

**A** Hans Kelsen vengono ascritti, tra gli altri, due meriti in particolare: aver sistematizzato la teoria generale del diritto di stampo positivista, in un modo da essere divenuto imprescindibile per il Novecento giuridico, e aver “inventato”, nel continente europeo, il modello di sindacato giurisdizionale delle leggi, servendo addirittura come giudice costituzionale in Austria negli anni 20. Tuttavia, come rivela Agostino Carrino *Legge e libertà. Primato del parlamento e sindacato delle leggi nella costituzione austriaca del 1920*, la paternità kelseniana della giustizia costituzionale sarebbe eccessiva: difatti, nel periodo in cui Kelsen inizia a scrivere i suoi primi lavori, in Austria era già operante una forma di sindacato di costituzionalità dei provvedimenti amministrativi, anche con riferimento ai diritti fondamentali, svolto principalmente dal *Reichsgericht*. Le ragioni di questo embrionale controllo del potere politico vengono rintracciate da Carrino nel compromesso del 1867, con cui l'Impero austro-ungarico tentò di darsi un assetto da *Rechtsstaat*, riconoscendo anzitutto il



Agostino Carrino  
**LEGGE E LIBERTÀ**  
Mimesis, 210 pp., 18 euro

primato dei diritti individuali. Certo, il *Reichsgericht* – in linea, peraltro, con una concezione della giustizia amministrativa ancora oggi valida – poteva soltanto annullare i regolamenti dell'esecutivo, facendo valere la natura della fonte sovraordinata della legge, senza potersi invece spingere a sindacare i contenuti di quest'ultima. Tuttavia, in questo principio di “preferenza” per la fonte gerarchicamente più elevata si riconosce la possibilità – già individuata dal *Chief Justice* della Corte suprema Usa, John Marshall, in *Marbury v. Madison* (1803) – di un contrasto tra la volontà riversata in un singolo atto di esercizio del potere e la volontà “generale” del corpo politico.

Tra i primi giuristi di area germanica ad avvedersi di questo aspetto è stato, come ricorda Carrino, Georg Jellinek, che può dirsi il padre del diritto pubblico, secondo cui la giustizia costituzionale deve evitare che “volontà parziali, ossia interessi contingenti, prevalgano sulla volontà generale dello stato, in quanto espressione del bene generale della comunità”. A questa idea si richiamava peraltro lo stesso Kelsen: il sindacato giurisdizionale delle leggi veniva infatti funzionalizzato a “custodire” il primato del sistema democratico, così da regolare una garanzia più coerente con il fondamento politico dell'ordinamento giuridico. Un'idea, osserva Carrino, che “non corrisponde, se non per dettagli” alla contemporanea concezione di giustizia costituzionale, sempre più orientata ad attribuire al giudice “un ruolo di interprete di ultima istanza”, con il rischio di indebolire la legittimazione democratica del diritto positivo e di favorire lo scivolamento dello stato di diritto verso il cosiddetto stato dei giudici. Un caso, si direbbe, di eterogenesi dei fini. (Giuseppe Portonera)

Ritaglio stampa ad uso esclusivo del destinatario, non riproducibile.



120634