

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

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

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

Agostino Carrino

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

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

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

Eugenio de Sio

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

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

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

Eugenio de Sio

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

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

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

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

Giuliana Stella

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

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

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

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

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

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

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

Agostino Carrino

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

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

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

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

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

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

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

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

Agostino Carrino

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

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

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

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



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

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

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

Agostino Carrino

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

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

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

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

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

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

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

Eugenio de Sio

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

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

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



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

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

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

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

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

Federico Pedrini

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

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

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

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

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

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

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

Morris L. Ghezzi

