

Salvatore Amato\*

*Uso alternativo (del diritto) o potere alternativo (attraverso il diritto)?*

## 1. Il rinnovamento della cultura giuridica

Scelgo, con tutti i suoi limiti, una prospettiva ‘strabica’ per riflettere sul tema del Convegno. Strabica nel senso che vorrei osservare lo stesso fenomeno a partire da due eventi che, oltre ad essere estremamente lontani l’uno dall’altro, non possono neppure essere messi a fuoco unitariamente. Mi riferisco al rinnovamento della cultura giuridica, da una parte, e al ruolo politico assunto dalla magistratura, dall’altra. In entrambi questi fenomeni credo che il fermento determinato dall’uso alternativo del diritto abbia svolto un ruolo rilevante: voluto, elaborato e teorizzato, nel primo caso; sollecitato, auspicato ma non previsto nei suoi esiti estremi, nel secondo.

Sotto il primo aspetto posso dire che, anche se ancora non lo sapevo, l’uso alternativo è stato il mio primo contatto con il diritto durante le affollate lezioni di ‘privato’ del Prof. Pietro Barcellona. Lezioni cariche di attesa, ma anche di tensione.

Attesa per il nuovo mondo in cui stavamo per entrare e attraverso le parole di un docente già leggendario per le sue capacità intellettuali e per la sua rigosità. Durante le lezioni avevamo immediata conferma delle une e dell’altra per la varietà delle argomentazioni e la ricchezza dei riferimenti culturali, ma anche per l’angoscia che ci metteva ricordandoci continuamente che pochissimi superavano i ‘suoi’ esami e ancora meno con 30.

Tensione perché la facoltà di Giurisprudenza era ritenuta, alla luce delle ipotetiche convinzioni della maggioranza dei suoi studenti, tradizionalmente ‘fascista’, e quasi a conferma di questa fama campeggiava sul muro – alla sinistra dell’ingresso di Via Gallo – un’enorme scritta: “per Barcellona, l’esorcista, anche il diritto è antifascista”. Quasi a conferma di questo implicito ‘noi e lui’ spesso serpeggiava la voce di un Barcellona ‘minacciato’ o addirittura ‘aggredito’. Per la verità durante il mio anno di corso tutto si è svolto senza problemi o incidenti, ma restava in ciascuno di noi la convinzione che Barcellona non fosse un docente come tutti gli altri. Eravamo tutti affascinati dalla passione con cui ci venivano illustrati i processi di sviluppo economico, i conflitti tra rendita e profitto, passando per una sentenza della Corte costituzionale sui fondi rustici, per la polemica tra Betti e Stolfi, mentre

\* salvatore.amato@unict.it, Professore di Filosofia del diritto presso l’Università di Catania

Max Weber e l'architettura dello Stato moderno si stagliavano all'orizzonte. Tanto affascinati quanto sgomenti, perché poi dovevamo studiare sul 'Torrente' dove tutto era asettico e lineare a modello di un ordine quasi immutabile che trovava le sue radici nel diritto romano e nella limpida sistematicità dei codici. Niente crepe e niente dubbi sul libro. A lezione, invece, era un tumultuoso rincorrersi di sviluppi sociali e conflitti latenti: la normativa CEE sullo sfruttamento abusivo delle posizioni dominanti, le leggi speciali sui prezzi imposti... quanto vi è di più lontano dagli schemi concettuali del 'Torrente'.

Per la verità, a noi studenti sarebbe bastato la spiegazione di questi schemi. Se Barcellona pretendeva molto di più è perché ha sempre preteso molto di più anche da se stesso, passando dal diritto alla filosofia del diritto e poi all'arte; da Kelsen a Castoriadis; da Latouche a Luhmann. Sempre insoddisfatto, sempre alla ricerca di nuovi impulsi e suggestioni. Noi, studenti, eravamo insoddisfatti per un altro motivo. Non riuscivamo a superare il dubbio: ma cosa domanderà agli esami?

Ci avrebbe domandato quelle cose lì, quelle del codice e del libro di cui non si parlava mai a lezione. L'espromissione e l'accollo, l'enfiteusi e le clausole vessatorie, ma spesso sotto altra forma per vedere cosa avevamo veramente assimilato. La differenza tra atto e negozio giuridico. Perché l'obbligazione naturale non è soggetta a novazione? L'ultima domanda del mio esame di privato. Ricordo che per un interminabile quarto d'ora ho cercato di arrampicarmi sugli specchi, per sentirmi dire che avrei dovuto impostare il ragionamento in maniera completamente diversa. Molti anni dopo, quando nel suo bellissimo studio, discutevamo di Kelsen e Schmitt, ho provato a chiedergli quale fosse la risposta o, meglio, l'impostazione giusta. Ha sorriso...

Adesso rimpiango quelle prime lezioni: erano l'espressione del radicale rinnovamento della cultura giuridica che l'uso alternativo del diritto stava lentamente determinando. Un cambiamento che Barcellona non solo ha intuito e stimolato, ma coltivato e sviluppato negli anni e di cui già troviamo *in nuce* i riflessi internazionali in un prezioso volumetto<sup>1</sup> che forniva perfettamente la dimensione della diversa identità del giurista, non più impersonale riproduttore di formule e schemi, manovale del diritto, ma protagonista dei processi di rinnovamento sociale. "Non si tratta di proporre nuove definizioni della proprietà o del contratto, ma di reintrodurre le categorie concettuali, che troviamo esposte nei manuali e nell'elaborazioni monografiche, all'interno di specifici rapporti sociali, allo scopo di coglierne il carattere condizionato, le connessioni con le strutture economiche, e quindi la 'parzialità'"<sup>2</sup>.

È chiaro che questo rinnovamento, al di là degli impulsi della dottrina, non poteva non passare per l'operato dei giudici (ed è il problema della seconda parte di questa riflessione), ma presupponeva innanzitutto un cambiamento della cultura giuridica. Non tanto come rivendicazione di una scontata, tra Marx e Kelsen,

1 P. Barcellona, D. Hart, U. Mückenberger, *L'educazione del giurista*, De Donato, Bari, 1973.

2 Ivi, p. 62.

politicalità del diritto e discrezionalità dei processi interpretativi, quanto piuttosto come esigenza di riscoprire il contatto con la ‘realtà’. Il giurista, appagato dalla pretesa scientificità delle proprie costruzioni dogmatiche, aveva perso, ad avviso di Barcellona, il contatto con i ‘fatti’. Sono i fatti a determinare i concetti, ma sono, poi, i concetti a condizionare l’analisi dei modelli di convivenza e dei legami sociali. Un circuito vizioso in cui si finisce per dimenticare che il carattere ordinante dei concetti giuridici non deriva da una *recta ratio*, da un’essenza logica, ma dalla volontà di chi controlla l’economia e gestisce il potere. Dietro ogni astrazione generalizzante, c’è un ‘chi’, c’è un perché, ci sono conflitti e tensioni.

Già Wilhelm, nel 1958, aveva denunciato quanto fosse illusoria e mistificante la pretesa di costruire la giurisprudenza come un “sapere depurato”<sup>3</sup>. Non sono in grado di descrivere le reciproche influenze ma la traduzione di quest’opera in italiano nel 1975, lo stesso anno in cui compare la traduzione dell’altrettanto decisiva *Rechtswissenschaft* di Wiethölter<sup>4</sup>, segna assieme all’uso alternativo del diritto la spinta decisiva verso la ricerca di nuovi modelli di analisi della realtà, nel rifiuto di una dimensione giuridica senza storia e senza tempo.

## 2. Lo Stato giurisdizionale

Anche senza giudici? Se mi affido ai ricordi, è evidente quanto sia ridotto lo spazio riservato dai manuali del tempo all’elaborazione giurisprudenziale. Il ‘Torrente’, ad esempio, poneva alla fine di ogni paragrafo un quesito ricavato da un precedente giudiziario, ma appariva, a noi studenti, come la risoluzione di un rebus: la sentenza suggeriva la risposta giusta e ce ne era una sola, quella conforme alle premesse manualistiche. Del resto, non mi pare ci fossero un gran numero di codici commentati, con la loro varietà di linee argomentative, tra i nostri strumenti di studio. Ancor meno ricordo i riferimenti al ruolo della Costituzione nei processi interpretativi. Lo stesso testo costituzionale non era, spesso, neppure presente all’interno dei vari codici. Figuriamoci la legislazione speciale introdotta sotto l’impulso dell’allora CEE.

È stata, invece, la Costituzione a divenire protagonista del rinnovamento radicale della nostra cultura giuridica. Già nel suo impianto la nostra Costituzione, come tutte le Costituzioni del dopo-guerra, aveva una struttura rivoluzionaria: l’enunciazione dei diritti fondamentali e la loro collocazione nella prima parte del testo. Questa scelta era stata uno degli aspetti più controversi della Costituzione di Weimar. Penso a uno dei tanti scritti di Schmitt (*Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*<sup>5</sup> del 1931) in cui si afferma che, in tal modo, si è venuto a segnare il passaggio dallo Stato legislativo allo Stato giurisdizionale, ap-

3 W. Wilhelm, *Metodologia giuridica nel secolo XIX* [1958], Giuffrè, Milano, 1975.

4 R. Wiethölter, *Le formule magiche della scienza giuridica* [1968], Laterza, Roma-Bari, 1975.

5 C. Schmitt, *Diritti di libertà e garanzie costituzionali* [1931], trad. it. in *Costituzione e istituzione*, Quodlibet, Macerata, 2022, pp. 47-92.

pagando i “predicati nobilitanti” cari al pensiero liberale nella pretesa di affidare al testo costituzionale il compito di regolare “esaustivamente tutte le cose umane e divine”. Ne deriva una tendenziale “deduzione di illimitatezza” che attribuiva ai giudici un potere di intervento tendenzialmente incondizionato e una libertà interpretativa non delimitabile.

L’inserimento dei diritti fondamentali nella Costituzione, e in particolare nella prima parte, presuppone il primato della tutela dei diritti sulla legislazione, attribuendo non solo alla Corte costituzionale, ma anche alla magistratura nel complesso una centralità che scompaginava i tradizionali equilibri istituzionali. I giudici sono soggetti alla legge, ma la legge è soggetta ai giudici: al vertice resta un vuoto perché non è possibile prevedere un giudice del giudice.

Del resto, negli Stati Uniti non era stato il popolo ma una sentenza, la famosa *Marbury v. Madison* del 1805, a dichiarare che le leggi difformi dalla Costituzione non sono leggi, istituendo di fatto il *judicial review*. Sarebbe nata quella che Bork chiama “la malattia americana”, ovvero il fenomeno “dell’appropriazione da parte dei giudici, dell’autorità appartenente al popolo e ai suoi rappresentanti eletti. Una simile patologia si manifesta non appena i giudici si trovano in condizioni tali da ricevere o da attribuirsi il potere di calpestare le decisioni prese da altri organi dello Stato: il controllo di costituzionalità”<sup>6</sup>.

Ispirandosi a Bork, l’attuale Corte Suprema americana, connotata in senso fortemente conservatore, non ha esitato ad affermare in una sentenza sull’aborto che bisogna frenare la “*judicial hubris*” e che sarebbe un puro (*raw*) atto di violenza giudiziaria “usurpare il potere di affrontare una questione di profonda importanza morale e sociale che la Costituzione lascia inequivocabilmente al popolo”<sup>7</sup>. Del resto, quanto la novità del controllo di costituzionalità potesse determinare una rottura degli equilibri tra potere legislativo e giudiziario era un timore sempre presente negli scritti dei maggiori giuristi americani di fine ’800, James Bradley Thayer e Oliver Wendell Holmes, rigorosi sostenitori del *judicial restraint*. Holmes era celebre per l’iperbole secondo cui avrebbe dichiarato incostituzionale una legge solo se l’avesse fatto “vomitare”<sup>8</sup>.

Quando all’origine dello Stato moderno, Hobbes affermava che “di fronte alla Magna Carta io non debbo vedere quanto è razionale, ma se devo ubbidire [...]”<sup>9</sup>, era evidente il suo timore che, riconoscendo ad ogni giudice il diritto di contestare la volontà o la razionalità della legge, si sarebbero avuti tanti sovrani quanti erano i giudici. Anche l’illuminismo diffida dei giudici, pur affidando loro un ruolo centrale nel funzionamento dei governi moderati. Immaginando la magistratura come un potere neutro, Montesquieu, nelle pagine più tormentate e confuse dell’*Esprit*

6 R.H. Bork, *Il giudice sovrano. Coercing virtue* [2002], Liberilibri, Macerata, 2004, p. 7.

7 È la tanto criticata, ma poco letta, sentenza sulla legittimità dell’aborto del giugno 2022 (*Dobbs, State Health Officer of The Mississippi Department of Health, et Al. V. Jackson Women’s Health Organization et Al.*, No. 19-1392).

8 Cit. da G. Portonera, *Antonin Scalia*, IBL libri, Torino, 1922, p. 55.

9 T. Hobbes, *Dialogo tra un filosofo ed uno studioso del diritto comune d’Inghilterra*, trad. it. in *Opere politiche*, Utet, Torino, 1959, p. 393.

*des Lois*, esprime un disagio, più che un modello teorico, perché un “giudice senza anima” non esiste. Un ammiratore della storia inglese, come era lui, non poteva ignorare i conflitti tra Giacomo I e Coke e lo stesso ruolo dei giudici inglesi nelle convulse vicende della guerra civile e della Gloriosa rivoluzione.

Primato della legge e passività del giudice sono possibili solo all’interno di quel “sapere depurato” costruito dalla scuola storica e dalla Pandettistica. Un sapere a misura di una facoltà di giurisprudenza i cui “tutori” sono idealmente Kant, Smith e Savigny che giustificano “la separazione del diritto dalla morale (Kant); la separazione dell’economia dalla politica (Smith); la separazione dello Stato dalla società civile (Savigny)”<sup>10</sup>.

Il modello dello Stato costituzionale di diritto rompe l’illusione di questa asettica neutralità. L’enunciazione dei diritti implica l’elaborazione di principi che impongono un contatto diretto con la realtà economica, con le attese sociali e con i vuoti politici. Dai principi, come fattispecie aperte, derivano a loro volta nuovi diritti, all’ombra o alla penombra dei precedenti, e quindi nuovi principi e quindi nuovi diritti in un processo circolare (la politica costituzionale?) in cui Schmitt troverebbe la conferma tanto del messianismo dei “predicati nobilitanti”, quanto della deduzione di illimitatezza insita in un testo che pretende di regolare esaustivamente tutte le cose umane e divine. Non vi è dubbio che i principi costituiscono tanto “[...] una formula di copertura per il decisionismo giudiziario, meglio interpretativo”<sup>11</sup> quanto “uno schema vuoto che serve a coprire di volta in volta disparate operazioni”<sup>12</sup>, perché “i giudici, quando si appellano ai principi generali, si appellano alle cose più diverse”<sup>13</sup>. In ogni caso lo Stato giurisdizionale si sovrappone progressivamente allo Stato legislativo perché nessuna regola può determinare la sua applicazione. Spetta quindi “solo al giudice di decidere caso per caso, secondo criteri che non discendono dalla legge ma sono più o meno arbitrari”<sup>14</sup>.

### 3. La Stato di diritto incompiuto

La realtà sociale, quella composita congerie di conflitti e tensioni presente nei fatti, impone questo progressivo rimescolamento istituzionale perché sono i giudici ad essere immediatamente a contatto con le aspirazioni e le esigenze che si manifestano nelle contrastanti spinte economiche e culturali. L’uso alternativo del diritto nasce negli anni della rapida industrializzazione, delle lotte per l’emancipazione della classe operaia, ma anche delle rivendicazioni di più ampie sfere di libertà, a partire dal diritto al divorzio

10 P. Barcellona, *op. cit.*, pp. 48-49.

11 E.W. Böckenförde, *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione di diritto costituzionale* [1991], Giuffrè, Milano, 2006, p. 171.

12 G. Tarello, *L’interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, p. 385.

13 E. Pattaro, *Opinio iuris: il diritto è un’opinione, chi ha i mezzi ce la impone*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 203-204

14 K. Günther, *Sulla testa o sui piedi? Il progetto giuridico della modernità e i suoi supposti paradossi* [2005], in *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, Trauben, 2010, p. 35.

e all'aborto. Lo sgretolamento dei vecchi modelli sarebbe rimasto un fatto meramente dottrinario se non avesse trovato nella magistratura lo strumento per recidere effettivamente i legami con il passato dinanzi a interventi legislativi tardivi o approssimativi.

Una lotta della magistratura nella società ma anche una lotta della magistratura nella magistratura, altrimenti non si comprende il discorso sul rinnovamento della cultura giuridica auspicato dall'uso alternativo del diritto. Scarpelli è estremamente perentorio nel descrivere questo fenomeno: “giuristi sedicenti innovatori e progressisti, o forse meglio animali politici travestiti da giuristi, pretori d'assalto, spiriti eventualmente democratici ma certo illiberali, desiderando sostituire all'uso tradizionale del diritto un “uso alternativo”, si rendevano conto che un confronto razionale fra la politica giustificante l'uso alternativo, e la politica giustificante l'uso tradizionale, sarebbe riuscito per loro perdente. Migliore strategia retorica, allora, rappresentare le posizioni tradizionali come puro diritto e tecnicismo giuridico (naturalmente “arido”), adatti, proprio per la neutralità politica, a coprire le politiche peggiori, in contrapposto ad una politica giudiziaria capace d'interpretare ed attuare una ricchezza di valori umani”<sup>15</sup>.

Negli ulteriori sviluppi del saggio, questa distinzione appare meno drastica, una volta messa a contatto con l'insieme delle tensioni sociali e culturali che attraversavano quarant'anni fa (e attraversano tuttora) l'esperienza giuridica. Emerge, in ogni caso, con estrema chiarezza un ‘modello’ di giudice sempre più lontano dagli schemi illuministici e codicistici.

Questa nuova figura di giudice non si limita a riprodurre, consapevolmente o inconsapevolmente, gli insegnamenti dell'uso alternativo del diritto, ma evidenzia quanto la giurisdizione non entri più a far parte dell'esercizio del potere come riflesso della legislazione, ma sia essa stessa una nuova forma di potere, dai contorni indefiniti, dagli sviluppi imprevedibili, dalla composizione eterogenea. La transizione storica dallo Stato legislativo allo stato giurisdizionale “sta nel carattere proprio delle sentenze, le quali non sono più, e soltanto, applicatrici di leggi, ma attuatrici di valori e consimili entità meta-positive”<sup>16</sup>.

Non solo il legislatore è limitato dalla Costituzione alla luce dell'interpretazione giudiziale, ma anche dal tessuto di moralità condivisa che le singole sentenze costituiscono attorno alla risoluzione di problemi cruciali come l'aborto, il danno da procreazione, la brevettabilità del vivente, il costo dei farmaci, le questioni di fine vita, la pena di morte, le discriminazioni di genere, le disuguaglianze sociali. “I diritti fondamentali sono regole e precisamente norme etico-tetiche, che impongono alla sfera pubblica limiti e vincoli, cioè divieti di lesione e obblighi di prestazione. La loro configurazione come principi oggetto di ponderazione [...] ha un duplice, deplorabile, effetto pratico: non soltanto l'indebolimento della loro forza vincolante, ma anche la caratterizzazione della giurisdizione come creazione di nuovo diritto, in deroga alla sua soggezione alla legge e al principio della separazione dei poteri”<sup>17</sup>.

15 U. Scarpelli, “Modelli di giudici”, in *Lo stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell'economia e teoria del diritto*, XI – 20 (gennaio 2023-giugno 2023), p. 195.

16 N. Irti, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Il Mulino, Bologna, 2020, p. 142.

17 L. Ferrajoli, *La costruzione della democrazia. Teorie del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, p. 149.

È nei tribunali che si manifestano le aspirazioni umane e sono i tribunali a dover esprimere quella *recta ratio* affidata, un tempo, alla legge o al tecnicismo degli schemi giuridici. Il diritto deve essere considerato uno strumento vivo (*a living instrument*)<sup>18</sup>, capace di dare una risposta anche alle tensioni più estreme, determinate dagli sviluppi tecnologici, dall'emergere di nuove aspettative o da impreviste situazioni di disagio. È proprio la struttura diffusa e fluida della cognizione giudiziaria che consente di continuare a ipotizzare che vi sia ancora un sistema e quindi unitarietà malgrado la frammentarietà, continuità malgrado la variabilità, coerenza malgrado l'eterogeneità<sup>19</sup>.

Il fenomeno riguarda, anche se con accentuazioni variegata, tutti gli Stati costituzionali di diritto. Si è determinato un vero e proprio cosmopolitismo giudiziale attraverso la spinta alla tutela e allo sviluppo di quei diritti fondamentali che trovano appunto nelle Costituzioni dei singoli paesi un tessuto comune di aspirazioni e rivendicazioni, pur nella diversità dei singoli ordinamenti giuridici. Il dialogo tra le Corti e la transnazionalizzazione dei flussi giuridici riflettono emblematicamente le condizioni di sviluppo della società, ma indeboliscono il monopolio dello Stato sul diritto. La costituzione si proietta oltre lo Stato in un 'costituzionalismo multi-livello' che riceve legittimazione perché "il successo del meccanismo dipende dalla reciproca fiducia tra i sistemi di giustizia"<sup>20</sup>.

Il fenomeno è talmente radicato che nessuno si meraviglia se molte sentenze ormai siano delle vere e proprie leggi. 'Sentenze-leggi' che non hanno bisogno di un voto del parlamento per essere avvertite come vincolanti, ma ricevono legittimazione dalle sentenze di altri paesi, a loro volta legittimate da altre sentenze. Due esempi. Una decisione della nostra Cassazione<sup>21</sup>, prima dell'intervento del legislatore con la l. 219/2017, non solo aveva legittimato le dichiarazioni anticipate di trattamento, ma aveva enunciato una vera e propria regolamentazione dei doveri dell'amministratore di sostegno, dei poteri del giudice tutelare, del carattere vincolante delle "aspirazioni" espresse dal soggetto incapace, definendo anche il quadro clinico che giustifica il ricorso a questa procedura. Ancora più radicalmente la sentenza della nostra Corte costituzionale sul caso Cappato<sup>22</sup> è diventata una sorta di legge con precetti difficilmente applicabili, regole di condotta difficilmente controllabili e un contorto sistema di meccanismi autorizzativi.

Non intendo mettere in discussione l'importanza di questi sviluppi per la tutela dei diritti fondamentali e per la crescita della solidarietà sociale, ma è innegabile che si sia creato un vuoto nella struttura della democrazia: l'emergere di un potere assolutamente nuovo perché non deriva dalla forza, né dal consenso, ma dal mo-

18 Come ribadisce continuamente la Corte europea dei diritti dell'uomo.

19 B. Montanari, "La figura del giurista al tempo del post-moderno" in M. Barcellona, B. Montanari, *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvecchi, Roma, 2023, pp. 91 e ss.

20 J. Allard, A. Garapon, *La mondializzazione dei giudici* [2005], Liberilibri, Macerata, 1996, p. 21.

21 Cassazione 20 dicembre 2012, n. 23707.

22 Corte Costituzionale 22/11/2019, n. 242.

nopolio nell'uso del diritto. Custodi della Costituzione, custodi della moralità insita nella Costituzione, custodi delle scelte politiche soggiacenti alla Costituzione, custodi della democrazia costituzionale (*democracy forcing facilitator*<sup>23</sup>), custodi dei processi interpretativi, i giudici hanno assunto un ruolo crescente che non è facile collocare nel quadro istituzionale.

Dobbiamo mettere da parte le nostre “credenze legalocentriche”<sup>24</sup>? Potremmo limitarci a sottolineare come ci troviamo di fronte a un triangolo isoscele con al vertice la costituzione e ai lati il legislativo e il giudiziario<sup>25</sup>. Il problema è se legislativo e giudiziario si incontrano in una ‘mite’ coesistenza o si scontrano in una opposizione strisciante. Potremmo limitarci ad affermare che il giudice è, in ogni caso, soggetto alla legge. Il problema è se la magistratura da guardiana della legalità non sia divenuta guardiana dei propri poteri<sup>26</sup>, perché nello Stato giurisdizionale non ha più senso interrogarsi sulla differenza tra legittima interpretazione e illegittima creazione<sup>27</sup>.

È innegabile che l'uso alternativo del diritto abbia contribuito al rinnovamento della nostra cultura giuridica e al processo di ristrutturazione democratica degli equilibri di potere. È cambiato il modo di concepire il diritto, è cambiata l'identità del giurista ed è cambiato il ruolo della magistratura. In questi sviluppi, intimamente collegati l'uno con l'altro, appare sempre più evidente come stia venendo meno il ruolo della legge come collante del tessuto sociale. Il richiamo al rispetto del principio di legalità costituisce un argine troppo sottile per quel vitalismo decisorio, alimentato dalla transnazionalizzazione dei flussi giuridici, dal diritto vivente, dalla fluidità dogmatica, dal neo-costituzionalismo, per non parlare del protagonismo, del presenzialismo, del populismo, del corporativismo di singoli magistrati. L'uso alternativo del diritto ha aperto il vaso di Pandora? Certamente è uno dei fattori della “rivoluzione clandestina”<sup>28</sup> che ha portato dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici. Con buona pace di Montesquieu? Con buona pace anche della democrazia?

## Bibliografia

- Barcellona, P., Hart, D., Mückenberger, U., *L'educazione del giurista*, De Donato, 1973.  
 Wilhelm, W., *Metodologia giuridica nel secolo XIX* (1958), Giuffrè, 1975.  
 Wiethölter, R., *Le formule magiche della scienza giuridica*, Laterza, 1975.  
 Schmitt, C., *Costituzione e istituzione*, Quodlibet, 2022.

23 C.R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court*, Harvard University Press, Cambridge, 1999.

24 Come suggerisce Paolo Grossi in P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2017, p. 152 (ed. digitale).

25 G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, Torino, 2024, p. 156.

26 S. Cassese, *Il governo dei giudici*, Laterza, Roma-Bari, 2022, p. 58.

27 L. Ferrajoli, *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, Modena, 2018, p. 22.

28 B. Rütters, *La rivoluzione clandestina dallo stato di diritto allo stato dei giudici* (2014), Mucchi, Modena, 2018.



- Bork, R.H., *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Liberilibri, 2004.
- Portonera, G., *Antonin Scalia*, IBL libri, 1922.
- Hobbes, T., *Opere politiche*, Utet, 1959.
- Böckenförde, E.W., *Stato, costituzione, democrazia. Studi di teoria della costituzione di diritto costituzionale*, Giuffrè, 2006.
- Tarello, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980.
- Pattaro, E., *Opinio iuris: il diritto è un'opinione, chi ha i mezzi ce la impone*, Giappichelli, 2011.
- Günther, K., *Pluralismo giuridico e codice universale della legalità*, Trauben, 2010.
- Scarpelli, U. "Modelli di giudici", in *Lo stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale, diritto dell'economia e teoria del diritto*, XI – 30, 2023.
- Irti, N., *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, Il Mulino, 2020.
- Ferrajoli, L., *La costruzione della democrazia. Teorie del garantismo costituzionale*, Laterza, 2021.
- Montanari, B., Barcellona, M., *Potere e negoziazione. Il diritto al tempo del post-pensiero*, Castelvecchi, 2023.
- Allard, J., Garapon, A., *La mondializzazione dei giudici*, Liberilibri, 1996.
- Sunstein, C.R., *One Case at a Time: Judicial Minimalism on The Supreme Court*, Harvard University Press, 1999.
- Grossi, P., *L'invenzione del diritto*, Laterza, 2017.
- Zagrebel'sky, G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Einaudi, 2024.
- Cassese, S., *Il governo dei giudici*, Laterza, 2022.
- Ferrajoli, L., *Contro il creazionismo giudiziario*, Mucchi, 2018.
- Rüthers, B., *La rivoluzione clandestina dallo stato di diritto allo stato dei giudici*, Mucchi, 2018.