme propriamente giuridiche.

Il diritto, pur nella multiformità delle norme che lo compongono, è dunque un fenomeno eminentemente culturale. Come tale, esso è storicamente determinato e dipende dalle scelte ideali dei singoli e dei popoli. Ne consegue che lo Stato di diritto non è soltanto una forma di Stato, ma (Pavčnik si richiama spesso a Radbruch) la forma del livello culturale raggiunto dalla civiltà umana. Stato di diritto significa in particolare divisione dei poteri e qui l'A. attribuisce particolare significato al ruolo del giudice, ma anche al *Judicial self-restraint* (cfr. 373 s.), che significa agire con moderazione. Evidentemente, in Slovenia ancora non si è alle prese con un certo super-attivismo della magistratura e si può ancora auspicare, ad esempio, che il giudice delle leggi presti attenzione alla teoria del diritto (cfr. 175 ss.), alla quale l'A. dedica un dialogo con il giurista americano L.E. Wolcher (335 ss.). Chiude il libro un saggio dedicato a Pitamič, cui si aggiunge una interessante lettera di Pitamič a Kelsen.

Agostino Carrino

VOSSKUHLE, ANDREAS / BUMKE, CHRISTIAN / MEINEL, FLORIAN (Hrsgg.), *Verabschiedung und Wiederentdeckung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 388.

Questo *Quaderno 21* della rivista *Der Staat* raccoglie saggi in onore di Gunnar Folke Schuppert, studioso dello Stato da lui inteso, come ricorda Oliver Lepsius nel suo saggio, non come «sostanza esistenziale ma come relazione normativa» (41). Esso ha a che fare con una scienza del diritto orientata al futuro e aperta tematicamente nella convinzione che lo Stato è processo dinamico e in trasformazione. Come si vede, la scienza giuridica tedesca sta ritor-

nando con forza sullo Stato e sulla “statualità”, intesa però, appunto, come concetto in trasformazione di una rinnovata scienza dello Stato, che ritorna alla statualità dopo essersi incentrata sulla costituzione. Ma quale statualità? Le posizioni di Schuppert partono, in verità, dalla preminenza data alla “governance” e la statualità viene intesa da lui come subordinata al primato della *governance*, tesi alla quale noi non aderiamo (cfr., tra gli altri, A. CARRINO, *La dottrina dello Stato e la sua crisi*, Modena, Mucchi, 2014). Ciò nonostante, si tratta di argomentazioni significative se non altro perché rivelano come la dottrina giuridica tedesca non riesca a fare a meno dello Stato anche quando, di fatto, lo riduce ad un fantasma di meri rapporti giuridici astratti e formali.

Non si può quindi dire che si ritorna dalla dottrina della costituzione alla dottrina dello Stato, ma di fatto una qualche “scienza dello Stato” appare comunque necessaria. Lepsius osserva che quella tedesca è una via speciale nella scienza giuridica, perché solo lì si parla di *Staatsrecht*, mentre per esempio in Italia si conosce come analogo solo il diritto ‘pubblico’. Non trovo del tutto corretta questa tesi, perché il concetto di ‘pubblico’ è sempre stato inteso da noi come diritto statale, nel senso che la *res publica* dei Romani è l’antesignano, *mutatis mutandis*, dello Stato. Né si può pensare che un ritorno alla statualità possa prescindere del tutto dal problema della definizione ovvero del fondamento della decisione per concentrarsi sulle relazioni normative o le “qualità del diritto” quasi che tutto sia riconducibile al diritto. La ‘giuridicizzazione’ del mondo non significa soltanto la ‘fine dello Stato’, ma la fine della politica. La funzionalizzazione del diritto, ovvero la sua relativizzazione (rispetto alla quale Kelsen resta un precursore) al fine di cogliere meglio le “qualità del diritto” significa in definitiva perdere lo stesso oggetto ‘diritto’, perché la dinamica giuridica – continuo a pensare – richiede un ‘soggetto’ che mette in movimento l’ordinamento giuridico e questo ‘soggetto’, essendo sempre un soggetto politico, può servirsi dello Stato se vuole un ordine democratico, può fare a meno dello Stato se vuole assoggettare il mondo alla retorica dei diritti.

Manca una teoria della trasformazione, si sostiene, ma in realtà, come giustamente sottolinea Werner Jann (*Bedeutung von Verwaltungen, Institutionen und Institutionentheorie*, 93 ss.), la scienza, troppo attenta alle trasformazioni del suo oggetto, rischia di *perdere l’oggetto*. «Governance è un nuovo importante paradigma di ricerca, ma esso non sostituisce in alcun modo l’interesse centrale per le amministrazioni e le istituzioni pubbliche, democraticamente legittimate e controllate», scrive Jann (99). E così il concetto di sovranità, che l’idea di “governance” dovrebbe mettere radicalmente in crisi, ritorna in forme mutate, non più come gioco di dinastie né scontro di ideologie finalizzate al controllo di un territorio, ma, come idea regolativa, alla protezione delle “proprie” popolazioni. Conclude Michael Zürn: «La ‘nuova sovranità’ considera lo Stato sempre più come uno strumento per assolvere altri valori. La nuova sovranità si distingue certo molto nettamente dalla sovranità tradizionale, ma essa indica pur sempre la stessa idea regolativa. La sovranità si è unicamente trasformata» (210). Così come è vero che lo Stato ha perso il monopolio del politico (ma lo ha veramente sempre avuto?), ma la sua «qualità politica resta indispensabile», come Ulrich K. Preuß osserva, «per la formazione del mondo globalizzato del 21. secolo» (337).

Agostino Carrino

