



RIVISTA SEMESTRALE DI
SCIENZA COSTITUZIONALE E TEORIA DEL DIRITTO

diretta da
AGOSTINO CARRINO e ALJS VIGNUDELLI

ANNO III - NUMERO 5 (LUGLIO-DICEMBRE 2015)



Mucchi Editore

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 ad 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 statale): «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 il 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-