

Hasso Hofmann, *Rechtsphilosophie nach 1945: Zur Geistesgeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, Duncker & Humblot, 2012, pp. 75, € 18.00, ISBN 9783428138036

Matteo Bozzon, Università degli Studi di Padova

In questo breve ma densissimo libro, Hasso Hofmann, uno dei massimi costituzionalisti e filosofi del diritto tedeschi, ripropone in versione a stampa ampliata il testo di una conferenza che tenne il 20 ottobre 2011 presso la fondazione Carl Friedrich von Siemens di Monaco di Baviera. Respingendo fin dall'*Einleitung* qualsiasi approccio teso a identificare le principali correnti della filosofia del diritto tedesca che va dal '45 ai giorni nostri, poiché risulterebbe foriero di meri quadri astratti, Hofmann intende fornire uno sguardo d'insieme su quell'epoca, con l'obbiettivo di coglierne le fasi di sviluppo come parte integrante e nel contesto più ampio delle trasformazioni politiche, sociali e cultural-spirituali.

Punto di partenza è la rottura culturale determinata dal regime nazional-socialista che tanto impedì una semplice prosecuzione incondizionata della sfaccettata tradizione dottrina d'epoca weimariana, quanto rese urgente il compito di enucleare stabili fondamenti spirituali per il diritto, sottratti all'arbitrio umano, nella zona occidentale occupata dalle truppe alleate. Prende forma in questo modo il primo dei quattro periodi in cui si suddivide orientativamente il sopraddetto arco storico e che è posto sotto l'effigie di "rinascita del diritto naturale". A esso fa seguito, in un tempo di profonde riforme sociali, una modernizzazione del pensiero giuridico, condensata nel motto "teoria del diritto al posto di filosofia del diritto". L'entrata in crisi dello stato sociale nella seconda metà degli anni '70 determina un'ulteriore deviazione in direzione della riabilitazione della filosofia pratica unitamente al concetto centrale di giustizia – terzo periodo. L'approdo finale è quello marcato dalla riunificazione tedesca nel contesto della società mondiale e della globalizzazione dove è l'attuale questione relativa all'universalizzazione delle rappresentazioni dei diritti umani ad essere particolarmente sollecitata.

Tale periodizzazione, interessata all'emergenza delle nuove costellazioni problematiche e non, dunque, alla scansione lineare delle tappe di sviluppo della filosofia del diritto, si riflette nella

quadripartizione stessa dello scritto che ora intendiamo ripercorrere più da vicino.

Per introdurre e chiarire la rinascita post-bellica del diritto naturale e la sua influenza sulla prassi giuridica, Hofmann menzionava già nell'introduzione l'epocale sentenza dell'*Amtsgericht* del Wiesbaden che nel '46 abrogò le leggi naziste, che prevedevano l'espropriazione dei beni degli ebrei, poiché contrastavano col diritto naturale. Era in quest'ultimo che, in una fase di progressivo consolidamento della Germania Ovest in cui il *Grundgesetz* in vigore dal '49 non costituì da subito un pilastro dell'ordine giuridico, venivano intraviste le risorse per rispondere alla questione relativa alla possibilità di un "diritto giusto" e alla fondazione di una duratura coscienza giuridica in reazione alle rigidità e ai perversimenti del positivismo. Al 1950 risale il fortunato manuale del teologo viennese Johannes Messner intitolato *Das Naturrecht. Handbuch der Gesellschaftsethik, Staatsethik und Wirtschaftsethik*, vero e proprio emblema della variante cattolica del diritto naturale, la quale rappresentava non solo una ripresa accademica delle dottrine aristotelico-tomistiche, ma era parte integrante della dottrina sociale del cattolicesimo politico, colonna portante della neonata Repubblica di Bonn. Cruciale è il richiamo a un diritto sovraordinato al diritto positivo in quanto suo fondamento di validità.

Una seconda variante del rinato diritto naturale è quella esistenzialistica – influenzata dall'eredità heideggeriana –, la cui peculiarità è ravvisata nel differente orientamento temporale: mentre il diritto naturale cristiano si volge all'origine di tutto il diritto, quello esistenzialista si misura col tempo futuro in cui è proiettata l'attesa di un ordine migliore progettato nella libera scelta collettiva. La ricerca è sempre quella di fondamenti oggettivi del diritto sottratti all'arbitrio umano che, nel contributo di Erich Fechner, assume ora la forma di un diritto all'esistenza che nell'azione si rinnova e trova confermata arrischiatamente la sua giustezza. Nella produzione di Werner Mainhofer, invece, in una prima fase è l'analisi ontologica dei complessi legami sociali interumani e la valorizzazione del *Mitsein* heideggeriano come *Alssein* ad avere grande rilievo, mentre in seguito, ispirato dal blochiano *Naturrecht und menschliche Würde*, è l'assenza di una determinazione essenziale dell'uomo a giustificare la sua autodeterminazione storica in un costante oltrepasamento dell'esistente secondo

l'immagine guida di una esistenza degna e che valga la pena di essere vissuta insieme agli altri uomini (nella prospettiva di una società mondiale liberale e senza classi).

Terza e ultima variante del diritto naturale è quella che sorge dall'intersezione con la filosofia dei valori e la sua promessa di criteri etici oggettivi. Nella ricezione di quest'ultima da parte della prassi giuridica è l'ipoteca metafisica che grava sulla sua versione "forte" a renderla problematica – presente nel tentativo di Helmut Coing. Un effetto più persistente in sede giudiziaria, come nei processi penali del secondo dopoguerra contro i crimini nazisti (ma anche in quelli per gli assassinii attuati dalle sentinelle del Muro), ebbe quella "relativistica" in senso cultural-filosofico, risalente al periodo precedente la prima guerra mondiale e sviluppata da Gustav Radbruch. Del 1946 è il suo commento *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* alla summenzionata sentenza del tribunale del Wiesbaden, in cui è enunciata la celeberrima formula che condensa l'antinomia tra certezza del diritto e giustizia: la legge positiva trova il suo limite nella giustizia, che, malgrado la caratterizzazione formale, è assoluta e valida in generale.

Lo sviluppo dello stato sociale e l'avvio di un tempo di profonde riforme economico-sociali fanno sì che la rinascita del diritto naturale svigorisca man mano – tanto più che sarà la costituzione tedesca, finora "inoperosa", a rimpiazzarlo – e si ricerchino altre vie per attingere i fondamenti di validità del diritto. Concomitante a quest'epoca di riforme e di pianificazione è l'avvento di approcci scientifico-teorici al diritto spogli di elementi metafisici e morali. Paradigmatica è la teoria dei sistemi di Luhmann in cui la società è concepita funzionalmente come un processo chiuso di comunicazione sociale e problematici divengono la funzione e il senso rivestiti dal diritto, laddove esso tende alla stabilizzazione delle relazioni sociali e, insieme, alla loro trasformazione pianificata. Anche in reazione alle critiche luhmanniane alla dogmatica giuridica e alla filosofia del diritto ottennero grande influsso la teoria critica della società e la filosofia analitica, entrambe espressioni del cosiddetto *linguistic turn*.

Per la teoria analitica del diritto, che esaltava l'analisi logica di concetti, proposizioni e principi, fu di grande importanza la traduzione tedesca nel 1973 di *The Concept of Law* di H.L.A. Hart. Questi proponeva la rigida distinzione di morale e diritto e, al contempo, ripensava la possibilità di quest'ultimo inteso come

dover essere oggettivo derivante da riconoscimenti soggettivi. La stessa dottrina tradizionale del metodo giuridico, che derivava dalle norme generali il fondamento per le decisioni nel singolo caso, subì un profondo scossone a causa degli effetti del *linguistic turn* di cui è testimone lo sviluppo di discipline come la logica giuridica, la topica e la teoria dell'argomentazione.

La ricezione della filosofia analitica trovò decise resistenze da parte delle correnti dell'ermeneutica di matrice gadameriana – che influì sulla stessa teoria critica francofortese. Hofmann ricorda in particolare giuristi come Arthur Kaufmann, Josef Essers e Friedrich Müller, la cui riflessione convergente sulla prassi interpretativa dei testi giuridici, sulla precomprensione e l'individuazione applicatrice del diritto, nonché sulla struttura circolare della comprensione, criticava e complicava radicalmente la metodologia giuridica positivista.

Non fu però la contrapposizione tra indirizzo ermeneutico e quello analitico a provocare un ulteriore cambiamento nella filosofia del diritto, quanto la crisi dello stato sociale e lo spalancarsi di una fase di profonda recessione nella seconda metà degli anni '70. All'ordine del giorno dell'agenda politica vi era il superamento di tale momento critico, non più risanabile col mezzo della crescita, ma con la soddisfazione della richiesta crescente di “giustizia sociale” capace di dirimere le acute disparità. L'idea di giustizia sociale ottenne nuova linfa grazie al successo della traduzione di *A Theory of Justice* di Rawls nel 1975, rispecchiato anche dalla crescente attenzione che al tema riservò Arthur Kaufmann che arrivò a definire, nella sua lezione di congedo, il vero problema della filosofia del diritto.

Rifacendosi alle dottrine classiche del contratto sociale, Rawls cerca di sviluppare una teoria della giustizia come equità, partendo da una posizione originaria caratterizzata dal velo di ignoranza. Nella ricezione tedesca, dapprima fu posta attenzione, da parte di Otfried Höffe, al ricorso metodologico al diritto razionale, senza che peraltro ne derivassero nuovi strumenti teorici adeguati ai problemi specifici del XIX e XX secolo. Con l'opera di Wolfgang Kersting – ancor di più dopo la riunificazione tedesca – fu invece la critica al secondo principio di giustizia a venire alla ribalta e a comportare un ridimensionamento dell'immagine di Rawls come pensatore della social-democrazia: la giustizia distributiva di Rawls provocherebbe invero l'esclusione di fatto delle categorie deboli (disoccupati, invalidi, disabili ecc.). Di contro, Kersting cerca di

giustificare l'estensione di tale principio in direzione di un liberalismo della solidarietà politica, che sarebbe traducibile all'atto pratico solo mediante una rifondazione della Repubblica Federale.

Parallelamente alla teoria rawlsiana, ebbe uno sviluppo autonomo la concezione procedurale del diritto della teoria del discorso di Jürgen Habermas, autore col quale più di ogni altro Hofmann ingaggia un confronto serrato. Habermas sostiene la possibilità di decidere in modo stringente sui principi di giustizia da parte di coloro che ad essi sono sottoposti e la superabilità del relativismo tramite la rivalutazione dell'intersoggettività del discorso. La questione centrale in Habermas è quella della legittimazione democratica che egli tenta di risolvere col suo approccio discorsivo. In questa nuova forma di rousseauismo, però, l'effetto che ne deriva è il fagocitamento del valore intrinseco del diritto da parte delle procedure democratiche.

Nel contesto segnato dalla fine della Guerra Fredda, dove ormai i confini nazionali si aprono alla società mondiale, il confronto con Habermas si protrae questa volta in materia di costituzionalizzazione del diritto internazionale e di universalizzazione dei diritti umani. L'anniversario dei duecento anni dalla pubblicazione di *Zum ewigen Frieden* (1795) offre un'occasione di confronto con l'idea kantiana di *Völkerbund* e riattualizza il problema di un riconoscimento universale dei diritti umani. Hofmann, senza cedere a facili soluzioni, pone in risalto il loro volto di giano (universali nel contenuto, particolari nella forma) e la loro matrice individualistica, per concludere rilevando come non vi sia alcuna base normativa per la loro validità universale.

Il merito complessivo di questo scritto sta nel ricondurre alle concrete esperienze storiche le molteplici prospettive filosofico-teoriche che la vastissima riflessione tedesca sul diritto ha originato nel secondo dopoguerra (in un tentativo quasi unico nel genere). Ulteriore prova di ciò è data dalle numerosissime note a corredo che mantengono aperta la ricognizione storica, così come dalla bibliografia che annovera oltre duecento titoli: moltissimi sono dunque gli elementi per ulteriori approfondimenti che esso offre. Se confrontato con altri scritti di Hofmann, è possibile ravvisare un'ulteriore articolazione e approfondimento della riflessione sulla questione della giustizia a cui è rivolta, tra le righe, la principale attenzione critica. È la tensione radicale e costitutiva di giustizia e diritto, nella misura

in cui questo è mediato storicamente e socialmente, che Hofmann permette di cogliere con la sua *Geistesgeschichte*.

Ulteriori recensioni del volume

Wolfgang Hellmich, “Hasso Hofmann: Rechtsphilosophie nach 1945. Zur Geistesgeschichte der Bundesrepublik Deutschland”, *Archiv für Rechts- und Staatsphilosophie*, 2014, 100:1, pp. 139-141.

Eric Hilgendorf, “Hasso Hofmann: Rechtsphilosophie nach 1945. Zur Geistesgeschichte der Bundesrepublik Deutschland”, *Juristenzeitung*, 2013, 68:21, pp. 1047-1048.