

## Capitolo 1

# Lo Stato di diritto nell'era della globalizzazione

### 1. Stato di diritto e *Rule of Law*

Con l'espressione "Stato di diritto" si fa normalmente riferimento a una specifica esperienza storica: i regimi politici affermatasi in Europa tra la fine dell'Ottocento e le prime due decadi del Novecento. Lo Stato di diritto è, più precisamente, il regime di ispirazione liberale che verso la fine dell'Ottocento ha accomunato alcuni Stati nazionali europei: la Germania del Secondo Impero, la Francia della Terza Repubblica e l'Italia unitaria di Crispi e Giolitti. Dal punto di vista della storia delle istituzioni politico-giuridiche la nozione di "Stato di diritto" ha dunque un referente preciso: è la forma di governo liberale che ha caratterizzato i principali Stati nazionali dell'Europa continentale per circa cinquant'anni fra Ottocento e Novecento. In questa prospettiva lo Stato di diritto è considerato un'invenzione tedesca, recepita tardivamente in Italia, mentre la Terza Repubblica è ritenuta una semplice parentesi nell'evoluzione istituzionale della Francia. Parallela a questa vicenda è quella del regime costituzionale dell'Inghilterra vittoriana, che Albert Venn Dicey, nella sua opera *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, descrive come fondato sul principio del *rule of law*. Questa collocazione storica permette di definire i caratteri comuni dello Stato di diritto (e del *rule of law*) al di là delle specificità nazionali dei singoli paesi.

Se, abbandonato il piano storiografico, si va alla ricerca del significato teorico della nozione di "Stato di diritto", si dilata notevolmente l'estensione semantica dell'espressione e si ampliano gli spazi temporali e geopolitici di riferimento. Il suo nucleo essenziale è costituito dalla contrapposizione, risalente almeno ad Aristotele, tra "governo della legge" e "governo degli uomini": lo Stato di diritto è lo Stato caratterizzato dal "governo della legge". Sul piano teorico, in altre parole, lo Stato di diritto è il sistema politico-giuridico entro il quale, come auspicavano autorevoli pensatori dell'antichità, dai classici greci a Cicerone, vige l'"isonomia", ovvero l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla

legge. In questo ordinamento vale il principio *lex facit regem* (e non viceversa), con la conseguenza che il sovrano non è *legibus solutus*. In altri termini, lo Stato di diritto è un ordinamento nel quale il diritto opera come un limite procedurale del potere politico, ritenuto un pericolo per la libertà individuale e non solo benefico garante di essa<sup>1</sup>.

Queste idee subiscono una sostanziale alterazione, quando, estrapolate dal loro contesto originario, vengono inserite nella vicenda storico-politica moderna. In Occidente il dibattito teorico-giuridico si è sviluppato nel corso degli ultimi quattro secoli entro uno spazio definito dalla tensione tra due forze principali: da una parte il volontarismo, che ha trovato la sua massima espressione politica nell'assolutismo dello Stato moderno, e dall'altra la concezione liberale del diritto e dei diritti soggettivi, con la sua connotazione universale, formale e razionalista. Si potrebbe dire che la nozione di Stato di diritto nasce nel momento in cui l'idea del "governo delle leggi" interagisce con l'idea della sovranità dello Stato nazionale moderno. Via via che l'impostazione giusnaturalista esaurisce la propria forza persuasiva, l'idea dello Stato di diritto si afferma come un possibile punto di equilibrio tra la sovranità statale e i diritti individuali. È quindi naturale che, a partire dalla metà dell'Ottocento e fino alla seconda guerra mondiale, lo Stato di diritto sia oggetto in Europa di una ricca elaborazione teorica. La definizione di un punto di equilibrio tra la sovranità statale e i diritti individuali diviene in questo periodo il tema cruciale della teoria liberale.

Il nucleo comune alle diverse concezioni dello Stato di diritto è rappresentato dalla convinzione che il diritto è tanto la modalità tipica di espressione dell'elemento volontaristico, quanto lo strumento che preserva e realizza gli elementi razionalistici<sup>2</sup> e, con essi, la protezione dei diritti individuali. È dunque nel diritto che queste due forze devono trovare la loro composizione. Alla base delle diverse concezioni dello Stato di diritto sta, in altre parole, la convinzione che il diritto non è solo lo strumento attraverso cui i governi e le maggioranze politiche affermano il loro potere e rendono effettive politiche pubbliche fondate su determinati valori e priorità etiche o economiche. Non

---

<sup>1</sup> D. Zolo, "Teoria e critica dello Stato di diritto", in P. Costa-D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002, p. 35, osserva che lo Stato di diritto si fonda su due principi: «1) il pessimismo potestativo, cioè l'idea della pericolosità del potere politico; 2) l'ottimismo normativo, e cioè la convinzione che sia possibile contrastare la pericolosità del potere attraverso lo strumento diritto».

<sup>2</sup> Come sottolinea H. Mohnhaupt ("L'Etat de droit en Allemagne: histoire, notion, fonction", *Cahiers de philosophie politique et juridique*, 24, 1993: *L'Etat de droit*, p. 78), nella teorizzazione di Kant lo Stato di diritto è uno Stato limitato dalla ragione prima che dal diritto positivo. Questa impostazione ebbe una grande influenza sulla giuspubblicistica tedesca. Carl Welcker, uno dei primi teorici dello Stato di diritto, richiamandosi all'insegnamento di Kant, nella sua opera, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (Giessen, Heyer, 1813, pp. 13-26), identificò "lo Stato di diritto" con lo "Stato della ragione".

tutto il contenuto del diritto cambia con il modificarsi delle politiche pubbliche: una parte del diritto non è costituita da elementi contingenti e strumentali, ma è, e deve essere, “indisponibile”. Questa parte del diritto garantisce i cittadini dall’arbitrio del sovrano. Nel corso dell’Ottocento si afferma negli ordinamenti liberal-democratici l’idea che accanto all’“autorità” politica, che impone le proprie decisioni vincolanti, esiste un’“autorità” del diritto: il diritto ha il potere di resistere in un certo grado alla logica politica in nome dei valori di certezza e prevedibilità che la logica giuridica tutela. È grazie a questa sua duplice faccia che il diritto si erge a camera di compensazione tra l’elemento volontaristico e l’elemento razionalistico: è il luogo dove trovano il loro equilibrio le esigenze di concretizzazione delle scelte politiche e quelle di garanzia delle aspettative individuali.

Saranno le Costituzioni rigide, promulgate dopo la seconda guerra mondiale, a delineare in modo stabile la parte indisponibile dell’ordinamento giuridico. Tra il XIX e il XX secolo le varie concezioni dello Stato di diritto avevano cercato di vincolare la disponibilità del diritto attraverso alcune caratteristiche formali della legge (generalità, irretroattività, stabilità, ecc.). Le diverse accezioni dell’espressione “Stato di diritto” (*Rechtsstaat*, *Etat de droit*), per quanto strettamente imparentate fra loro, non sono semanticamente equivalenti. Ognuna di esse rinvia a una particolare configurazione dell’equilibrio tra le due forze in tensione all’interno dei moderni Stati europei (nello stesso tempo nazionali e liberali). Esse presentano diverse modalità di ritualizzazione giuridica e di “imbrigliamento” del potere del Leviatano statale. L’equilibrio tra autorità politica e autorità del diritto, in tutte queste esperienze, si è però rivelato precario, mutevole e fonte di innumerevoli contrasti. Solo di fronte all’esperienza dei totalitarismi della prima metà del Novecento si riconosce che l’autorità politica ha infranto ogni argine dell’autorità del diritto, si è completamente impadronita di esso. È da quella esperienza che nasce la determinazione a tracciare in modo netto una prima linea, non certo definitiva, tra i contenuti dell’ordinamento giuridico indisponibili e quelli modificabili dall’autorità politica.

Sul piano teorico la nozione di *rule of law*, proposta da Dicey nell’Inghilterra vittoriana per definire il possibile equilibrio tra sovranità e diritti – e la possibile sottoposizione del potere sovrano alle regole del diritto –, svolge nell’Europa continentale un ruolo piuttosto marginale. Rispetto all’esperienza degli Stati di diritto dell’area continentale essa rimane eccentrica. Prima ancora delle soluzioni giuridico-istituzionali che propone, è il contesto culturale ad essere profondamente diverso<sup>3</sup>. Diversa è la tradizione giuridica da cui l’idea di *rule of law* trae origine: quella del *common law*. Le vicende storiche della

---

<sup>3</sup> Sintomatico è il fatto che persino un grande ammiratore del *common law* come F.A. Hayek (*The Constitution of Liberty*, London, Routledge & Kegan Paul, 1960, tr. it. *La società libera*, Firenze, Vallecchi, 1969, pp. 540-541, n. 35), rimprovera a Dicey “un’interpretazione del tutto errata dell’uso del termine [*Rule of law/Staatsrecht*] sul continente”.

Gran Bretagna impongono molto presto, fin dai tempi della *Glorious Revolution*, il problema dell'equilibrio tra disponibilità e indisponibilità del diritto. Il punto di equilibrio tra autorità del diritto e autorità politica si delinea, come vedremo, a partire dal Settecento con l'elaborazione del "mito della Costituzione antica" che fa da cornice alla nascita dello Stato costituzionale in Inghilterra, al relativo dibattito giuridico-politico e alla sua rappresentazione "scientifica".

Come ha osservato Michel Foucault, nel corso del XIX secolo la nozione di Stato di diritto viene elaborata in polemica con due vicende politiche, storicamente in parte coincidenti ma concettualmente distinte: il dispotismo e il *Polizeistaat*, lo Stato di Polizia<sup>4</sup>. Con il termine "dispotismo", la cui origine etimologica risale ad Aristotele, che nella *Politica* definisce "dispotico" il governo del padrone sugli schiavi, si indica quella forma di governo in cui chi detiene il potere è *legibus solutus*<sup>5</sup>. Un governo dispotico è quello in cui l'esercizio del potere è del tutto arbitrario, dipendendo esclusivamente dalla volontà del sovrano che lo esercita senza limiti, naturali, consuetudinari o posti da organi *ad hoc*. Per "Stato di Polizia"<sup>6</sup> si intende invece un sistema politico nel quale non c'è alcuna differenza tra le prescrizioni generali e universali, da una parte, e quelle specifiche e individuali, dall'altra. Lo Stato di polizia, in altre parole, è quella forma di governo che stabilisce un *continuum* tra la legge generale e l'ordine particolare dell'autorità pubblica, accordando a quest'ultimo un identico *status*, la stessa legittimità, la stessa forza coercitiva della legge. In virtù di questa duplice contrapposizione lo Stato di diritto viene definito come lo Stato in cui il governo esercita il proprio potere esclusivamente entro i limiti assegnatigli dalla legge, in cui la potestà coercitiva del governo discende dalla legge e in cui la volontà del sovrano è obbedita in quanto assume la forma e la forza della legge, cioè in quanto essa è espressa secondo comandi generali e universali: «uno Stato di diritto è uno Stato in cui risultano distinte, nel loro principio, nei loro effetti e nella loro validità, le disposizioni legali, espressione della sovranità, e le misure amministrative»<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France 1978-1979*, Paris, Seuil-Gallimard, 2004, tr. it. Milano, Feltrinelli, 2005, pp. 142-143. Foucault si richiama alla tesi di H. Mohnhaupt ("L'Etat de droit en Allemagne: histoire, notion, fonction", cit., p. 75), secondo il quale «la nozione di Stato di diritto in Germania era diretta, da una parte contro lo Stato di polizia, vale a dire l'amministrazione nel senso di uno Stato assistenziale, e dall'altra contro lo Stato arbitrario dell'assolutismo».

<sup>5</sup> Sulla nozione di "dispotismo" si veda N. Bobbio, "Dispotismo", in N. Bobbio-N. Matteucci-G. Pasquino, *Dizionario di Politica*, Torino, Utet (edizione TEA), 1992, pp. 320-327.

<sup>6</sup> Pierangelo Schiera, nella sua voce "Stato di polizia" (in N. Bobbio-N. Matteucci-G. Pasquino, *Dizionario di Politica*, cit., p. 1118), ricorda che questa definizione è stata coniata alla metà dell'Ottocento dai sostenitori dello Stato di diritto per caratterizzare in maniera antitetica la forma di governo precedente.

<sup>7</sup> M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, Cours au Collège de France 1978-1979*, tr. it. cit., p. 143.

La distinzione tra la legge e le decisioni particolari dell'autorità pubblica è uno dei punti centrali della dottrina giuridica liberale europea sette-ottocentesca per la quale la generalità e l'universalità del comando sovrano sono requisiti essenziali per garantire l'eguaglianza e la libertà degli individui<sup>8</sup>. Montesquieu, nell'*Esprit des Lois*, afferma che se l'universo è governato da leggi meccaniche generali che nemmeno Dio può alterare, come ha sostenuto Cartesio, a maggior ragione le leggi dello Stato devono essere generali e non modificabili attraverso un provvedimento del sovrano. Per Rousseau la legge non può che essere generale, essendo espressione della volontà generale. Queste tesi ebbero la propria consacrazione con la Rivoluzione francese: uno degli articoli della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789 contiene una clausola in forza della quale la legge deve essere espressione della volontà generale. Negli anni successivi il costituzionalismo rivoluzionario iniziò a distinguere tra le leggi generali e gli atti contenenti prescrizioni individuali. Nella Costituzione del 1791 e in quella giacobina del 1793 si distinguono le leggi dai decreti, e la costituzione girondina del 1793, redatta sotto l'influenza decisiva dei Condorcet, afferma che «le caratteristiche distintive della legge sono la generalità e la durata illimitata», e distingue le leggi dai provvedimenti (*measures*) adottati in caso di emergenza<sup>9</sup>. Le tesi di Montesquieu e di Rousseau influenzarono Kant, secondo il quale solo se lo Stato governa esclusivamente sulla base di leggi generali è pienamente garantita la libertà dei cittadini<sup>10</sup>. Per tutto l'Ottocento, da Robert von Mohl a Lorenz von Stein, il carattere generale della legge costituì un punto fermo della teoria giuridica liberale tedesca.

La tesi che lo Stato deve governare solo attraverso leggi generali fu un *topos* anche del dibattito politico e giuridico inglese. Blackstone sostiene che nessuna legge individuale può essere emanata dal sovrano. Lo Stato quindi non può disporre attraverso la legge la confisca della proprietà di uno specifico soggetto o di alcuni specifici individui. Una legge individuale non è una legge: essa «non rientra nell'idea di una legge municipale! È più una sentenza

---

<sup>8</sup> Come nota Maurizio Fioravanti (*Costituzione*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 125-126), il pensiero liberale di fine Settecento, da Constant a Kant, non associa i diritti alla Costituzione, ma affida la loro garanzia al «principio di uguaglianza inteso come uguale sottomissione di tutti alla medesima legge».

<sup>9</sup> Cfr. F. Neumann, "The Change in the Function of Law in Modern Society", in Id., *Selected Readings, Second Year Course in the Study of Contemporary Society* (Social Science II), Chicago, University of Chicago Press, 1939, tr. it. in Id., *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Bologna, il Mulino, 1973, p. 259.

<sup>10</sup> I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, tr. it. in Id., *Scritti politici*, Torino, Utet, 1956, p. 411 (lib. XI, cap. VI). Kant è tanto rigoroso nell'affermazione di questo principio da respingere anche ogni temperamento delle prescrizioni delle leggi generali operato attraverso l'equità. Scrive, infatti, che l'equità è «una divinità muta che non può essere udita [...]». Da ciò segue che un *tribunale dell'equità* (nei conflitti che sorgono tra gli uomini sui loro diritti) conterrebbe in sé una contraddizione».

che una legge»<sup>11</sup>. Solo le leggi generali possono dare «un'informazione perpetua e guidare ogni persona in ogni luogo riguardo ai doveri positivi o negativi»<sup>12</sup>. La legge deve essere generale perché le leggi particolari sono moralmente ingiuste; e lo deve essere per la ragione utilitaristica che lo Stato non può dare ordini ad ogni singolo individuo. La stessa tesi si trova nelle *Lectures on Jurisprudence* di John Austin, dove il diritto, l'insieme delle "regole", è distinto dai "comandi occasionali e particolari": «quando obbliga in generale a una classe di azioni o di omissioni un comando è una legge o una regola»<sup>13</sup>. Queste affermazioni di principio si scontravano con il fatto che gli ordinamenti giuridici non prevedevano rimedi nel caso in cui il legislatore emanasse una legge contenente norme individuali o retroattive<sup>14</sup>.

Il punto di divaricazione più evidente tra i sistemi dell'Europa continentale e quello inglese sono stati i rimedi garantiti al cittadino contro la mancata osservanza da parte del potere esecutivo delle norme contenute nelle leggi. Dalla seconda metà del XIX secolo, lo Stato di diritto si profila come l'ordinamento che conferisce ai cittadini la possibilità concreta, istituzionalizzata ed efficace, di ricorrere alla giustizia contro gli atti illegittimi della pubblica amministrazione. Lo Stato di diritto non si configura più astrattamente come lo Stato che agisce secondo la legge, bensì concretamente come lo Stato nel quale a un sistema di leggi che regolano l'esercizio del potere pubblico fa riscontro l'esistenza di organi giudiziari dotati del potere di arbitrare i rapporti tra gli individui e l'autorità pubblica. Nella seconda metà del XIX secolo si delineano due modelli nettamente distinti: quello francese, incentrato su un sistema di giustizia amministrativa, che fa capo al Consiglio di Stato – erede dell'antico Consiglio del re –, istituito nel 1799, e il modello inglese che, secondo la perentoria affermazione di Dicey, può essere considerato un *rule of law* nella misura in cui consente ai cittadini di ricorrere alle Corti ordinarie contro gli atti dell'autorità pubblica. Nella prima edizione di *The Law of the Constitu-*

---

<sup>11</sup> W. Blackstone, *Commentaries on the Law of England*, Oxford, Clarendon Press, 1765-9, voll. 4, vol. I, p. 44.

<sup>12</sup> *Ivi*, vol. I, p. 53.

<sup>13</sup> J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, a cura di R. Campbell, London, Murray, 1885, vol. I, p. 44 (IV ed.). La tesi che il diritto fatto di norme generali va tenuto distinto dalle "leggi speciali" si ritrova anche in *The English Constitution* di Walter Bagehot: «una legge è un comando generale applicabile a molti casi. Le "leggi speciali" che affollano le raccolte legislative e spossano i commentatori parlamentari si applicano solo a un caso singolo». L'ultima affermazione di questo principio si può rinvenire nella elaborazione del *rule of law* di Joseph Raz ("The Rule of Law and Its Virtue", *The Law Quarterly Review*, 1977, ora in Id., *The Authority of Law*, Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 210-229, p. 215) che tra le sue caratteristiche fondamentali annovera il fatto che «la formazione delle leggi particolari (degli ordini giuridici particolari) deve essere guidata da norme conoscibili, stabili, chiare e generali».

<sup>14</sup> Queste ultime sono equiparate a quelle individuali, dato che, come quelle, consentono, al momento dell'approvazione, di individuare le situazioni personali su cui influiranno.

tion, del 1885, Dicey afferma che non si può sostenere che in Francia esista il *rule of law* perché la tutela dei diritti dei cittadini contro l'intervento dell'autorità pubblica è affidata ai tribunali amministrativi e al Consiglio di Stato<sup>15</sup>.

La giuspubblicistica tedesca della seconda metà del XIX secolo ha discusso a lungo se può essere considerato uno "Stato di diritto" lo Stato nel quale i cittadini possono e devono fare ricorso, contro gli atti dell'autorità pubblica, di fronte a tribunali speciali quali sono i tribunali amministrativi, o se, al contrario, si può parlare di Stato di diritto solo quando i cittadini possono ricorrere davanti ai tribunali ordinari. Nella prima metà del secolo i giuristi liberali polemizzarono spesso con "la giurisdizione amministrativa", cioè contro gli organi amministrativi quasi giudiziari creati per «controllare l'esecuzione della legge piuttosto che per assicurare la libertà dell'individuo». La tesi prevalente era che «ogni qual volta sorga il problema se un diritto individuale ha fondamento in, o è stato leso da, un atto di diritto pubblico, il caso dev'essere deciso dai tribunali ordinari»<sup>16</sup>. Otto von Bähr<sup>17</sup>, per citare uno degli autori più significativi, era fermamente convinto che un tribunale amministrativo è semplicemente una delle forme che le autorità politiche assumono e quindi non può essere considerato terzo tra lo Stato e i cittadini: soltanto la giustizia ordinaria, nella misura in cui è, realmente e non in maniera fittizia, indipendente dal potere esecutivo, può fare da arbitro tra i cittadini e lo Stato. Alla fine prevalsero le tesi di Rudolf von Gneist<sup>18</sup>. Secondo questo autore, l'esistenza di tribunali amministrativi, del tutto indipendenti ed esclusivamente interessati a questioni giuridiche, era un requisito indispensabile per l'esistenza di uno Stato di diritto. Non era tuttavia possibile «lasciare ai giudici ordinari non al-

---

<sup>15</sup> F.A. Hayek (*The Constitution of Liberty*, tr. it. cit., pp. 235-236, traduzione rivista), seguito poi da molti altri autori, ha osservato che le critiche di Dicey alla giustizia amministrativa francese potevano essere giustificate nel 1885, «benché anche a quell'epoca il *Conseil d'état* avesse già avviato un'evoluzione che (come ha suggerito un osservatore moderno) "sarebbe riuscita nel tempo a sottoporre tutti i poteri discrezionali dell'amministrazione [...] ai ricorsi alla giustizia"» (il riferimento è all'opera di M.A. Sieghart, *Government by Decree*, London, Stevens, 1950, p. 221). Tutti i commentatori comunque riconoscono che Dicey rivide il suo giudizio rendendolo più sfumato con l'articolo "*Droit administratif*" in *Modern French Law*, *Law Quarterly Review*, vol. XVII, 1901, poi incorporato nelle ultime edizioni di *The Law of Constitution*. Cfr. *infra* § 2.2.1.

<sup>16</sup> Cfr. F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, tr. it. cit., p. 231. Hayek definisce questa concezione "giustizialista". Su questo punto, cfr. M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, München, Beck, 1992, vol. 11, p. 387.

<sup>17</sup> O. Bähr, *Der Rechtsstaat: Eine publizistische Skizze*, Kassel, Wigand, 1864; ried. Aalen, Scientia Verlag, 1961.

<sup>18</sup> R. von Gneist, *Der Rechtsstaat*, Berlin, Springer, 1872; seconda edizione ampliata pubblicata con il titolo *Der Rechtsstaat und die Verwaltungsgerichte in Deutschland*, Berlin, Springer, 1879. Hayek (*The Constitution of Liberty*, tr. it. cit., p. 539, n. 33) a riprova dell'importanza dell'influenza esercitata in questa fase storica da Gneist, cita il titolo di un opuscolo anonimo pubblicato nel 1873: *Herr Professor Gneist oder der Retter der Gesellschaft durch den Rechtsstaat*.

l'uopo addestrati il compito di trattare i delicati problemi che sarebbero sorti dalle vertenze sugli atti amministrativi»<sup>19</sup>. In forza di questi argomenti, nel 1875 anche in Germania si affermò un sistema di giustizia amministrativa per molti versi simile a quello francese.

Alla fine dell'Ottocento si diffonde nell'Europa continentale l'idea che non ci possa essere un contrasto tra un potere, esercitato in modo conforme alla legge, e i diritti individuali. Il sistema del diritto amministrativo è configurato in modo tale da affermare la "supremazia"<sup>20</sup> dello Stato e rendere concettualmente impossibile tale evento. Infatti, se l'esercizio del potere è autorizzato da una legge, non esiste più per definizione un diritto soggettivo che si opponga all'autorità pubblica. I diritti che collidono con l'esercizio del potere pubblico si "affievoliscono" e si trasformano in meri "interessi legittimi". Il cittadino che si vede ledere un proprio diritto da un pubblico potere legittimamente esercitato non può rivendicarlo davanti a un giudice ordinario, ma può solo ricorrere al giudice amministrativo perché controlli se l'autorità pubblica ha agito nel rispetto della legge che le ha conferito il potere<sup>21</sup>.

La tradizione di *common law* è segnata da una concezione della legge molto diversa da quella continentale: la legge (*statute law*) non è espressione indeffettibile della volontà popolare. Una volta promulgata la legge non fa *tabula rasa* di tutti gli elementi normativi che siano in contrasto con essa. Essa deve fare i conti con diritti tradizionalmente riconosciuti ai cittadini che non possono essere eliminati *ex abrupto* neppure da un'espressione della volontà sovrana. La forte avversione di Dicey verso il diritto amministrativo non è che l'ultima manifestazione di questa diversità<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> F.A. Hayek, *The Constitution of Liberty*, tr. it. cit., p. 233.

<sup>20</sup> Il concetto di "supremazia" nasce nella giuspubblicistica tedesca. Come punto di riferimento possono essere prese le tesi di Otto Mayer (*Deutsches Verwaltungsrecht*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1895) che distingue la personalità dello Stato dalla personalità di diritto civile (p. 49), e definisce la supremazia come la disuguaglianza tra lo Stato e i sudditi, derivante dal fatto che lo Stato dispone del potere pubblico (p. 67).

<sup>21</sup> Cfr. G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Bari, Dedalo, 2006, pp. 163-164. L'idea della "supremazia" dello Stato e la giurisdizione amministrativa, definita "malefica fungosità", che da essa discende, sono oggetto di una serrata e brillante critica nell'ultimo libro di Andrea Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia "non amministrativa"*, Milano, Giuffrè, 2005.

<sup>22</sup> L'importanza della nozione di "supremazia", derivante dalla personalità di diritto pubblico dello Stato, nel dibattito tedesco rende meno appropriata la nota di Hayek (*The Constitution of Liberty*, tr. it. cit., pp. 234-236), sul fatto che Dicey ignorava l'evoluzione tedesca del diritto amministrativo. Evoluzione meritevole invece di attenzione dato che era stata opera di un ceto di giuristi liberali consapevoli che la maggiore minaccia per la libertà individuale era ormai rappresentata dal potere dell'amministratore professionista. In effetti, Dicey costruisce la sua polemica contro la giurisdizione amministrativa esclusivamente su una conoscenza, all'inizio anche sommaria, del sistema giurisdizionale francese, ma l'idea della "supremazia" dello Stato, cardine delle dottrine del *Rechtsstaat*, è sicuramente estranea alla concezione inglese del *rule of law*.

La differenza tra la tradizione continentale e quella di *common law*, e quindi tra “Stato di diritto” e *rule of law*, è strettamente connessa al diverso modo di concepire il rapporto tra diritto e democrazia, e questo rapporto va a sua volta ricondotto alla diversa idea di società che sta al fondo delle due tradizioni. Secondo la tradizione continentale la legge è espressione della sovranità popolare e da questa trae la propria legittimità e la propria forza. Il diritto è legittimo in quanto prodotto dalla legge e dunque dalla volontà popolare. La sovranità popolare è in grado di esprimere un modello unitario e razionale di vita sociale e ha il potere e il dovere di regolare la società secondo tale modello. Il diritto discende quindi dallo Stato sovrano, assunto come capace di esprimere in modo unitario la volontà popolare. Le sue decisioni e le sue leggi sono norme vincolanti e inderogabili perché lo Stato, in virtù della sua capacità di esprimere la volontà popolare, si configura come il detentore unico ed assoluto del potere normativo, che esercita senza limiti e senza interferenze. L'autorità del diritto posto è dunque legata al presupposto ideologico, più o meno fittizio, secondo il quale esso esprime l'univoca volontà del “popolo”, concepito implicitamente come un'entità monolitica, organica, “data”<sup>23</sup>, cui si attribuisce la titolarità della sovranità e l'interesse al suo esercizio.

Non è dunque un caso, come ha osservato Paolo Grossi<sup>24</sup>, che nell'Europa continentale il diritto penale, “più crudamente e severamente sanzionatorio”, sia assunto “a modello della giuridicità”. Questa concezione “autoritaria” del diritto è in gran parte la conseguenza di quella che Zygmunt Bauman ha definito “un'epoca di tavoli da disegno e bozze di lavoro”, un'epoca convinta che la società doveva essere «modellata sulla falsariga di un'opera architettonica: la realtà conforme ai verdetti della ragione andava “costruita” sotto un severo controllo di qualità e secondo rigide norme procedurali, e soprattutto *progettata* prima di avviare l'opera di costruzione»<sup>25</sup>. Il diritto era visto come lo strumento attraverso cui il progettista imponeva alla società il suo disegno, e ricorreva alla sanzione come a un mezzo per costringere gli individui a muoversi secondo le linee del progetto.

Al contrario, l'impostazione anglosassone si è sempre caratterizzata per il suo empirismo: fin dai suoi albori, ha concepito la società come troppo complessa per essere regolata secondo un piano imposto dalla volontà popolare. Come è stato scritto<sup>26</sup>, «il giurista di *civil law* si preoccupa dell'ordine [...], mentre il giurista di *common law* opera costantemente a livello dei disordinati

---

<sup>23</sup> Cfr. G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, cit., p. 8.

<sup>24</sup> P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 51.

<sup>25</sup> Z. Bauman, *Liquid Modernity*, Cambridge, Polity Press, 2002, tr. it. Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 43.

<sup>26</sup> P. Legrand, “Uniformità, tradizioni giuridiche e limiti del diritto”, *Politica del diritto*, XXVIII (1997), n. 1, pp. 3-26, p. 17.

fatti: si occupa di *disorder*». Nella tradizione di *common law* le regole che presiedono alla vita sociale raramente sono il frutto di un'imposizione volontaristica perché normalmente è l'uso spontaneo che le genera e comunque, qualunque sia la loro genesi, l'uso è l'unico arbitro della loro esistenza. Il *common law*, in quanto *judge-made-law*, non è costituito da una serie di comandi provenienti dall'alto, ma è affidato all'iniziativa dei cittadini che lo mettono in funzione se e quando vi hanno interesse. Sia le regole imposte dal sovrano, sia quelle nate dalle consuetudini sociali vivono ed entrano a far parte del diritto in modo duraturo se, alla prova dei fatti, si dimostrano valide: si consolidano e si stabilizzano solo se sono frequentemente utili per risolvere le controversie. Le norme, che non riescono a superare questo vaglio del tempo, si perdono senza lasciare traccia.

I suoi assunti di partenza hanno indotto il positivismo giuridico europeo ad elaborare l'ideale di ordinamenti giuridici basati su codificazioni razionali, organiche e complete, che si presentano come un insieme di "dati" normativi, rigorosamente oggettivi, e sottratti, se non in caso di contingente oscurità o vaghezza, alla rielaborazione e all'attività ricostruttiva degli interpreti. Come idealtipo della tradizione continentale si può assumere la tradizione settecentesca francese, forgiata dall'illuminismo e poi diffusa nell'intero continente sulle ali delle idee rivoluzionarie e grazie alla forza delle armate napoleoniche. Secondo questa concezione il giudice non ha alcun potere normativo e deve limitarsi ad applicare la legge. Se va oltre questo compito, si arroga il potere di sostituirsi alla volontà popolare: secondo la celebre espressione di Montesquieu, il giudice non deve essere altro che "la bocca della legge". Come ha scritto Rousseau<sup>27</sup>, che con Montesquieu si può considerare il padre di questa tradizione:

il giudice non deve partecipare in alcuna misura né al potere dell'esecutivo né a quello del legislativo: ma è proprio in questo che il suo potere è grande: poiché pur non potendo far nulla, può impedire tutto. Come difensore delle leggi è più sacro e più rispettato di quanto non lo sia il principe che le applica, e il sovrano che le promulga.

La funzione del giudice è quella di difensore della legge: funzione fondamentale, anzi "sacra", ma non "politica". Egli è, infatti, estraneo al processo democratico. Ogni suo attivismo che lo porti ad essere qualcosa di diverso dalla "bocca della legge" si configura come un attentato al processo di trasformazione della volontà popolare in legge<sup>28</sup>. Il suo ruolo dev'essere *politica-*

<sup>27</sup> J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, 1762, tr. it. Bari, Laterza, 1992, p. 192.

<sup>28</sup> Si deve probabilmente a Robespierre la formulazione più radicale di questa dottrina: «l'affermazione che la legge è creata dalle Corti di giustizia [...] deve essere esclusa dal nostro linguaggio. In uno Stato che ha una Costituzione e un potere legislativo la giurisprudenza delle Corti di giustizia consiste solo nella legge stessa» (*Archives parlementaires*, I serie, vol. XX, p.

mente “nullo”, perché egli è privo della legittimazione democratica: è sempre Montesquieu a parlare della giurisdizione come di un “potere nullo”<sup>29</sup>. Mentre fin dai suoi albori la tradizione di *common law* attribuisce alle Corti il potere di “dire il diritto”, per la tradizione che risale alla rivoluzione francese un giudice che si arroga questa funzione si rende colpevole di un inaccettabile eccesso di potere, anzi di una vera e propria rottura degli equilibri costituzionali basati sulla divisione di funzioni tra i tre poteri.

La compressione del ruolo del giudice è coerente con il fatto che il principale valore che lo Stato di diritto europeo, a cavallo tra Otto e Novecento, mira a garantire è la certezza del diritto. Max Weber definisce “legal-razionale” il potere esercitato dallo Stato di diritto: la certezza deriva dal fatto che il potere è, e può essere, legittimamente esercitato solo secondo norme legislative generali<sup>30</sup>. Il massimo grado di certezza è assicurato da un diritto “formalmente razionale”, cioè da un sistema giuridico in cui sul piano sia sostanziale che processuale, «vengono prese in considerazione esclusivamente le caratteristiche generali ed univoche della fattispecie». La razionalità formale del diritto fa assurgere ad attore chiave dello Stato di diritto europeo otto-novecentesco<sup>31</sup> non tanto la magistratura, quanto la burocrazia che applica le norme legislative al caso concreto<sup>32</sup>. La razionalità formale garantisce la prevedibilità dei comportamenti di ogni funzionario. Si ha un grado minore di certezza se la burocrazia è guidata da un diritto “materialmente” razionale, da un diritto cioè in cui le decisioni vengono prese sulla base di “imperativi etici o regole di opportunità utilitaristica o di altra specie, o massime politiche”<sup>33</sup>. Come mostra il riferi-

---

516, citato in F. Neumann, “The Change in the Function of Law in Modern Society” tr. it. cit., p. 262.). Queste tesi portarono all’emanazione dei decreti del 16 e del 24 agosto 1790 che istituirono il sistema del *référé législatif*. Secondo questo sistema l’interprete doveva rinviare al legislatore, perché definisse una regola chiara, i casi che riteneva dubbi per una lacuna dell’ordinamento giuridico o per l’oscurità della legge.

<sup>29</sup> Montesquieu, nel libro XI, cap. III e VI, dell’*Esprit des Lois* afferma che i giudici non sono che «la bocca che pronunzia le parole della legge, degli esseri inanimati che non ne possono moderare né la forza né il rigore», e quindi il potere giudiziario è “in un certo senso nullo” (*en quelque façon nul*).

<sup>30</sup> La più pungente critica al principio di legalità dello Stato di diritto è probabilmente quella formulata da Carl Schmitt nel famoso saggio *Legalität und Legitimität*, Berlin, Duncker & Humblot, 1932, tr. it. in Id., *Le categorie del politico*, Bologna, il Mulino, 1981.

<sup>31</sup> Userò spesso questa connotazione temporale. Preciso una volta per tutte che in essa il Novecento è inteso, seguendo l’insegnamento di Eric J. Hobsbawm (*The Age of Extreme, The Short Twentieth Century, 1914-1991*, London, Abacus, 1994, tr. it. Milano, Rizzoli, 2000), come un secolo breve che ha il proprio baricentro nelle due guerre mondiali e nell’ordine geopolitico e sociale che si crea nel Secondo dopo-guerra.

<sup>32</sup> Sul potere legal-razionale e la burocrazia come suo attore fondamentale si veda M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, tr. it. Milano, Edizioni di Comunità, 1995, vol. I, pp. 210-220.

<sup>33</sup> Le definizioni di razionalità formale e materiale si trovano in M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, tr. it. cit., vol. III, p. 16.

mento tanto al diritto sostanziale che a quello processuale, la definizione weberiana di potere legal-razionale, e più in generale, la concezione europea di Stato di diritto, configura il potere giudiziario, in ultima istanza, non come un potere autonomo, ma come un particolare corpo amministrativo protetto da speciali guarentigie e contraddistinto da una forma attenuata di gerarchia, ma del tutto analogo al resto della burocrazia statale per la funzione che svolge – applicare la legge generale al caso singolo – e per il rapporto che intrattiene con la legge medesima.

Questo dato teorico rispecchia l'origine storica dello Stato di diritto euro-continentale. Come ha sottolineato Blandine Barret-Kriegel, mentre in Inghilterra il *rule of law* è stato il frutto dell'azione unificante dei giudici itineranti, in Francia, e in tutta l'Europa continentale, lo Stato di diritto è stato opera dell'amministrazione:

l'Inghilterra è uno Stato di diritto "puro", la Francia non è che uno Stato di diritto approssimativo. La centralizzazione è avvenuta da noi [in Francia] tardivamente attraverso la via amministrativa dei commissari del re e degli intendenti di finanza, in contrasto con il personale giudiziario, divenuto un corpo intermedio, ribelle all'autorità centrale; la centralizzazione in Inghilterra è avvenuta precocemente attraverso la via giuridica, attraverso i giudici del re, agenti zelanti dell'autorità monarchica. Non è il giudice che da noi [in Francia] detiene l'autorità, ma il funzionario e fra tutti i funzionari, in particolare, l'esattore<sup>34</sup>.

L'idea che la certezza del diritto sia garantita dalla struttura procedurale e dalla capacità regolatrice della fattispecie normativa, integrata al più dalla dogmatica giuridica, diventa una caratteristica essenziale del formalismo giuridico del Novecento. Non è un caso che anche nell'imponente costruzione kelseniana, che di questo formalismo è la massima espressione, niente distingue il giudice dal funzionario amministrativo sul piano del suo rapporto con l'ordinamento giuridico. Per Kelsen le norme legali sono affermazioni relative al modo in cui lo Stato reagirà ad un determinato evento. Se ogni norma legale è un giudizio ipotetico sul futuro comportamento dello Stato, dato che tanto i funzionari amministrativi quanto i giudici sono organi dello Stato, le norme delimitano e rendono prevedibile il comportamento di entrambi nello stesso modo. Entrambi si trovano a dover produrre una norma che regola il caso concreto che hanno davanti sulla base delle norme che conferiscono loro il potere di farlo. Per entrambi vale il fatto che

la norma del piano superiore non può vincolare in tutte le direzioni l'atto con cui la si applica. Deve sempre rimanere un ambito di discrezionalità, ora più ampio, ora più limitato, cosicché la norma superiore, in rapporto all'atto con cui deve es-

---

<sup>34</sup> B. Barret-Kriegel, *L'État et les esclaves*, Paris, Payot, 1989, p. 128.

sere applicata, cioè all'atto di produzione della norma o dell'esecuzione, ha sempre e soltanto il carattere di uno schema che deve essere completato con questo atto<sup>35</sup>.

Anche se si volesse sostenere, secondo l'impostazione kelseniana, che la razionalità materiale è una componente necessaria dell'azione amministrativa, si dovrebbe comunque riconoscere che gli elementi finalistici, gli imperativi etici, i criteri utilitaristici di opportunità e le linee di indirizzo politico sono rilevanti per l'azione del funzionario solo in quanto sono incorporati dal sistema legale che definisce la sua sfera di competenza.

Da questo contesto teorico nasce l'idea del sillogismo giuridico, che rappresenta la contrapposizione speculare dell'esaltazione della "ragione artificiale del giurista" e questa, come vedremo, è la pietra angolare su cui poggia la legittimazione delle decisioni giudiziali nella tradizione di *common law*. La teoria del sillogismo giuridico, se spinta alle sue estreme conseguenze, finisce per attribuire alle Corti un ruolo inconsistente non solo politicamente, ma persino giuridicamente. Secondo questa teoria il giudice deve limitarsi a compiere prima una ricognizione normativa e poi un'operazione logica: deve individuare la norma legislativa pertinente, che sarà la premessa maggiore, ricondurvi la fattispecie concreta che gli è stata sottoposta, e cioè la premessa minore, e trarre la conclusione logica di questa operazione. Il successo della dottrina del sillogismo giuridico si accompagna con quello della "scuola dell'esegesi", affermatasi in Francia nella prima metà dell'Ottocento. Questa dottrina negava ogni autorità alle tendenze giurisprudenziali consolidate, sostenendo che l'interprete, di fronte alla volontà codificata del legislatore, si trova solo con il suo vocabolario e la sua logica<sup>36</sup>. Come è stato osservato, la dottrina dell'esegesi si afferma come metodo «per aumentare la forza coercitiva del testo e si sviluppa per spiegare e per controllare la lettura di un testo»<sup>37</sup>. Da questo clima culturale discende la lapidarietà di molti provvedimenti dei giudici continentali, cui si contrappongono le lunghe sentenze del giudice inglese che

---

<sup>35</sup> H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, tr. it. Torino, Einaudi, 1966, p. 382. Sempre da questa impostazione discende che per la dottrina pura del diritto non c'è una differenza sostanziale tra modalità di produzione del diritto giurisprudenziale e quello legislativo: come il giudice anche il legislatore produce una norma sulla base e nei limiti di un potere conferitogli da altre norme. L'unica differenza è che mentre il legislatore può produrre norme generali, il giudice produce "norme individuali" (*ivi*, p. 29 e *passim*).

<sup>36</sup> Cfr. G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, p. 79. Tarello osserva che «in linea di fatto, invece, gli esegeti si trovarono, progressivamente, sempre più d'accordo con l'indirizzo consolidato della Cassazione: accordo che veniva considerato, nonché sorprendente, prova della esattezza delle opinioni della magistratura e della diffusione della verità».

<sup>37</sup> Cfr. P. Goodrich, *Language, Text and Sign in the History of Legal Doctrine*, in D. Carzo-B.S. Jackson (eds.), *Semiotics, Law and Social Science*, Roma, Gangemi, 1985, p. 103.

deve argomentare analogie e differenze tra la situazione di fatto che è stata sottoposta al suo giudizio e i precedenti ai quali intende richiamarsi per la decisione.

## 2. La crisi del diritto europeo

La concezione della separazione dei poteri sviluppata dalla tradizione filosofico-politica continentale assegna al potere giudiziario un ruolo ambiguo. Secondo l'impostazione classica, che, come è noto, risale a Montesquieu, i tre poteri – legislativo, esecutivo e giudiziario – devono caratterizzarsi per la loro specializzazione funzionale ed essere reciprocamente indipendenti in modo da equilibrarsi e garantire le libertà dei cittadini. Il potere giudiziario è dunque chiamato a svolgere due differenti funzioni: applicare le decisioni prese dal legislativo e controllare che tutti, anche i funzionari dell'amministrazione, rispettino la legge<sup>38</sup>. Esso si configura dunque come un mero esecutore della volontà del potere legislativo e ha, al più, un ruolo di contropotere rispetto al potere esecutivo: ruolo affidato ai tribunali amministrativi, organi *ad hoc* non totalmente esterni all'amministrazione statale. La situazione cambia quando, con le Costituzioni elaborate dopo la Seconda guerra mondiale, molti Stati europei hanno introdotto il controllo giurisdizionale di costituzionalità. Quando al potere giudiziario si affida esplicitamente il compito di applicare la legge solo dopo averne giudicato i contenuti e averne accertata la costituzionalità, la concezione francese del ruolo dei giudici diventa insostenibile. È evidente che per controllare il potere legislativo il giudice deve esercitare un potere politico autonomo rispetto alla volontà popolare e alla legge che la esprime. Non è un caso che si parli di “americanizzazione” del diritto costituzionale europeo<sup>39</sup>, cioè di una sua assimilazione a un diritto costituzionale, come quello statunitense, che ha scritto gran parte della storia dei diritti costituzionalmente garantiti partendo dalle controversie giudiziarie in materia di libertà, proprietà, ecc. In pochi anni in Europa il diritto costituzionale si è trasformato da “diritto politico”, e cioè da «diritto elaborato, interpretato ed e-

---

<sup>38</sup> Giovanni Tarello (“Orientamenti della magistratura, del giurista-interprete e della dottrina sulla funzione politica”, *Politica del diritto*, n. 3-4, 1972) ha definito la funzione attribuita in questa tradizione alla magistratura “ancillare” degli organi rappresentativi.

<sup>39</sup> Questa definizione è implicitamente contestata da M.A. Glendon (*Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*, New York, The Free Press, 1991). Secondo Glendon anche negli Stati Uniti il baricentro del diritto costituzionale si è spostato dall'allocazione di competenze e dal bilanciamento di poteri al discorso sui diritti e libertà solo a partire dagli anni cinquanta, quando si è affermato un “dialetto” dei diritti che ha deformato la tradizionale grammatica costituzionale americana.

nunciato da organi politici, in cui la nozione di “contenzioso costituzionale” era sconosciuta<sup>40</sup>, in diritto prevalentemente giudiziario<sup>41</sup>.

Specialmente l'ultimo scorcio del secolo scorso è stato caratterizzato da una trasformazione dell'equilibrio dei poteri a vantaggio del potere giudiziario: la giustizia ha assunto un peso crescente nella vita collettiva. Questo fenomeno ha preoccupato molti osservatori: si è sostenuto che siamo di fronte a una degenerazione del ruolo del potere giudiziario che sta producendo una profonda alterazione dello Stato di diritto<sup>42</sup>. Da più parti si è parlato di “democrazia giudiziaria”, se non addirittura di “tirannia” o “dittatura dei giudici”. Del resto, l'intero percorso che ha segnato il progressivo affermarsi delle Corti costituzionali è caratterizzato dal periodico riemergere del dibattito su “Stato giurisdizionale” e “governo dei giudici”. Questo dibattito, che ha riguardato principalmente il ruolo specifico delle Corti costituzionali, si è sviluppato anzitutto negli Stati Uniti<sup>43</sup> e poi è approdato in Europa. Si è rilevato che l'attività delle Corti costituzionali ha finito per incidere profondamente sulla concezione del diritto delle democrazie occidentali. L'iniziativa legislativa e le scelte politiche risultano condizionate dalla considerazione delle possibili reazioni delle Corti costituzionali e di conseguenza si parla di “giustizializzazione della politica”. Gli ordinamenti che attribuiscono un potere crescente alla giustizia costituzionale, si sostiene, finiscono per preoccuparsi più della garanzia dei diritti e del principio dello Stato sociale che del principio

---

<sup>40</sup> E. Zoller, “L'américanisation du droit constitutionnel: préjugés et ignorances”, *Archives de philosophie du droit*, vol. 45 (2001), pp. 77-87. Negli Stati Uniti, da una parte, la Costituzione non è un testo propriamente normativo, come testimonia il fatto che contiene tutti gli emendamenti, compresi quelli che sono stati, a loro volta, modificati o sostituiti. Dall'altra il diritto costituzionale è «composto dalle centinaia di volumi delle sentenze rese dalle Corti di giustizia, federali e statali, e unificate alla sommità dalla Corte Suprema» (*ivi*, p. 85).

<sup>41</sup> Questa tendenza appare un fenomeno non solo europeo ma globale; cfr. M. Shapiro, “The Globalization of Judicial Review”, in L.M. Friedman-H.N. Scheiber (eds.), *Legal Culture and the Legal Profession*, Boulder (Colo.), Westview, 1996.

<sup>42</sup> C.N. Tate-T. Vallinger (eds.), *The Global Expansion of Judicial Power*, New York, New York University Press, 1995. L'idea della progressiva “giudiziarizzazione della politica” costituisce il filo conduttore in particolare del saggio di T. Vallinder, “When the Courts Go Marching In”; e del numero monografico della *International Political Science Review* (XV, 1994, n. 2) intitolato *The Judicialisation of Politics: a World-wide Phenomenon*. Per una discussione del giudice “guardiano” da diverse prospettive, si veda L.M. Friedman, *Total Justice*, New York, Russell Sage, 1994 e A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, Paris, Edition Odile Jacob, 1996, tr. it. Milano, Feltrinelli, 1997.

<sup>43</sup> Oltre al già ricordato volume di M.A. Glendon (*Rights Talk. The Impoverishment of Political Discourse*) cfr. E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis* (1921), tr. it. Milano, Giuffrè, 1996 e L.B. Boudin, “Government by Judiciary”, *Political Science Quarterly*, XXVI, 1911, pp. 238-270.

democratico<sup>44</sup>. Ripercorrendo il ragionamento di Hobbes, si osserva che in caso di conflitto sulle norme da applicare l'ultima parola viene lasciata alle Corti costituzionali, che sono quindi ormai il vero potere sovrano: la politica, e con essa la democrazia, hanno abdicato a favore dell'aristocrazia giudiziaria<sup>45</sup>.

Alla base di queste preoccupazioni c'è una visione ottocentesca della democrazia e del potere giudiziario: non si tiene conto che la crisi del giudice "bocca della legge" è la diretta conseguenza del fatto che non esiste più nulla di paragonabile, sul piano sostanziale, al Parlamento sovrano dell'Ottocento. Come è stato efficacemente osservato<sup>46</sup>, «prima che nel diritto, trasformazioni decisive sono avvenute [...] nella natura della sovranità». L'introduzione di un livello giuridico superiore alla legge ordinaria e del sindacato giudiziario di costituzionalità ha come presupposto il notevole indebolimento della nozione di sovranità popolare da cui aveva preso le mosse l'impostazione francese<sup>47</sup>. Il potere giudiziario è stato elevato, da organo statale, a controllore della legittimità delle decisioni dello Stato perché la "volontà generale" dei cittadini non riusciva più a esercitare il monopolio della produzione del diritto. Come aveva colto acutamente Carl Schmitt<sup>48</sup>, questo passaggio presuppone un cambiamento radicale dell'immagine del legislatore: chi fa le leggi non è più visto

---

<sup>44</sup> Cfr. P.P. Portinaro, "Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?", in P. Costa-D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 395.

<sup>45</sup> Questa tesi è stata sostenuta in particolare da Jeremy Waldron. Tra i suoi scritti in merito si vedano in particolare: "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, XIII (1993), n. 1; *The Law*, London, Routledge, 1990; "The Irrelevance of Moral Objectivity", in R. George (ed.), *Natural Law*, Oxford, Clarendon Press, 1992; "Theoretical Foundations of Liberalism", *Philosophical Quarterly*, XXXVII (1987), p. 127 e ss.; *Law and Disagreement*, Oxford, Clarendon Press, 1999; *The Dignity of Legislation*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, tr. it. *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, Milano, Giuffrè, 2001.

<sup>46</sup> G. Palombella, *Dopo la certezza. Il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, cit., p. 7.

<sup>47</sup> L. Ferrajoli, *La sovranità nel mondo moderno*, Milano, Anabasi, 1995, sostiene che esiste un'antinomia irrisolvibile fra la "sovranità", che esprime l'idea di un potere libero da regole giuridiche, e la nozione di Stato di diritto che ha come nucleo essenziale la subordinazione del potere a regole formali. L'incompatibilità fra le due nozioni è stata sancita definitivamente con l'avvento dello Stato costituzionale di diritto che ha posto limiti anche sostanziali all'esercizio della sovranità. Sulla stessa linea D. Zolo, "La sovranità: nascita, sviluppo e crisi di un paradigma politico moderno", in Id., *I signori della pace*, Roma, Carocci, 1998, che parla di "parabola della sovranità", sia interna che esterna, sancita, sul piano internazionale, dalla globalizzazione e dallo sviluppo di autorità sopranazionali e, sul piano interno, dall'emergere dei diritti inviolabili e dalla loro costituzionalizzazione.

<sup>48</sup> C. Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1931, tr. it. Milano, Giuffrè, 1981, p. 45: «mentre prima, nel XIX secolo, sovrastava il pericolo del governo, cioè veniva dalla sfera dell'«Esecutivo», oggi l'apprensione è soprattutto nei confronti del «Legislatore». Oggi la regolamentazione legislativa costituzionale serve già in gran parte allo scopo di proteggere dal legislatore [...]. L'«ancoramento» legislativo costituzionale deve garantire determinati interessi, specialmente gli interessi della minoranza, di fronte alla rispettiva maggioranza».

rousseauianamente come il garante di tutti i cittadini in quanto espressione della volontà generale, ma è percepito come un pericolo per i diritti individuali. La sovranità dei rappresentanti del popolo viene limitata da una serie di principi enunciati dai testi costituzionali che hanno una notevole rilevanza morale e ai quali, contrariamente a quanto avveniva per il diritto naturale, è riconosciuta una forza giuridica superiore alla legge positiva. Il Parlamento non è più il *dominus* sovrano del potere legislativo, ma è assoggettato a un potere giudiziario che può sollecitare la revisione di tutti i suoi atti. Questa revisione, anche quando non è esercitata dalle Corti ordinarie<sup>49</sup>, ma è affidata a un organo giudiziario *sui generis* come le Corti Costituzionali, produce effetti a cascata anche sui giudici ordinari, incoraggiando la tendenza al “controllo diffuso” e all’“interpretazione adeguatrice” delle disposizioni di legge<sup>50</sup>. Il testo costituzionale è ormai concepito come una normazione incompleta: spetta al giudice completarla mettendola in relazione con le norme legislative e svolgendo così il ruolo di “colegislatore permanente”<sup>51</sup>.

Non siamo di fronte a un intruso che eccede la sua funzione invadendo la sfera di competenza del sovrano, come sosteneva Rousseau. In realtà è il giudice “intruso” a sancire che cosa è il diritto stesso. Spingendosi alle estreme conseguenze si potrebbe affermare che la legge approvata dal Parlamento è solo provvisoriamente “diritto”: è diritto soltanto *prima facie*. Contrariamente a quanto sosteneva Montesquieu, il giudice non può più limitarsi ad applicare le leggi, ma deve verificarne la conformità a un diritto superiore. Il diritto si pone, in ultima istanza, fuori dalla portata del legislatore ordinario. Solo quando il giudice costituzionale ha verificato la conformità di una legge ordinaria alla Carta fondamentale, essa viene accolta nell’ordinamento giuridico. Per di più, ciò vale soltanto sino a un possibile nuovo esame di costituzionalità del testo legislativo in questione: la dichiarazione di incostituzionalità ha, infatti, effetti *ex tunc*, cancella cioè la legge dichiarata incostituzionale retroattivamente, a partire dal momento della sua approvazione<sup>52</sup>. La concezione mon-

---

<sup>49</sup> Il controllo di costituzionalità diffuso, alla maniera americana, in Europa è previsto solo dalla Costituzione tedesca.

<sup>50</sup> Cfr. P.P. Portinaro, “Oltre lo Stato di diritto. Tirannia dei giudici o anarchia degli avvocati?”, cit., p. 396; R. Romboli, *Giudicare la legge? La legge “giusta” nello stato costituzionale*, in E. Rippepe (a cura di), *Interrogativi sul diritto “giusto”*, Pisa, SEU, 2000, p. 106. Cfr. anche E. Cheli, *Il giudice delle leggi*, Bologna, il Mulino, 1999.

<sup>51</sup> A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, tr. it. cit., p. 27.

<sup>52</sup> Non è un caso che Kelsen, che pure è stato l’ideatore delle moderne Corti costituzionali, contribuendo alla creazione della prima di queste, quella istituita dalla Costituzione austriaca del 1920, ebbe notevoli difficoltà ad accettare l’idea che la legge incostituzionale sia invalida o nulla. Si veda H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1945, tr. it. Milano, Edizioni di Comunità, 1959, p. 118, dove si legge che le norme «rimangono valide fino a quando non vengano rese invalide nel modo determinato dall’ordina-

tesquieuana del giudice tende a ridurre il diritto al momento in cui le norme vengono emanate: il fenomeno giuridico consiste esclusivamente nella proiezione, più o meno corretta, di un insieme di norme. Il giudizio di costituzionalità conferisce invece una dimensione “diacronica” al diritto: gli stessi diritti costituzionali<sup>53</sup> sono continuamente contrattati e ricontrattati in sede giudiziaria, e i loro contenuti sono soggetti a continue ridefinizioni sull’onda di interazioni spesso conflittuali. Come è stato scritto, «il giudice destinatario e il costituente emittente formano una coppia indissolubile di pari, la cui unione concorre allo sviluppo della sovranità costituente»<sup>54</sup>. Questo fenomeno avvicina il diritto eurocontinentale al *common law*, per il quale la dimensione diacronica del diritto è una caratteristica saliente, dato che, come abbiamo accennato, la validità e l’effettivo contenuto di qualsiasi norma sono affidati alla loro continua sperimentazione nella vita sociale e processuale.

Già messa in crisi nel secondo dopoguerra dalle costituzioni rigide e dal sindacato giudiziario di costituzionalità, la concezione “legicentrica” del diritto appare oggi definitivamente sopraffatta da due nuovi fenomeni, differenti ma dagli effetti convergenti: l’inflazione dei testi legislativi, spesso volutamente imprecisi e grossolani, e la progressiva integrazione di molti Stati, *in primis* di quelli europei, in una comunità sovranazionale di carattere, se non propriamente politico, quantomeno giuridico. Mi soffermerò in seguito sul primo fenomeno. Qui mi preme sottolineare che la costruzione dello spazio sovranazionale europeo ha fatto perno sull’instancabile opera di un corpo

---

mento giuridico stesso». Qualche pagina dopo (tr. it. 158) Kelsen sostiene che «l’affermazione abituale che una “legge incostituzionale” è invalida (nulla) è una proposizione priva di significato, perché una legge invalida non è affatto una legge». Le stesse tesi sono ripetute in *Reine Rechtslehre*, Wien, Deuticke, 1960, tr. it. Torino, Einaudi, 1966, pp. 302 e 305: «una legge non valida non è affatto una legge, poiché giuridicamente non esiste e quindi non è possibile nessuna asserzione giuridica al riguardo»; «le cosiddette leggi “incostituzionali” sono leggi costituzionali, annullabili però con un particolare procedimento». Cfr anche i saggi raccolti in *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 166-167 e 300, ove, per superare l’antinomia, l’annullamento della legge incostituzionale viene assimilato all’abrogazione: esso consisterebbe nel “toglierle validità”, anche “con effetto retroattivo”. Luigi Ferrajoli (“Lo Stato di diritto fra passato e futuro”, in P. Costa-D. Zolo, *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, cit., p. 380; cfr. anche Id., *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 92-113) sostiene che la difficoltà di Kelsen a qualificare come invalide le norme sostanzialmente in contrasto con la Costituzione deriva da un “retaggio paleo-positivistico” che spinge il giurista austriaco a sostenere l’equivalenza tra validità ed esistenza delle norme e ad assimilare la dichiarazione di incostituzionalità all’abrogazione.

<sup>53</sup> Il riferimento è all’orientamento ormai stabilizzato secondo cui la Costituzione italiana, ma in generale, le Costituzioni europee non contengono un elenco tassativo e chiuso di diritti, ma sono caratterizzate da norme (nella Costituzione italiana l’art. 2) che permettono di concepire l’elenco dei diritti costituzionali come un elenco aperto, potenzialmente sempre pronto a recepire nuovi diritti.

<sup>54</sup> O. Cayla, “Les deux figures du Juge”, *Le Débat*, n. 74 (1993), p. 172.

giudiziario che sembra aver fatto tesoro delle celebri parole di Portalis<sup>55</sup> secondo il quale

esistevano i giudici prima che esistessero le leggi; questi giudici, in tempi di oscurantismo, erano ministri di equità tra gli uomini; lo sono ancora quando non sono soggetti a leggi scritte; non possono quindi, con il pretesto dell'oscurità e del silenzio della legge, sospendere arbitrariamente il loro ministero.

Ci sono testi che spesso contengono enunciati chiari e concisi, quali i trattati di Roma, di Maastricht, di Amsterdam e infine quello, recentemente siglato a Lisbona, di riforma dell'Unione, che ha inserito fra i trattati istitutivi della Comunità Europea la Carta dei diritti fondamentali sottoscritta a Nizza, oltre alla Convenzione europea di tutela dei diritti dell'uomo e alle altre convenzioni internazionali relative ai diritti umani. Questi testi dilatano l'“effetto Costituzione” e moltiplicano i *judicial reviews* delle norme legislative. Oggi in Europa ogni giudice, prima di applicare una norma di legge, deve verificare la sua compatibilità non solo con la Costituzione nazionale ma anche con il diritto comunitario, la Convenzione europea per i diritti dell'uomo<sup>56</sup> e con molti altri trattati internazionali. Prima che “giudice del fatto” egli è dunque “giudice della legge”. Di fronte a questi documenti internazionali le stesse Costituzioni nazionali cessano di essere i punti cardine dell'ordinamento. Questo effetto deriva in particolare dal principio del primato del diritto comunitario che impone alle autorità di uno Stato membro di non applicare una norma nazionale contraria al diritto comunitario, prescindendo dalla natura della norma comunitaria e di quella di diritto nazionale in questione: persino la costituzione nazionale soggiace al principio del primato del diritto comunitario<sup>57</sup>. Merita di essere sottolineato che questo principio è stato introdotto dalla Corte di giustizia europea<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> Portalis, discorso pronunciato il 14 dicembre 1801 per la discussione del titolo preliminare del Codice civile, citato in A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, tr.it. cit., p. 28.

<sup>56</sup> «Dal momento che la sua competenza, le regole della procedura, i suoi poteri, – scrive Guy Canivet (“Le droit communautaire et l'office du juge national”, *Droit et société*, n. 20-21 (1992), p. 141), – sono determinati dai sistemi dei trattati e poiché è soggetto a delle garanzie fondamentali, il magistrato statale dipende in definitiva sia da uno statuto europeo disciplinato dal diritto delle Comunità sia dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo».

<sup>57</sup> Questo principio è ancora oggi osteggiato dalla dottrina costituzionalistica in molti paesi. Per esempio in Francia e Spagna sembra pacifico che il recepimento di una norma comunitaria in contrasto con la Costituzione richieda la revisione di quest'ultima. Sul tema cfr. T. Groppi, “La *primauté* del diritto europeo sul diritto costituzionale nazionale: un punto di vista comparato”, Astrid – *Rassegna*, 2005, n. 13.

<sup>58</sup> Sentenza del 15 luglio 1964, Flaminio Costa contro Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (Costa contro Enel) in cui la Corte dichiarò che «a differenza dei comuni trattati internazionali,

La vicenda europea sembra provare, come aveva intuito Kelsen, che la costruzione di uno spazio regionale sovranazionale oggi può fare a meno del potere legislativo e di quello esecutivo, e delinarsi come spazio “giuridico”, prima ancora che “politico”. Per una sorta di nemesi storica, nell’area europea, in cui lo Stato nazionale è nato, si è affermato uno spazio giuridico comune che ha fortemente limitato la sovranità degli Stati nazionali, anche se finora non è stato realizzato il progetto di una Costituzione “senza Stato” e “senza popolo”<sup>59</sup>. Lo spazio giuridico europeo, nato quasi come sottoprodotto del lungo processo avviato negli anni Cinquanta del secolo scorso in nome dell’integrazione economica<sup>60</sup>, rappresenta probabilmente la risposta più forte del diritto al processo di affermazione del mercato. L’attore chiave della costruzione di questo spazio è stata la Corte europea di giustizia, che ha reagito al processo di globalizzazione economica cercando di fissare regole e principi entro cui il mercato operasse e di stabilire diritti che il mercato non può svolgere<sup>61</sup>. La Corte di giustizia si è affermata come “vero giudice europeo”, vincendo la resistenza di alcune Corti costituzionali nazionali<sup>62</sup>. Ed è riuscita a stabilire un “rapporto privilegiato” con i giudici nazionali<sup>63</sup>, a dispetto del proprio status di extrastatalità, che avrebbe potuto indurre nelle Corti nazionali un atteggiamento di distacco o di diffidenza. Oggi la giurisprudenza delle Corti nazionali è innervata dai principi e dai criteri elaborati dalla Corte di Lussemburgo. Il peso della Corte di giustizia è destinato sicuramente a cre-

---

il trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell’ordinamento giuridico degli Stati membri all’atto dell’entrata in vigore del trattato e che i giudici nazionali sono tenuti a osservare».

<sup>59</sup> Come ha scritto Neil MacCormick (“Beyond the Sovereign State”, *The Modern Law Review*, vol. 56 (1993), n. 1): «Nessuno Stato in Europa occidentale è più uno Stato sovrano [...]. Dove una volta c'erano, o possono esserci stati, Stati sovrani, vi è stata una unione o fusione nell'ordine normativo comunitario di alcuni dei poteri degli Stati in materia di legislazione, decisione giudiziaria e implementazione del diritto in relazione ad un ampio ma controllato spettro di questioni».

<sup>60</sup> Cfr. A. Manzella, “Dal mercato ai diritti”, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2001.

<sup>61</sup> Cfr. E. Pagano, “I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht”, *Il diritto dell’Unione europea*, vol. 1 (1996); B. De Witte, “The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights”, in P. Alston, *The UE and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 859-897. È significativo che la Corte sembra immune da quella crisi di legittimazione che affligge sempre più gravemente, come hanno mostrato vari sondaggi negli ultimi anni, le istituzioni comunitarie, percepite come lontane e prevaricatrici dai cittadini dei vari Stati membri.

<sup>62</sup> Cfr. M.R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Bologna, il Mulino, 2002, pp. 226-227.

<sup>63</sup> S. Cassese, “La Costituzione europea”, *Quaderni costituzionali*, n. 3, 1991, pp. 493-494. Cfr. anche J. Weiler, “The Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors”, *Comparative Political Studies*, XXVI, 1994, pp. 510-553.

scere con l'inserimento della Carta dei diritti di Nizza nel nuovo Trattato siglato a Lisbona<sup>64</sup>: è facile preconizzare l'importanza della giurisprudenza che la Corte svilupperà in materia di atti lesivi dei diritti sanciti dalla Carta.

Al ruolo della Corte di Giustizia si è aggiunto quello della Corte Europea dei diritti umani. Il carattere creativo della sua giurisprudenza, cui va il merito di aver promosso una lettura evolutiva del dettato della Convenzione, ha, infatti, avviato un fecondo processo di adattamento delle disposizioni della Convenzione Europea dei diritti umani agli incisivi mutamenti socio-economici intervenuti all'interno degli Stati contraenti e di avere inoltre, indirettamente, favorito una progressiva omogeneizzazione delle normative adottate in taluni settori a livello nazionale<sup>65</sup>. Come sostiene Antoine Garapon<sup>66</sup>, «i diritti dell'uomo enunciati in testi con valore positivo, come la Convenzione europea di tutela delle libertà fondamentali, e l'integrazione europea hanno progressivamente fatto passare lo Stato da dispensatore di giustizia a Stato sottoposto a giustizia». L'importanza che queste fonti sovranazionali hanno acquisito nei sistemi giuridici nazionali ha impresso un'accelerazione vertiginosa al processo di indebolimento delle legislazioni nazionali. La concezione francese della legge, funzionale alla separazione dei poteri, è ormai obsoleta. La legge come guida indiscutibile delle decisioni giudiziali è diventata un mito ormai inservibile. Anche gli ordinamenti dell'Europa continentale devono rinunciare definitivamente all'idea che “il diritto” coincide con “le leggi”. Oggi nel definire il “diritto” vigente in qualsiasi paese dell'Unione Europea non si può prescindere né dal diritto comunitario, né dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, né dalla giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo.

L'impatto avuto dalla Convenzione dei diritti umani e dal progressivo sviluppo dell'ordinamento giuridico europeo sulla tendenza del potere giudizia-

---

<sup>64</sup> La Carta di Nizza, a dispetto del suo incerto statuto giuridico (cfr. S. Rodotà, “La Carta come atto politico e documento giuridico”, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, cit.), ha comunque già prodotto effetti giuridici, imponendosi come fonte “riconosciuta” dal basso (E. Paciotti, “La Carta dei diritti fondamentali” e S. Rodotà, “Tra diritti e mercato: una cittadinanza europea possibile”, in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Bologna, il Mulino, 2001). Habermas (*Die Postnationale Konstellation*, Suhrkamp, Frankfurt 1996, tr. it. parziale Feltrinelli, Milano, 1999, p. 88) ha sostenuto che la Carta fa parte di una catena di “anticipazioni” che si sorreggono e si stimolano a vicenda “in una sorta di processo spiraliforme”, che si svolge in mancanza di “forze motrici di tipo normativo”.

<sup>65</sup> Se si prende ad esempio l'articolo 6-1 della Convenzione europea di tutela dei diritti dell'uomo relativa all'equo processo, si vede come le decisioni della Corte tendono non a uniformare i vari diritti nazionali, ma a renderli compatibili tra loro. È ormai evidente che l'attività della Corte si va delineando, a fianco del diritto comunitario, come capace di gettare le basi di una cultura giuridica comune che permette alle varie culture nazionali di comunicare tra loro e di sottrarsi in maniera sempre più decisa all'influenza esercitata sull'elaborazione del diritto dai singoli Stati nazionali.

<sup>66</sup> A. Garapon, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, tr. it. cit., p. 27.

rio a ergersi a “giudice delle leggi” è evidente soprattutto nei paesi come la Gran Bretagna<sup>67</sup> e i Paesi Bassi<sup>68</sup>, che non dispongono di una Corte costituzionale o che si affidano soltanto a un sistema di controllo di costituzionalità preventivo, come la Francia e come, per un certo tempo, la Svezia<sup>69</sup>. La legge, un tempo fondamento dell’ordinamento giuridico e fonte di qualificazione<sup>70</sup> di tutto il diritto positivo, rischia di diventare un reperto archeologico ottonevicesco. Per individuare le effettive fonti del diritto il giudice non deve soltanto guardare oltre l’orizzonte della legislazione, ma deve anche superare il recinto normativo dell’ordinamento statale. In realtà, non è sempre chiaro entro quali confini il suo sguardo deve spaziare. Se per la tradizione eurocontinentale il giudice era soggetto solo alla legge e da essa traeva il diritto di giudicare, la nuova configurazione delle fonti del diritto lo colloca al di sopra della legge, lo fa diventare colui che “decide il diritto”.

Questa radicale trasformazione del diritto, e del diritto europeo in particolare, verificatasi negli ultimi decenni, ha modificato profondamente anche le prestazioni che possono essere richieste all’ordinamento giuridico e che è lecito attendersi. Il diritto legicentrico otto-novecentesco, emanazione dell’autorità sovrana dello Stato, detentore unico e autocratico del potere, e dispensatore della giustizia, pretendeva di presentarsi come un *corpus* normativo razionale e per questo perfettamente conoscibile. L’ordinamento giuridico mirava a disciplinare rigidamente i comportamenti e a guidare le scelte individuali attraverso un sistema di “regole” organico e completo: la sua principale prestazione era la “certezza” che conferiva ai rapporti giuridici.

Oggi non solo la razionalità formale, ma lo stesso diritto legislativo si avvia a diventare marginale, sia per il rilievo delle Carte costituzionali, che per prime hanno relativizzato e limitato il primato della volontà legislativa, sia per l’emergere delle fonti europee e “globali”, produttrici di un diritto sovranazionale, che è difficile ascrivere a una qualsiasi unitaria “volontà”. Oltre a ciò,

---

<sup>67</sup> Sulla situazione inglese, prima del *Human rights act* cfr. M. Sunkin, “Judicialization of Politics in United Kingdom”, *International Political Science Review*, vol. 15 (1994), n. 2, pp. 125-133; A. O’Neill, *The Government of Judges: The Impact of the European Court of Justice on the Constitutional Order of the United Kingdom*, Firenze, European University Institute Press, 1993.

<sup>68</sup> J. Kate-P. van Koppen, *Judicialization of politics in the Netherlands: Towards a form of Judicial Review*, “International Political Science Review”, vol. 15 (1994), n. 2, pp. 143-151.

<sup>69</sup> B. Holmstrom, “Judicialization of Politics in Sweden”, *International Political Science Review*, vol. 15 (1994), n. 2, pp. 153-164.

<sup>70</sup> N. Bobbio (*Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 168-169) distingue le fonti di “cognizione giuridica” da quelle di “qualificazione giuridica”, definendo queste ultime come le fonti che «non solo producono delle regole, ma attribuiscono a esse, direttamente e per virtù propria, la qualifica di norma giuridica». Mentre le prime non hanno di per sé la qualifica di norma giuridica che deve esse loro conferita da una fonte diversa. Per il positivismo giuridico esistono più fonti del diritto, ma una sola fonte di qualificazione giuridica: la legge.